

System zamówień publicznych w Polsce

Redaktor

Jacek Sadowy

Autorzy

**Rafał Jędrzejewski, Janusz Niczyporuk, Henryk
Nowicki, Paweł Nowicki, Jacek Sadowy, Aleksandra
Sołtysińska, Ryszard Szostak, Marek Wierzbowski**

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
WARSZAWA 2013

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

Redaktor
Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Autorzy

Rafał Jędrzejewski – Urząd Zamówień Publicznych; **prof. dr hab. Janusz Niczyporuk** – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; **dr Henryk Nowicki** – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; **dr Paweł Nowicki** – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; **Jacek Sadowy** – Urząd Zamówień Publicznych; **dr Aleksandra Sołtysińska** – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; **prof. dr hab. Ryszard Szostak** – Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie; **prof. dr hab. Marek Wierzbowski** – Uniwersytet Warszawski

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
WARSZAWA 2013

Poszczególne części opracowali:

Rafał Jędrzejewski: rozdz. 18, rozdz. 20, rozdz. 21

Janusz Niczyporuk: rozdz. 4, rozdz. 5, rozdz. 6

Henryk Nowicki: rozdz. 1, rozdz. 3, rozdz. 7, rozdz. 16, rozdz. 19

Paweł Nowicki: rozdz. 2, rozdz. 16, rozdz. 22, rozdz. 23

Aleksandra Sołtysińska: rozdz. 8, rozdz. 15

Jacek Sadowy: rozdz. 9, rozdz. 10, rozdz. 11

Ryszard Szostak: rozdz. 12, rozdz. 13, rozdz. 14, rozdz. 17

Marek Wierzbowski: rozdz. 18, rozdz. 20, rozdz. 21

Wydawca © Urząd Zamówień Publicznych

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Skład, łamanie i druk:

CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

Wydział Wydawnictw i Poligrafii

02-903 Warszawa, ul. Powsińska 69/71

e-mail: wydawnictwa@cuw.gov.pl

www.cuw.gov.pl

ISBN: 978-83-88686-26-9

SPIS TREŚCI

SKRÓTY WYSTĘPUJĄCE W TEKŚCIE	11
PRZEDMOWA	13
§ 1. WPROWADZENIE DO SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	15
1. Historia zamówień publicznych	15
2. Znaczenie systemu zamówień publicznych	21
3. Efektywne wydatkowanie środków	22
4. Przejrzystość w wydatkowaniu środków	24
5. Otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję	25
6. Przeciwdziałanie naruszeniom prawa (eliminowanie korupcji)	26
7. Innowacyjność w zamówieniach publicznych	27
8. Zielone zamówienia publiczne	32
9. Zamówienia prospołeczne	36
10. Inne polityki uwzględniane w zamówieniach publicznych	38
11. Uwagi dotyczące realizowanych polityk poprzez system zamówień publicznych	39
§ 2. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ	41
1. Wstęp	41
2. System zamówień publicznych w Unii Europejskiej	42
3. Geneza prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej	45
4. Obecne uregulowania prawa pierwotnego i prawa wtórnego Unii Europejskiej	48
5. GPA – Government Procurement Agreement	53
§ 3. PODSTAWY PRAWNE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE	55
1. Ustawa Prawo zamówień publicznych – zakres regulacji	55
2. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi	64
3. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym	65
4. Przepisy szczególne wyłączające stosowanie Prawa zamówień publicznych	66
5. Pojęcia Prawa zamówień publicznych	69
§ 4. PRZEDMIOT ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	76
1. Pojęcie zamówień publicznych	76

2. Przedmiot umów w zamówieniach publicznych	79
2.1. Zamówienia publiczne na dostawy	79
2.2. Zamówienia publiczne na roboty budowlane	80
2.3. Zamówienia publiczne na usługi	83
3. Nietypowe umowy w zamówieniach publicznych	84
3.1. Zamówienia mieszane	84
3.2. Zamówienia bezpośrednie (in-house)	85
§ 5. PODMIOT ZAMAWIAJĄCY	86
1. Pojęcie zamawiającego	86
2. Kategorie zamawiających	86
2.1. Jednostki sektora finansów publicznych	86
2.2. Inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej	87
2.3. Podmioty prawa publicznego	88
2.4. Związki podmiotów	91
2.5. Zamawiający sektorowi	91
2.6. Inne podmioty udzielające zamówień publicznych, jeżeli łącznie są: w ponad 50% finansowane publicznie, o dużej wartości, na roboty budowlane lub usługi z nimi związane	92
2.7. Koncesjonariusze robót budowlanych	93
3. Szczególne formy zamawiającego	93
3.1. Centralny zamawiający	93
3.2. Wspólnie zamawiający	94
4. Osoby wykonujące czynności po stronie zamawiającego	95
4.1. Kierownik zamawiającego	95
4.2. Komisja przetargowa	96
4.3. Biegli	97
§ 6. PODMIOTY UCZESTNICZĄCE W REALIZACJI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	98
1. Wykonawca	98
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne	99
3. Podmioty trzecie udostępniające swój potencjał wykonawcy	99
4. Podwykonawcy	100

§ 7. ZASADY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	101
1. Podstawowe zasady wynikające z prawa Unii Europejskiej	101
2. Zasady udzielania zamówień publicznych w ustawie Prawo zamówień publicznych	102
§ 8. PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA W PRZEDMIOCIE UDZIELENIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	113
1. Opis przedmiotu zamówienia	113
1.1. Opis przedmiotu zamówienia – zasady ogólne	113
1.2. Warunki realizacji zamówienia jako element szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia	119
1.3. Opis przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie się do norm lub specyfikacji	121
1.4. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych	124
1.5. Równoważność rozwiązań	125
1.6. Dowodzenie równoważności rozwiązań	127
1.7. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane	128
1.8. Dialog techniczny i inne czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem postępowania	129
1.9. Dokumenty potwierdzające spełnianie wymogów przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane	131
2. Ustalanie wartości zamówienia	132
2.1. Zakres szacowanego zamówienia	132
2.2. Zasady dzielenia zamówienia na części – przedmiot zamówienia i przedmiot postępowania przetargowego	134
2.3. Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane	137
2.4. Zamówienia uzupełniające	138
2.5. Prawo opcji	139
2.6. Dynamiczny system zakupów i umowa ramowa	139
2.7. Usługi i dostawy powtarzające się okresowo	139
2.8. Usługi finansowe i bankowe	140
2.9. Termin ustalania wartości zamówienia	140
2.10. Zamówienia udzielane przez jednostki organizacyjne zamawiającego	141

§ 9. SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA	142
1. Definicja	142
2. Sposób udostępnienia specyfikacji	142
3. Nieodpłatność specyfikacji	142
4. Wyjaśnienia specyfikacji	143
5. Zmiana specyfikacji	144
6. Treść specyfikacji	145
7. Sposób porozumiewania się	145
8. Podwykonawstwo	146
§ 10. BADANIE PREDYSPOZYCJI WYKONAWCÓW DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA	149
1. Warunki udziału w postępowaniu	149
2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków	150
2.1. Definicja	150
2.2. Cel opisu	152
2.3. Sposób opisu	152
2.4. Rzetelność jako kryterium weryfikacji wykonawców	155
3. Potencjał podmiotów trzecich	156
4. Ciężar dowodzenia	160
5. Dokumenty dotyczące oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu	161
5.1. Zakres żądanych dokumentów	161
5.2. Aktualność dokumentów	167
5.3. Sposób złożenia dokumentów	169
6. Wykazywanie spełniania warunków przez konsorcjum	169
7. Spółka cywilna	171
8. Wykluczenie wykonawców	172
§ 11. CHARAKTERYSTYKA TRYBÓW UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ DOPUSZCZALNOŚCI ICH STOSOWANIA	178
1. Przetarg nieograniczony	180
1.1. Istota trybu przetargu nieograniczonego	181
1.2. Wszczęcie postępowania	181
1.3. Ogłoszenie o zamówieniu	183

1.4. Charakter prawny ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym	185
1.5. Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu	186
1.6. Składanie ofert – terminy	188
2. Przetarg ograniczony	190
2.1. Istota trybu przetargu ograniczonego	190
2.2. Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu ograniczonym	193
3. Negocjacje z ogłoszeniem	196
3.1. Istota trybu negocjacji z ogłoszeniem	196
4. Dialog konkurencyjny	200
5. Negocjacje bez ogłoszenia	203
5.1. Okoliczności uzasadniające stosowanie trybu	203
5.2. Istota trybu	206
6. Wolna ręka	208
6.1. Okoliczności uzasadniające stosowanie trybu	208
6.2. Istota trybu	214
7. Zapytanie o cenę	215
8. Licytacja elektroniczna	217
§ 12. WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ	221
1. Charakter oferty przetargowej	221
2. Wymagania formalne oferty	224
3. Związanie wykonawcy złożoną ofertą	225
4. Zabezpieczenie wadialne	226
5. Wstępne badanie ofert	231
6. Podstawy odrzucenia oferty	233
7. Wartościująca ocena ofert	238
8. Aukcja elektroniczna	240
9. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej	241
10. Konsekwencje uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy	242
§ 13. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA	243
1. Pojęcie i charakter prawny unieważnienia postępowania	243
2. Przesłanki unieważnienia postępowania	245
3. Roszczenie odszkodowawcze	250

§ 14. SZCZEGÓLNE PROCEDURY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	252
1. Umowa ramowa	252
2. Konkurs	257
3. Dynamiczny system zakupów	262
§ 15. ZAMÓWIENIA SEKTOROWE	266
1. Zagadnienia podstawowe	266
2. Pojęcie działalności sektorowej	268
3. Pojęcie zamówień sektorowych	269
4. Zamówienia mieszane – reguły kolizyjne	270
5. Pojęcie praw szczególnych lub wyłącznych	271
6. Szczególne regulacje dotyczące procedur udzielania zamówień sektorowych	272
7. Wyłączenia od obowiązku udzielania zamówień sektorowych	279
8. Wykorzystanie sieci dla własnych potrzeb	283
9. Dalsza odsprzedaż lub wynajem	283
10. Koncesja	284
11. Prowadzenie działalności poza Unią Europejską	284
12. Zamówienia na dostawy	285
13. Sektor transportu autobusowego	285
14. Decyzja Komisji Europejskiej	286
§ 16. ZAMÓWIENIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA	288
1. Zamówienia publiczne jako element Europejskiej Polityki Wyposażenia Obronnego	289
2. Dyrektywa obronna i jej implementacja	293
3. Dotychczasowe regulacje w zakresie zamówień obronnych	294
4. Podstawowe pojęcia i regulacje zawarte w dyrektywie obronnej	295
5. Implementacja dyrektywy obronnej do polskiego porządku prawnego	296
6. Udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	297
§ 17. UMOWA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE	301
1. Kształtowanie treści umowy	301
2. Zakres umowy	308
3. Czas trwania umowy	311
4. Forma umowy	313
5. Zawarcie umowy	314

6. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	315
7. Ograniczona dopuszczalność zmiany lub rozwiązania umowy	319
8. Unieważnienie umowy	321
9. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego	323
§ 18. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ	324
1. Środki ochrony prawnej	324
1.1. Przesłanka podmiotowa	327
1.2. Przesłanka ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego	329
1.3. Przesłanka ochrony przed poniesieniem szkody	332
1.4. Przesłanka naruszenia przepisów przez zamawiającego	332
1.5. Przesłanka naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych	333
1.6. Przesłanka naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	333
1.7. Status Krajowej Izby Odwoławczej	334
1.8. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej	336
1.9. Środki ochrony prawnej w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych	339
1.10. Termin wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej	341
1.11. Obowiązki zamawiającego związane z wniesieniem odwołania przez odwołującego	343
1.12. Przystąpienie wykonawców do postępowania odwoławczego	344
1.13. Opozycja wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego	345
1.14. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego	346
1.15. Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą	346
1.16. Usunięcie braków formalnych odwołania	347
1.17. Odrzucenie odwołania	349
1.18. Rozpoznanie odwołania	350
1.19. Rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej	351
1.20. Orzeczenie o unieważnieniu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego	353
1.21. Kara finansowa	354
1.22. Koszty postępowania odwoławczego	355
1.23. Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego	357

1.24. Wykonalność orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej	361
1.25. Postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym	361
1.26. Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	365
§ 19. KONTROLA POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	366
1. Zagadnienia wprowadzające	366
2. Kontrola zamówień publicznych w prawie UE	368
3. Kontrola zamówień publicznych w ustawie z 1994 roku	369
4. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Prezesa UZP	369
4.1. Rodzaje kontroli realizowanej przez Prezesa UZP	371
4.2. Postępowanie wyjaśniające	372
4.3. Kontrola doraźna	372
4.4. Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej	374
4.5. Skutki stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych	375
5. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Regionalne Izby Obrachunkowe	377
6. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Najwyższą Izbę Kontroli	379
§ 20. DOKUMENTOWANIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO	381
1. Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	381
2. Udostępnianie protokołu wraz z załącznikami do protokołu	385
3. Zasady zwrotu materiałów złożonych przez wykonawców wraz z ofertą	386
§ 21. ODPOWIEDZIALNOŚĆ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH	387
1. Odpowiedzialność w postaci kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych	387
2. Udzielanie zamówień z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielania zamówień	388
3. Udzielanie zamówień bez wymaganego ogłoszenia	388
4. Udzielanie zamówień bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych	389
5. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia	389

6. Dokonanie zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy	389
7. Określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję	390
8. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję	390
9. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności	390
10. Nieprzestrzeganie terminów określonych w ustawie	390
11. Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia	391
12. Odrzucenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty	391
13. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy	391
14. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych	392
15. Odpowiedzialność karna związana z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych	395
§ 22. KONCESJA NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI	398
1. Wstęp	398
2. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie Unii Europejskiej	399
3. Koncesja na roboty budowlane oraz koncesja na usługi w prawie RP	405
4. Zakres stosowania ustawy	406
5. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji	408
6. Umowa koncesji	414
7. Środki ochrony prawnej	416
§ 23. PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE	423
1. Wstęp	423
2. Geneza i rozwój partnerstwa publiczno-privatnego	424
3. Modele partnerstwa publiczno-privatnego	425
4. Partnerstwo publiczno-privatne w prawie Unii Europejskiej	426
5. Partnerstwo publiczno-privatne w prawie RP	428
6. Wybór partnera prywatnego	432
7. Umowa o partnerstwie publiczno-privatnym	434

SKRÓTY WYSTĘPUJĄCE W TEKŚCIE

PPP – Partnerstwo Publiczno-Prywatne

siwz – specyfikacja istotnych warunków zamówienia

ZPPP – Zinstytucjonalizowane Partnerstwo Publiczno-Prywatne

Pzp – Prawo zamówień publicznych

uznk – ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

ufp – ustawa o finansach publicznych

MŚP – małe i średnie przedsiębiorstwa

TFUE – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza

NIK – Najwyższa Izba Kontroli

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

EWO – Europejska Wspólnota Obronna

OCCAR – Organizacja ds. Wspólnej Współpracy Zbrojeniowej

WEAG – Zachodnioeuropejska Grupa Zbrojeniowa

EMAS – Wspólnotowy System Ekozarządzania i Audytu

ETS – Europejski Trybunał Stanu

EDA – Europejska Agencja Obronna

EOG – Europejski Obszar Gospodarczy

ksh – kodeks spółek handlowych

kpc – kodeks postępowania cywilnego

kc – kodeks cywilny

p.p.s.a. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi

PRZEDMOWA

Rynek zamówień publicznych, którego wartość od lat utrzymuje się na bardzo wysokim poziomie, ma niebagatelne znaczenie dla rozwoju potencjału polskiej gospodarki. Istotna rola, jaką zamówienia publiczne pełnią w różnych jej sferach, poczynwszy od podstawowej kwestii racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi czy też skutecznego wydatkowania środków unijnych, poprzez zapewnienie wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, dbanie o przejrzystość i efektywność procedur, aż po pobudzenie innowacyjności gospodarki skłania do poświęcenia należytej uwagi właściwemu kształtowaniu systemu zamówień publicznych. Ważne w tym obszarze jest systematyczne rozwijanie wiedzy dotyczącej zasad i procedur oraz promowanie dobrych praktyk.

Wskazana idea była motywem powstania niniejszej publikacji, zawierającej opracowania autorstwa wysokiej klasy specjalistów i ekspertów środowiska naukowego z dziedziny zamówień publicznych.

Tematyka opracowania koncentruje się wokół szeroko pojętych zagadnień z zakresu prawa zamówień publicznych. Obszerna treść zawierająca wnikliwą analizę szeregu istotnych systemowo kwestii pozwala na stwierdzenie, iż publikacja stanowi cenne, kompleksowe kompendium wiedzy na temat zamówień publicznych.

Zagadnienia dotyczące systemu zamówień publicznych zostały zaprezentowane zarówno z perspektywy ogólnej, w ujęciu szerokim, jak i szczegółowym, obejmującym analizę procedur udzielania zamówień. Pierwsza część publikacji stanowi wprowadzenie do zagadnień zamówień publicznych, przybliżając regulacje prawne, cel i ideę funkcjonowania systemu zamówień publicznych oraz wskazując na rozwiązania wdrażające nowoczesne podejście do zamówień. Opisano także unijne regulacje prawne.

Kolejna część została poświęcona kwestiom przedmiotu zamówienia publicznego i podmiotów uczestniczących w realizacji zamówień, tj. zamawiającego i wykonawcy, a także zasad udzielania zamówień przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wnikliwie i rzetelnie dokonano również analizy tematyki związanej z praktycznymi aspektami procesu udzielania zamówienia. Przedstawiono najważniejsze działania związane z przygotowaniem postępowania, w tym m.in. opis przedmiotu zamówienia, ustalanie wartości zamówienia i zasady dzielenia na części, zamówienia uzupełniające, dokumenty wymagane od wykonawców oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Oddzielny rozdział poświęcono kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Szczegółowo zaprezentowano tryby udzielania zamówień. Uwzględniając znaczenie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia postępowania oraz umów o zamówienia publiczne w procesie udzielania zamówień dożo miejsca poświęcono tej tematyce.

W publikacji podjęto również temat szczególnych procedur udzielania zamówień (umowa ramowa, konkurs, dynamiczny system zakupów) oraz przedstawiono problematykę zamówień sektorowych i obronnych.

Dla uczestników systemu zamówień publicznych realizujących konkretne postępowania ważne będą z pewnością treści dotyczące środków ochrony prawnej i kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także odpowiedzialności w zamówieniach publicznych. W opracowaniu zaprezentowane zostały ponadto zagadnienia koncesji na roboty budowlane i usługi oraz partnerstwa publiczno- prywatnego.

Przekazując Państwu niniejsze opracowanie, będące owocem wiedzy i doświadczenia każdego z Autorów, wyrażam jednocześnie nadzieję, że okaże się ono przydatne w prowadzeniu postępowań i rozwiązywaniu konkretnych problemów z nimi związanych, przyczyniając się w efekcie do optymalizacji procesu udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie liczę na to, iż opracowanie będzie stanowiło istotną pomoc dydaktyczną dla pracowników naukowych oraz dla coraz liczniejszej rzeszy studentów chcących zgłębiać dziedzinę zamówień publicznych.

Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

§1. WPROWADZENIE DO SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Historia zamówień publicznych

Dokonywanie zakupów przez państwo, w tym jego wyodrębnione podmioty, niezależnie od formy i ustroju państwa zawsze związane było z wydatkowaniem państwowych (publicznych) środków finansowych. We współczesnych państwach problematyka ta regulowana jest przepisami prawa określanych jako prawo zamówień publicznych. Przedstawiając w krótkim ujęciu historię zamówień publicznych, nie będziemy odnosić się do rozważań historycznych, wskazujących jako początek umiejscowienia tej problematyki okres starożytności czy też średniowiecza, dokonywane tam zakupy pozbawione były prawnych reguł zbliżonych w swych rozwiązaniach do obecnie obowiązujących. Przedmiotem analizy będą regulacje występujące w systemie prawa polskiego, jednak z odwołaniem się do regulacji prawnych „zewnętrznych”, szczególnie aktów prawnych Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne są jednym z ważnych zagadnień funkcjonowania współczesnych państw prawa¹, gdzie organy tego państwa zobowiązane są działać na podstawie i w zakresie prawa. W systemie prawa polskiego istotnym jest również fakt, że zamówienia publiczne nierozzerwalnie łączą się z wydatkowaniem środków publicznych, które odbywa się według prawnych reguł².

W ujęciu historycznym polski system zamówień publicznych zaczął się kształtować wraz z kształtowaniem się Państwa Polskiego po I wojnie światowej. Pierwsze regulacje prawne, które należy zaliczyć (z dzisiejszego punktu widzenia) do systemu zamówień publicznych, pojawiły się w latach 1918 i 1919. Odbudowujące się państwo wraz z tworzoną administracją publiczną wymagało dokonywania zakupów dla potrzeb tejże administracji, w tym celu powołano, przy Ministerstwie Przemysłu i Handlu, Urząd Rozdzielczy³ do zadań którego należało realizowanie zamówień rządowych. W skład Urzędu weszli delegaci powołanych i funkcjonujących wówczas Ministerstw: Przemysłu i Handlu, Rolnictwa i Dóbr Państwowych, Spraw Wojskowych, Aprowizacji, Robót Publicznych, Komunikacji, Poczty i Telegrafów oraz Skarbu. Do zadań Urzędu należało przyjmowanie zamówienia na wyroby przemysłowe, od wszystkich organów rządowych, które następnie były dzielone pomiędzy odpowiednie zakłady przemysłowe. Przepisy te wprowadzały centralizację (co wynikało również z samej nazwy dekretu) oraz rozdzielnictwo zamówień pomiędzy odpowiednie zakłady przemysłowe. Wydanie dalszych przepisów dotyczących funkcjonowania zamówień publicznych przekazano do kompetencji Ministra Przemysłu i Handlu. Kolejnym ważnym aktem prawnym wprowadzającym system zamówień dla potrzeb wojskowych była ustawa z 1919 roku⁴. Z uwagi na potrzeby związane z zaopatrzeniem

¹ Zob. art. 2, art. 7 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

² Art. 216 ust. 1 Konstytucji.

³ Dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych z dnia 7 grudnia 1918 r. (Dz. U. z 1919 r. Nr 18, poz. 55).

⁴ Ustawa z dnia 11 kwietnia 1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armji (Dz. U. Nr 32, poz. 265), Główny Urząd Zaopatrywania Armji, który przejął zadania funkcjonującego przy Ministrze Przemysłu i Handlu Urzędu Zaopatrzenia Techniczno-Wojskowego, który był powołany dekretem z 1918 r.

armii prawodawca powołał, przy Ministrze Spraw Wojskowych, Główny Urząd Zaopatrzenia Armii. Podstawowym zadaniem Urzędu było gromadzenie środków niezbędnych na wydatki związane z utrzymaniem bieżącym armii i toczącymi się jeszcze działaniami wojennymi z udziałem Wojska Polskiego oraz udzielanie tychże zamówień. Ustawodawca w przypadku zamówień dla potrzeb wojska dokonał centralizacji zaopatrzenia armii i ich finansowania. Do zadań Urzędu należała współpraca z dostawcami w zakresie ich zaopatrzenia w niezbędne surowce i inne artykuły niezbędne dla zrealizowania zamówień, w tym celu mógł również współdziałać w uruchamianiu i rozwijaniu działalności przemysłu krajowego (również tworzeniu nowych wytwórni wojskowych) dla potrzeb wojska. Jednym z ważnych zadań Urzędu było nadzorowanie wykonania zamówień. W szczególnie uzasadnionych przypadkach Urząd mógł dokonywać zamówień u dostawców zagranicznych, jednak w tym przypadku potrzebne było współdziałanie z Ministrem Skarbu oraz Ministrem Spraw Zagranicznych. Z uwagi na wówczas występujące potrzeby wojska Urząd mógł, w granicach obowiązujących ustaw, nakładać określone obowiązki na dostawców lub przejmować określone materiały lub inne środki niezbędne dla funkcjonowania wojska. Ustawodawca powołał Komitet, który był organem doradczym funkcjonującym przy Głównym Urzędzie Zaopatrzenia Armii, w skład którego wchodziłi przedstawiciele Ministrów: Spraw Wojskowych, Przemysłu i Handlu, Aprowizacji, Rolnictwa, Skarbu, Pracy, Spraw Zagranicznych oraz przedstawiciele organizacji społecznych.

Ujednoczenia problematyki zamówień publicznych w okresie międzywojennym dokonano ustawą z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁵. Ustawa objęła swą regulacją dostawy i roboty na rzecz Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego, instytucji prawa publicznego (w tym instytucji ubezpieczeń społecznych i instytucji przez nie powołanych), zakładów i przedsiębiorstw państwowych (między innymi: Polska Poczta, Telegraf i Telefon oraz Polskie Koleje Państwowe), zakładów i funduszy przez państwo zarządzanych z wyłączeniem monopoli państwowych i przedsiębiorstw państwowych wydzielonych z administracji państwowej na podstawie rozporządzenia z 1927 roku⁶. Przepisy ustawy odsyłały w zakresie uszczegółowienia warunków dostaw i robót do rozporządzenia Rady Ministrów⁷ oraz aktów prawnych wydawanych przez upoważnionych ministrów⁸. Sama ustawa w swej treści, poza przepisami kompetencyjnymi, wprowadzała przepisy dotyczące obowiązku użycia w zamówieniach surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego aż do ich wyczerpania oraz zlecania zamówień wykonawcom krajowym (ew. przedsiębiorcom zagranicznym działającym w Polsce z odpowiednim wydzielonym kapitałem). Przepisy rozporządzenia Rady Ministrów zobowiązywały natomiast do ustalania warunków technicznych dostaw i robót w sposób gwarantujący realizację tego obowiązku. Przepisy te, z dzisiejszego punktu widzenia, można uznać za zawierające tzw. preferencje krajowe. Zamówienia na dostawy lub roboty były udzielane: w drodze pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego; w drodze publicznego przetargu ustnego; z wolnej ręki; przez zakup bezpośredni za zwykłym rachunkiem. Podstawowym trybem udzielania zamówienia był przetarg nieograniczony. Udzielenia zamówienia odbywało się w drodze pisemnej umowy, z wyłączeniem zakupu bezpośredniego za zwykłym rachunkiem. Przepisy

⁵ Dz. U. R. P. Nr 19, poz. 127 z dnia 24 marca 1933 r.

⁶ Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1927 r. o wydzieleniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych przemysłowych, handlowych i górniczych oraz ich komercjalizacji (Dz. U. R. P. Nr 25, poz. 195).

⁷ Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 13, poz. 92).

⁸ Zob. np. Zarządzenie Ministra Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Skarbu z dnia 15 lipca 1938 r. w sprawie przepisów szczegółowych o dostawach i robotach dla podległych Ministrowi Przemysłu i Handlu działów administracji państwowej (Mon. Pol. Nr 168, poz. 308).

rozporządzenia określały sposób przeprowadzenia poszczególnych procedur, w tym obowiązki podmiotu dokonującego zamówienia oraz podmiotów ubiegających się o realizację zamówienia. Przeprowadzenie przetargów oraz przyjmowanie dostaw i robót odbywało się za pośrednictwem komisji. Skład i tryb powoływania komisji określone było przepisami właściwego ministra (powołując komisję należało, między innymi, określić prawa i obowiązki przewodniczącego i członków komisji). Przepisy rozporządzenia nie tylko określały zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych poprzez wybór oferty, która najbardziej odpowiadała całokształtowi warunków oczekiwanych przez zamawiającego. Wybierając najkorzystniejszą ofertę zamawiający brał pod uwagę takie kwestie jak jakość oferowanych przedmiotów lub robót, solidność i pewność oferentów oraz ich uzdolnienia i przygotowanie techniczne do realizacji zamówienia oraz sytuację finansową wykonawcy. Jako element solidności przepisy rozporządzenia wskazywały na wywiązywanie się oferentów ze zobowiązań wobec swoich pracowników. Zgodnie z obowiązującymi przepisami istniał obowiązek kierowania zamówień, o ile było to możliwe, w tzw. sezonach martwych oraz udzielania zamówień w taki sposób, aby potrzeby wszystkich okręgów gospodarczych były uwzględniane możliwie równomiernie. Wprowadzono również przepisy preferujące małych przedsiębiorców (rolników) oraz zalecenie kierowania zamówień na dostawy w okresach wzmożonej podaży zamawianych produktów (głównie chodziło o produkty rolne).

Przepisy rozporządzenia, niezależnie od obowiązującego wówczas kodeksu zobowiązań⁹, określały postanowienia, które powinny być zawarte w umowie o udzielenie zamówienia. Prawodawca wskazywał, między innymi, na obowiązek dokładnego określenia przedmiotu umowy wraz ze szczegółowymi warunkami wykonania przedmiotu zamówienia, w tym ewentualnych zmian umowy ograniczających lub rozszerzających jej zakres. Natomiast zamówienia dodatkowe wymagały zawarcia odrębnych umów (dodatkowych). Obligatoryjnymi elementami umowy były również kwestie zabezpieczenia wykonania umowy i postanowienia o odszkodowaniach. Rozporządzenie regulowało również problematykę podwykonawstwa w umowach o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując na obowiązek uzyskania na takie działanie zgody zamawiającego. Przepisy rozporządzenia dopuszczały możliwość zmian umowy, które winny być sporządzone w umowie dodatkowej.

Taki stan prawny funkcjonował w Polsce do roku 1948, kiedy to zgodnie z dyspozycją art. 12 ust. 2 ustawy z 1948 roku¹⁰ została uchylona ustawa z 1933 roku. Ustawa z 1948 roku, określając zakres przedmiotowy, wskazała na zastosowanie jej przepisów do dostaw, robót i usług. Wskazano również nowy zakres podmiotów zobowiązanych do jej stosowania, którymi były: Skarb Państwa, zakłady, instytucje, przedsiębiorstwa państwowe, przedsiębiorstwa pod zarządem państwowym, przedsiębiorstwa pod nadzorem państwowym, przedsiębiorstwa państwowo-spółdzielcze, centrale spółdzielczo-państwowe, związki samorządu terytorialnego i przedsiębiorstwa samorządowe. Przepisom ustawy zostały również podane podmioty zarządzane przez wyżej określone podmioty oraz podmioty, w których udział w kapitale zakładowym podmiotów publicznych wynosił ponad 50%. Ustawa wprowadziła pojęcia: zamówienia, które oznaczało powierzenie dostaw, robót lub świadczenie usług oraz pojęcie zamawiającego oznaczające podmioty zobowiązane do stosowania ustawy. Obowiązkiem zamawiającego było dołożenie staranności, której efektem miało być najbardziej korzystne udzielenie i wykonanie zamówienia. Zasadą było planowanie zamówień i ich skierowanie głównie (w pierwszej kolejności) do przedsiębiorstw państwowych, przedsiębiorstw pod zarządem pań-

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 ze zm.), który między innymi regulował problematykę umowy sprzedaży – art. 294 i nast. czy też umowy o świadczenie usług – art. 441 i nast.

¹⁰ Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494).

stwowym, przedsiębiorstw samorządowych, przedsiębiorstw pod zarządem związków samorządu terytorialnego, przedsiębiorstw państwowo-spółdzielczych i central spółdzielczo-państwowym. Tej grupie podmiotów udzielanie zamówień odbywało się w trybie bezprzetargowym. Kierowanie zamówień do innych przedsiębiorstw ustawodawca określał jako wyjątkowe i odbywać się mogło w drodze pisemnego przetargu nieograniczonego.

Na system prawny zamówień publicznych w Polsce wpływ miało przyjęcie pod koniec lat 40. XX wieku systemu gospodarki centralnie planowanej. Aktem prawnym zawierającym normy prawne przechodzenia na system gospodarki planowej i w konsekwencji powodującym całkowitą zmianę charakteru i trybów wydatkowania środków publicznych była ustawa z 1950 roku¹¹. Ustawa ta wprowadziła obowiązek zawierania umów planowych będących gwarantem realizacji planów gospodarczych i zasad rozrachunku gospodarczego. Kolejnym aktami prawnymi związanymi z problematyką zamówień były, między innymi, dekret¹² z 1956 roku oraz ustawa z 1957 roku o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych¹³, która zastąpiła ustawę z 1947 r. Ustawę stosowało się do dostaw, robót i usług na rzecz urzędów, zakładów instytucji i przedsiębiorstw państwowych, spółek z ponad 50% udziałem w kapitale zakładowym podmiotów publicznych oraz przedsiębiorstw pod zarządem państwowym. Zamówienia należało udzielać jednostkom państwowym prowadzącym działalność gospodarczą lub spółdzielniom. Udzielenie zamówień rzemieślnikom, przedsiębiorstwom prywatnym lub innym osobom nie będącym jednostkami gospodarki uspołecznionej mogły być dokonywane tylko w sytuacjach ściśle określonych ustawą. Przy czym udzielenie zamówienia jednostce gospodarki nieuspołecznionej zamawiający poddawał kontroli społecznej. Ustawa wprowadziła pojęcie łącznej wartości zamówienia, które oznaczało łączną wartość wszystkich zamówień udzieloną jednemu wykonawcy lub łączną wartość tego samego zadania gospodarczego. Zamówienia mogły być udzielane w trybie bezprzetargowym lub w trybie przetargu nieograniczonego, o sposobie i warunkach udzielenia zamówienia decydował zamawiający. Zamawiający był zobowiązany do udzielenia zamówienia w sposób dla siebie najkorzystniejszy, z zachowaniem zasad określonych w ustawie. Udzielenie zamówienia odbywało się poprzez porównanie uprzednio zebranych ofert, a jego realizacja następowała na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej. Taki system prawny zamówień obowiązywał do 1984 roku¹⁴, kiedy to ustawowo nadano Radzie Ministrów prawo nakładania obowiązku przeprowadzenia postępowania przetargowego na udzielenie zamówienia na dostawy, roboty i usługi jednostkom gospodarki nieuspołecznionej, przy jednoczesnym określeniu zasad i trybu przeprowadzenia takiego postępowania¹⁵.

Proces transformacji ustrojowej i powrót do gospodarki rynkowej spowodował potrzebę przywrócenia regulacji prawnych dotyczących wydatkowania środków publicznych, co w konsekwencji wiązało się przywróceniem regulacji z zakresu zamówień publicznych. Aktem prawnym, który wprowadził regulację z zakresu zamówień publicznych była ustawa Prawo budżetowe z 1992 roku¹⁶. Dodany

¹¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz. U. Nr 21, poz. 180).

¹² Dekret z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz. U. Nr 16, poz. 87 ze zm.).

¹³ Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7).

¹⁴ Art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. Nr 71, poz. 318).

¹⁵ Art. 7 ust. 2 ustawy jak wyżej.

¹⁶ Ustawa z dnia 5 stycznia 1991 r. Prawo budżetowe (tekst pierwotny Dz. U. Nr 4, poz. 18 ze zm.).

przepis ustawy¹⁷ wprowadził upoważnienie Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, trybu składania zamówień i dokonywania wydatków na dostawy towarów, wykonywanie usług i robót budowlano-montażowych na rzecz Skarbu Państwa oraz samorządów terytorialnych. Przepis ten został wprowadzony do części ustawy regulującej wykonywanie budżetu jako jedna z zasad gospodarki finansowej. Konsekwencją wprowadzenia regulacji dotyczących zamówień publicznych było zaliczenie naruszenia trybu postępowania przy składaniu zamówień i dokonywaniu wydatków do działań powodujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁸.

Podstawowym aktem prawnym wprowadzającym zamówienia publiczne do naszego kształtującego się nowego systemu prawnego stała się ustawa z 1994 roku o zamówieniach publicznych¹⁹. Ustawodawca określając zakres regulacji wskazał na zasady, formy i tryby udzielania zamówień publicznych, organy właściwe w sprawach zamówienia publiczne, a także tryby rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres podmiotowy ustawy pierwotnie obejmował jednostki administracji państwowej (rządowej) oraz inne podmioty (wymienione w ustawie) dysponujące środkami publicznymi, natomiast dla jednostek samorządu terytorialnego ustawa zaczęła obowiązywać od dnia 1 stycznia 1996 roku²⁰. Przedmiotem zaś ustawy były zamówienia na dostawy, wykonywanie usług i robót budowlanych opłacanych w całości lub w części ze środków publicznych²¹. Ustawa wprowadzała szereg zasad udzielania zamówień publicznych, wśród których należy w pierwszej kolejności wymienić zasadę równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie i zasadę prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Wprowadzono możliwość stosowania tzw. preferencji krajowych, wyrażających się w możliwości stosowania preferencji podmiotowych (udział tylko wykonawców krajowych oraz zagranicznych mających oddział lub przedstawicielstwo w Polsce) oraz przedmiotowych (wykorzystanie surowców i produktów krajowych). Ważną zasadą ustawową był zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania ustawy. Określając zasady udzielania zamówień publicznych ustawodawca dokonał ich bardzo szerokiego ujęcia, co spowodowało, że znaczna część ustawy zawierała regulacje dotyczące zasad łączenie z szeregiem regulacji wskazujących na prawne możliwości odstąpienia od tych zasad²². Ustawa wprowadziła sześć trybów udzielania zamówień publicznych: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, przetarg dwustopniowy, negocjacje z zachowaniem konkurencji, zapytanie o cenę i zamówienia z wolnej ręki. Przy czym tryb przetargu nieograniczonego określono jako tryb podstawowy, co oznaczało, że stosowanie innych trybów mogło być „wyjątkiem” i obwarowane było spełnieniem wymogów określonych przepisami ustawy. Konkurencyjności i jawności służył obowiązek publikowania ogłoszeń dotyczą-

¹⁷ Art. 1 pkt 17 ustawy z dnia 1 sierpnia 1992 r. o zmianie ustawy – Prawo budżetowe (Dz. U. Nr 64, poz. 322) dodano do art. 42 ust. 3 będący podstawą do wydania przedmiotowego rozporządzenia przez Radę Ministrów.

¹⁸ Przepis ten zawiera art. 57 ust 1 pkt 14 ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. Prawo budżetowe (Dz. U. Nr 4, poz. 18).

¹⁹ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 76, poz. 344), zwana dalej ustawą z 1994 r.

²⁰ Jednostki samorządu terytorialnego mogły wcześniej stosować ustawę zgodnie z dyspozycją art. 96 w okresie od 1 stycznia do dnia 31 grudnia 1995 r. organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może postanowić, że zamówienia publiczne dokonywane ze środków własnych udzielane są zgodnie z przepisami ustawy.

²¹ Zob. art. 2 pkt 4 i art. 3 ust. 1 ustawy z 1994 r.

²² W pierwotnym tekście ustawy było aż 15 artykułów zamieszczonych w rozdziale 3 zatytułowanym zasady, w kolejnych nowelizacjach dokonywano dalszej rozbudowy tej części ustawy i co za tym idzie powiększania liczby zasad. Literatura w tym zakresie wyróżniała od kilkunastu do dwudziestu kilku zasad, por.: A. Panasiuk, Ustawa o zamówieniach publicznych, komentarz, Wyd. FORUM, Poznań 2001; H. Nowicki, Zamówienia publiczne, zbiór aktów prawnych, Toruń 2004.

cych wszczęcia procedury o udzielanie zamówienia. Ogłoszenia były publikowane, w zależności od wartości zamówienia, w Biuletynie Zamówień Publicznych, Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich oraz w prasie. Ustawa wprowadziła również, dla ważności postępowania, wymogi w zakresie minimalnej liczby złożonych ofert, minimalnej liczby podmiotów, z którymi prowadzono negocjacje lub liczby skierowanych zapytań o cenę. Wyjątkiem był tryb zamówienia z wolnej ręki, gdzie rokowania można było prowadzić tylko z jednym wykonawcą. Postępowanie o zamówienie publiczne kończyło się wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ustawodawca wprowadził również przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zakazu zmian umowy oraz możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego ze względu na ważny interes publiczny. Do umów w sprawach zamówień publicznych ustawa odsyłała, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, do przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego. W związku z realizacją umowy i sporu wykonawcy z zamawiającym wprowadzono postępowanie reklamacyjne poprzedzające drogę postępowania sądowego. Dostawcom i wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przyznano prawne środki odwoławcze. Środkiem takim stał się protest wnoszony do zamawiającego na jego czynności. Natomiast od rozstrzygnięcia protestu lub braku jego rozpatrzenia, w ustawowym terminie, dostawcy lub wykonawcy przyznano prawo wnoszenia odwołania do Prezesa Urzędu. Postępowanie odwoławcze prowadzone było zgodnie, o ile ustawa nie stanowiła inaczej, z przepisami kodeksu postępowania cywilnego o sądach polubownych. Odwołanie rozpatrywał zespół trzech arbitrów, który mógł nakazać dokonanie lub powtórzenie określonych czynności zamawiającego, mógł również unieważnić określone czynności lub też przerwać postępowanie o zamówienie publiczne. W 1997 roku przyznano uczestnikom postępowania prawo skargi o uchylenie wyroku arbitrów do sądu powszechnego na zasadach określonych przepisami kodeksu postępowania cywilnego²³.

Ustawą z 1994 roku powołano centralny organ administracji państwowej właściwy w sprawach zamówień publicznych, którym został Prezes Urzędu Zamówień Publicznych²⁴. Określając zadania Prezesa Urzędu ustawodawca przyznał mu prawo wydawania, w przypadkach określonych ustawą, decyzji w sprawach zamówień publicznych. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawował Prezes Rady Ministrów²⁵. Powołano również organ doradczo opiniodawczy Prezesa Urzędu tj. Kolegium, którego członków powoływał Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu.

Zachodzący rozwój systemu zamówień publicznych w Polsce oraz potrzeba dostosowywania prawa krajowego do regulacji Unii Europejskiej skutkowało licznymi nowelizacjami Ustawy z 1994 roku, a dla przejrzystości jej stosowania opublikowano dwa teksty jednolite. Procesowi pełnego dostosowania naszego prawa do wymogów prawa UE służyło opracowanie i uchwalenie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych²⁶. Jej wejście w życie z dniem 2 marca 2004 roku spowodowało uchylenie ustawy z 1994 roku.

²³ Art. 1 pkt 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778).

²⁴ Ustawa w tym zakresie była nieprecyzyjna, gdyż używała tylko określenia „Prezes Urzędu”.

²⁵ Art. 14 ustawy z dnia 21 grudnia 2001 r. o zmianie ustawy o organizacji i trybie pracy Rady Ministrów oraz o zakresie działania ministrów, ustawy o działach administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 154, poz. 1800) nadzór nad Prezesem Urzędu powierzono ministrowi właściwemu do spraw administracji.

²⁶ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 19, poz. 177; obecny tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907; ze zm.), zwana dalej Pzp; powoływane w tekście numery artykułów bez podania nazwy aktu prawnego oznaczają artykuły tej ustawy.

2. Znaczenie systemu zamówień publicznych

Zakres regulacji objętej ustawą wyznaczyły podstawowe przesłanki, do których zaliczamy: 1) powszechność stosowania – dążenie do powszechności stosowania jej przepisów przy wydatkowaniu środków publicznych; 2) jawność postępowania – wprowadzenie jawności i przejrzystości postępowania o zamówienia publiczne; 3) uczciwość konkurencji – stworzenie regulacji gwarantującej uczciwą konkurencję przy udzielaniu i realizacji zamówień publicznych; 4) równość traktowania oferentów – wprowadzenie gwarancji równego traktowania wykonawców (odstąpienie od stosowania preferencji krajowych²⁷); 5) kontroli procesu zamówień – wprowadzenie kontroli udzielania zamówień publicznych (kontroli realizowanej przez uczestników oraz kontroli instytucjonalnej realizowanej przez Prezesa Urzędu i inne uprawnione organy kontroli), 6) zgodności regulacji krajowych z regulacjami UE – dostosowanie krajowej regulacji prawnej zamówień publicznych do wymogów wynikających z prawa Unii Europejskiej i innych umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska; 7) samodzielności zamawiającego – samodzielność zamawiającego w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uchylona ustawa z 1994 roku w dużym zakresie zawierała regulacje prawne spełniające powyższe wymogi²⁸, jednak zakres zmian wprowadzony ustawą z 2004 roku miał charakter systemowy. Wejście w życie nowej ustawy nie zakończyło procesu legislacyjnego w tym obszarze, kolejne zmiany dyrektyw i pojawiające się nowe dyrektywy UE oraz proces zachodzących zmian w kraju skutkowałam kolejnymi zmianami Prawa zamówień publicznych.

Wskazane przesłanki będące podstawą tworzonego systemu zamówień publicznych określamy również jako cele tej regulacji prawnej. Ujęcie i wskazanie poszczególnych celów jest różnie ujmowane w aktach prawnych, oficjalnych dokumentach urzędowych związanych z wprowadzaniem poszczególnych aktów prawnych oraz literaturze²⁹. Należy mieć świadomość, że podstawowe cele zamówień publicznych pozostają niezmiennie i wynikają w pierwszej kolejności z prawa pierwotnego UE. Zakres celów dla których wprowadzono zamówienia publiczne jest konsekwencją przyjęcia wspólnego rynku wewnętrznego w ramach UE. Postanowienia Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską³⁰ wprowadzają, między innymi, podstawowe zasady dotyczące funkcjonowania wspólnego rynku jak konkurencyjność; równość (zakaz dyskryminacji); swoboda przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Analiza postanowień Traktatu wskazuje na dalsze zasady, które mają również znaczenie dla wspólnego rynku i funkcjonujących na nim jego uczestników. Oczywiście jest, że zamówienia publiczne są częścią tego rynku i dodajmy istotną część tego rynku³¹, a uczestnikami rynku są zamawiający dokonujący zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych oraz wykonawcy, czyli podmioty (w zdecydowanej większości przedsiębiorcy) ubiegające się i następnie realizujące przedmiotowe zamówienia. Jeżeli przy analizie celów i zakresu regulacji tej części systemu prawa

²⁷ Ustawa pominęła stosowanie preferencji jako niezgodnych z prawem UE, wprowadziła natomiast możliwość stosowania jako kryterium oceny ofert wpływu wykonania zamówienia na lokalny rynek pracy miejsca wykonywania zamówienia.

²⁸ Jednym z mankamentów tak pośpiesznego wejścia w życie ustawy było utrzymanie w mocy przepisów wykonawczych do ustawy z 1994 roku, a które to akty nie były w pełnym zakresie spójne z nową ustawą.

²⁹ Zob. szerzej na ten temat: J. Sadowy, Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu (w:) H. Nowicki, J. Sadowy (red.) XV lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń-Warszawa 2009, s. 170 i nast.

³⁰ Obecnie, po zmianach wprowadzonych przez Traktat z Lizbony nazwa tego aktu to Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004 r. Nr 90 strona 864/2), zwany dalej TFUE.

³¹ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011 r., s. 17 i nast.

uwzględnimy wartość rynku zamówień publicznych w Polsce i UE otrzymamy jednoznaczne wskazanie znaczenia tego systemu dla państwa jak i całej Wspólnoty Europejskiej. Dodatkowego znaczenia nabiera system zamówień publicznych ze względu na realizowanie polityki UE. Określając prawne reguły dokonywania zakupów usług, dostaw czy też robót budowlanych możemy wprowadzać np. obowiązek dostarczenia towarów o określonych parametrach technicznych będących wynikiem zastosowania nowoczesnych (innowacyjnych) rozwiązań lub spełniających określone wymogi środowiskowe (zielone zamówienia). Zawsze jednak musimy mieć świadomość, że procesy wydatkowania środków publicznych nie tylko służą realizacji celów określanych przepisami prawa, są również jednym z instrumentów oddziaływania państwa na rynek poprzez kierowanie określonego strumienia środków pieniężnych. Państwo jest w tym przypadku również gwarantem właściwych (określonych prawem) reguł zachowania się w tym procesie zamawiających i wykonawców. Ważnym założeniem przyświecającym ustawodawcy kształtującego prawny system zamówień publicznych jest świadomość uczestniczenia w poszczególnych procedurach podmiotów o odmiennych interesach. Zamawiający, reprezentujący interes publiczny, podejmuje działania zmierzające do racjonalnego i efektywnego udzielenia zamówienia publicznego. Jednym z mankamentów naszego systemu zamówień publicznych jest dążenie zamawiającego do dokonywania zamówień z jak najmniejszym zaangażowaniem środków finansowych (niska cena). Natomiast wykonawca reprezentuje swój własny interes ekonomiczny, podejmuje działania dążące do uzyskania zamówienia publicznego i jego realizacji. Wykonawca ubiegając się o uzyskanie zamówienia, a następnie je realizując będzie dążył do osiągnięcia jak najwyższych korzyści z tym związanych, co w gospodarce rynkowej jest zjawiskiem naturalnym (dążenie do maksymalizacji zysku)³². System prawny musi te dwa odmienne, z punktu widzenia ekonomicznego, interesy doprowadzić do ich zrównoważenia przy realizacji zadań publicznych, które leżą w sferze zadań i kompetencji zamawiających. Przepisy prawa muszą gwarantować ochronę zarówno interesu indywidualnego wykonawców, jak i ochronę zamawiających, którzy reprezentują interes publiczny³³. Temu służą, między innymi, regulacje ustawy dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych, środków ochrony prawnej oraz kontroli udzielania zamówień publicznych.

3. Efektywne wydatkowanie środków

Dokonując analizy wprowadzenia systemu zamówień publicznych w Polsce³⁴, należy w pierwszej kolejności uwzględnić podstawowy cel tej regulacji³⁵, którym jest racjonalizacja wydatków dokonywanych przez podmioty zobowiązane do stosowania procedur określonych ustawą. Na efektywność wydatkowania środków wskazuje art. 53 dyrektywy klasycznej, którą uzyskuje się poprzez kryteria udzielania zamówień (oferta najkorzystniejsza ekonomicznie lub wyłącznie najniższa cena)³⁶. Efektywności wydatkowania środków służą prawne reguły określone w Pzp, które określają uprawnienia i obowiązki zarówno zamawiających, jak i wykonawców uczestniczących w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ważną częścią regulacji jest określenie podmio-

³² Ta sprzeczność interesów jest oczywiście zjawiskiem dużo szerszym (wkraczającym również na obszar nauk ekonomicznych), ale jej analiza w tym miejscu wykraczałaby poza ramy opracowania.

³³ Na potrzebę ochrony interesu publicznego wskazuje St. Jędrzejewski: /w:/ St. Jędrzejewski, H. Nowicki: Kontrola administracji publicznej, Wydawnictwo COMER 1995, s.5.

³⁴ Dokonano tego ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

³⁵ Szerzej na ten temat; J. Sadowy, Cele systemu zamówień ... op. cit. s. 170.

³⁶ Zob. P. Nowicki, Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańska-Warszawa 2012 s. 91 i nast.

tów zobowiązanych do stosowania ustawy (art. 3), do których należą: jednostki sektora finansów publicznych³⁷; państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie będące jednostkami sektora finansów publicznych; osoby prawne realizujące zadania w sferze zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym (zadania w sferze użyteczności publicznej) i będące jednocześnie pod wpływem kapitałowym, finansowym lub organizacyjnym jednostek sektora finansów publicznych lub innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej; związki podmiotów wyżej wymienionych; podmioty realizujące działalność zaliczaną do działalności sektorowej (art. 132), których działalność wykonywana jest na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych; podmioty będące pod wpływem kapitałowym, finansowym lub organizacyjnym – jednostek sektora finansów publicznych – państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej – osób prawnych realizujących zadania w sferze użyteczności publicznej; inne podmioty, których wartość udzielanego zamówienia jest finansowana w ponad 50% ze środków publicznych lub przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub osoby prawne realizujące zadania w sferze użyteczności publicznej; podmioty realizujące zamówienie finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od stosowania procedur określonych ustawą; podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane³⁸, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Ustawa wprowadza również grupę wyłączeń stosowania jej przepisów (art. 4), których to katalog ma charakter zamknięty. Wartym zwrócenia szczególnej uwagi jest wyłączenie zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty czternastu tysięcy euro³⁹, przy czym wartość zamówienia ustawodawca przyjmuje całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1).

Przepisy ustawy, zgodnie z dyrektywami UE, wprowadziły, w odniesieniu do grupy usług o charakterze niepriorytetowym, możliwość niestosowania wskazanych przepisów, które odnoszą się do takich kwestii jak: terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert; obowiązek żądania wadium, obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. W określonych przypadkach, w odniesieniu do zamówień usług niepriorytetowych, poszerzono również możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Niezależnie od wprowadzonych pewnych ograniczeń lub wyłączeń należy mieć świadomość, że prawne reguły wprowadzone ustawą Pzp kształtują wydatkowanie środków przez podmioty zobowiązane do jej stosowania. Przy czym należy zauważyć, że zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy nie dotyczy tylko podmiotów wydatkujących środki publiczne. W przypadku zamówień sektorowych o obowiązku stosowania ustawy decyduje rodzaj prowadzonej działalności, nie ma natomiast znaczenia czy środki służące finansowaniu dokonywanych zakupów mają charakter publiczny czy prywatny. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku zakupów dokonywanych ze współudziałem środków publicznych, reguły będą dotyczyły całego realizowanego postępowania o udzielenie zamówienia.

³⁷ W rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

³⁸ Art. 118 i nast. Pzp.

³⁹ Kwota wartości zamówień podlegających wyłączeniu ulegała w kolejnych latach zmianom. Należy również mieć na uwadze, że do czasu wprowadzenia wspólnej waluty EURO system zamówień publicznych odwoływał się do przeliczeniowej jednostki jaką było ECU .

4. Przejrzystość w wydatkowaniu środków

Jednym z podstawowych warunków poprawnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych służących jego przejrzystości jest wprowadzenia jawności postępowań. Traktat o funkcjonowaniu UE wprowadzając podstawowe zasady funkcjonowania wspólnego rynku określa również reguły dla wykonywania budżetu, który musi być wykonywany w oparciu o zasadę należytego zarządzaniem finansami (art. 310 ust. 5 TFUE). Obowiązek ten dotyczy również państw członkowskich, które są zobowiązane do współpracy w realizacji tej zasady. Za jeden z elementów należytego zarządzania finansami należy uznać przejrzystość w wydatkowaniu środków będących częścią budżetu. Podobne uregulowanie znajdujemy w dyrektywach UE, które wskazują na przejrzystość działania instytucji zamawiających⁴⁰. Ustawa o finansach publicznych⁴¹ określa, między innymi, zasady i sposoby zapewnienia jawności i przejrzystości finansów publicznych. Jednym z postanowień tej ustawy służących przejrzystości finansów publicznych jest obowiązek prowadzenia rachunkowości według reguł określonych przepisami prawa. W przypadku zamówień publicznych przejrzystości służy nie tylko prowadzenie rachunkowości według określonych reguł, służy temu również obowiązek dokumentowania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy mieć świadomość, że użyte tu pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma szerszy wymiar niż definicja określona w art. 2 pkt 7a Pzp. W tym przypadku pod tym pojęciem będziemy rozumieli wszelkie działania zamawiającego od podjęcia decyzji o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego po zakończenie realizacji zamówienia i jego odbiór (w tym również jego eksploatację np. odebranych robót budowlanych). Przejrzystość zamówień publicznych gwarantowana jest między innymi poprzez, podobnie jak w ustawie o finansach publicznych, publikację wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych (art. 13), publikację ogłoszenia o zamówieniu (art. 40), publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki (art. 62 ust 2a oraz art. 66 ust. 2), zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej (art. 91b ust. 1), informowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych, wykonawcach wykluczonych (art. 92), zawiadomienie o unieważnieniu postępowania (art. 93, ust. 3), ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (art. 95). Elementem przejrzystości systemu zamówień publicznych jest sporządzanie, przez zamawiających, rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach, które przekazywane są Prezesowi UZP (art. 98). Podobnie transparentności funkcjonowania zamówień publicznych służą obowiązki informowania, przez zamawiających, Prezesa UZP o podejmowanych działaniach w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (np. art. 102 ust. 3). Przejrzystość wydatkowania środków w systemie zamówień publicznych gwarantowana jest jawnością postępowań łącznie z jawnością umów, które podlegają obowiązkowi ich udostępniania w trybie określonym dla informacji publicznej⁴². Podobną funkcję służącą przejrzystości zamówień publicznych są regulacje z zakresu kontroli, środki ochrony prawnej oraz prowadzenia i udostępniania protokołu z prowadzonego postępowania.

⁴⁰ Art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 2004 Nr 134 s. 114 ze zm.).

⁴¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) rozdział 4 Jawność i przejrzystość finansów publicznych .

⁴² Art. 139 ust. 3 Pzp oraz ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

5. Otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję

Podstawowym wymogiem gospodarki rynkowej jest jej otwarcie na konkurencję. Traktat o funkcjonowaniu UE wprowadza jako wyłączną kompetencję Unii ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego⁴³, którego ważnym elementem jest rynek zamówień publicznych. Zagwarantowanie konkurencyjności było jednym z podstawowych celów wprowadzenia regulacji z zakresu zamówień publicznych w Polsce. W okresie poprzedzającym wstąpienie Polski do Unii Europejskiej gwarantowana, przepisami ustawy z 1994 roku, była pełna konkurencyjność wykonawców krajowych na rynku zamówień publicznych. Wprowadzone preferencje krajowe, wskazujące na dostawcę lub wykonawcę krajowego⁴⁴, były regulacją dyskryminującą wykonawców pochodzących z innych państw. Dopiero wejście w życie ustawy Pzp w 2004 roku zagwarantowało pełne otwarcie polskiego rynku zamówień publicznych na konkurencję. Wejście Polski do Unii Europejskiej spowodowało, że polscy zamawiający i wykonawcy zaczęli uczestniczyć we wspólnym rynku zamówień⁴⁵. Obecnie zamawiający wszczynając procedurę o udzielenie zamówienia publicznego musi przyjąć, że podmiotami zainteresowanymi i ubiegającymi się o dane zamówienie publiczne mogą być wykonawcy z innych państw. Konkurencyjność zatem uzyskała wymiar ponadpaństwowy i przejawia się to tzw. zamówieniami transgranicznymi co oznacza, że strony umowy (zamawiający i wykonawca) o udzielenie zamówienia publicznego pochodzą z różnych państw. Konkurencyjność na wspólnym rynku UE przejawia się również w tzw. systemie pośrednim transgranicznym, w których wykonawca z jednego państwa zawiera umowy z podwykonawcami z państw trzecich.

Konkurencyjność zamówień publicznych wprowadzają i gwarantują dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych, które odnoszą się do rynku wewnętrznego Unii. Dyrektywa klasyczna wskazuje na równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców przez instytucje zamawiające. Prawo krajowe państw członkowskich, będące implementacją dyrektyw UE, gwarantuje konkurencyjność podmiotów przynależnych do tego rynku, a więc zamawiających i wykonawców pochodzących z państw członkowskich UE, państw przynależnych do Europejskiego Obszaru Gospodarczego i państw, które mają podpisane umowy z Unią o wzajemnym otwarciu rynków zamówień publicznych. Porządek prawny Unii nie musi gwarantować i zabezpieczać konkurencyjności wobec dostawców mających swe siedziby w państwach nie będących członkami Unii, państwach przynależnych do Europejskiego Obszaru Gospodarczego i państwach mających podpisane umowy z UE.

Dyrektywa obronna⁴⁶ dokonuje, w stosunku do zamawiających działających w sektorze obronności, wyłączenia stosowania porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu. Tym samym dyrektywa daje uprawnienia państwu członkowskiemu do decydowania, w jakim zakresie podmioty zamawiające będą dopuszczały do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień dostawców z państw trzecich.

Otwarcie na konkurencję służy publikowanie ogłoszenia o zamówieniu i to zarówno w publikatorach krajowych (w Polsce jest to Biuletyn Zamówień Publicznych), jak i publikatorze wspólnotowym, którym jest Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Obowiązek publikacji ogłoszeń wynika wprost

⁴³ Art. 3 ust. 1 TFUE.

⁴⁴ Zob. art. 2 pkt 6 i art. 18 ustawy z 1994 r.

⁴⁵ Na temat rynku UE zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia ... s. 17 i nast.

⁴⁶ Dyrektywa nr 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. WE Nr L.216/76 z dnia 20.08.2009 r.).

z przepisów dyrektyw UE oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia lub wartość konkursu przesądza o miejscu publikacji ogłoszenia⁴⁷.

6. Przeciwdziałanie naruszeniom prawa (eliminowanie korupcji)

Zamówienia publiczne będące częścią rynku są, podobnie jak i inne zachowania uczestników tego rynku, podatne na działania naruszające obowiązujące normy prawne. Biorąc pod uwagę wielkość środków funkcjonujących na tym rynku oraz fakt, że środki te pochodzą głównie z sektora publicznego zachodzi może prawdopodobieństwo wystąpienia nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych. Pomimo obowiązujących reguł prawnych określających pozycję prawną uczestników tego rynku, niektórzy uczestnicy tego rynku w sposób świadomy lub czasami nieświadomie mogą naruszać obowiązujące procedury. Podstawowe unormowania wskazujące na skutki naruszenia Prawa zamówień publicznych znajdują się bezpośrednio w ustawie. Do przykładowych regulacji, w tym zakresie, można wskazać na obowiązek zamawiającego odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub złożona oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz pkt 8). Czynnem nieuczciwej konkurencji⁴⁸ jest, między innymi, utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku np. poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia (art. 15 ust. 1 pkt 1, uznk), może być również przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 15a uznk). Czynnami naruszającymi interes publiczny w zamówieniach publicznych, tym samym naruszającymi prawo, są działania wykonawców polegające np. na zmo- wie wykonawców⁴⁹. Przeciwdziałaniu między innymi korupcji, służy przepis art. 17 wprowadzający obowiązek wyłączenie osób wykonujących czynności w postępowaniu, którego treść wyraźnie wskazuje na możliwość „powiązania” tych osób z wykonawcami. Ochronie przed naruszeniami prawa służy również uprawnienie Prezesa UZP występowania do sądu o unieważnienie umowy (art. 146 ust. 6 i art. 168 pkt 3) lub występowania do rzecznika dyscypliny finansów publicznych w przypadku ujawnienie naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 168a). Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych regulują przepisy ustawy z 2004 roku, które specyfikują naruszenia prawa w zakresie zamówień publicznych oraz koncesji⁵⁰. Podobną rolę przeciwdziałania naruszeniom prawa pełnią środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom, uczestnikom konkursu oraz innym podmiotom, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego (art. 179 ust. 1). Podmiotami uprawnionymi do korzystania ze środków ochrony prawnej, w określonym ustawą zakresie, przysługują również organizacjom wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa UZP (art. 154 pkt 5). Niektóre działania uczestników rynku zamówień publicznych mogą skutkować odpowiedzialnością prawnokarną np. art. 228 i 229 kodeksu karnego⁵¹.

⁴⁷ Art. 11 ust. 8 Pzp oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.).

⁴⁸ Pojęcie czynów nieuczciwej konkurencji określa ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zwana w tekście uznk (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

⁴⁹ Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

⁵⁰ Art. 17 i 17a ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168).

⁵¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

7. Innowacyjność w zamówieniach publicznych

Innowacyjność w zamówieniach publicznych jest konsekwencją wzmoczonej dyskusji i ukierunkowania gospodarki na problematykę innowacyjności. Wydatkowanie środków poprzez system zamówień publicznych powinno służyć racjonalnemu i jak najefektywniejszemu wydatkowaniu środków publicznych z jednoczesnym zwiększaniem, czy też pobudzaniem innowacyjności⁵². W języku polskim pod pojęciem innowacji rozumie się wprowadzanie czegoś nowego (nowatorstwo, nowość)⁵³, pisze się i mówi o innowacjach technologicznych, innowacjach rynkowych. Podobnie nauki techniczne używają pojęcia innowacyjności na wdrażanie prototypów nowych urządzeń lub nowych technologii i wprowadzanie ich do produkcji. Przedstawiciele nauk ekonomicznych i związanych z zarządzaniem pod pojęciem innowacyjności rozumieją wprowadzanie nowych technologii oraz tworzenie organizacji i instytucji. Innowacje organizacyjne i instytucjonalne wiążą się nierozdzielnie z przedsiębiorczością, a ich wdrażanie jest rodzajem działalności gospodarczej o szczególnie wysokim stopniu ryzyka⁵⁴. Gospodarka rynkowa oparta na konkurencyjności, w której przedsiębiorcy konkurując pomiędzy sobą sami wytwarzają potrzebę, między innymi, innowacyjności proponując rynkowi lepsze, tańsze, nowocześniejsze technicznie i technologicznie produkty, usługi realizowane z wykorzystaniem nowocześniejszych technologii. Zatem sami przedsiębiorcy ukierunkowani na rynek podejmują działania, których efektem jest innowacyjność. Zamówienia publiczne będące częścią rynku są również procesem podatnym na zachowania innowacyjne. Przyjmując rozumienie innowacyjności jako działania związane z wprowadzaniem nowych technologii oraz nowych rozwiązań organizacyjnych możemy stwierdzić, że zamówienia publiczne mogą być i są działaniami sprzyjającymi i kreującymi innowacyjność. Wykorzystanie przepisów ustawy Pzp służących innowacyjności zależy od woli, wiedzy i świadomości zamawiającego, który prowadząc postępowanie ponosi pełną odpowiedzialność za przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Realizacja innowacyjnych zamówień publicznych jest, w pewnym zakresie, uzależniona od rozumienia tej problematyki przez organy powołane i uprawnione do kontroli zamówień publicznych. Tak podstawowe rozumienie zamówień publicznych jako regulacji służącej racjonalnemu wydatkowaniu środków musi towarzyszyć wiedza, że elementem immanentnie związanym z tą racjonalnością jest również innowacyjność. Wprowadzanie nowych i nowoczesnych rozwiązań, poprzez zamówienia publiczne, może być połączone ze zwiększoną ceną za dane zamówienie, jednak np. efekt ekonomiczny związany z kosztami eksploatacji da w przyszłości efekt dodatni. Jedną z najważniejszych zasad Pzp jest konkurencyjność, która jest nierozdzielnie związana z innowacyjnością. Konkurencyjny na rynku zamówień wykonawcy oferują określone towary, usługi lub roboty budowlane, które mogą różnić się np. poziomem stosowanych rozwiązań innowacyjnych wpływających na osiągnięte przez zamawiającego efekty ekonomiczne⁵⁵. Przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie

⁵² Zob. H. Nowicki, System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność (w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, UZP 2011 s. 111 i nast.

⁵³ Uniwersalny słownik języka polskiego, PWN, Warszawa 2003 s. 113.

⁵⁴ Wielka encyklopedia PWN, Warszawa 202, tom 12, s. 149.

⁵⁵ A. Powalowski (red.) Leksykon prawa konkurencji C.H.Beck 2010 s. 90.; podobnie C. Banasiński (w:) Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, LexisNexis 2009, s. 313. Na funkcje innowacyjną konkurencji zwraca, między innymi, również uwagę A. Brzezińska-Rawa, Wprowadzenie do prawa antymonopolowego, Toruń 2009, s. 12; T. Skoczny zwraca uwagę na konkurencję jako proces rywalizacji przedsiębiorców oraz jako mechanizm prowadzący do maksymalizacji efektywności działań przedsiębiorców (w:) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, T. Skoczny (red.) C.H. Beck Warszawa 2009 s. 40 i nast.

zamówienia publicznego możemy na poszczególnych etapach tego działania wprowadzać rozwiązania sprzyjające innowacyjności.

Pierwszym etapem będzie przedmiot zamówienia i jego opis⁵⁶, którego treść może zawierać lub proponować rozwiązania innowacyjne. Dyspozycja art. 29 ust. 1 wskazuje, że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ogranicza to jednak zamawiającego np. we wskazaniu przy opisie przedmiotu zamówienia na pojęcie „lub równoważny”⁵⁷. Taka dyspozycja przepisu wskazuje, że wykonawcy mogą proponować bardziej innowacyjne zrealizowanie zamówienia od wskazanego przez zamawiającego.

Podobną rolę spełniają przepisy odsyłające do opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia czy też opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem norm obowiązujących (art. 30 ust. 1). W tych przypadkach wykonawcy będą mogli zaproponować w swych ofertach innowacyjne rozwiązania w stosunku do wymogów określonych przez zamawiającego. Korzystanie ze wskazanych norm nie oznacza, że zamawiający nie może promować, z poszanowaniem konkurencyjności, od wykonawców spełnienia norm o podwyższonych parametrach, a więc innowacyjnych w stosunku do norm istniejących dzisiaj, korzystając z prawa do stosowania innych niż cenowe kryteriów oceny ofert lub umożliwiając składanie ofert równoważnych.

Innowacyjność możemy również uzyskiwać w przypadku zamówień na roboty budowlane, gdzie podstawą opisu jest dokumentacja projektowa⁵⁸ oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych lub program funkcjonalno-użytkowy. W tych przypadkach zamawiający wskazując na stawiane wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne⁵⁹ będzie mógł żądać od wykonawców stosowania podwyższonych wymagań technicznych, ekonomicznych i materiałowych przy wykonywaniu określonych robót budowlanych. Wskazując na podwyższone normy np. w zakresie ograniczenia energochłonności realizowanego obiektu budowlanego, zamawiający zabezpieczy sobie w przyszłości oszczędności związane z eksploatacją obiektu.

Kolejnym elementem działań innowacyjnych zamawiającego jest wprowadzenie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2

⁵⁶ Na temat opisu przedmiotu zamówienia jako instrumentu zapewniającego urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji zob. H. Nowicki (red.), I. Łazuga, J. Wyżgowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji, LexisNexis 2010, s. 49 i następne oraz orzecznictwo KIO tam przywołane.

⁵⁷ Art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp.

⁵⁸ Art. 20. 1. Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) wskazuje, że do podstawowych obowiązków projektanta, między innymi, należy: opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 1235), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

⁵⁹ Zgodnie z art. 5 Prawa budowlanego obiekt budowlany należy projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych zapewniając, między innymi, wymogi bezpieczeństwa konstrukcji, pożarowego i użytkowania, ale i odpowiedniej charakterystyki energetycznej oraz racjonalizacji użytkowania energii.

pkt 5 tj. oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów (pozacenowych) odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami Pzp kryteria pozacenowe zapewniają zamawiającemu możliwość wyboru oferty nie tylko najkorzystniejszej w ujęciu formalnym, lecz również w ujęciu ekonomicznym, jakościowym czy funkcjonalnym. Przepis art. 91 ust. 2 wskazuje na przykładowe kryteria pozacenowe, do których zalicza jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Przepisy dyrektywy klasycznej⁶⁰ i sektorowej wśród kryteriów dodatkowych, wskazują na: jakość, wartość techniczna, termin dostarczenia lub realizacji, koszty użytkowania, rentowność, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, serwis posprzedażny, pomoc techniczna, zobowiązania związane z dostarczaniem części zamiennych, bezpieczeństwo dostaw⁶¹. Dyrektywa obronna wskazuje ponadto na koszty cyklu życia, czas dostarczenia lub realizacji, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne⁶². Ważną rolę pełnią kryteria pozacenowe o charakterze obligatoryjnym, na które wskazują przepisy art. 91 ust. 8 i wydane rozporządzenie wykonawcze⁶³, będące wynikiem implementacji dyrektywy 2009/33/WE⁶⁴. Podobnie wprowadzony przepis art. 131k wskazuje na pozacenowe kryteria oceny ofert w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa⁶⁵. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określając istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, bądź ogólne warunki umowy lub wzór umowy może, zgodnie z dyspozycją art. 144, wskazać na możliwość zmiany umowy i warunki takiej zmiany. Umowy w sprawach zamówień publicznych będące często umowami kilkuletnimi, mogą wskazywać na nowe rozwiązania techniczne, technologiczne lub organizacyjne, których zaistnienie w trakcie realizacji umowy będzie dawało podstawę do dokonania zmian umowy, oczywiście z zachowaniem pozostałych przepisów wynikających z Pzp.

Jednym z podstawowych uprawnień zamawiającego zamierzającego wszcząć postępowanie jest wybór trybu, zgodnie z ustawą Pzp, w którym zamówienie będzie realizowane. Wskazanie na tryb udzielania zamówienia publicznego może nieść za sobą również rozwiązania innowacyjne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Część trybów proponowanych przez ustawę, z uwagi na ich przebieg może skutkować wyborem wykonawcy proponującego nowe rozwiązania techniczne, technologiczne lub organizacyjne. Trybami sprzyjającymi takim działaniom są tryby negocjacyjne lub oparte na procedurze dialogu. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

⁶⁰ Art. 53 ust. 1 lit a dyrektywy 2004/18/WE.

⁶¹ Art. 55 ust. 1 lit a dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 2004 Nr 134 s. 1 ze zm.).

⁶² Art. 47 ust 1 dyrektywy 2009/81/WE.

⁶³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. Nr 96, poz. 559).

⁶⁴ Dyrektywa 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. Urz. UE L 120 s. 5).

⁶⁵ Przepis dodany przez art. 1 pkt 20 ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustaw – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), wśród kryteriów dodatkowych wymienia: cykl życia produktu, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne.

może być poprzedzone przeprowadzeniem dialogu technicznego⁶⁶, który polega na zwróceniu się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Ważnym rozwiązaniem, towarzyszącym wprowadzeniu dialogu technicznego, jest możliwość uczestniczenia w dalszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym⁶⁷.

Prowadzone negocjacje, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, mogą dotyczyć głównie doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu umowy lub doprecyzowania warunków umowy o zamówienie publiczne (art. 58 ust. 2). Na szczególną uwagę zasługuje art. 55 ust. 1 pkt 3, który wskazuje na niemożność określenia z góry szczegółowych cech zamawianych usług. Zastosowanie tego trybu, a szczególnie części negocjacyjnej, może skutkować dla zamawiającego „innowacyjnym” doprecyzowaniem opisu przedmiotu zamówienia. W wyniku przeprowadzonych negocjacji zamawiający może dokonać zmian lub uzupełnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz tylko w zakresie prowadzonych negocjacji (art. 59 ust 1). Tak poprawiona specyfikacja stanowi podstawę przygotowania ofert przez zaproszonych wykonawców. Natomiast w trybie negocjacji bez ogłoszenia możliwość wpływania wykonawcy na przedmiot zamówienia jest bardzo ograniczona, gdyż przedmiotem negocjacji są warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 61), a nie opis przedmiotu zamówienia jak w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem. Podobnie ograniczony charakter, w zakresie innowacyjności, ma zamówienie z wolnej ręki, będące procedurą negocjacyjną, w której zamawiający negocjując tylko z jednym wykonawcą udzielenie zamówienia publicznego. Procedura ta pozbawiona jest tym samym konkurencyjności, którą wskazałem jako nieodłączny element innowacyjności, chociaż prowadzone negocjacje mogą zawierać ukierunkowanie na nowe rozwiązania.

Innowacyjność może być elementem dialogu konkurencyjnego, który zamawiający może zastosować, gdy zachodzą łącznie następujące przesłanki: - nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia; - cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 60b ust. 1). Tryb dialogu konkurencyjnego jest procedurą, w której dochodzi do szerokiego współdziałania wykonawców z zamawiającym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający prowadzi dialog do czasu, gdy jest już w stanie opisać przedmiot umowy i przygotować siwz, który następnie przekazuje zaproszonym wykonawcom. W trakcie prowadzonego dialogu wykonawcy mogą proponować bardziej innowacyjne rozwiązania, w stosunku do tych, które zamawiający uwzględnił w siwz, a które miały charakter niedookreślonych lub niezidentyfikowanych wcześniej przez zamawiającego⁶⁸.

Stosowane przez zamawiających umowy ramowe lub dynamiczny system zakupów mogą również służyć innowacyjności. Procedury te są realizowane z odpowiednim wykorzystaniem przepisów dotyczących przetargu nieograniczonego (art. 102 ust. 1), przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem (art. 99). Zastosowanie procedury związanej z zawarciem umowy ramowej daje możliwość wprowadzenia rozwiązań innowacyjnych w sposób wyżej przedstawiony przy poszczególnych procedurach (opis przedmiotu zamówienia, kryteria pozacenowe oceny najkorzystniejszej oferty, negocjacje, dialog itd.). Podobnie można ocenić, w kontekście innowacyjności, ustanowienie

⁶⁶ Przepisy wprowadzone do Pzp art. 1 pkt 11 ustawy jak wyżej.

⁶⁷ Zmieniony przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

⁶⁸ Zob. A. Panasiuk, Z. Kłoda, Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom, PARP 2010 s. 28.

dynamicznego systemu zakupów, który ustanawiany jest z odpowiednim zastosowaniem trybu przetargu nieograniczonego (art. 102 ust. 1).

Regulacją służącą innowacyjności jest procedura konkursu, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej (art. 110). Konkurs dotyczyć może zadań w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Wszczęcie postępowania konkursowego odbywa się poprzez opublikowanie ogłoszenia⁶⁹, w którym zamawiający określa, między innymi, przedmiot konkursu, wymagania stawiane uczestnikom konkursu oraz kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów (art. 115 ust. 2). Procedura konkursu ze swej natury jest postępowaniem skierowanym na wyłonienie prac o charakterze nowatorskim, innowacyjnym. Osiągniemy to stosując odpowiednie wymogi wprowadzone do regulaminu konkursu, który jest podstawą do wyłonienia zwycięzcy konkursu. Sąd konkursowy, powołany przez zamawiającego, dokonuje do oceny spełnienia przez uczestników konkursu wymagań oraz ocenia i wybiera najlepsze prace konkursowe. Profesjonalny skład sądu konkursowego daje możliwość dokonaniu wyboru prac konkursowych charakteryzujących się oczekiwaną przez zamawiającego innowacyjnością. Nagrodzona praca konkursowa zawierająca rozwiązania innowacyjne będzie miała bezpośrednie przełożenie na udzielane zamówienie, w którym praca konkursowa będzie stanowiła opis przedmiotu zamówienia. Bezpośrednie zastosowanie będzie to miało w przypadku wskazania w regulaminie, że nagrodą będzie zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Regulacją ustawową służącą innowacyjności jest dopuszczenie przez zamawiającego składania ofert wariantowych⁷⁰. Korzystając z tych przepisów należy w ogłoszeniu oraz siwz wskazać na taką możliwość skierowaną do wykonawców. W tym przypadku w siwz zamawiający wskazuje opis przedstawienia ofert wariantowych wskazując jednocześnie minimalne wymogi, jakim muszą odpowiadać oferty. Zamawiający wprowadzając możliwość składania ofert wariantowych dopuszcza odmienny, od przyjętego w siwz, sposób wykonania zamówienia. Możliwość złożenia ofert wariantowych dotyczy tylko przypadków, gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru (art. 83 ust. 1). Złożenie ofert wariantowych daje możliwość wyboru „najkorzystniejszej oferty” ze szczególnym uwzględnieniem kryteriów pozacenowych. Określone warunki minimalne oferty oraz wprowadzone kryteria pozacenowe muszą dawać możliwość porównywalności złożonych ofert i spełniać oczekiwania zamawiającego – wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający określając minimalne warunki dla oferty wariantowej wskazuje np. na oczekiwane lub spodziewane efekty ekonomiczne, funkcjonalność, parametry techniczne lub technologiczne, koszty eksploatacji. Wprowadzenie pozacenowych kryteriów oceny ofert daje zamawiającemu możliwość wyłonienia wykonawcy proponującego np. bardziej innowacyjne rozwiązania w stosunku do przedmiotu zamówienia niż przewidział to zamawiający.

Stosowanie przepisów ustawy, ukierunkowanych i sprzyjających innowacyjności, jest możliwe lecz uzależnione od woli i potrzeb zamawiającego. Działania innowacyjne zamawiającego muszą wynikać z jego potrzeb i wiedzy w zakresie wprowadzania w realizowanych dostawach, usługach czy też robotach budowlanych rozwiązań nowatorskich, wykazujących się lepszymi, tańszymi, nowocześniejszymi technicznie i technologicznie produktami, usługami realizowanymi z wykorzystaniem

⁶⁹ Treść ogłoszenia o konkursie określa art. 115 ust. 2 Pzp.

⁷⁰ Art. 2 pkt 7, art. 36 ust 2 pkt 4 oraz 41 pkt 5 Pzp; art. 24 dyrektywy 2004/18/WE; art. 36 dyrektywy 2004/17/WE.

nowocześniejszych technologii. Ważnym elementem służącym innowacyjności w zamówieniach publicznych jest konkurencyjność, która wymusza pomiędzy wykonawcami potrzebę poszukania rozwiązań innowacyjnych.

8. Zielone zamówienia publiczne

Innowacyjność zamówień publicznych ściśle łączy się z problematyką tzw. zielonych zamówień publicznych. Zielone zamówienia publiczne (green public procurement) można rozumieć jako procedury udzielania zamówień wymuszające lub zachęcające do stosowania nowoczesnych technologii i innych rozwiązań przyjaznych środowisku naturalnemu. Możemy również zielone zamówienia publiczne ujmować jako rodzaj określonej polityki⁷¹ realizowanej przez zamawiających, w trakcie stosowanych procedur zamówień publicznych, włączania kryteriów i wymagań proekologicznych przy dokonywanych zakupów dostaw, usług i robót budowlanych. Politykę tę, w pierwszej kolejności, realizuje państwo poprzez system prawa i działania podmiotów publicznych będących zamawiającymi.

Przyjazność zamówień publicznych wobec środowiska naturalnego ujmują bardzo szeroko jako każdy rodzaj oddziaływania na środowisko. W ujęciu procesu udzielania zamówień możemy wyodrębnić, ze względu na etap działania związany z procesem udzielania zamówienia, trzy fazy oddziaływań na środowisko:

- przed udzieleniem zamówienia publicznego, dotyczy to działań proekologicznych związanych z wydobywaniem surowców wykorzystywanych następnie przy realizacji zamówienia publicznego, stosowanymi technologiami wytwarzania produktów dostarczanych w celu zrealizowania zamówienia, stosowanymi technikami i technologiami przygotowania do świadczenia usług;
- w trakcie udzielanego zamówienia publicznego, stosowanymi technikami i technologiami w trakcie realizowanego zamówienia, surowcami, materiałami, produktami i urządzeniami wykorzystywanymi przy realizacji zamówienia;
- po zrealizowaniu zamówienia publicznego, w tym przypadku ważne będą np. koszty eksploatacji zakupionych urządzeń, koszty eksploatacji zrealizowanych robót budowlanych, ich wpływ i oddziaływanie na środowisko, cykl życia produktów i ich żywotność, recykling itp.

Działania związane z realizowaniem polityki w zakresie zielonych zamówień publicznych podejmowane są zarówno w regulacjach prawnych UE i działaniach jej organów, podejmowane są również przez prawo krajowe.

Generalnie przepisy prawa UE oraz prawa krajowego nie regulują wymogów związanych z tą częścią działań, które poprzedzają wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁷² oraz działań związanych z udziałem przyszłych wykonawców w tym postępowaniu.

Na potrzebę ochrony środowiska przy ustalaniu i realizacji polityk i działań UE zwrócono uwagę w art. 11 Traktatu o Funkcjonowaniu UE. Podobnie przepisy dyrektyw zawierają normy wprowadza-

⁷¹ Zob. art. 11 TFUE.

⁷² We wstępie do dyrektywy klasycznej w punkcie 29 wskazuje się, że w siwz można określić aspekty środowiskowe, np. obejmujące metody i ich wpływ na środowisko.

jące wymogi ochrony środowiska do wspólnotowych polityk i działań, między innymi, w zakresie zamówień publicznych z jednoczesnym promowaniem zasady zrównoważonego rozwoju⁷³. Kolejne postanowienia dyrektyw wskazują na uprawnienia instytucji zamawiających do określania aspektów środowiskowych wskazując np. na metody produkcji oraz wpływ produktów lub usług na środowisko. Natomiast art. 27 dyrektywy klasycznej stanowi, że instytucja zamawiająca może określić lub być zobligowana przez prawo krajowe do określania w dokumentacji postępowania warunków, które muszą spełniać oferenci w zakresie ochrony środowiska⁷⁴. Prawodawstwo UE zawiera szereg uregulowań wskazujących na potrzebę ochrony środowiska wprowadzając te wymogi do poszczególnych dziedzin działalności. Do głównych regulacji z tego zakresu możemy zaliczyć: dyrektywę 2009/33/WE wspomnianą wyżej, dyrektywę 2009/125/WE⁷⁵, dyrektywę 2010/30/UE⁷⁶, dyrektywę 2010/31/UE⁷⁷, dyrektywę 98/34/WE⁷⁸, dyrektywę 2006/32/WE⁷⁹, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008⁸⁰, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010⁸¹, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1222/2009⁸², Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009⁸³, Rozporządzenie Komisji (UE) nr 244/2012⁸⁴, Rozporzą-

⁷³ Pkt 5 wstępu do dyrektywy 2004/18/WE, pkt 1 i 12 wstępu do dyrektywy 2004/17/WE.

⁷⁴ Podobnie art. 39 dyrektywy 2004/17/WE.

⁷⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiająca ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią (Dz. U. L. 285, s. 10).

⁷⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez o etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią (Dz. U. L. 153, s. 1).

⁷⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków (Dz. U. L. 153, s. 13).

⁷⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. L. 204, s. 37).

⁷⁹ Dyrektywa 2006/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/76/EWG (Dz. U. UE. L 114 s. 64).

⁸⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Dz. U. UE. L. 39 s. 1).

⁸¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie oznakowania ekologicznego UE (Dz. U. UE. L. 27, s. 1).

⁸² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1222/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylające rozporządzenie (WE) nr 761/2001 oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i 2006/193/WE (Dz. U. UE. L. 342, s. 1).

⁸³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie wymagań technicznych w zakresie homologacji typu pojazdów silnikowych dotyczących ich bezpieczeństwa ogólnego, ich przyczep oraz przeznaczonych dla nich układów, części i oddzielnych zespołów technicznych (Dz. U. UE. L. 200, s. 1).

⁸⁴ Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) nr 244/2012 z dnia 16 stycznia 2012 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE w sprawie charakterystyki energetycznej budynków i ustanawiające ramy metodologii porównawczej do celów obliczania optymalnego pod względem kosztów poziomu wymagań minimalnych dotyczących charakterystyki energetycznej budynków i elementów budynków (Dz. U. UE. L. 81, s. 18).

dzenie Komisji nr 640/2009⁸⁵ oraz Rozporządzenie Komisji nr 1062/2010⁸⁶. Komisja Europejska określając kryteria środowiskowe wskazała na określone grupy produktowe uznane za najbardziej odpowiednie do wdrożenia tychże kryteriów ze względu na ich wielkość w rynku zamówień publicznych oraz wpływ na środowisko. Grupami produktów objętych kryteriami środowiskowymi UE są: papier do kopiowania i kserograficzny, środki czystości i usługi sprzątania, biurowy sprzęt komputerowy, budownictwo, transport, meble, energia elektryczna, żywność i usługi cateringowe, wyroby włókiennicze, produkty i usługi ogrodnicze, okna, izolacja cieplna, płyty ścienne, skojarzona gospodarka energetyczna, oświetlenia uliczne i sygnalizacja świetlna, oświetlenia wewnętrzne oraz twarde pokrycia podłogowe i telefony komórkowe.

W prawie polskim warto zwrócić uwagę na dyspozycję art. 5 Konstytucji RP⁸⁷ wskazującego na działania władzy publicznej skierowanych na potrzebę zapewnienia ochrony środowiska opartą na zasadzie zrównoważonego rozwoju. Uwzględniając porządek prawny RP należy mieć na uwadze, że realizacja obowiązków z zakresu ochrony środowiska, między innymi podmiotów publicznych, wynika z szeregu aktów rangi ustawowej dotyczących tej problematyki⁸⁸. Problematyki ochrony środowiska dotyczą również inne dokumenty UE⁸⁹ jak i dokumenty krajowe⁹⁰.

Analizując przepisy prawa UE (dyrektywy klasycznej i sektorowej) oraz prawa krajowego możemy problematykę zielonych zamówień wyodrębnić w poszczególnych fazach, bezpośrednio związanych z działaniami związanymi z udzielaniem zamówień publicznych. Jest to węższe ujęcie tej problematyki niż zaproponowane na początku rozważań.

Pierwszą fazą jest przygotowanie dokumentów związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Dyrektywa klasyczna w art. 23 wskazuje, między innymi, na możliwość określenia przedmiotu zamówienia poprzez sposób oddziaływania na środowisko. Opis przedmiotu może być dokonany z wykorzystaniem charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności określonych w ekoetykietach. Ustawa Pzp w art. 30 ust. 6, wprowadza możliwość dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez

⁸⁵ Rozporządzenie Komisji nr 640/2009 w sprawie wykonania dyrektywy 2005/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla silników elektrycznych (Dz. U. L. 191, s. 26).

⁸⁶ Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) nr 1062/2010 z dnia 28 września 2010 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla telewizorów (Dz. U. UE. L. Nr 314, s. 64).

⁸⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁸⁸ Przykładem może być: Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 1232), Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie (Dz. U. Nr 75, poz. 493 ze zm.), aktami tymi są również ustawy implementujące poszczególne dyrektywy UE.

⁸⁹ Komunikat Komisji Europejskiej z 16 lipca 2008 r. Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska COM (2008) 400, podręczniki Komisji Europejskiej dotyczące zielonych zamówień publicznych: – Ekologiczne zakupy, wyd. 2, UE 2011; – GPP, Green Public Procurement, A collection of good practices UE 2012, zob. Zielone zamówienia publiczne, UZP Warszawa 2009, Zielone zamówienia publiczne, II podręcznik, UZP Warszawa 2012.

⁹⁰ Strategia Rozwoju Kraju 2007-2015, przyjęta przez Radę Ministrów w dniu 29 listopada 2006 roku, Warszawa MRR 2006; Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2010–2012, UZP, Warszawa 2010; Stan i perspektywy rozwoju rynku zielonej energii elektrycznej w Polsce Instytut Energetyki Odnawialnej na zlecenie UZP, Warszawa 2009; Analiza rynkowa dostępności papieru pochodzącego z recyklingu w Polsce, Ekspertyza zespołu rzeczoznawców, na zlecenie UZP, Łódź 2009 r.

wskazanie wymagań funkcjonalnych, które mogą dotyczyć oddziaływania na środowisko⁹¹. Podobny charakter ma opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (art. 31 Pzp).

Drugą fazą jest kwalifikowanie wykonawców, w tym przepisy dotyczące wykluczenia wykonawców (art. 45 dyrektywy klasycznej), posiadania określonych kwalifikacji technicznych lub zawodowych oraz dysponowania określonymi normami zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) (art. 48 i art. 50 dyrektywy klasycznej). Przepisy Pzp (art. 22) wskazują również na obowiązek posiadania, przez wykonawców, określonych uprawnień, wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym lub zasobami zdolnymi do wykonania danego zamówienia. Wymogi te mogą być skierowane na wymogi środowiskowe. Również wykluczenie wykonawcy z postępowania może być spowodowane naruszeniem norm środowiskowych (art. 24). Podobnie przepisy art. 25 i 26 Pzp mogą być związane ze spełnianiem przez wykonawcę wymogów środowiskowych.

Kolejną fazą jest wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie określonych kryteriów odnoszących się do danego zamówienia, którymi mogą być kryteria środowiskowe (art. 53 dyrektywy klasycznej). Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 36 ust. 1 pkt 13, daje możliwość zamawiającemu określenia kryteriów oceny ofert, którymi mogą być również kryteria środowiskowe. Przepis art. 91 ust. 2 wskazuje na kryteria oceny ofert, którymi mogą być zastosowane najlepsze dostępne technologie w zakresie oddziaływania na środowisko. Natomiast art. 91 ust. 8 daje Prezesowi Rady Ministrów prawo do wydania rozporządzenia określającego inne obowiązkowe kryteria oceny ofert⁹².

Kończącą fazą jest realizacja umowy i określonych w niej warunków (art. 26 dyrektywy klasycznej), którymi mogą być względy środowiskowe. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp daje możliwość wprowadzenia istotnych warunków umowy, które mogą dotyczyć również problemów środowiskowych. Natomiast art. 144 ust. 1 Pzp zakazując zmian istotnych warunków umowy daje uprawnienie do jej zmiany, tylko wtedy gdy warunki zmiany istotnych postanowień zawartej umowy przewidziano w ogłoszeniu lub w siwz. Zmiany takie mogą również dotyczyć aspektów środowiskowych.

Realizacja celów związanych z ochroną środowiska, czy szerzej oddziaływaniem na środowisko, w zamówieniach publicznych wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Pzp. Włączenie problematyki przyjazności zamówień publicznych odbywa się z poszanowaniem polityk skierowanych na szeroko pojęte korzystanie ze środowiska z jednoczesnym poszanowaniem zasady zrównoważonego rozwoju. W tzw. zielonych zamówieniach chodzi nie tylko o racjonalne wydatkowanie środków, chodzi również o racjonalne korzystanie z zasobów środowiska przy realizacji zamówień publicznych. Jest to szczególnie ważne przy zamówieniach na roboty budowlane. O ile zamówienia na usługi i dostawy mają ze swej natury „przemijający” charakter, o tyle zamówienia na roboty budowlane stają się „trwałym” elementem środowiska i ich oddziaływanie będzie długofalowe. Uwaga powyższa nie zmienia faktu potrzeby działań proekologicznych we wszystkich rodzajach udzielanych i realizowanych zamówień publicznych.

⁹¹ Art. 3 pkt 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) definiuje obszar oddziaływania obiektu, który należy rozumieć jako teren wyznaczony w otoczeniu obiektu budowlanego na podstawie przepisów odrębnych, wprowadzających związane z tym obiektem ograniczenia w zagospodarowaniu tego terenu.

⁹² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. (powołane wyżej).

9. Zamówienia prospołeczne

Proces udzielania zamówień publicznych, będący de facto, wydatkowaniem środków publicznych, może równolegle z realizacją zadań publicznych będących przedmiotem dostaw, usług lub robót budowlanych, realizować inne cele publiczne uznane w danym okresie za ważne ze społecznego punktu widzenia. Realizując cele społeczne⁹³, poprzez system zamówień publicznych, możemy wskazać na takie elementy jak: – integrację społeczną osób niepełnosprawnych na rynku pracy (zakłady pracy chronionej, programy pracy chronionej)⁹⁴; – stwarzanie warunków dostępności, w ramach realizowanego zamówienia, dla osób niepełnosprawnych⁹⁵; – zwalczanie bezrobocia i podnoszenie kwalifikacji zawodowych (szkolenia zawodowe i zatrudnianie osób mających trudności z integracją społeczną)⁹⁶; – przestrzeganie na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym warunków zatrudnienia oraz bezpieczeństwa pracy⁹⁷; – wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania formalnych kwalifikacji wymaganych w procedurze udzielania zamówienia lub konkursu⁹⁸; – przy ocenie oferty „najkorzystniejszych ekonomicznie” zamawiający może stosować kryteria mające na celu spełnienie wymagań społecznych (potrzeby grup ludzi znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, do których należą odbiorcy robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia)⁹⁹.

Cele społeczne zamówień publicznych to te działania, które zobowiązują lub zezwalają zamawiającemu na takie kształtowanie udzielanego zamówienia publicznego, aby przy jego realizacji wykorzystać powyższe rozwiązania prawne z poszanowaniem podstawowych zasad tego systemu i całego systemu prawa UE¹⁰⁰. Zakres realizacji celów społecznych będzie w dużym zakresie uzależniony od woli zamawiającego oraz od rodzaju udzielanego zamówienia publicznego.

Na integrację społeczną osób niepełnosprawnych na rynku pracy wskazuje dyspozycja art. 19 dyrektywy klasycznej określając ten rodzaj zamówień jako zamówienia zastrzeżone, czy też art. 23 ust. 1. Podobne znaczenia ma przepis art. 22 ust. 2 Pzp wprowadzający uprawnienie dla zamawiającego, który może zastrzec w ogłoszeniu prawo ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców zatrudniających ponad 50% pracowników niepełnosprawnych¹⁰¹. Wśród warunków realizacji zamówienia publicznego zamawiający może wskazać, między innymi, na warunki dotyczące względów społecznych (art. 26 dyrektywy klasycznej). Instytucja zamawiająca może również określić lub być zobowiązana do wskazania obowiązków związanych z przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy (art. 27 ust 1 dyrektywy klasycznej). Zgodnie z przepisami Pzp (art. 29) zamawiający może w opisie przedmiotu zamówienia¹⁰² określić wymagania związane z zatrudnieniem, przy rea-

⁹³ Na te cele zwraca uwagę art. 9 TFUE.

⁹⁴ Pkt 28 wstępu do dyrektywy klasycznej.

⁹⁵ Pkt 29 wstępu do dyrektywy klasycznej.

⁹⁶ Pkt 33 wstępu do dyrektywy klasycznej.

⁹⁷ Pkt 34 wstępu do dyrektywy klasycznej.

⁹⁸ Pkt 42 wstępu do dyrektywy klasycznej.

⁹⁹ Pkt 46 wstępu do dyrektywy klasycznej.

¹⁰⁰ Zob. Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2010-2012, UZP Warszawa 2010, s. 36 i nast.

¹⁰¹ W rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.).

¹⁰² Art. 36 ust. 2 pkt p Pzp.

lizacji zamówienia, osób – bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego¹⁰³, – niepełnosprawnych¹⁰⁴, – innych osób (niż określone wcześniej)¹⁰⁵, dyspozycja przywołanego przepisu odsyła w tym zakresie również do właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wymagania zamawiającego mogą dotyczyć również utworzenia funduszu szkoleniowego lub zwiększenia wpłat na ten fundusz¹⁰⁶. Naruszenie przepisów z zakresu prawa pracy może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰⁷. Podstawą wykluczenia, zgodnie z dyspozycją art. 55 dyrektywy klasycznej, może być naruszenie przepisów dotyczących ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane, a które to przesłanki mogą być podstawą uznania oferty za zawierającą rażąco niską cenę. Zabezpieczeniu udzielenia zamówień publicznych wykonawcom przestrzegającym przepisów związanych z zatrudnieniem pracowników służą art. 25¹⁰⁸ i art. 26 Pzp, na podstawie których zamawiający może żądać określonych dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Realizacja celów społecznych¹⁰⁹ poprzez system zamówień publicznych w przeważającym zakresie zależy od stopnia świadomości i wiedzy zamawiających¹¹⁰. Poprzez system prawa można tylko w ograniczonym zakresie zobowiązać zamawiających do wdrażania tej polityki, służą temu głównie wymogi o charakterze formalnym (zaświadczenie, wyroki dotyczące naruszenia prawa w tym zakresie itp.). Polityce prospołecznych zamówień publicznych mogą służyć również inne działania władzy publicznej, w tym określone programy i działania faktyczne związane udziałem wskazanych powyżej podmiotów w udzielanych zamówieniach.

¹⁰³ W rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 674 ze zm.).

¹⁰⁴ W rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.).

¹⁰⁵ O których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 225 ze zm.).

¹⁰⁶ Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 225 ze zm.).

¹⁰⁷ Zob. art. 45 dyrektywy klasycznej oraz art. 24 ust. 1 pkt 3-8 Pzp stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy naruszającego prawa pracownicze i zobowiązania z tym związane, podstawą wykluczenia mogą być również naruszenia prawa związane z zatrudnianiem cudzoziemców – pkt 10 i 11 Pzp w związku z ustawą z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

¹⁰⁸ Na podstawie art. 25 ust. 2 zostało wydane Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

¹⁰⁹ Na politykę społeczną realizowaną przez Unię wspólnie z państwami członkowskimi zwraca uwagę art. 3 ust. 2 TFUE, zob.: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2011. Przewodnik dotyczący zastosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, Bruksela 2010. Podręcznik Komisji Europejskiej, Buying Social A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, 2010.

¹¹⁰ Podstawową wiedzę w tym zakresie zawierają: Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania „klausul społecznych” w zamówieniach publicznych, Warszawa 20 października 2009.

10. Inne polityki uwzględniane w zamówieniach publicznych

Kompetencjami dzielonymi przez Unię z państwami członkowskimi jest między innymi problematyka rynku wewnętrznego, którego częścią integralną są zamówienia publiczne. Regulacje prawne zamówień publicznych służą realizacji różnorodnych polityk, zarówno wskazywanych przez Unię Europejską, jak i poszczególne kraje członkowskie. Ważnym zadaniem Unii i państw członkowskich jest wspieranie i rozwój przedsiębiorstw, w tym zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorstw¹¹¹ (MŚP). Celem Unii jest sprzyjanie MŚP w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznego wysokiej jakości zmierzających do pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych¹¹² na przedsiębiorców z innych krajów członkowskich¹¹³ (zamówienia transgraniczne)¹¹⁴.

Unia Europejska podejmuje działania służące wzmocnieniu, sprzyjaniu i promowaniu działalności naukowej i technologicznej oraz badawczej uznanej za niezbędną na mocy postanowień Traktatu¹¹⁵, które to działania skierowane są również do małych i średnich przedsiębiorców. Temu celowi sprzyja współpraca ponad granicami¹¹⁶ oraz koordynowanie działań w zakresie badań i rozwoju technologicznego¹¹⁷. Regulacje prawne Unii jak i jej działania mają na celu otwarcie rynku zamówień publicznych¹¹⁸ poprzez zwiększenie udziału MŚP jako potencjalnych wykonawców. Oczywiście jest, że MŚP stanowią podstawę gospodarki państw członkowskich i Unii. Za ważny, z punktu widzenia zamówień publicznych, uznaje się ogromny potencjał tej grupy przedsiębiorców w zakresie tworzenia miejsc pracy, wzrostu gospodarczego i innowacji¹¹⁹. Wzrost zaangażowania tej grupy przedsiębiorców w rynek zamówień publicznych spowoduje wzrost konkurencyjności na tym rynku, co jest jednym z podstawowych celów procedur udzielania zamówień publicznych. Należy zatem podejmować działania, głównie prawne, które będą ułatwiały dostęp i otwierały ten rynek na MŚP¹²⁰. Podejmowane działania skierowane są na zmiany przepisów UE w tym zakresie oraz zmiany prawa krajowego. Obecny system prawa UE jak i prawa krajowego bezpośrednio nie zawiera regulacji skierowanych wyłącznie do tej grupy przedsiębiorców. Możemy jedynie wskazać na te przepisy, których umiejętne wykorzystanie może służyć zwiększeniu udziału tej grupy wykonawców w udzielaniu i realizacji zamówień publicznych. Dyrektywa klasyczna zaleca uwzględnianie przepisów na temat podwykonawstwa, których celem ma być zachęcenie małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień (pkt 32 wstępu do dyrektywy klasycznej). W konsekwencji art. 25 dyrektywy klasycznej wskazuje na uprawnienie lub obowiązek (określony prawem krajowym) zamawiającego do żądania

¹¹¹ Art. 173 ust.1 TFUE.

¹¹² Art. 179 ust. 2 TFUE.

¹¹³ Na zwiększenie obrotu transgranicznego uwagę zwraca pkt. 19 wstępu do dyrektywy klasycznej.

¹¹⁴ Na temat zamówień transgranicznych zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011 r., s. 20.

¹¹⁵ Art. 179 ust. 1 TFUE.

¹¹⁶ Art. 179 ust. 2 TFUE.

¹¹⁷ Art. 181 ust. 1 TFUE.

¹¹⁸ Poświęcona temu była, między innymi, konferencja organizowana przez Komisję Europejską: „On the Modernisation of European Public Procurement Policy: Towards a more efficient European Procurement Market”. Bruksela 1.07.2011.

¹¹⁹ Zob. Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela 2011, s. 30 i nast.

¹²⁰ Zob. Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp mśp do Zamówień publicznych, dokument roboczy służb komisji, Bruksela 2008.

od oferentów wskazania części zamówienia powierzanej podwykonawcom i ich wskazania. Podobnie art. 60 określa zasady podwykonawstwa w przypadku koncesji na roboty budowlane. Zwiększenie udziału MŚP w zamówieniach publicznych, w naszym systemie prawnym, jest uzależnione głównie od woli zamawiającego. To zamawiający decyduje w pierwszej kolejności o podziale zamówienia na części i dopuszczenia składania ofert częściowych (art. 36 ust. 2 pkt 1 i art. 41 pkt 4), dostępnych dla tej grupy wykonawców (MŚP). Podobnie jest z określaniem warunków, które musi spełniać wykonawca ubiegający się o zamówienia publiczne (art. 22). Regulacją sprzyjającą udziałowi MŚP w zamówieniach jest prawo do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia (art. 23), poprzez które można połączyć potencjał kilku mniejszych podmiotów dla spełnienia warunków określonych przez zamawiającego. Dyspozycja art. 36 ust. 4 daje zamawiającemu prawo żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. W przypadku braku takiego zastrzeżenia przez zamawiającego, to wykonawca będzie decydował o powierzeniu części lub całości zamówienia podwykonawcom (art. 36 ust. 5). Należy, w związku z powyższymi uwagami, zwrócić uwagę na treść projektu umowy lub jej istotnych postanowień będących częścią siwz (art. 36 ust. 1 pkt 16). Zwiększeniu udziału MŚP w systemie zamówień publicznych służą również tryby tzw. pozostałe określone w art. 10 ust. 2, szczególnie te których wybór uzależniony jest od ich wartości. Dotyczy to zamówień publicznych, których wartość nie może przekroczyć kwot, od których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8¹²¹. Trybami tymi są: negocjacje z ogłoszeniem (art. 55 ust. 1 pkt 5); zapytanie o cenę (art. 70) i licytacja elektroniczna (art. 74 ust. 2). Zamówienia realizowane z wykorzystaniem tych trybów są dostępnymi dla MŚP z uwagi na ich wartość, co oczywiście nie oznacza, że zamówienia o mniejszej wartości nie mogą być udzielane z wykorzystaniem pozostałych trybów.

W systemie zamówień publicznych nie jest możliwe zastrzeżenie części rynku dla określonej grupy przedsiębiorców. Dlatego tak ważne jest umiejętne korzystanie z istniejących możliwości wynikających z obowiązujących przepisów prawa. W przypadku polskich MŚP warte uregulowania jest dalsze likwidowanie barier administracyjnych poprzez upraszczanie procedur i ograniczanie wymogów formalnych. Większość MŚP w Polsce, tak jak i w UE, pełni w systemie zamówień rolę podwykonawców, dlatego ważne jest zwiększenie ich bezpieczeństwa w tej roli. Należy zatem wprowadzić do Pzp dalsze przepisy określające umowy o podwykonawstwo.

11. Uwagi dotyczące realizowanych polityk poprzez system zamówień publicznych

Należy jednak się zastanowić, czy podejmowane działania legislacyjne UE faktycznie służą zwiększeniu udziału MŚP w rynku zamówień publicznych? Można mieć w tym zakresie pewne wątpliwości, zwłaszcza jeżeli spojrzymy na ten problem poprzez podnoszenie tzw. progów unijnych. Takie działania zwiększą swobodę kształtowania systemów prawa krajowego, których regulacje niekoniecznie będą sprzyjały tej grupie przedsiębiorców. Podobnie można oceniać powoływanie centralnych zamawiających oraz łączenie zamówień publicznych i wspólne udzielanie zamówień. W zamówieniach o dużej wartości udział MŚP wydaje się wątpliwy ze względu na potencjał, którego te podmioty ze swej natury nie posiadają. Nawet wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, chociaż prawnie dopuszczalne, może okazać się trudne do zrealizowania w praktyce (odpowiedzialność solidarna, gwarancje, wymagane referencje, doświadczenie itp.).

¹²¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.).

Rozważając poszczególne polityki UE (również krajowe) realizowane poprzez system zamówień publicznych należy zastanowić się czy aż tyle polityk powinno być realizowane w tym systemie. Czy nie dokonano już „przeregulowania” tego systemu powierzając do wykonania kolejne polityki. Należy mieć świadomość, że w przypadku realizowania tak licznych polityk i niepowodzeń w jednej z nich odpowiedzialnym czyni się system zamówień publicznych.

Funkcjonujący system zamówień publicznych kieruje się swoimi regułami, ma często wyodrębnione organy odpowiedzialne za jego funkcjonowanie (w Polsce Prezes UZP). Natomiast realizowane inne polityki mają swoje regulacje prawne i tym same organy odpowiedzialne za ich wdrażanie. Problemy z realizacją danych polityk wynikające z przyczyn systemowych, organizacyjnych czy finansowych (poza systemem zamówień publicznych) często będą przypisywane niesłusznie zamówieniom publicznym.

§ 2. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wstęp

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej stanowiły zawsze bardzo istotną część polityki gospodarczej oraz ważny instrument wdrażania zasad wspólnego rynku. Jednakże zakres regulacji prawa zamówień publicznych istotnie zmienił się przez blisko 60 lat funkcjonowania tegoż rynku. Głównymi czynnikami wywierającymi wpływ na rozwój prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej były: rozszerzanie się UE na kolejne państwa członkowskie, zmieniająca się sytuacja gospodarcza, a także – w dużym stopniu – protekcjonistyczna polityka gospodarcza państw członkowskich, które dość niechętnie otwierały swoje rynki na przedsiębiorców z innych państw, a w przypadku istnienia wspólnotowych regulacji prawnych czyniły wiele, by skutecznie ominąć obowiązujące przepisy. Mimo faktu, że prawo zamówień publicznych w Unii Europejskiej ma już ponad 40 lat, instytucje unijne nadal pracują nad usprawnieniem i zwiększeniem efektywności systemu zamówień publicznych¹.

Celem wprowadzenia regulacji dotyczących zamówień publicznych na szczeblu wspólnotowym jest nie tylko koordynacja procedur udzielania zamówień w poszczególnych państwach członkowskich, ale przede wszystkim stworzenie warunków efektywnej konkurencyjności na unijnym rynku wewnętrznym², bez preferencji krajowych³, co z kolei przekłada się na wzmacnianie swobód gospodarczych, takich jak swoboda przepływu towarów, swoboda świadczenia usług czy też swoboda prowadzenia działalności gospodarczej oraz umacnianie traktatowy zakaz niedyskryminacji⁴. W wyroku z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, iż celem koordynacji na szczeblu UE procedur udzielania zamówień publicznych jest zniesienie barier w swobodnym przepływie usług i towarów, a w konsekwencji ochrona interesów tych przedsiębiorców pochodzących z państw członkowskich UE, którzy chcą oferować swoje towary lub usługi zamawiającym z innych państw członkowskich⁵. Prawo zamówień publicznych spełnia więc fundamentalne zadania, starając się zagwarantować urzeczywistnienie podstawowych zasad

¹ Jak wskazuje T. M. Arnáiz, niezgodność wewnętrznych porządków prawnych państw członkowskich UE z postanowieniami dyrektyw zamówieniowych, przynajmniej w niektórych przypadkach, stanowi ciągle problem od samego powstania wspólnotowego systemu zamówień publicznych. Szerzej: T. M. Arnáiz, *EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, Taylor&Francis Group, LLC 2009, str. 109.

² Zob. M. T. Karayigit, *Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with the Operation of Services of General Economic Interest*, *European Competition Law Review* 2009, vol. 30, issue 11, str. 552–553.

³ Zob. m.in.: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 października 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV*, ECR 1998 I-6846.

⁴ Szerzej: B. J. Drijber, H. Stergiou, *Public procurement law and internal market law*, *Common Market Law Review* 2009, vol. 46, issue 3, str. 805–846.

⁵ Wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd przeciwko County Council of the County of Mayo*, ECR I-07725, pkt 32.

traktatowych, w tym zasad rynku wewnętrznego, jako obszaru bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału⁶.

2. System zamówień publicznych w Unii Europejskiej

System zamówień publicznych w Unii Europejskiej zbudowany jest hierarchicznie, obejmując trzy płaszczyzny:

- 1) prawa pierwotnego Unii Europejskiej, gdzie obecnie w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej znajdziemy zasady, które należy odnieść do zamówień publicznych,
- 2) prawa wtórnego Unii Europejskiej, a więc dyrektyw zamówieniowych,
- 3) prawa krajowego państw członkowskich:
 - implementującego ww. dyrektywy,
 - zgodnego z Porozumieniem w sprawie Zakupów Rządowych, czyli tzw. GPA (ang. *Government Procurement Agreement*), umowy wielostronnej zawartej w ramach Światowej Organizacji Handlu⁷.

Całość uzupełnia orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁸, który wypowiada się zarówno na temat zamówień publicznych objętych reżimem dyrektyw, jak i tych, które są wyłączone z ich zakresu obowiązywania. Jak trafnie zauważa S. Arrowsmith, Trybunał poprzez odwoływanie się do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jako głównego źródła pewnych obowiązków i zasad stosowanych na gruncie zamówień publicznych, stara się wypełnić lukę, która powstaje na skutek wykluczenia niektórych istotnych zamówień z zakresu dyrektyw zamówieniowych⁹. Trzeba również mieć na uwadze, że na szczeblu krajowym istotne jest orzecznictwo takich organów, jak polska Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądów, a więc instytucji zajmujących się środkami ochrony prawnej w zamówieniach publicznych

Katalog źródeł prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej możemy analizować dwójako: z perspektywy supranacjonalnej (ponadnarodowej) oraz z perspektywy krajowej (poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej). Jeśli weźmiemy pod uwagę perspektywę ponadnarodową, to jako źródła prawa zamówień publicznych musimy wskazać: Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz grupę tzw. dyrektyw zamówieniowych, do których zaliczamy:

⁶ Szerzej: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ECR 2005 I-1 pkt. 44.

⁷ GPA powinno być uwzględnione jako źródło kształtujące porządek prawny prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej, ponieważ wszystkie państwa członkowskie UE są stronami GPA. Zob.: G. Moens, J. Trone, *Commercial Law of the European Union, lus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 4, Springer Science+Business Media B.V. 2010, str. 247.

⁸ Podobnie: P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa – Katowice 2006, *Urząd Zamówień Publicznych*, s. 7–8.

⁹ S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law: An Introduction*, www.nottingham.ac.uk, s. 55.

- 1) dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna),
- 2) dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa),
- 3) dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych; dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane; dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (tzw. dyrektywy odwoławcze),
- 4) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna).

Ponadto, w katalogu źródeł prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej *sensu largo* znajdują również miejsce¹⁰:

- 1) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 roku w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, opublikowana w dniu 15 maja 2009 r. w Dzienniku Urzędowym UE,
- 2) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/32/WE z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/79/EWG,
- 3) dyrektywa Rady 92/75/EWG z dnia 22 września 1992 w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego,
- 4) rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV,
- 5) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady,

¹⁰ www.uzp.gov.pl

- 6) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 roku zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564/20055 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG, opublikowane dnia 28 listopada 2009 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 7) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 roku zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień,
- 8) rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i 1107/70,
- 9) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urzędzeń biurowych (Energy Star),
- 10) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z dnia 25 listopada 2009 roku w sprawie oznakowania ekologicznego UE (nowe rozporządzenie Ecolabel),
- 11) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 roku w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylające rozporządzenie nr 761/2001 (nowe rozporządzenie EMAS),
- 12) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią,
- 13) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków.

Warto w tym miejscu przypomnieć, iż wtórne prawo Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych ciągle ewoluuje, mimo stosunkowo dobrej oceny dyrektyw zamówieniowych czwartej generacji¹¹. W przyjętym w 2011 r. tzw. *Single Market Act* Komisja Europejska wskazała na potrzebę zmiany i unowocześnienia przepisów dotyczących zamówień publicznych „w celu zapewnienia w tym zakresie zrównoważonej polityki, wspierającej zapotrzebowanie na towary, usługi i działania zgodne z zasadami ochrony środowiska, odpowiedzialne pod względem społecznym i innowacyjne”¹². W konsekwencji, pod koniec grudnia 2011 r. Komisja zaproponowała tekst nowych dyrektyw zamówieniowych, stanowiących V generację dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. Nadal został utrzymany dychotomiczny podział pomiędzy zamówieniami w sektorze publicznym¹³ a zamówie-

¹¹ Zob. np.: C. Bovis, *Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime*, Legal Issues of Economic Integration 2006, vol. 33, str. 29–59.

¹² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”, COM/2011/0206, str. 22.

¹³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD).

niami w sektorze użyteczności publicznej¹⁴. Ciekawostką jest pojawienie się dyrektywy o udzielaniu koncesji, która w założeniu ma znieść stan niepewności prawnej co do procedur udzielania koncesji na roboty budowlane oraz usługi. Ostateczna ich wersja została ustalona w czasie trwającego w pierwszym półroczu 2013 r. dialogu między Komisją Europejską, Radą oraz Parlamentem Europejskim. Dyrektywy mają zostać poddane pod głosowanie w październiku 2013 r., natomiast państwa członkowskie będą miały obowiązek implementować nowe przepisy do 2016 r.¹⁵

3. Geneza prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej

Prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej wywodzi się z pomysłu tworzenia jednolitego rynku wewnętrznego, który przyświecał założycielom Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej od 1957 r., a więc od momentu podpisania w Rzymie Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Traktat ten nie zawierał jednak przepisów odnoszących się do zamówień publicznych. Od samego początku było jednak pewne, że zawarte w nim regulacje ustanawiające zasadę niedyskryminacji oraz zakazujące tworzenia barier w handlu wewnątrzspółnotowym, a także uwalniające rynek świadczenia usług, mogą zostać użyte do negowania praktyk o charakterze dyskryminacyjnym, których dopuszczano się w zamówieniach państwa członkowskie¹⁶.

Z biegiem czasu stało się jednak oczywiste, że stworzenie wspólnego rynku dla zamówień publicznych nie jest w stanie dojść do skutku jedynie na gruncie zasad wyływających z prawa pierwotnego. Przepisy Traktatu nie zapewniały wystarczającej regulacji problematyki zamówień publicznych¹⁷ – stąd też wyrosła potrzeba jej uregulowania w drodze dyrektyw, które zagwarantowały w pełni transparentność i równy dostęp do zamówień publicznych w Unii Europejskiej¹⁸.

Początkowo Komisja Europejska skoncentrowała się nie tyle na uregulowaniu samych zamówień publicznych, ile na usuwaniu barier narodowych i preferencji krajowych w handlu wewnątrz Wspólnoty¹⁹. Tytułem przykładu można w tym miejscu wskazać chociażby dyrektywę 70/32/EWG z dnia 17 grudnia 1969 r. o dostawach dla organów państwowych, samorządowych i innych instytucji publicznych²⁰ oraz dyrektywę 71/304/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. o usuwaniu przeszkód w swobodzie świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane²¹. Działania takie nie

¹⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM/2011/0896 final – 2011/0439 (COD).

¹⁵ Szerzej: P. Nowicki, Zmiany w systemie zamówień publicznych UE, *Przetargi Publiczne* 2013, nr 10.

¹⁶ Tak: J. A. Winter, *Public Procurement in the EEC*, *Common Market Law Review* 1991, vol. 28, str. 743.

¹⁷ S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement...*, op. cit., s. 53.

¹⁸ Zob. A. Panasiuk, *Wpływ zmian koncepcji administracji publicznej na zakres i rolę wykorzystywanych instrumentów zamówień publicznych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej – Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, *Urząd Zamówień Publicznych*, s. 146.

¹⁹ M. Lemke (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. II, *Urząd Zamówień Publicznych*, Warszawa 2001, str. 10.

²⁰ Directive de la Commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public (70/32/EEC), OJ L 13/1.

²¹ Council Directive 71/304/EEC of 26 July 1971 concerning the abolition of restrictions on freedom to provide services in respect of public works contracts and on the award of public works contracts to contractors acting through agencies or branches, OJ L 185.

były jednak wystarczające, a Komisja Europejska doszła do wniosku, że brak szczególnych regulacji dotyczących zamówień publicznych stanowi faktyczną przeszkodę w rozwoju wspólnego rynku²².

Dopiero w latach siedemdziesiątych XX w. rozpoczął się faktyczny rozwój wspólnotowego prawa zamówień publicznych. W dniu 26 lipca 1971 r. przyjęto dyrektywę Rady 71/305/EEC, która dotyczyła zamówień na roboty budowlane²³. Dyrektywa zdefiniowała podstawowe pojęcia (roboty budowlane, instytucje zamawiające, oferenci), wprowadziła dwa podstawowe tryby udzielania zamówień (procedurę nieograniczoną i ograniczoną) i generalnie stworzyła jednolity system udzielania zamówień na roboty budowlane, oparty na rozwiązaniach, które w pewnym zakresie obowiązują do dnia dzisiejszego.

Kolejnym krokiem na drodze wdrażania zasad wspólnego rynku było przyjęcie w dniu 21 grudnia 1976 r. dyrektywy Rady 77/62/EEC, koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy²⁴, a następnie dyrektywy Rady 80/767/EEC, uzupełniającej dyrektywę 77/62/EEC²⁵, która wprowadziła zmiany spowodowane zawarciem w dniu 12 kwietnia 1979 r. Porozumienia w sprawie Zamówień Rządowych w ramach GATT²⁶. Dyrektywa 77/62/EEC wprowadzała zasady dotyczące udzielania zamówień na dostawy podobne do tych, które obowiązywały w stosunku do zamówień na roboty budowlane zgodnie z dyrektywą 71/305/EEC. Nie da się jednak ukryć, iż mimo pewnych analogii, obie dyrektywy oddzielał ponad pięcioletni okres, co w konsekwencji powodowało, że występowały pomiędzy nimi dość istotne rozbieżności, które zostały jednak usunięte dopiero w późnych latach 80.

W przedstawionym w 1984 r. raporcie²⁷ Komisja Europejska oceniła stopień wdrażania dyrektyw 77/62/EEC oraz 71/305/EEC. Raport przedstawiał bardzo nieciekawą sytuację: wadliwe implementacje dyrektyw do prawodawstwa państw członkowskich i nikły wpływ dyrektyw na procedury udzielania zamówień²⁸.

W 1985 r. Komisja Europejska opublikowała Białą Księgę dotyczącą wspólnotowego rynku wewnętrznego²⁹, w której stwierdziła, że mimo rozwoju zamówień publicznych, nadal utrzymuje się tendencja do przeprowadzania większości przetargów w ramach rynków poszczególnych państw członkowskich, z pominięciem rynku wspólnotowego. W ocenie Komisji Europejskiej była to jedna z podstawowych przeszkód w rozwoju wspólnotowego rynku wewnętrznego. Przyjęcie dyrektyw z etapu I okazało się niewystarczające – w dalszym ciągu zakres ich stosowania był znikomy, a pewne obszary, takie jak sektor energetyczny, transportowy, wodny oraz telekomunikacyjny (w zakresie zamówień na dostawy) nie były objęte ich reżimem. Pod koniec lat 80. XX w. zostały wprowadzone pierwsze

²² Szerzej: A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004, str. 25–26.

²³ Council Directive of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 185/5.

²⁴ Council Directive of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts, O.J. L 13/1.

²⁵ Council Directive of 22 July 1980 adapting and supplementing in respect of certain contracting authorities Directive 77/62/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts, OJ L 215/1.

²⁶ Opublikowane w: OJ 1980 L 71/44.

²⁷ Communication of the Commission to the Council on Public Supply Contracts, COM (84) 717 final, z 14 grudnia 1984 r.

²⁸ Szerzej: J. A. Winter, *Public Procurement...*, op. cit., str. 747–748.

²⁹ White Paper from the Commission to the European Council, Completing the Internal Market, 14 czerwca 1985 r., COM (85) 310.

zmiany. Dyrektywa 88/295/EEC³⁰ z dnia 22 marca 1988 r. znowelizowała dyrektywy 77/62/EEC oraz 80/767/EEC, natomiast dyrektywa 89/440/EEC³¹ wprowadziła zmiany do dyrektywy 71/305/EEC. Obie dyrektywy generalnie rozszerzyły zakres działania wspólnotowego prawa zamówień publicznych, zmniejszając chociażby możliwość wyłączeń spod ich reżimu, czy też rozszerzając definicje dostaw i robót budowlanych. Z drugiej zaś strony podniosły próg, od którego obowiązkowe było stosowanie dyrektyw dla zamówień na roboty budowlane, z 1 mln ECU do 5 mln ECU. Podkreślenia wymaga fakt, iż dyrektywa 89/440/EEC wprowadziła do *acquis communautaire* przepisy dotyczące koncesji na roboty budowlane³².

Wypada jeszcze odnotować, iż w tzw. międzyczasie przyjęto dyrektywę 89/665/EEC³³ z 21 grudnia 1989 r., która koordynowała procedury odwoławcze w zakresie zamówień publicznych.

Lata 90. XX w. były bardzo istotne dla budowania wspólnotowego rynku wewnętrznego. Postępujące procesy integracyjne, zapoczątkowane zmianami zaproponowanymi w Jednolitym Akcie Europejskim (ang. *Single European Act*, 1986 r.), a następnie w Traktacie z Maastricht (Traktat o Unii Europejskiej, 1992 r.), wymuszały kolejne zmiany we wspólnotowym prawie gospodarczym. W dniu 18 czerwca 1992 r. uchwalono dyrektywę 92/50/EEC³⁴, po raz pierwszy traktującą o zamówieniach na usługi. Ogólnie rzecz biorąc, dyrektywa ta wpisywała się swoją regulacją w istniejące ramy wspólnotowego prawa zamówień publicznych, kierując się tymi samymi zasadami, które dotyczyły zamówień na dostawy oraz roboty budowlane i była kolejnym krokiem na drodze liberalizacji rynku zamówień publicznych. Następnie pojawiły się: dyrektywa 93/37/EEC³⁵ z dnia 14 czerwca 1993 r., koordynująca procedury zamówieniowe na roboty budowlane, która skonsolidowała dyrektywy 71/305/EEC i 89/440/EEC oraz dyrektywa 93/36/EEC³⁶, dotycząca zamówień na dostawy. Dyrektywą 93/38/EEC³⁷ uregulowano zamówienia sektorowe, które, w tamtym okresie, obejmowały tzw. sektory WETT – *water, energy, transport, telecommunication*, zastępującą dyrektywy 77/62/EEC i 88/295/EEC. Obie dyrektywy miały stworzyć bardziej jednorodny system zamówień publicznych, dostosowany do dyrektywy 92/50/EEC.

Omawiane wyżej dyrektywy z tzw. trzeciej generacji dyrektyw zamówieniowych nie pozostały bez zmian. W związku z porozumieniem o przystąpieniu Unii Europejskiej do *Government Procurement Agreement* (tzw. GPA) w dniu 15 kwietnia 1994 r., należało dostosować dyrektywy do wymagań GPA.

³⁰ Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC, OJ L 127, str. 1–14.

³¹ Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 210, str. 1–21.

³² Szerzej: C. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar 2007, str. 25–26.

³³ Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, OJ L 395, str. 33 i nast.

³⁴ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, OJ L 209, str. 1–61.

³⁵ Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 199, str. 54–83.

³⁶ Council Directive 93/36/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public supply contracts, OJ L 199, str. 1–53.

³⁷ Council Directive 93/38/EEC of 14 June 1993 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, OJ L 199, str. 84–138.

Stąd też w dniu 13 października 1997 r. została przyjęta dyrektywa 97/52/EC³⁸, która wprowadziła zmiany do dyrektyw: 92/50/EEC, 93/36/EEC oraz 93/37/EEC.

Wcześniej, bo już w 1996 r., Komisja Europejska rozpoczęła kolejną dyskusję na temat przyszłości zamówień publicznych w Unii Europejskiej. W przyjętej w 1996 r. Zielonej Księdze, KE wskazała na podstawowe cele unijnej polityki zamówień publicznych, tj. tworzenie warunków dla konkurencyjności, niezbędnych dla udzielania zamówień w zgodzie z zasadą niedyskryminacji; racjonalną alokację publicznych środków w drodze wyboru najkorzystniejszej ofert; umożliwienie dostępu dostawców do naprawę jednolitego rynku, dającego znaczące korzyści biznesowe; wzmocnienie konkurencyjności pomiędzy przedsiębiorstwami w Unii Europejskiej³⁹. Komisja Europejska nadal identyfikowała jednak pewne problemy związane z wdrażaniem dyrektyw zamówieniowych: niepełną i niewystarczającą implementacją dyrektyw oraz ograniczone oddziaływanie ekonomiczne systemu zamówień publicznych. Takie stanowisko Komisja Europejska podtrzymała w swoim komunikacie z 1998 r.⁴⁰, wskazując na potrzebę uproszczenia systemu zamówień publicznych. Odpowiedzią na przedstawione w komunikacie postulaty KE jest ostatnia generacja dyrektyw zamówieniowych, pochodząca z 2004 r.

4. Obecne uregulowania prawa pierwotnego i prawa wtórnego Unii Europejskiej

Jak już wspomniano, prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej uregulowane jest w prawie wtórnym (czyli dyrektywach zamówieniowych), lecz jego fundamenty wynikają z prawa pierwotnego. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest podstawowym źródłem regulacji odnoszących się generalnie do funkcjonowania rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, które z kolei obowiązują również na gruncie zamówień publicznych⁴¹. W konsekwencji w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie znajdziemy przepisów odnoszących się *expressis verbis* do zamówień publicznych, jednakże uważna lektura przepisów dotyczących prawa gospodarczego, a także katalogu fundamentalnych zasad, na których opiera się integracja w ramach UE, pokaże nam, jak dużo z obecnych instytucji prawa zamówień publicznych wywodzi się właśnie z norm traktatowych.

Przede wszystkim należy mieć tu na uwadze przepisy dotyczące swobody przepływu towarów, a więc artykuły od 28 do 37 TFUE. Następnie uwzględnić należy przepisy normujące prawo przedsiębiorczości (art. 49–55 TFUE) oraz swobodę świadczenia usług (art. 56–62 TFUE). Dopełnieniem są przepisy zakazujące dyskryminacji oraz nakazujące znoszenie nierówności we wszystkich dziedzinach (art. 8–10 oraz art. 18 TFUE). Szczególne znaczenie ma tutaj zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, z którego wynika chociażby obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców czy też oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁴². Jak wskazuje

³⁸ European Parliament and Council Directive 97/52/EC of 13 October 1997 amending Directives 92/50/EEC, 93/36/EEC and 93/37/EEC concerning the coordination of procedures for the award of public service contracts, public supply contracts and public works contracts respectively, OJ L 328, str. 1–59.

³⁹ Green Paper on Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward, Komisja Europejska 1996, str. I.

⁴⁰ European Commission, Communication on Public Procurement in the European Union, z 11 marca 1998 r., COM (98) 143.

⁴¹ Podobnie: S. Arrowsmith, The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?, *Public Contract Law Journal* 2006, vol. 35 (3), s. 339.

⁴² Szerzej: M. Królikowska-Olczak, Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją:

A. Górczyńska, zasada niedyskryminacji, zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencyjności postępowania stanowią fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ich wartości, a w związku z tym niezależnie od tego, czy podlegają reżimowi prawa Unii Europejskiej czy też prawa polskiego⁴³.

Konieczność stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego UE w procesie udzielania zamówień publicznych, również (a może zwłaszcza) tych, które wyłączone są spod reżimu dyrektyw zamówieniowych, podkreślał wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Egzemplifikacji dostarcza chociażby orzeczenie z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, w którym Trybunał podkreślił, iż mimo wyłączenia części umów z zakresu dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (93/38/EWG), zamawiający są zobligowani do przestrzegania fundamentalnych podstawowych zasad traktatowych, w szczególności wskazując na zasadę niedyskryminacji⁴⁴. Jak tłumaczył w opinii przedstawionej w przedmiotowej sprawie rzecznik generalny N. Fennelly, zakaz bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji opartej na narodowości oznacza obowiązek poszanowania zasady równego traktowania wykonawców – nawet w sytuacji, gdy zamówienie nie jest objęte przepisami dyrektywy Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi (92/50/EWG) oraz dyrektywy 93/38⁴⁵. Z kolei w orzeczeniu w sprawie C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab* Trybunał wskazał, że mimo wyłączeń niektórych zamówień z zakresu dyrektyw zamówieniowych zamawiający, którzy zawierają takie umowy są jednak zobowiązani do przestrzegania fundamentalnych zasad zawartych w Traktacie, takich jak zasada swobodnego przepływu towarów⁴⁶.

Ważną wskazówką interpretacyjną w zakresie stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego UE w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest „Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych”⁴⁷, w którym Komisja Europejska wskazała, jakie zasady traktatowe powinni spełniać zamawiający, niezależnie od tego czy są zob-

A. Borowicza, M. Królikowskiej – Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, str. 9–17.

⁴³ A. Górczyńska, *Naruszenia konkurencji w prawie zamówień publicznych w świetle orzecznictwa*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, str. 21.

⁴⁴ Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, ECR 2000, str. I-10745.

⁴⁵ Opinia rzecznika generalnego Fennelly z dnia 18 maja 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, pkt 40, <http://curia.europa.eu>.

⁴⁶ Postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab*, pkt 20: „Although certain contracts are excluded from the scope of the Community directives in the field of public procurement, the contracting authorities which conclude them are nevertheless bound to comply with the fundamental rules of the Treaty”, ECR 2001, str. I-9505, pkt 21–22.

⁴⁷ (2006/C 179/02). Szerzej na temat Komunikatu: P. Nowicki, *Polityka spójności Unii Europejskiej a system zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, pod redakcją J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, Urząd Zamówień Publicznych, str. 124–127.

wiązani stosować dyrektywy zamówieniowe, czy też nie. Komisja Europejska wypowiedziała się w nim m.in. na temat stosowania zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, z których wynikają obowiązki zamawiającego w zakresie zagwarantowania przejrzystości oraz bezstronności procedur przetargowych. Omówiono również kwestie ochrony sądowej, która stanowi gwarancję owej bezstronności.

Należy jednak podkreślić, iż ważność przedmiotowego Komunikatu Komisji Europejskiej była kwestionowana. Dowodzą, że Komisja Europejska tworzy nowe zasady i zobowiązania, wykraczające poza normy prawa unijnego⁴⁸, a więc nie przewidziane w dyrektywach zamówieniowych. Trybunał jednak oddalił skargę, wskazując, że Komunikat nie tworzył nowych zobowiązań prawnych⁴⁹. Faktem jednak jest, że w ocenie niektórych autorów, KE interpretując zakaz dyskryminacji próbowała rozszerzyć zakres dyrektyw zamówieniowych⁵⁰. Natomiast w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 *Komisja przeciwko Irlandii*⁵¹, Trybunał wyraźnie podkreślił, że co prawda zamawiający, którzy w pewnych sytuacjach nie są zobowiązani do stosowania przepisów dyrektywy klasycznej, podlegają podstawowym zasadom prawa Unii Europejskiej, w szczególności wynikającym z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zasadom prawa przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, jednakże interpretacja tych zasad ma również swoje granice – nie może prowadzić do powstania nowych obowiązków dla zamawiającego, którym on, w świetle dyrektywy, nie podlega⁵².

W obecnym stanie prawnym, jak już wskazano wcześniej, wtórne unijne prawo zamówień publicznych *sensu stricto* składa się z dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień w trzech sektorach:

- 1) sektorze publicznym, objętym regulacjami dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna),
- 2) sektorze użyteczności publicznej, objętym przepisami dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa),
- 3) sektorze obronności i bezpieczeństwa, uregulowanym przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna).

⁴⁸ Szerzej: A. Brown, EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outsider the Procurement Directives, *Public Procurement Law Review* 2010, Nr 5, s. 172; Z. Petersen, Below-threshold Contract Awards under EU Primary Law: Federal Republic of Germany v Commission (T-258/06), *Public Procurement Law Review* 2010, nr 6, s. 215–220.

⁴⁹ Wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej, www.curia.eu.

⁵⁰ Szerzej na ten temat: S. Arrowsmith, *The Past and Future...*, op. cit., s. 364–367. Również: P. Nowicki, *Polityka spójności...*, op. cit., s. 125.

⁵¹ www.curia.eu

⁵² Szerzej: P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk-Warszawa 2012, str. 97–98.

Przyjęcie dyrektywy klasycznej oraz dyrektywy sektorowej w 2004 r. miało na celu zwiększenie elastyczności i uproszczenie prawa wtórnego w zakresie zamówień publicznych⁵³. Dyrektywa klasyczna skonsolidowała trzy wcześniejsze dyrektywy, dotyczące zamówień na roboty budowlane, dostawy oraz usługi. Jak wskazuje P. Trepte, jest to dyrektywa "prostsza, bardziej spójna, a także bardziej logiczna pod względem redakcyjnym – rozpoczyna się od ogólnych definicji, zakresu obowiązywania (zasady, opis podmiotów, reguły dotyczące zamówień publicznych), przechodząc następnie do opisu kolejnych etapów samego procesu udzielania zamówień"⁵⁴. Natomiast przyjęcie oddzielnej dyrektywy sektorowej, dotyczącej udzielania zamówień w sektorach użyteczności publicznej, podyktowane zostało odmienną naturą instytucji zamawiających, udzielających zamówień w sektorze publicznym oraz sektorze użyteczności publicznej. Konieczność kodyfikacji zamówień sektorowych wynika również z potrzeby zagwarantowania przestrzegania zasad traktatowych na tak zamkniętych rynkach, na których udzielane są zamówienia sektorowe, co z kolei jest konsekwencją częstego przyznawania wyłącznych praw do operowania w sektorach użyteczności publicznej konkretnym przedsiębiorstwom. Przedsiębiorstwa te, mimo że funkcjonują w oparciu o regulacje prawa prywatnego, bardzo często są pod ogromnym wpływem instytucji z sektora publicznego, co rzutuje na ich działalność na rynku⁵⁵. Niemniej jednak, reżim dyrektywy sektorowej jest bardziej elastyczny niż reżim dyrektywy klasycznej.

Najnowsza dyrektywa, tzw. obronna, dotyczy koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jest ona częścią tzw. pakietu obronnościowego (ang. *defence package*), na który składają się trzy inicjatywy legislacyjne. Oprócz dyrektywy obronnej są nimi: Komunikat Komisji Europejskiej "A Strategy for a stronger and more competitive European Defence Industry" (COM 2007/746) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie⁵⁶. Konieczność uregulowania zamówień publicznych w tak specyficznych dziedzinach, jakimi są obronność i bezpieczeństwo, zrodziła się z sytuacji, w których państwa członkowskie bazując na przepisie art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 346 TFUE), unięły udzielania zamówień publicznych na podstawie przepisów dyrektywy klasycznej⁵⁷. Generalnie, przepisy dyrektywy obronnej są wzorowane na przepisach dyrektywy klasycznej oraz dyrektywy sektorowej, a także dyrektyw odwoławczych, jednakże sama dyrektywa obronna wprowadza dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa bardziej elastyczny reżim⁵⁸.

Regulacja tworzona przez dyrektywę klasyczną, sektorową i obronną uzupełniona jest przepisami tzw. dyrektyw odwoławczych, tj. dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie

⁵³ Tak: P. Telles, *Competitive Dialogue in Portugal*, *Public Procurement Law Review* 2010, nr. 1, str. 3.

⁵⁴ P. Trepte, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., str. 9.

⁵⁵ Tak: C. Bovis, *EU Public...*, op. cit., str. 51.

⁵⁶ Zob.: A. Georgopoulos, *The New Defence Procurement Directive Enters into Force*, *Public Procurement Law Review* 2010, vol. 19, issue 1, str. NA1-NA2. Również: W. Hartung, *Europejski rynek obronny – nowa propozycja Komisji Europejskiej dotycząca przepisów regulujących zamówienia publiczne w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2008, nr 1, str. 49–58.

⁵⁷ Zob.: T. Briggs, *The New Defence Procurement Directive*, *Public Procurement Law Review* 2009, vol. 18, issue 4, str. NA129. Również: W. Hartung, *Problematyka udzielania zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2008, nr 2, str. 51–64.

⁵⁸ Szerzej: *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, *Urząd Zamówień Publicznych*, Warszawa 2011, str. 6.

koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane oraz dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, które regulują kwestie związane ze środkami ochrony prawnej w procesie udzielania zamówień publicznych. Swoim zakresem obejmują jednak tylko zamówienia publiczne regulowane przepisami dyrektywy klasycznej i sektorowej, tak więc w przypadku zamówień, które nie podlegają pod ich reżim (np. ze względu na wartość), bądź zostały wyłączone z regulacji (np. koncesja na usługi), zastosowanie będą miały zasady wynikające z prawa pierwotnego UE⁵⁹. Obie dyrektywy zostały w istotny sposób zmienione postanowieniami dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że państwa członkowskie zachowały prawo do wyznaczenia organów odpowiedzialnych za rozpatrywanie odwołań.

Oceniając obecnie obowiązujące rozwiązania legislacyjne z zakresu zamówień publicznych na szczeblu unijnym, na uwagę zasługuje fakt, iż Unia Europejska, spośród dostępnego katalogu źródeł prawa wtórnego (rozporządzenia, dyrektywy, decyzje) nadal decyduje się na wprowadzanie przepisów prawa zamówień publicznych do porządku prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej za pomocą dyrektyw. Celem dyrektyw jest zharmonizowanie krajowych procedur udzielania zamówień publicznych poprzez wprowadzenie pewnego minimum wspólnych przepisów proceduralnych, a nie ujednoczenie wszystkich przepisów prawa krajowego w tym zakresie⁶⁰. Przyjęcie takiego rozwiązania legislacyjnego posiada zarówno swoje zalety, jak i wady. Po stronie aspektów pozytywnych uregulowania unijnego prawa zamówień publicznych w drodze dyrektyw należy na pewno zaliczyć to, że dyrektywy ustalają pewne minimum, pozwalając jednocześnie zachować pewną odmienność poszczególnych porządków prawnych państw członkowskich UE. Może to jednak rodzić również pewne negatywne konsekwencje. Dyrektywy różnią się od rozporządzeń tym, że muszą być implementowane do krajowego porządku prawnego w drodze odpowiednich, krajowych źródeł prawa (np. tak jak w Polsce, w drodze ustawy). Uważna analiza systemu zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich pokazuje jednak, że sposób i zakres implementacji może zasadniczo się różnić, co stanowi zdecydowane utrudnienie dla wykonawców chcących uczestniczyć w procedurach przetargowych w innych państwach członkowskich. Przykładowo Dania, która jako pierwsza implementowała dyrektywę klasyczną i sektorową, wprowadziła ich treść bez żadnych zmian, jako załącznik do odpowiednich rozporządzeń, tj. Rozporządzenia nr 937 z dnia 16 września 2004 r. w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy⁶¹, implementującego w całości dyrektywę 2004/18/WE oraz Rozporządzenia nr 936 z dnia 16 września 2004 r. w sprawie procedur udzielania sektorowych zamówień publicznych⁶², implementującej w całości dyrektywę 2004/17/

⁵⁹ Tak również: D. Piasta (red.), *Dyrektywy dotyczące procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008, str. 6.

⁶⁰ Zob. P. Trepie, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., str. 8.

⁶¹ Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjensteydelskontrakter og offentlige bygge-og anlægskontrakter, BEK nr 937 af 16/09/2004. Tekst dostępny pod adresem: www.retsinformation.dk.

⁶² Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand-og energiforsyning transport samt posttjenester, BEK nr 936 af 16/09/2004. Tekst dostępny pod adresem: www.retsinformation.dk.

WE, a następnie uregulowała w oddzielnym akcie prawnym procedur udzielania zamówień publicznych o wartości poniżej unijnych kwot progowych⁶³. Zdarzają się również przypadki, kiedy obok typowej regulacji prawa zamówień publicznych, pojawiają się specjalne akty prawne, zajmujące się jedynie jakimiś specyficznymi rozwiązaniami. Egzemplifikacji dostarcza tu Finlandia, gdzie w celu promowania innowacyjnych rozwiązań w zamówieniach publicznych w postaci elektronicznych procedur zamówień publicznych, przyjęto specjalną ustawę o aukcji elektronicznej i dynamicznym systemie zakupów⁶⁴. Z drugiej strony można spotkać rozwiązania analogiczne do polskich, gdzie wszystkie kwestie związane z zamówieniami publicznymi, niezależnie od ich wartości, uregulowane są w jednym akcie prawnym. Należy jednak pamiętać, iż o ile powyżej tzw. progów unijnych podstawę prawną procedur przetargowych stanowią przepisy implementowane z dyrektyw, o tyle poniżej tych progów państwa członkowskie stosują swoje krajowe regulacje. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności ze strony państw członkowskich, ponieważ procedury krajowe muszą uwzględniać podstawowe zasady dotyczące zamówień publicznych, wynikające ze wspomnianego już wcześniej prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Ponadto, jak pokazuje praktyka, procedury krajowe są w większości zbliżone do procedur wynikających z dyrektywy, z pewnymi odmiennościami.

5. GPA – Government Procurement Agreement

GPA, czyli tzw. Porozumienie w sprawie Zakupów Rządowych, stanowi wielostronną umowę zawartą w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO - World Trade Organization), regulująca procedury udzielania zamówień przez rządy tych państw, które w ramach swojego członkostwa w WTO zdecydowały się być stroną GPA. Oznacza to, że nie wszystkie państwa członkowskie Światowej Organizacji Handlu są zobowiązane do przestrzegania GPA. W chwili obecnej stronami Porozumienia jest czterdzieści jeden państw: Austria, Belgia, Bułgaria, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Niemcy, Grecja, Węgry, Irlandia, Włochy, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Malta, Holandia, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Hiszpania, Szwecja, Zjednoczone Królestwo, Armenia, Aruba, Kanada, Hong Kong, Islandia, Izrael, Japonia, Korea Płd., Liechtenstein, Norwegia, Singapur, Szwajcaria, Taipei, Stany Zjednoczone Ameryki. Jak widać, stronami GPA są wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej.

GPA zostało podpisane w dniu 15 kwietnia 1994 r. w Marakeszu, wraz z zakończeniem Rundy Urugwajskiej, i było to jedno z najważniejszych wydarzeń w historii międzynarodowego systemu zamówień publicznych, podobnie jak przyjęcie w tym samym roku rozwiązań dotyczących zamówień w ramach UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), czy w ramach NAFTA (North America Free Trade Agreement). Obecnie jest to najważniejsze porozumienie międzynarodowe z zakresu zamówień publicznych. Rola, jaką odgrywa GPA w ramach WTO, systematycznie wzrasta, co spowodowane jest, po pierwsze: wzrastającą rolą zamówień publicznych, po drugie:

⁶³ Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (Ustawa nr 1470 z dnia 7 grudnia 2007 r. o procedurach przetargowych), LOV nr 1470 af 7/12/2007. Tekst dostępny pod adresem: www.retsinformation.dk. Szerzej na ten temat: H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, str. 39–41.

⁶⁴ Ustawa z dnia 17 czerwca 2011 r. – Laki sähköiestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (nr 698/2011). Tekst dostępny pod adresem: www.finlex.fi. Szerzej: H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych..., op. cit., str. 46–50.

zwiększającą się liczbą państw-członków GPA, po trzeciej: perspektywą przystąpienia nowych państw, w tym państw obecnie szybko się rozwijających⁶⁵.

Cele GPA różnią się od tych, które stawiają sobie dyrektywy zamówieniowe UE. Jak wynika z preambuły GPA, jako cele Porozumienia możemy zidentyfikować:

- 1) stworzenie wielostronnych ram praw i zobowiązań z poszanowaniem ustaw i przepisów, procedur i praktyk związanych z zamówieniami publicznymi, ze względu na osiągnięcie większego stopnia liberalizacji i wzrostu światowego handlu oraz ulepszenie międzynarodowych ram dla zasad prowadzenia handlu światowego,
- 2) zapewnienie przejrzystości ustaw, przepisów, procedur i praktyk w zakresie zamówień publicznych,
- 3) ustanowienie procedur międzynarodowych zawiadomienia, konsultacji, nadzoru i rozstrzygania sporów w celu zapewnienia sprawiedliwego, szybkiego i skutecznego egzekwowania postanowień międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych oraz utrzymania równowagi praw i obowiązków na możliwie jak najwyższym poziomie.

Jak trafnie wskazuje D. Piasta, „celem GPA nie jest ujednoczenie procedur udzielania zamówień publicznych, ani nawet ich koordynacja, a jedynie uregulowanie pewnych elementów postępowań istotnych z punktu widzenia przejrzystości oraz dostępu do rynku dla przedsiębiorców z zagranicy. W szczególności dotyczy to przepisów o publikacji ogłoszeń o zamówieniach, czyli dostępie do informacji o przyznawanych kontraktach, definicji procedur udzielania zamówień, określania przedmiotu zamówienia, czyli prawidłowego stosowania specyfikacji technicznych oraz kryteriów wyboru oferty”⁶⁶. GPA tworzy więc pewne minimalne standardy, które muszą spełniać procedury państw-członków GPA, mające zapewnić ich przejrzystość, konkurencyjność i niedyskryminacyjny charakter w stosunku do innych państw członkowskich⁶⁷.

Prawodawstwo Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych jest w pełni zgodne z GPA. Co więcej, należy pamiętać, że to reżim prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej znacząco wpłynął na kształt GPA, chociażby z racji tego, że system zamówień publicznych w UE jest jednym z najstarszych i najbardziej rozbudowanych, a państwa członkowskie UE stanowią grupę znaczących członków GPA⁶⁸.

W chwili obecnej GPA przechodzi zmiany. 15 grudnia 2011 r. negocjatorzy reprezentujący strony GPA osiągnęli kompromis dotyczący renegotjacji postanowień GPA, który został potwierdzony w dniu 30 marca 2012 r. decyzją o przyjęciu protokołu zmieniającego GPA⁶⁹.

⁶⁵ Zob.: R. D. Anderson, S. Arrowsmith, *The WTO regime on government procurement: past, present and future*, [w:] S. Arrowsmith (ed.), R. D. Anderson (ed.), *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge University Press, World Trade Organization 2011, s. 12.

⁶⁶ D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001, Urząd Zamówień Publicznych, s. 18.

⁶⁷ Szerzej: R. D. Anderson, S. Arrowsmith, *The WTO regime...*, op. cit., s. 19.

⁶⁸ Zob. S. Arrowsmith, *EC Regime on Public Procurement*, [w:] K. V. Thai, *International Handbook of Public Procurement*, Taylor & Francis Group, LLC 2009, s. 252-253.

⁶⁹ Decision of the Committee on Government Procurement on adoption of the text of „The Protocol Amending the Agreement on Government Procurement”, WTO GPA/113 z dnia 2 kwietnia 2012 r.

§ 3.

PODSTAWY PRAWNE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

1. Ustawa Prawo zamówień publicznych – zakres regulacji

Wskazując hierarchiczność systemu prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej na trzecim miejscu umieszczono prawo krajowe państw członkowskich. W systemie prawa polskiego podstawowe miejsce zajmuje ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 roku¹, która wchodząc w życie zastąpiła ustawę z dnia 10 czerwca 1994 roku². Przyjęcie przez prawodawcę w tytule aktu prawnego pojęcia „Prawo” wskazuje na jej systemowe i szerokie ujęcie regulowanej sfery stosunków społecznych, w tym przypadku zamówień publicznych. Dokonując analizy przedmiotu regulacji objętej ustawą należy wskazać na: 1) zasady udzielania zamówień publicznych; 2) tryby udzielania zamówień publicznych; 3) środki ochrony prawnej; 4) kontrolę udzielania zamówień publicznych; 5) organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Określając przedmiot regulacji ustawodawca dążył do pełnego uregulowania wszystkich istotnych, dla procesu udzielania zamówień publicznych, kwestii prawnych odnoszących się do tych postępowań oraz określających sytuację uczestników tych postępowań. Ustawa, wbrew jej nazwie³, jest ustawą regulującą głównie kwestie formalnoproceduralne, w tym uprawnienia i obowiązki uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Ważne jest określenie, przez ustawodawcę, zakresu podmiotowego, który wskazuje na krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów. Określając zakres podmiotowy ustawodawca wskazał podmioty (zamawiających) zobowiązane do jej stosowania przy dokonywaniu zakupu usług, dostaw lub robót budowlanych. Ustawa określa zadania i obowiązki zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, określa również prawa zamawiającego związane z prowadzeniem tego postępowania. Definiując pojęcia, które są następnie stosowane w dalszym tekście ustawy, prawodawca określając cenę odwołuje się do ustawy o cenach⁴, podobnie było uregulowane pojęcie robót budowlanych⁵, które to pojęcie wraz z pojęciem obiektu budowlanego od 20 lutego 2013 roku zostało zdefiniowane w Pzp z odesłaniem do rozporządzenia wykonawczego⁶. W przypadku wprowadzenia pojęcia usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym ustawodawca upoważnił Prezesa Rady Ministrów do wydania w tym zakresie rozporządzenia⁷, które uwzględni postanowienia dyrektywy 2004/18/WE oraz dyrektywy 2004/17/WE. Podobnie Prezes Rady Ministrów został upoważniony do wyda-

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

² Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz. U. Nr 76, poz. 344).

³ Rozpatrując tytuł ustawy w jej dosłownym brzmieniu należy posłużyć się ustawową definicją zamówienia publicznego, które oznacza umowę odpłatną zawieraną ..., co powoduje, że tytuł ustawy można by tłumaczyć jako Prawo umów odpłatnych ..., co oczywiście nie odpowiada jej treści przedstawiającej głównie procedurę postępowania o udzielenie zamówienia oraz obowiązki uczestników tego postępowania.

⁴ Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 385).

⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.).

⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1372).

⁷ Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

nia rozporządzenia⁸ zawierającego wykaz usług priorytetowych i niepriorytetowych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z uwzględnieniem dyrektywy 2009/81/WE⁹. Wskazując na zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania Pzp prawodawca wymienia, między innymi, jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych¹⁰. Poddanie tych jednostek regulacjom z zakresu zamówień publicznych w konsekwencji powoduje, w przypadku naruszenia określonych norm prawnych, ich odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹¹. Ważną dla zakresu regulacji ustawy było uchwalenie w 2009 roku odrębnej ustawy koncesyjnej¹², co spowodowało usunięcie z jej pierwotnego tekstu regulacji dotyczących koncesji na roboty budowlane. Umiejscowienie koncesji na roboty budowlane było zgodne z treścią dyrektywy klasycznej. Wyodrębniając koncesje do odrębnej regulacji jednocześnie objęto tą ustawą koncesje na usługi.

Ustawa dokonując wyłączenia stosowania jej przepisów (art. 4) do zamówień udzielanych na podstawie szczególnych procedur organizacji międzynarodowych; umów międzynarodowych, które przewidują inne procedury udzielania zamówień; wskazanych zamówień Narodowego Banku Polskiego i Banku Gospodarstwa Krajowego i określonych ustawowo usług i dostaw. Ważnym wyłączeniem stosowania ustawy są zamówienia i konkursy, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 tysięcy euro. Ustawodawca wskazuje również na wyłączenia, które dotyczą instytucji regulowanych w odrębnych ustawach, w zakresie zadań dotyczących obsługi funduszy tworzonych tymi ustawami¹³. Wyłączeniu podlegają zamówienia realizowane przez Siły Zbrojne RP poza granicami państwa¹⁴, jeżeli ich wartość jest mniejsza od kwot określonych przepisami prawa. Ustawodawca wyłączył również zamówienia, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne”, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona

⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. poz. 1361).

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. WE Nr L.216/76 z dnia 20.08.2009 r.).

¹⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168).

¹² Ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.) – art. 35 uchylono przepisy w Pzp dotyczące tej problematyki, natomiast art. 36 dodano art. 17a do ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w którym wskazano na działania związane z zawarciem umowy koncesji będących naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

¹³ Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (tj. Dz. U. 2012 r. poz. 931 ze zm.); ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. Nr 223, poz. 1459 ze zm.); ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. Nr 116, poz. 730 ze zm.); ustawa z dnia 16 grudnia 2005 r. o Funduszu Kolejowym (Dz. U. z 2006 r. Nr 12, poz. 61 ze zm.); ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o Funduszu Rozwoju Inwestycji Komunalnych (Dz. U. Nr 223, poz. 2218 ze zm.); ustawa z dnia 5 grudnia 2002 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów mieszkaniowych o stałej stopie procentowej (Dz. U. Nr 230, poz. 1922 ze zm.); Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o Funduszu Żegluga Śródlądowej i Funduszu Rezerwowym (Dz. U. Nr 199, poz. 1672); Ustawa z dnia 17 lipca 1998 r. o pożyczkach i kredytach studenckich (Dz. U. Nr 108, poz. 685 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz. U. Nr 162, poz. 1117 ze zm.).

interesu publicznego. Wyłączeniu podlegają zamówienia, o których mowa w art. 346 Traktatu¹⁵, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a tak udzielone zamówienie nie wpłynie negatywnie na konkurencyjność¹⁶. Ustawy nie stosuje się również do przyznawanych dotacji ze środków publicznych na podstawie odrębnych ustaw¹⁷. Dodatkowego wyłączenia stosowania ustawy dokonano wobec wybranych zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa,

¹⁵ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004 r. Nr 90 strona 864/2).

¹⁶ Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. U. poz. 233).

¹⁷ Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68 ze zm.); Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tj. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.); Ustawa z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1138 ze zm.); Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o zasadach realizacji przedpłat na samochody osobowe (Dz. U. Nr 156, poz. 776 ze zm.); Ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r. o finansowaniu Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 103, poz. 650 ze zm.); Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.); Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej (Dz. U. Nr 62, poz. 689 ze zm.); Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o repatriacji (tj. Dz. U. z 2004 r. Nr 53, poz. 532 ze zm.); Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 264 ze zm.); Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego (tj. Dz. U. z 2005 r. Nr 31, poz. 266 ze zm.); Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 145 ze zm.); Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529); Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 225 ze zm.); Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.); Ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 80, poz. 526 ze zm.); Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 182 ze zm.); Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. Nr 116, poz. 1206 ze zm.); Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.); Ustawa z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 474); Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o Krajowym Funduszu Kapitałowym (Dz. U. Nr 57, poz. 491 ze zm.); Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz. U. Nr 132, poz. 1111 ze zm.); Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 572 ze zm.); Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 651 ze zm.); Ustawa z dnia 29 grudnia 2005 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Pomoc państwa w zakresie dożywiania” (Dz. U. Nr 267, poz. 2259 ze zm.); Ustawa z dnia 17 lutego 2006 r. o dotacji przeznaczonej dla niektórych podmiotów (Dz. U. Nr 64, poz. 446 ze zm.); Ustawa z dnia 10 marca 2006 r. o zwrocie podatku akcyzowego zawartego w cenie oleju napędowego wykorzystywanego do produkcji rolnej (Dz. U. Nr 52, poz. 379 ze zm.); Ustawa z dnia 5 kwietnia 2006 r. o finansowaniu Papieskiego Wydziału Teologicznego w Warszawie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 648); Ustawa z dnia 5 kwietnia 2006 r. o finansowaniu Papieskiego Wydziału Teologicznego we Wrocławiu z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 649); Ustawa z dnia 5 kwietnia 2006 r. o finansowaniu Wyższej Szkoły Filozoficzno-Pedagogicznej „Ignatianum” w Krakowie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 650); Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 757); Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (Dz. U. Nr 249, poz. 1829 ze zm.); Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. Nr 116, poz. 730 ze zm.); Ustawa z dnia 20 lutego 2009 r. o funduszu sołeckim (Dz. U. Nr 52, poz. 420 ze zm.); Ustawa z dnia 25 czerwca 2009 r. o rolnictwie ekologicznym (Dz. U. Nr 116, poz. 975); Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.); Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 615 ze zm.); Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618 ze zm.); Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 ze zm.); Ustawa z dnia 13 maja 2011 r. o finansowaniu Prawosławnego Seminarium Duchownego w Warszawie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 144, poz. 849); Ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o dotacji dla Fundacji Auschwitz-Birkenau przeznaczonej na uzupełnienie Kapitału Wieczystego (Dz. U. Nr 224, poz. 1336).

a które zostały określone przepisami Pzp¹⁸. Nowelizacją Pzp z 2010 roku¹⁹ wyłączono stosowanie procedur zamówieniowych w stosunku do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organy władzy publicznej. Przyjęte rozwiązanie ustawowe, w związku z powołaniem instytucji gospodarki budżetowej przypomina, wskazuje na potrzebę spełniania określonych warunków w relacjach organ władzy publicznej a instytucja gospodarki budżetowej jest bardzo zbliżone to tzw. zamówień wewnętrznych (in house) przyjętych w praktyce zamówień publicznych w krajach UE w związku z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości²⁰. Zakres wyłączeń bądź ograniczonego stosowania Pzp ustawodawca dokonał wobec kilku dziedzin działalności poddanych własnym regulacjom prawnym, o których będzie mowa w kolejnych punktach niniejszego rozdziału. Należy mieć jednak świadomość, że wobec znacznej części podmiotów wobec których dokonano wyłączenia będą miały zastosowanie przepisy w pierwszej kolejności Konstytucji²¹, która stanowi, że środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie o finansach publicznych²². Ustawa ta określa, między innymi, zasady funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych w zakresie gospodarki finansowej, zasady wykonywania budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz zasady gospodarowania środkami publicznymi pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej oraz innych źródeł zagranicznych. Podstawowym założeniem ustawy jest jawność i przejrzystość finansów publicznych, a wydatki powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny poprzez uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów oraz poprzez optymalny dobór metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Wydatki te muszą ponadto umożliwiać terminową realizację zadań w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. W zakresie zawierania umów na dostawy, usługi i roboty budowlane ustawa o finansach publicznych odsyła bezpośrednio do przepisów o zamówieniach publicznych, o ile przepisy innych ustaw nie stanowią inaczej. W związku z powyższym będąc wyłączonym z obowiązku stosowania Pzp, podlegając przepisom ustawy o finansach publicznych będziemy zobowiązani do wydatkowania środków według zasad przyjętych w tej ustawie. Dotyczy to w szczególności środków pochodzących z Unii Europejskiej, przy wydatkowaniu których będziemy musieli przestrzegać zasad wynikających z prawa pierwotnego UE np. zasady konkurencyjności. Ustawa zobowiązuje również podmiot zainteresowany uzyskaniem środków publicznych, na realizację wyodrębnionych zadań, złożenia oferty zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji i gwarantującej wykonanie zadania w sposób efektywny, oszczędny i terminowy²³.

¹⁸ Art. 4b w powiązaniu z art. 131a ust. 1.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 161, poz. 1078).

²⁰ Szerzej na temat zamówień in house zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia „in house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w:) Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, UZP Warszawa 2010; H. Nowicki, Zamówienia publiczne w jednostkach samorządu terytorialnego, (w:) Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2009; warto, w tym miejscu, zwrócić uwagę na przepisy ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191, poz. 1411 ze zm.).

²¹ Art. 216 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

²³ Art. 47 ustawy o finansach publicznych.

W przypadku regulacji dotyczącej zasady jawności mamy do czynienia z odwołaniem się do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁴. W przypadku regulacji dotyczącej ogłoszeń ustawodawca odwołuje się do rozporządzenia Komisji nr 842/2011²⁵ wprowadzającego wzorce standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE. Natomiast w przypadku wzorów ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych ustawodawca odsyła do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów²⁶. Wprowadzając obowiązek publikacji ogłoszeń prawodawca, za prawodawcą unijnym, upoważnił Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich²⁷. Kolejną regulacją dotyczącą ogłoszeń jest możliwość publikowania wstępnych ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach publicznych lub umowach ramowych (w terminie następnym 12 miesięcy). Dotyczy to w szczególności podmiotów zobowiązanych ustawowo²⁸ do sporządzania planów finansowych. Ustawa w zakresie zsumowania wartości zamówień odsyła do rozporządzenia (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195 w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień²⁹. W zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustawa odsyła do przepisów kodeksu cywilnego³⁰, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dyspozycja tego przepisu wyraźnie wskazuje, że jej przepisy stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów k.c., których stosowanie ma charakter uzupełniający do regulacji zawartej w Prawie zamówień publicznych. Wprawdzie ustawa nie odsyła wprost do przepisów kodeksu karnego, w przypadku składania oświadczeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o braku lub istnieniu okoliczności powodujących ich wyłączenie z postępowania, to jednak złożenie fałszywego oświadczenia może skutkować odpowiedzialnością karną za składanie

²⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

²⁵ Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) NR 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 (Dz.U.U.E.L.2011.222.1).

²⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69 ze zm.).

²⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649) zmienione Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 1360), która to zmiana dotyczy wartości zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

²⁸ Ustawa z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1187 ze zm.); Ustawa z dnia 30 maja 1996 r. o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 712); Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.); Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.); Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.); Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.); Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 16 marca 2009 r. w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej Agencji Nieruchomości Rolnych oraz gospodarki finansowej Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 52, poz. 427 ze zm.).

²⁹ Rozporządzenie (WE) NR 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. U. UE L. 2002 Nr 340 s. 1 ze zm.).

³⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny, (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

falszywych zeznań³¹. Jednym z uprawnień zamawiającego jest możliwość zastrzeżenia w ogłoszeniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy zatrudniający ponad 50% pracowników będących osobami niepełnosprawnymi w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych³². Podobnie w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający może wskazać na wymóg zatrudnienia określonych kategorii osób³³.

Ustawodawca, wskazując na podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, odwołuje się, między innymi, do naruszeń ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary³⁴ oraz ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium RP³⁵. Wśród przesłanek powodujących wykluczenie wykonawcy ustawa wskazuje na przynależność do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³⁶.

Zamawiający, żądając od wykonawców dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest ograniczony przepisami wykonawczymi do ustawy³⁷. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zamawiający dokonuje tego, między innymi, z uwzględnieniem przepisów Prawa budowlanego oraz przepisów wykonawczych do ustawy³⁸. Podobnie przy ustalaniu wartości zamówienia na roboty budowlane zamawiający będzie stosował odpowiednie przepisy Prawa budowlanego oraz przepisy rozporządzenia ministra właściwego do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa³⁹. Ważną regulacją, związaną z opisem przedmiotu zamówienia lub przygotowaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest możliwość przeprowadzenia dialogu technicznego, który należy przeprowadzić w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców. Przy ustalaniu wartości zamówienia istotne jest przeliczenie jego wartości na euro, między innymi, w związku obowiązkiem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W związku z powyższym ustawodawca wprowadził

³¹ Art. 233 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

³² Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.).

³³ Określa to przepis art. 29 ust. 4 odsyłając do: ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 674 ze zm.), ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.) i ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 225 ze zm.).

³⁴ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 768 ze zm.).

³⁵ Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

³⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

³⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

³⁸ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

³⁹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389).

średni kurs złotego w stosunku do euro, który określany jest, co najmniej raz na dwa lata, w drodze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów⁴⁰.

Zabezpieczeniem interesów zamawiającego w procesie udzielania zamówień jest żądanie od wykonawców wniesienia wadium, natomiast w przypadku zamówień o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 żądanie to ma charakter fakultatywny. Ustawodawca określając formy wniesienia wadium wskazuje, że może być ono udzielone, między innymi, poręczeniem przez podmioty wskazane we właściwych przepisach ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości⁴¹.

Prawodawca określając przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki wskazuje, między innymi, na możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, który korzysta z ochrony praw wyłącznych na podstawie odrębnych przepisów⁴². Kolejną przesłanką zastosowania tego trybu mogą być przepisy ustawy o giełdach towarowych⁴³. Jeżeli wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza od kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 zamówienie z wolnej ręki może być udzielone również na podstawie przepisów ustawy o służbie zagranicznej⁴⁴ czy też ustawy o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych RP⁴⁵.

Zamawiający, dopuszczając możliwość składania ofert w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, decyduje o potrzebie posłużenia się, w tym przypadku, przepisami ustawy o podpisie elektronicznym⁴⁶. Natomiast naruszenie przez wykonawcę przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴⁷ może być podstawą odrzucenia oferty. Podstawą odrzucenia oferty może być również jej nieważność wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego⁴⁸. Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, w związku z wezwaniem zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, zamawiający będzie brał pod uwagę przepisy ustawy⁴⁹ dotyczącej pomocy publicznej. Ważnym aktem prawnym, z punktu widzenia zgodności oferty z przepisami prawa oraz ochrony zamawiającego przed powstawaniem po jego stronie zobowiązań z tytułu podatku od towarów

⁴⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650).

⁴¹ Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.).

⁴² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.); ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.); ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529); ustawa z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin (Dz. U. Nr 137, poz. 1300 ze zm.).

⁴³ Ustawa z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 284 ze zm.).

⁴⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. Nr 128, poz. 1403 ze zm.).

⁴⁵ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz. U. Nr 162, poz. 1117 ze zm.).

⁴⁶ Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 262).

⁴⁷ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.).

⁴⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

⁴⁹ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 ze zm.).

i usług, będzie właściwa ustawa⁵⁰. Zamawiający wskazując na kryteria oceny ofert może być, w prawie określonych sytuacjach, zobowiązany do zastosowania kryteriów obowiązkowych, na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów⁵¹. Obowiązkiem zamawiającego jest dokumentowanie postępowania zgodnie z przepisami ustawy i rozporządzenia wykonawczego⁵², które wprowadza wzory protokołów dla poszczególnych trybów oraz wzór oświadczenia składanego w trybie art. 17 ust. 2 Pzp. Kolejnym obowiązkiem zamawiającego jest składanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach⁵³. Z pośrednim odwołaniem do szeregu aktów ustawowych prawa materialnego mamy do czynienia w przypadku przeprowadzania przez zamawiającego konkursu lub też w przypadku zamówień sektorowych.

Wprowadzając przepisy o zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa dokonano, między innymi, poszerzenia przesłanek wykluczenia wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia w tych dziedzinach, w związku ze skazaniem (w zależności od formy prawnej wykonawcy) tych osób, wspólników, partnerów, członków zarządu, komplementariuszy lub członka organu zarządzającego za wskazane ustawowo przestępstwa określone przepisami kodeksu karnego. Przesłanką wykluczenia może być również, w stosunku do osób wyżej wymienionych, decyzja o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. Wykluczeniu podlegają również wykonawcy, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa dostaw lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W przypadku zamówień sektorowych wprowadzono przepisy zezwalające na wyłączenie zamawiającego z obowiązku stosowania Pzp, jeżeli działa on zgodnie z decyzją Komisji Europejskiej, na rynku konkurencyjnym. Uprawnionymi do występowania z właściwym wnioskiem do Komisji Europejskiej są organy wskazane w rozporządzeniu Rady Ministrów⁵⁴.

Kolejną regulacją Pzp łączącą się z innymi przepisami prawa jest problematyka umów w sprawach zamówień publicznych. Do umów tych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, umowy natomiast są jawne i podlegają udostępnieniu zgodnie z przepisami o dostępie do informacji publicznej⁵⁵. Natomiast w przypadku unieważnienia umowy będziemy stosowali przepisy ustawy kodeks postępowania cywilnego⁵⁶. W przypadku żądania przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustawa odsyła, podobnie jak w przypadku wadium, do poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawie Polskiej Agencji Roz-

⁵⁰ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.).

⁵¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. Nr 96, poz. 559).

⁵² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

⁵³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. Nr 155, poz. 1110 ze zm.).

⁵⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 sierpnia 2006 r. w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony (Dz. U. Nr 147, poz. 1063).

⁵⁵ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

⁵⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

woju Przedsiębiorczości. Zabezpieczenie może być również wnoszone przez ustanowienie zastawu rejestrowego zgodnie z ustawą o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów⁵⁷.

W zakresie spraw ustrojowo-organizacyjnych ustawa wprowadza również kilka uprawnień dotyczących wydania aktów wykonawczych. Statut Urzędowi Zamówień Publicznych został nadany w drodze zarządzenia przez Prezesa Rady Ministrów⁵⁸. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów w oparciu o przepisy Pzp, ale również i inne przepisy prawa, w tym, ustawę o działach administracji rządowej⁵⁹, ustawę o Radzie Ministrów⁶⁰ i ustawę o kontroli w administracji rządowej⁶¹. Prezes Urzędu wydając rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą, będzie działał w oparciu o przepisy kodeksu postępowania administracyjnego⁶². W przypadku uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu mamy do czynienia z odwołaniem się do kilku ustaw⁶³, w tym ustaw uprawniających określone organy do występowania z wnioskiem o wszczęcie kontroli doraźnej lub z wnioskiem o odstąpienie od kontroli uprzedniej. W przypadku powołania przez Prezesa Urzędu, w związku z prowadzoną kontrolą, biegłego, którego wynagrodzenie ustalane będzie zgodnie z ustawą o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶⁴. W związku z funkcjonowaniem Rady Zamówień Publicznych zostało wydane rozporządzenie dotyczące wynagradzania jej członków⁶⁵. Powołanie i funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej, powołanej do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podlega w pierwszej kolejności przepisom Pzp. Tryb postępowania kwalifikacyjnego na członków KIO określają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów⁶⁶. Natomiast do stosunku pracy członków KIO mają zastosowanie przepisy z zakresu prawa pracy⁶⁷, w tym przepisy dotyczące wynagradzania⁶⁸ oraz składania oświadczeń majątkowych⁶⁹.

⁵⁷ Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 67, poz. 569 ze zm.).

⁵⁸ Zarządzenie nr 110 Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 grudnia 2004 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Zamówień Publicznych (M.P. nr 52, poz. 886 ze zm.).

⁵⁹ Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 743 ze zm.).

⁶⁰ Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 392 ze zm.).

⁶¹ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. Nr 185, poz. 1092).

⁶² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 267), natomiast w przypadku zaskarżania tych rozstrzygnięć będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.).

⁶³ Ustawy te są powołane w rozdziale: Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

⁶⁴ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.).

⁶⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 49, poz. 470).

⁶⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na członków Krajowej Izby Odwoławczej, sposobu powoływania komisji kwalifikacyjnej, a także szczegółowego zakresu postępowania kwalifikacyjnego (Dz. U. Nr 120, poz. 820).

⁶⁷ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.).

⁶⁸ Ustawa z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 79, poz. 431 ze zm.) oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej (Dz. U. Nr 128, poz. 885).

⁶⁹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584 ze zm.).

Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego⁷⁰ o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Ustawodawca upoważnił Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań⁷¹ oraz rozporządzenia w sprawie kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym⁷².

Krajowa Izba Odwoławcza może powołać biegłego wpisanego na listę biegłych sądowych, któremu wynagrodzenie przysługuje w wysokości zgodnej z ustawą o kosztach sądowych. Natomiast w przypadku nakładania kar finansowych przez KIO lub sąd Prezes Urzędu jest wierzycielem w rozumieniu przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁷³. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi do sądu mają zastosowanie przepisy o apelacji kodeksu postępowania cywilnego. Prezesowi Urzędu przyznano nadzwyczajny środek prawny tj. prawo wniesienia skargi kasacyjnej na wyrok sądu okręgowego, przy podejmowaniu czynności z tym związanych stosuje się przepisy o Prokuratorze Generalnym określone w kodeksie postępowania cywilnego.

Wskazany wyżej zakres regulacji prawnych zamówień publicznych wynika bezpośrednio z ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi, ustaw do przepisów których odsyła Pzp oraz ustaw, które w swej treści odwołują się do regulacji Pzp. Ustawa prawo zamówień publicznych oraz ustawy powołane powyżej nie wyczerpują, w polskim systemie prawnym, wszystkich aktów prawnych składających się na system prawa zamówień publicznych. Do tego systemu zaliczamy również ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷⁴ oraz ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷⁵.

2. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi

Ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadziła, za dyrektywą dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG)⁷⁶, do naszego systemu prawa zamówień publicznych nową instytucję: „koncesję na roboty budowlane”. Jej wprowadzenie oznaczało, że wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zrealizowanego w trybach przetargowych (przetarg nieograniczony lub ograniczony) bądź w trybie negocjacji z ogłoszeniem, po zrealizowaniu określonych robót budowlanych będzie otrzymywał wynagrodzenie, którym było prawo do eksploatacji obiektu budowlanego. Prawo do eksploatacji mogło być połączone z zapłatą. Należy przyjąć, że była to zapłata pokrywająca tylko część kosztów, które poniósł wykonawca. Prawo do eksploatacji zostało określone jako prawo obowiązujące w określonym czasie, oznaczonym w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a koncesjonariuszem,

⁷⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

⁷¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.).

⁷² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

⁷³ Ustawa z dnia 17 czerwca 1996 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1015 ze zm.).

⁷⁴ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

⁷⁵ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.).

⁷⁶ Dz. Urz. WE Nr L 199, s 54.

która to umowa mogła być zawarta na okres dłuższy niż wynikało to z ogólnych rygorów ustawy⁷⁷. Obecnie koncesje na roboty budowlane objęte są przepisami dyrektywy 2004/18/WE, które to rozwiązanie zostało przyjęte do ustawy Pzp. Zasadniczą zmianą dotyczącą umiejscowienia koncesji na roboty budowlane dokonano poprzez uchwalenie w 2009 roku odrębnej ustawy koncesyjnej⁷⁸. W konsekwencji wejścia w życie tej ustawy koncesjami objęto również usługi i uchylono przepisy z Pzp w zakresie koncesji na roboty budowlane. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest *de facto* postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawową różnicą jest sposób wynagradzania koncesjonariusza i przejęcie przez niego zasadniczej części ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji. Ustawa obok regulacji określającej zasady i tryby zawierania umowy koncesji zawiera przepisy określające środki ochrony prawnej. W wielu swych regulacjach ustawa, co jest oczywiste z systemowego punktu widzenia, odwołuje i odsyła do odpowiednich regulacji Pzp. Ustawa koncesyjna odmiennie od Pzp dokonała uregulowania środków ochrony prawnej, którym jest skarga do sądu administracyjnego na czynności podjęte przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy. W postępowaniu skargowym stosuje się przepisy ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁷⁹. Szczegółowego omówienia koncesji na roboty budowlane dokonano w rozdziale poświęconym postępowaniu o udzielenie koncesji niniejszej publikacji⁸⁰.

3. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Do systemu zamówień publicznych należy zaliczyć również przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym⁸¹, która określając sposób wyboru partnera prywatnego i zawarcia z nim umowy odwołuje się do procedur określonych przepisami ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastosowanie tych ustaw następuje w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, której przepisy określają zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego realizujących przedsięwzięcie objęte przepisami ustawy. Realizacja wspólnego przedsięwzięcia polega na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego. Zastosowanie ustawy o koncesji lub Pzp będzie wynikało ze sposobu wynagradzania partnera prywatnego i finansowania przedsięwzięcia. Ustawa w wielu miejscach odwołuje się jednak do wybranych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadkach, gdy przepisy powołanych powyżej ustaw nie będą miały zastosowania, wyboru partnera dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. Ustawa wprowadzając możliwość zastosowania przepisów innych ustaw, wskazuje na obowiązek zastosowania przez partnera publicznego ustawy o gospodarce nieruchomościami⁸², w przypadku wnoszenia wkładu będącego nieruchomością.

⁷⁷ Art. 142 ust. 4 pkt 4 Pzp, ustawodawca, w tym przypadku, nie określił maksymalnego czasu trwania tych umów, uczynił to dopiero w ustawie z 2009 roku.

⁷⁸ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.) - art. 35 uchylono przepisy w Pzp dotyczące tej problematyki; art. 36 dodano art. 17a do ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168), którym wskazane na działania związane z zawarciem umowy koncesji, które uznane zostały jako naruszające dyscyplinę finansów publicznych.

⁷⁹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.).

⁸⁰ Rozdział 22 Koncesji na roboty budowlane lub usługi.

⁸¹ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.).

⁸² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.).

Należy również zwrócić uwagę, że występują regulacje ustawowe wprowadzające zakaz stosowania przepisów do realizacji niektórych zadań. Przykładem mogą być przepisy zakazujące stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego w stosunku do zadań realizowanych przez: Agencję Rynku Rolnego w oparciu o ustawę z 2004 roku⁸³; zarządzania infrastrukturą kolejową o znaczeniu obronnym⁸⁴. Niektóre ustawy wprowadzają przepisy wprost odsyłające do możliwości zastosowania, przy realizacji określonych zadań, przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Przykładem może być ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁸⁵, której przepisy określające powierzanie zadań publicznych organizacjom pozarządowym wskazują na możliwość zastosowania do tych procedur przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie zawiera uregulowań w zakresie środków ochrony prawnej, które zatem uczestnikom będą przysługiwały na zasadach ogólnych, za wyjątkiem przysługujących w związku z zastosowaniem poszczególnych ustaw np. Pzp lub ustawy o koncesjach.

Szczegółowe przedstawienie problematyki partnerstwa publiczno-prywatnego dokonano w jednym z dalszych rozdziałów niniejszej publikacji⁸⁶.

4. Przepisy szczególnie wyłączające stosowanie Prawa zamówień publicznych

Wskazując na inne przepisy będące podstawą wyłączenia (bądź ograniczonego stosowania) poszczególnych podmiotów lub grup podmiotów z obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, należy pamiętać o obowiązkach wynikających dla tych podmiotów z innych przepisów prawa. Dla podmiotów będących jednostkami sektora finansów publicznych lub podmiotów wykorzystujących lub dysponujących środkami publicznymi będzie ustawa o finansach publicznych. W przypadku wydatkowania środków pochodzących z UE będą to również przepisy prawne Unii Europejskiej, w szczególności przepisy prawa pierwotnego.

Wyłączenia bądź ograniczonego stosowania Pzp ustawodawca dokonała wobec kilkunastu dziedzin działalności poddanych własnym regulacjom prawnym. Wyłączenia te mają często tylko incydentalny charakter, gdyż dotyczą tylko określonego jednego działania. Przykładem może być ustawa Prawo bankowe⁸⁷, zgodnie z którym do wyboru biegłego rewidenta badającego sprawozdania finansowe banku, zlecone przez Komisję Nadzoru Finansowego ustawy Pzp się nie stosuje. Podobnie wyłączenia stosowania przepisów z zamówień publicznych dokonywał prawodawca przy powierzaniu zadań,

⁸³ Art. 11a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 633 ze zm.), za wyjątkiem inwestycji służących przechowywaniu produktów rolnych i żywnościowych, które mogą być realizowane również w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego.

⁸⁴ Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 ze zm.).

⁸⁵ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536 ze zm.), przykładem mogą być również przepisy ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 260 ze zm.), ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1187 ze zm.), ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz. U. Nr 267, poz. 2251 ze zm.), ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.), ustawy z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (Dz. U. Nr 249, poz. 1829 ze zm.), ustawy z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 142, poz. 960 ze zm.).

⁸⁶ Rozdział 23 Partnerstwo publiczno-prywatne.

⁸⁷ Art. 135 ust. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.).

związanych z przygotowaniem przedsięwzięć Euro 2012, spółce celowej utworzonej na podstawie przepisów już nie obowiązującej ustawy z 2007 roku⁸⁸. Wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca dokonał w stosunku do zawierania umów ubezpieczeń osobowych lub majątkowych, które są zawierane z towarzystwem ubezpieczeń wzajemnych przez podmiot będący członkiem tego towarzystwa⁸⁹.

Minister Sprawiedliwości został wyłączony z obowiązku stosowania Pzp, w przypadku wydrukowania i doręczenia zestawów pytań i zadań związanych z przeprowadzeniem egzaminu radcowskiego⁹⁰, adwokackiego⁹¹ i notarialnego⁹², jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dokonano również w odniesieniu do zamówień na dodatkowe opinie lekarskie i usługi rehabilitacyjne dokonywanych przez Zakład Ubezpieczeń Społeczny⁹³. Przepisów o zamówieniach publicznych nie stosuje się również do wyboru realizatora działań wynikających z Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych⁹⁴.

Ustawa o postępowaniu kompensacyjnym z 2008 roku⁹⁵ dokonała wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do niektórych czynności związanych z prowadzonym postępowaniem kompensacyjnym. Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa została zwolniona ze stosowania Pzp w przypadku powoływania pełnomocników procesowych⁹⁶.

W przypadku powierzenia obowiązków instytucji pośredniczącej, wskazanym w ustawie⁹⁷, w ramach programu operacyjnego opracowywanego przez Ministra właściwego do spraw rybołówstwa nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobnego wyłączenia dokonuje powołana wyżej ustawa w stosunku do umów o dofinansowanie operacji służącym istotnym celom dla sektora rybackiego⁹⁸. Podobnego wyłączenia dokonano, w stosunku do instytucji zarządzającej lub pośred-

⁸⁸ Art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 26, poz. 133 ze zm.), ustawa obowiązywała, zgodnie z dyspozycją art. 40 ust.1, do dnia 31 grudnia 2012 r.

⁸⁹ Art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 950).

⁹⁰ Art. 36 ust. 11 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 ze zm.).

⁹¹ Art. 75b ust. 11 i art. 77a ust. 11 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 ze zm.).

⁹² Art. 71c § 11 i art. 74 § 17 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.).

⁹³ Art. 68 ust. 2 i art. 69 ust. 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.).

⁹⁴ Art. 8 ust. 6 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Narodowy program zwalczania chorób nowotworowych” (Dz. U. Nr 143, poz. 1200 ze zm.).

⁹⁵ Art. 76 ust. 6 i art. 82 ust. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego (Dz. U. Nr 233, poz. 1569 ze zm.).

⁹⁶ Art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 1150).

⁹⁷ Art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego (Dz. U. Nr 72, poz. 619 ze zm.).

⁹⁸ Art. 11 ust. 4 ustawy jak wyżej.

niczącej, w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju⁹⁹. Podejmowanie działań w zakresie wdrażania działań związanych z realizacją programu rozwoju obszarów wiejskich przez instytucję zarządzającą, również zostały wyłączone z procedur objętych zamówieniami publicznymi¹⁰⁰. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości została wyłączona ze stosowania przepisów o zamówieniach publicznych¹⁰¹ w przypadku powierzania wojewódzkiemu urzędowi pracy niektórych czynności związanych z realizacją programów tworzenia nowych miejsca pracy, przeciwdziałania bezrobociu i rozwoju zasobów ludzkich.

Szerszego wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dokonuje ustawodawca¹⁰² w stosunku realizacji mechanizmów Wspólnej Polityki Rolnej. Podobnie ustawa o organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych wprowadza wyłączenie przepisów o zamówieniach publicznych oraz przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów w stosunku do części zadań związanych organizacją tego rynku¹⁰³. Podobnie wyłączenia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonano do umów związanych z wykonywaniem zadań wskazanych w ustawie z 29 listopada 2000 roku¹⁰⁴. Wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dokonano ustawą o ochronie roślin¹⁰⁵ w stosunku do kosztów związanych ze zwalczaniem lub zapobieganiem rozprzestrzeniania się organizmów szkodliwych lub kwarantannowych, bądź też w związku z wypłatą odszkodowań z tym związanych.

Pełnego wyłączenia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych dokonano do zamówień udzielanych Agencji Mienia Wojskowego przez Ministra Obrony Narodowej oraz kierowników jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez tego ministra¹⁰⁶.

Ustawy Pzp nie stosuje się do wyboru placówek medycznych realizujących badania diagnostyczne i konsultacje specjalistyczne dla potrzeb orzekania przez wojskowe komisje lekarskie oraz powoływania komisji lekarskich i zlecenia badań przez te komisje, o których mowa w ustawie o powszechnym obowiązku obronnym RP¹⁰⁷.

⁹⁹ Art. 27 ust. 5 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.).

¹⁰⁰ Art. 6 ust. 4 ustawy z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 173).

¹⁰¹ Art. 6e ust. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.).

¹⁰² Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 633 ze zm.).

¹⁰³ Art. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 50).

¹⁰⁴ Art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o zbieraniu i wykorzystywaniu danych rachunkowych z gospodarstw rolnych (Dz. U. z 2001 r. Nr 3, poz. 20 ze zm.).

¹⁰⁵ Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 849 ze zm.).

¹⁰⁶ Art. 31 ust. 5 ustawy z dnia 30 maja 1996 r. o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 712.).

¹⁰⁷ Art. 29 ust.3, ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 461 ze zm.).

Warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych określają przepisy ustawy z 2004 roku¹⁰⁸. Ustawa ta określając zadania Narodowego Funduszu Zdrowia zalicza do nich, między innymi, przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielania świadczeń opieki zdrowotnej¹⁰⁹, które to postępowania muszą gwarantować równe traktowanie podmiotów ubiegających się (świadczeniodawców) o zawarcie umowy z zachowaniem uczciwej konkurencji (art. 134 ust. 1), a zawarte umowy są jawne (art. 135 ust. 1). Natomiast do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień¹¹⁰. Ustawa wprowadza również środki ochrony prawnej dla oferentów, którym jest umotywowany protest wnoszony do komisji na jej czynności, odwołanie do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu na ogłoszone rozstrzygnięcie postępowania. Rozpatrzenie odwołania następuje w formie decyzji administracyjnej, od której przysługuje odwołanie do Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia. Decyzja Prezesa Funduszu podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Ustawa o działalności leczniczej¹¹¹ wprowadza odrębną procedurę udzielania zamówień (konkurs ofert) na świadczenia zdrowotne (podwykonawcom) przez podmioty wykonujące działalność leczniczą (świadczeniodawcy), które spełniają przesłanki określone w art. 3 ust. Pzp. Do udzielania zamówień przez podmioty lecznicze nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej.

5. Pojęcia prawa zamówień publicznych

Przywołane powyżej akty prawne wskazują na to jak szeroki krąg aktów prawnych prawa krajowego i Unii Europejskiej stanowią podstawy systemu zamówień publicznych w Polsce. Przywołane akty prawne wskazują na złożoność i rozległość problematyki, którą możemy zaliczyć do prawa zamówień publicznych. Dodatkowym problemem jest systemowe interpretowanie i stosowanie poszczególnych norm zawartych w tak szerokim zbiorze aktów prawnych dotyczących omawianego zakresu regulacji. Podstawowym i najważniejszym pojęciem wyznaczającym zakres prowadzonych rozważań jest zdefiniowanie terminu prawo zamówień publicznych ze wskazaniem aktów prawnych przynależnych do tego systemu.

W pierwszej kolejności należy zdefiniować pojęcie „zamówienia publicznego”, które będzie wstępem do definiowania terminu „prawo zamówień publicznych” lub szerzej „system prawa zamówień publicznych”.

Ustawodawca wprowadzając w 1994 roku do polskiego systemu prawa regulacje o zamówieniach publicznych wskazał, że określa ona zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne, a także tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹¹². Wprowadzono również

¹⁰⁸ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.), zgodnie z dyspozycją art. 138 do zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie stosuje się przepisów zamówieniach publicznych.

¹⁰⁹ Art. 97 ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.).

¹¹⁰ Rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. U. UE. L. 2002 s. 340L ze zm.).

¹¹¹ Art. 26 ust. 5 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 217).

¹¹² Art. 1 ustawy z 1994 r.

ustawowe pojęcie zamówień publicznych, które należało rozumieć jako zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz wykonywanie usług, opłacane ze środków publicznych¹¹³. Podstawową jednak regulacją wprowadzoną ustawą z 1994 roku była regulacja publicznoprawna, określająca procedury postępowania prowadzące do wyboru dostawcy lub wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tylko w przypadku regulacji dotyczącej umów w sprawach zamówień publicznych ustawie nadano charakter *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego¹¹⁴, natomiast w przypadku postępowania odwoławczego¹¹⁵ charakter *lex specialis* nadano przepisom Pzp w stosunku do przepisów kodeksu postępowania cywilnego¹¹⁶. Ważnym elementem wskazującym na publicznoprawny charakter Pzp są również przepisy przejściowe i końcowe, w których ustawodawca wskazał¹¹⁷ jako organy kontrolne, właściwe w sprawach zamówień publicznych, regionalne izby obrachunkowe, a naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych zakwalifikował jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹¹⁸. Zamówienia publiczne zostały objęte również kontrolą realizowaną przez Najwyższą Izbę Kontroli, która została powołana do kontroli działalności, między innymi, organów administracji rządowej, organów samorządu terytorialnego oraz podmiotów gospodarczych w zakresie wykonywania zamówień publicznych na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego¹¹⁹. Administracyjnoprawny charakter ma, co jest oczywiste, kontrola udzielania zamówień publicznych wykonywana przez Prezesa UZP.

Nowelizacją z 29 stycznia 1997 roku¹²⁰ ustawodawca dodał nowy art. 6a, w którym odwołano się do stosowania, do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, dostawców lub wykonawców przepisów kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie i przepisach odrębnych¹²¹.

Pojęcie zamówienia publicznego zostało określone na gruncie ustawy z 2004 roku¹²², która w artykule drugim zamieszcza ustawową definicję zamówień publicznych, które oznacza „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Ustawowa definicja jednoznacznie wskazuje, że zamówienie publiczne materializuje się poprzez wykorzystanie prawnej formy działania jaką jest umowa¹²³. Stronami tej umowy są zama-

¹¹³ Art. 2 pkt 4 ustawy jak wyżej.

¹¹⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.); Art. 72 ustawy z 1994 r. w tekście pierwotnym posiadał brzmienie: Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli przepisy niniejsze ustawy nie stanowią inaczej.

¹¹⁵ Art. 87 ustawy z 1994 r.

¹¹⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

¹¹⁷ Art. 93 ustawy jak wyżej.

¹¹⁸ Art. 94 ustawy jak wyżej.

¹¹⁹ Zob. art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst pierwotny Dz. U. z 1995 r. nr, poz. 59).

¹²⁰ Ustawa z dnia 29 stycznia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778).

¹²¹ Art. 1 pkt 5 ustawy zmieniającej z 29 stycznia 1997 r.

¹²² Art. 2 pkt Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

¹²³ Na umowy z zakresu zamówień publicznych jako prawną formę realizacji zadań publicznych wskazuje A. Panasiuk, *Konsensualne formy realizacji zadań publicznych w świetle najnowszych uregulowań prawnych (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2009 s. 95 i nast.

wiający oraz wykonawca, a umowa ma charakter odpłatny. Oznacza to, że każda umowa odpłatna zawierana przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy, której przedmiotem będzie dostawa, usługa lub roboty budowlane będzie zamówieniem publicznym. Przy czym ustawodawca odsyła do trzech podstawowych umów z jednoczesną możliwością rozszerzenia ich katalogu. Dla potrzeb ustawy definiuje pojęcie dostawy, pod którym rozumie nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Prawodawca używając określenia „w szczególności” wskazał, że dostawa może być realizowana również na podstawie innych umów określonych przepisami kodeksu cywilnego i to zarówno umów nazwanych jak i nienazwanych. Jednocześnie pojęcie umowy dostawy zostało rozszerzone w stosunku do postanowień k.c.¹²⁴ poprzez objęcie nią nabywania nie tylko rzeczy lecz również praw i innych dóbr. Nowelizacją z 12 października 2012 roku wprowadzono własną definicję robót budowlanych, rezygnując z wcześniej przejętego odwołania w tym zakresie do ustawy prawo budowlane¹²⁵. Definiując pojęcie usług prawodawca wzorując się na regulacji dyrektywy 2004/18/WE/ przyjął tzw. definicję negatywną, pod którym to pojęciem należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy¹²⁶. Szersze omówienia umów zawieranych dla realizacji zamówień publicznych dokonane zostanie w jednym z dalszych rozdziałów niniejszego opracowania. Przed przystąpieniem do przedstawienia zagadnienia prawa zamówień publicznych i jego miejsca w systemie prawa należy wskazać, że celem regulacji są procedury związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zaś same umowy są tylko prawną formą realizacji zadań przez zamawiającego, jakim jest dokonywanie odpowiednich zakupów. Stosowanie umowy jako formy działania nie przesądza przecież o przynależności danej regulacji do jakiegokolwiek gałęzi prawa. Tak jak o przynależności Prawa zamówień publicznych do określonych gałęzi prawa nie przesądza fakt odwoływania się w jej tekście do odpowiedniego stosowania poszczególnych ustaw.

Określając zakres przedmiotowy ustawodawca wskazuje na: zasady udzielania zamówień publicznych, tryby udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych, organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Zakres przedmiotowy ustawy nie wskazuje, żeby jej celem było szersze uregulowanie problematyki umów w zamówieniach publicznych. Ustawa reguluje problematykę postępowania o udzielenie zamówień publicznych, w wyniku którego zostanie wybrana oferta wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Chcąc dokonać zdefiniowania prawa zamówień publicznych¹²⁷ i jego umiejscowienia w systemie prawa, należy odwołać się do podstawowych pojęć z tym związanych. Doktryna prawa wyodrębniając poszczególne gałęzie prawa wskazuje na przedmiot regulacji i metodę regulacji będący podstawą ich wyodrębnienia.

Umiejscowienie Prawa zamówień publicznych w systemie prawa ma bardzo ważne znaczenie dla uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jak i właściwych organów prowadzących te postępowania lub uczestniczących w procedurach odwoławczych i kontrolnych. Wśród autorów spotkać można odmienne próby zaliczenia przepisów „Prawa zamówień publicznych”

¹²⁴ Art. 605 i nast. k.c.

¹²⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.).

¹²⁶ Art. 2 pkt 10 Ustawy Pzp.

¹²⁷ Zob. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2009 s. 87 i nast.

do prawa prywatnego czy też do prawa publicznego¹²⁸. Część poglądów zaliczających tę regulację prawną do prawa prywatnego, dokładnie prawa cywilnego, nie zawiera żadnych metodologicznych i merytorycznych uzasadnień takiego stanowiska. Podstawowym argumentem jest samo odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego¹²⁹.

Przepisy ustawy wskazują na publicznoprawny charakter jej unormowań. Stanowisko takie wyraził Sąd Najwyższy, w stosunku do ustawy z 1994 o zamówieniach publicznych, w wyroku z 13 września 2001 r.¹³⁰. W wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawnych. Pogląd ten jest również aktualny w odniesieniu do ustawy z 2004 roku. Analizując przynależność tej regulacji w pierwszej kolejności należy odwołać się do celów, które przyświecały prawodawcy wprowadzającemu ustawę o zamówieniach publicznych i następnie ustawę Prawo zamówień publicznych¹³¹. Podstawowym celem tych regulacji była i jest ochrona interesu publicznego, w tym konkurencyjności i równości, przy dokonywaniu zakupów z wykorzystaniem zamówień publicznych. Przedmiotem regulacji Prawa zamówień publicznych są określone procedury postępowań, których celem jest wyłonienie wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Posługując się pojęciem procedury postępowań należy mieć na uwadze cały zakres regulacji określony w dyspozycji art. 1 ustawy, w tym także uprawnienia organów właściwych w sprawach określonych ustawą, kontrolę¹³² itd. Ustawa w swej zasadniczej regulacji posługuje się metodą publicznoprawną wskazującą, między innymi, na uprawnienia organów administracji publicznej uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (np. orany kontrolujące), też uprawnienia zamawiającego kształtowania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtowania warunków realizacji zamówienia w zawieranej umowie o zamówienie publiczne¹³³. Tylko w przypadkach określonych przepisami ustawy stosuje się przepisy prywatnoprawne i tylko w zakresie nieuregulowanym w Prawie zamówień publicznych. To odwołanie do prawa prywatnego ma zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych.

Dokonując określenia prawa zamówień publicznych należy, po raz kolejny, przypomnieć wielokrotne odwoływanie się w tekście samej ustawy Pzp do przepisów innych ustaw, przepisy których to muszą być stosowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definiując pojęcie „prawa zamówień publicznych” należy odróżnić dwa jego określenia. Pierwszym jest tytuł ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, natomiast przedmiotem dalszej analizy będzie „prawo zamówień publicznych” jako system aktów prawnych regulujących problematykę zamówień publicznych.

¹²⁸ Zob. J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Wszechnica Polska, Szkoła Wyższa TWP, Warszawa 2007, s. 10; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych, Wprowadzenie*, Zakamycze 2004, s. 15; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 7–8.

¹²⁹ Odmienny pogląd zob. np. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 77 i 78.

¹³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r. (IVCKN 381/00), w: OSNC 2002 r. nr 6, poz. 75.

¹³¹ Na temat celów prawa zamówień publicznych zobacz rozdział 1 niniejszego opracowania.

¹³² Na przynależność kontroli zamówień publicznych do prawa administracyjnego wskazuje E. Przeszło, *Zamówienia publiczne na tle innych dziedzin prawa w zakresie dotyczącym kontroli (w:) Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*. Polska na tle Unii Europejskiej, red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, UZP 2010 s. 95 i nast.

¹³³ Na przynależność Prawa zamówień publicznych wskazuje, między innymi, Sł. Fundowicz, *Miejsce Prawa zamówień publicznych w prawie administracyjnym (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009 s. 36 i nast.

Zatem pojęcie prawa zamówień publicznych możemy ujmować¹³⁴ w kilku znaczeniach:

- 1) pierwszym ujęciem jest najwęższe rozumienie tego terminu i będzie ono oznaczało Prawo zamówień publicznych jako ustawę z 29 stycznia 2004 r. wraz z aktami prawnymi wykonawczymi oraz ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹³⁵;
- 2) w drugim ujęciu „prawo zamówień publicznych” będziemy ujmowali regulację prawną wskazaną w punkcie powyższym oraz przepisy zawarte w innych ustawach, do których bezpośrednio Pzp się odwołuje (np. powoływane definicje z innych ustaw lub ustawy, których przepisy stosuje się uzupełniająco „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”)¹³⁶;
- 3) trzecie ujęcie „prawa zamówień publicznych” obejmuje akty prawne wyżej wskazane oraz ustawy odwołujące się i zobowiązujące do stosowania (w określonych prawnie sytuacjach) przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych¹³⁷;
- 4) natomiast w ujęciu czwartym pojęcie „prawo zamówień publicznych” będziemy odnosili do aktów prawa krajowego powołanych wyżej oraz aktów prawnych Unii Europejskiej z zakresu zamówień publicznych, w tym dyrektywy UE¹³⁸ i rozporządzeń¹³⁹.

¹³⁴ Por. H. Nowicki, Prawo zamówień ... op. cit. s. 91 i nast.

¹³⁵ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi jej wprowadzenie i wyodrębnienie z Pzp spowodowało, że ta regulacja wywodząca się z tej samej dyrektywy UE została niestety poddana, w naszym systemie prawnym, odmiennym regulacjom np. w zakresie środków ochrony prawnej.

¹³⁶ W tej grupie ustaw będą się mieściły, między innymi, ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny, ustawa z dnia 17 listopada 1964 kodeks postępowania cywilnego, ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej i wiele ustaw powołanych powyżej w niniejszym rozdziale.

¹³⁷ Przykładem takich ustaw może być: ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej; ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publicznonprywatnym oraz liczne ustawy wyżej powoływane.

¹³⁸ Do podstawowych zaliczam: Dyrektywa 2004/18/WE (klasyczna) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE. L. 2004 Nr 134, s. 114, ze zm.); – dyrektywa 2004/17/WE (sektorowa) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE. L. 2004 Nr 134, s. 1, ze zm.); – dyrektywa 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L. 1989 Nr 395, s. 33, ze zm.); – dyrektywa 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. UE. L. 1992 Nr 76, s. 14 ze zm.); – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. 2009 Nr 216, s. 76, ze zm.); – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. U. UE. L. 2009 Nr 120, s. 5). Szerzej akty prawne UE będące podstawą systemu zamówień publicznych są omówione w rozdziale: Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej.

¹³⁹ Między innymi zob.: Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. U. UE. L. 2002 Nr 340 s. 1 ze zm.); – Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) Nr 842/2011 ustanawiające standardowe formularze do publikacji

Niezależnie od przyjętego ujęcia prawa zamówień publicznych musimy mieć świadomość bardzo złożonego charakteru aktów prawnych składających się na ten system. Dodatkowym problemem jest fakt, że na system prawa zamówień publicznych składają się przepisy prawa zaliczane do różnych gałęzi prawa: administracyjnego, finansowego, cywilnego, postępowania cywilnego, karnego i innych.

Nie predestynując do wydzielenia „prawa zamówień publicznych” jako gałęzi prawa dokonamy jego bliższego określenia i umiejscowienia w systemie prawa.

- 1) Prawo zamówień publicznych stanowi zwarty system regulacji prawnych odnoszących się do „przedmiotu”, którym jest udzielanie zamówień publicznych jako postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego lub postępowanie o zawarciu umowy koncesji (jest to wyodrębnienie przedmiotowe). Podstawowe ustawy tj. Prawo zamówień publicznych, jak i ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi, określając zakres regulacji wskazują, w pierwszej kolejności na zasady i tryby udzielania zamówień w celu zawarcia umowy w sprawach zamówienia publicznego lub umowy koncesji oraz środki ochrony prawnej.
- 2) Prawo zamówień publicznych oraz ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi wskazuje i identyfikuje krąg podmiotów poddanych tym regulacjom i uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych, podmiotami tymi są: zamawiający (koncesjonodawcy, wykonawcy) koncesjonariusze, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, Rada Zamówień Publicznych, sądy okręgowe, sądy administracyjne, biegli, pełnomocnicy itd. Ustawy wskazując zakres podmiotowy jednocześnie określają zadania i uprawnienia poszczególnych podmiotów uczestniczących w przedmiotowych postępowaniach. Podmiotami, które mogą uczestniczyć w tych postępowaniach są również organy kontroli powołane do kontroli zarówno postępowań jak i wykonywania umów (można tutaj mówić o tzw. wyodrębnieniu podmiotowym¹⁴⁰).
- 3) Zakres regulacji ustaw wskazuje na ich ścisłe powiązanie z prawem publicznym (w tym publicznym prawem gospodarczym, prawem administracyjnym i prawem finansowym). W obu ustawach podstawowym zakresem regulacji jest postępowanie o udzielenie zamówienia lub postępowanie o zawarciu umowy koncesji. Umowy, których stroną jest podmiot publiczny (w przypadku umowy koncesji jest zawsze podmiot publiczny), są jedną z prawnych form działania administracji publicznej. Odwoływanie się w przypadku tych umów do przepisów kodeksu cywilnego jest oczywiste, co nie przesądza o zaliczeniu tych ustaw do prawa cywilnego. W polskim prawie administracyjnym niestety nie wykształciła się umowa publiczna (administracyjna), której zastosowanie, w tym przypadku, byłoby właściwą prawną formą działania. Organy oraz podmioty uczestniczące w tych postępowaniach posługują się w toku tych postępowań metodami władczymi (w tym administracyjnymi) właściwymi dla prawa publicznego (metoda regulacji jako podstawa wyodrębniania gałęzi prawa). Ustawodawca w sposób świadomy użył w art. 1 Pzp określenia „organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie” wskazując na tzw. funkcjonalne określenie organu, w miejsce poprzednio używanego pojęcia, jakim było „organ właściwy”. W przypadku

ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 (Dz. U. UE. L. 2011 Nr 222 s. 1); – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE i EURATOM) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz. U. UE. L. 2012 Nr 298, s. 1).

¹⁴⁰ Zob. na temat kryteriów wyodrębniania gałęzi prawa L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 1996 r. s. 86 i nast.

postępowania koncesyjnego zawsze koncesjodawcą jest podmiot publiczny, w tym organy władzy publicznej.

- 4) Za publicznoprawnym charakterem regulacji prawa zamówień świadczy również fakt, że podmioty prowadzące postępowanie o zamówienia publiczne lub postępowanie koncesyjne w zdecydowanej większości dysponują środkami publicznymi, a więc ich wydatkowanie jest gospodarowaniem mieniem publicznym, którego jednym ze składników są środki publiczne¹⁴¹. A naruszenie przepisów ustaw, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub postępowania koncesyjnego, może być podstawą do uznania takiego działania jako nieprzestrzeganie dyscypliny finansów publicznych¹⁴² i stanowić przesłankę pociągnięcia do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁴³.
- 5) Prawo zamówień publicznych posługuje się, obok regulacji publicznoprawnych, normami prawnymi należącymi do różnych gałęzi prawa (wyodrębnienie następuje na podstawie wtórnego w stosunku do podziału prawa na gałęzie).
- 6) Regulacje prawne przynależne do innych gałęzi prawa, w tym prawa prywatnego, mają charakter uzupełniający i służący realizacji podstawowych celów zamówień publicznych i umów koncesji, jakim są, między innymi, racjonalne wydatkowanie środków publicznych, ochrona interesu publicznego poprzez ograniczenie ryzyka ekonomicznego w przypadku umów koncesji oraz ochrona prawna wykonawców i koncesjonariuszy.
- 7) Posługiwanie się umową o zamówienia publiczne czy też umową koncesji nie wskazuje na przynależność tej regulacji do prawa cywilnego, lecz wskazuje na umowę jako prawną formę działania administracji publicznej, która swoje zadania realizuje nie tylko poprzez akty administracyjne¹⁴⁴.
- 8) Regulacja prawna zawarta w ustawie Prawo zamówień publicznych dotyczy w głównej mierze „udzielania zamówień publicznych”, zatem regulacja ta skierowana jest na postępowanie, którego celem jest zawarcie umowy. Podobnie ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi podstawowym zakresem regulacji obejmuje postępowania o zawarcie umowy koncesji. Regulacje prawne, zawarte w powołanych ustawach, dotyczące umów skierowane są głównie na ochronę interesu publicznego i obowiązki z tym związane zamawiającego oraz koncesjodawcy.

Zatem prawo zamówień publicznych stanowi zwartą regulację prawną odnoszącą się do ważnej części stosunków społecznych (gospodarczych), realizowaną przez szeroki krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania tych norm z możliwością stosowania form władczych zmierzających do osiągnięcia określonych celów.

¹⁴¹ Zob. M. Guziński (w:) A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Kolonia Limited 2003, s. 269.

¹⁴² Zob. M. Guziński, *Środki prawne w ustawie – Prawo zamówień publicznych* (w:) L. Kieres (red.) *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, Kolonia Limited 2007 s. 31.

¹⁴³ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168).

¹⁴⁴ Na temat prawnych form działania administracji zob.: E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Toruń 2005 s. 169 i nast., szerzej: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*, *Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusz Ochendowskiego*, Toruń 2005.

§ 4. PRZEDMIOT ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Pojęcie zamówień publicznych

Oczywiście zakres przedmiotowy ustawy Pzp koncentruje się wokół instytucji prawnej zamówień publicznych. Pojęcie zamówień publicznych jest dzisiaj pojęciem prawnym, które posiada swoje definicje legalne. Podstawowe znaczenie ma tutaj definicja legalna zawarta w prawie unijnym, która została następnie przeniesiona niemal dosłownie do krajowego porządku prawnego. Z definicją legalną zamówień publicznych spotykamy się najpierw w art. 1 ust. 2 lit a. dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), gdzie definiuje się pojęcie zamówień publicznych jako umów o charakterze odpłatnym, zawieranych na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Następnie pojawia się uproszczona definicja legalna zamówień publicznych w art. 2 pkt 13 Pzp, skoro pojęcie zamówień publicznych zostało zdefiniowane jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Jednak wskazane definicje legalne zamówień publicznych nie eksponują bezpośrednio cechy, która przesądzałaby o nadaniu zamówieniu przymiotnika „publiczny”. Przede wszystkim należy wówczas mieć na uwadze, że zamówienia publiczne są zawsze udzielane w celu publicznym. Jakkolwiek cel publiczny jest typowym zwrotem nieostrym, czyli nie posiada uniwersalnego znaczenia w systemie prawa, ale pozwala zazwyczaj wyznaczyć granice dla udzielania zamówień publicznych. W konkretnym przypadku można bowiem precyzyjnie ustalić, czy zamawiający osiąga zamierzony cel publiczny, jaki wynika z rzeczywistej realizacji przypisanych mu zadań. Tym samym cel publiczny jest tutaj nieodłącznie powiązany z zamawiającym. Co za tym idzie „publiczna” cecha zamówień jest ostatecznie wyznaczona publicznym statusem zamawiającego¹. Wszystkie podmioty zamawiające obowiązane do stosowania Pzp mają przecież status publiczny bez względu na kategorie przypisanej im podmiotowości publicznoprawnej.

Celem wprowadzenia systemu zamówień publicznych było: zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów. Celem norm zawartych w przepisach o zamówieniach publicznych jest zatem zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny². Publicznoprawny charakter przepisów ustawy Pzp, tj. przynależność tej ustawy do prawa publicznego, był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie Sądu Najwyższego (obok cytowanego wyżej wyroku z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, także w orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00 oraz z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03).

¹ Zob. Z. Czarnik, Teza 16 do art. 2, (w:) S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 41.

² Zob. wyrok SN z dnia 13 września 2001 r. w sprawie o sygn. akt: IV CKN 381/00 (nie publ.).

Mimo że powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje także przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, takich jak m.in. umowa (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), podstawowym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zawsze zapewnienie instytucji publicznej świadczeń koniecznych dla skutecznej realizacji zadań publicznych. Potrzeba zagwarantowania ochrony interesu publicznego przejawiająca się w zapewnieniu skutecznej i niezakłóconej realizacji zadań publicznych służących zaspokojeniu zbiorowych potrzeb społeczeństwa stanowi podstawowe uzasadnienie dla ingerencji ustawodawcy w „pomocniczo” stosowane w systemie prawa zamówień publicznych normy prawa cywilnego.

Osiągnięcie celu publicznego w systemie zamówień publicznych pozwala równocześnie mówić o istniejących funkcjach zamówień publicznych. Do typowych funkcji zamówień publicznych ogólnie można więc zaliczyć: funkcję stymulacyjną, funkcję protekcyjną, funkcję aktywizacyjną, funkcję decentralizacyjną, funkcję zaufania społecznego do realizowanych wydatków publicznych i funkcję współdziałania³. Na pewno mamy wówczas do czynienia ze spojrzeniem nakierowanym na istotę systemu zamówień publicznych. W kontekście prawa zamówień publicznych bardziej adekwatne jest bowiem mówienie o: funkcji instrukcyjnej, funkcji regulacyjnej, funkcji ochronnej i funkcji prewencyjnej⁴.

Definicje legalne zamówień publicznych ustalają wyraźnie, że mają one wyłącznie formę umowy. Zatem nie ulega wątpliwości, że chodzi o czynność dwustronną zawartą między zamawiającym a wykonawcą. Innymi słowy jest to zgodne oświadczenie woli dwóch wymienionych stron z zamiarem wywołania określonych jej treścią skutków prawnych. Przy tym nie należy tutaj utożsamiać czynności prawnych, jakie pojawiają się między zamawiającym a wykonawcą w trakcie dochodzenia do złożenia oświadczenia woli jako elementów składowych tej umowy, ponieważ wywierają one całkowicie odmienne skutki prawne. Takie rozróżnienie skutków prawnych jest o tyle istotne w zamówieniach publicznych, że regulacja prawna Pzp dotyczy przede wszystkim zagadnień związanych z zasadami i trybem ich udzielania. Natomiast obejmuje w ograniczonym jedynie zakresie ich bezwzględnie obowiązującą treść i - co do zasady - pozostawia poza sferą zainteresowania wykonanie. Zatem nie wchodzi tutaj w grę porozumienia lub jakiegokolwiek inne jeszcze dwustronne formy.

Umowy w systemie zamówień publicznych mają charakter szczególny, który zasadniczo różni je od umów z obrotu powszechnego, czy też umów gospodarczych zawieranych poza sektorem finansów publicznych, ze względu na: ograniczoną możliwość swobody kontraktowania; brak szablonów i typizacji umów, poza pewnym stypizowaniem procesu prowadzącego do zawarcia umowy; zasadę szczególnej pewności i bezpieczeństwa obrotu; przewagę umów krótkoterminowych nie wymagających odpowiednich zezwoleń wyrażanych w formie decyzji administracyjnych; podwyższony standard staranności przy wykonywaniu umów⁵. Takie stanowisko wydaje się tym bardziej uzasadnione, że definicje legalne zamówień publicznych mają znaczenie autonomiczne, co nie pozwala zgodnie z nimi przesądzić o charakterze ich umów. Dopiero szeroka wykładnia może ostatecznie dać odpowiedź z perspektywy cywilnoprawnej i administracyjnoprawnej.

³ Zob. A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz-Warszawa 2007, s. 48.

⁴ Zob. T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 44.

⁵ Zob. A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia ...*, s. 61.

Aczkolwiek do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się na podstawie art. 139 ust. 1 Pzp przepisy k.c., jeżeli przepisy samego Pzp nie stanowią inaczej, ale nie może to następnie rozstrzygać o przynależności całej ich regulacji do prawa cywilnego. Sam bowiem fakt, że Pzp odsyła do innego aktu prawnego z innej dziedziny prawa nie oznacza, iż regulacja prawna zamówień publicznych przynależy do tej części systemu prawnego, do której jest odesłanie⁶. W tym miejscu wypada jeszcze podkreślić, że stosowanie przepisów k.c. nie następuje odpowiednio, ale zawsze dokonuje się wprost, gdy nie istnieje odrębna regulacja w Pzp. Ponadto należy również dodać, że stosowanie wprost wielu przepisów k.c. do umów w sprawach zamówień publicznych jest niemożliwe ze względu na przypisany im cel publiczny. W praktyce znajdują zastosowanie szczególnie te przepisy k.c., które przynależą do części ogólnej i zobowiązań.

Stąd posługiwanie się pojęciem zamówienia publicznego jako umowy nie wskazuje na przynależność tej regulacji prawnej do prawa cywilnego, lecz wskazuje na umowę jako prawną formę działania administracji publicznej, która swoje zadania realizuje nie tylko poprzez akty administracyjne⁷. Oczywiście zamawiającego należy wówczas uznać za podmiot administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym, ale również mając na uwadze niejednokrotnie jego status funkcjonalny. Ponieważ przepisy k.c. nie mogą zasadniczo przystawać do konstrukcji zamówienia publicznego, ze względu na rygoryzm formalny Pzp podyktowany interesem publicznym, należałoby tutaj raczej mówić o umowie administracyjnej (publicznej). Wbrew pozorom umowa cywilna nie może więc skutecznie zastąpić umowy administracyjnej (publicznej), bo jej konstrukcja nie pasuje do występujących tutaj stosunków administracyjnoprawnych, a ochrona sądu powszechnego (cywilnego) nie zapewnia niezbędnego wówczas poziomu kontroli podmiotów administracji publicznej.

Przede wszystkim chodzi dalej o konsekwencje skutków prawnych, które wynikają z czynności prawnych między zamawiającym a wykonawcą w trakcie dochodzenia do zawarcia umowy, ze względu na zachodzącą relację nierówności. W tej relacji nierówności pozycję nadrzędną zajmuje oczywiście zamawiający, przez co zasada swobody zawierania umów nie znalazła tutaj zastosowania, ponieważ umowa w sprawie zamówienia publicznego została zasadniczo zdeterminowana wyborem najkorzystniejszej oferty. Tylko wyjątkowo zachodzi wynegocjowanie postanowień takiej umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy pojawia się konieczność odstąpienia od zasady konkurencyjności. Wybór najkorzystniejszej oferty jest władczą czynnością zamawiającego, która ma wszystkie cechy aktu administracyjnego. Ale wypada także dodać, że wybór najkorzystniejszej oferty jest innym aktem administracyjnym niż decyzja. W konsekwencji ten właśnie akt administracyjny przesądza wówczas o istotnych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ze względu na niewystarczające opracowanie umowy administracyjnej (publicznej) w polskim prawie administracyjnym powstają jednak poważne problemy z jej stosowaniem w systemie prawa⁸. Siłą rzeczy musi to oczywiście przekładać się bezpośrednio na niedostatki regulacji prawnej umów w prawie zamówień publicznych i powodować subsydiarne wykorzystywanie przy nich prawa cywilnego. Teoretycznie umowa administracyjna (publiczna) powinna co najmniej charakteryzować się tym, że: umowa taka regulowana jest przepisami prawa administracyjnego, musi wyraźnie

⁶ Zob. P. Szustakiewicz, Podstawowe instytucje zamówień publicznych, (w:) *Zamówienia publiczne*. Podręcznik, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2010, s. 89.

⁷ Zob. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, (w:) *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń-Warszawa 2009, s. 93-94.

⁸ Przykładowo zwraca na to uwagę J. Boć, *O umowie administracyjnej*, (w:) *Umowy w administracji*, pod red. J. Bocia i L. Dziewięckiej-Bokun, Kolonia Limited 2008.

odpowiadać wymaganiom interesu publicznego, podmiot administracji ma przy jej kształtowaniu i ewentualnym późniejszym zmienianiu znaczną swobodę, spory na tle wywiązywania się z takich umów są rozpatrywane przez sądy administracyjne⁹. Zaś najbardziej praktycznie wydaje się dzisiaj oparcie umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych na typowym kontrakcie administracyjnym z prawa francuskiego¹⁰. Umowa jest tu kontraktem zawierany przez państwo oraz inne osoby prawne prawa publicznego zawsze z podmiotami prywatnymi, mającym na celu uzyskanie dóbr i usług o cechach użyteczności publicznej poprzez czynność prawną w takich dziedzinach, jak chociażby: umowy dostawy, umowy przewozu, wykonywanie robót publicznych¹¹.

Definicje legalne zamówień publicznych wskazują, że chodzi wówczas o umowę, która musi równocześnie być: umową odpłatną, stronami tej umowy są zamawiający i wykonawca, przedmiot tej umowy obejmuje dostawę, usługi lub roboty budowlane. Wszystkie trzy podane wyżej elementy umowy w sprawach zamówień publicznych są oczywiście obligatoryjne. Przy tej okazji należy także podkreślić, że definicje legalne nie zawierają elementu pochodzenia środków zamawiającego z określonych źródeł. W szczególności należy teraz stwierdzić, że zamówienia publiczne nie oznaczają konieczności wydatkowania wyłącznie środków publicznych. Co prawda środki publiczne będą wówczas najczęściej wydatkowane, gdyż dominują wśród zamawiających jednostki sektora finansów publicznych, ale zostały także przewidziane znaczne odstępstwa od tej ogólnej reguły. Środki prywatne mogą bowiem tak samo być wydatkowane, gdy chodzi o tak zwanych zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, ze względu na cel publiczny wykonywanej przez nich działalności, przy udzielaniu zamówień publicznych.

Bardzo ważnym elementem umowy w sprawach zamówień publicznych jest odpłatność. W związku z tym nie będą zamówieniami publicznymi umowy związane ze świadczeniami nieodpłatnymi, jak przykładowo ma to miejsce w: darowiźnie, użyczeniu, zleceniu bez wynagrodzenia. Bez wątpliwości odpłatność zakłada konieczność wydatkowania środków przez zamawiającego. W praktyce może to oznaczać wydatkowanie własnych środków przez zamawiającego albo kredytowanie ze środków wykonawcy w zamian za określone prawa szczególne lub wyłączne. Innymi słowy wymóg odpłatności powoduje konieczność zapłaty wynagrodzenia dla wykonawcy. Oczywiście sposób wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy może tutaj być zróżnicowany. Ponieważ kryterium wyboru oferty wykonawcy jest zawsze cena, to wynagrodzenie musi ostatecznie być wyrażone w pieniądzu. Lecz nie wymaga to bezpośredniej płatności ceny w pieniądzu i może wynikać z innych niż pieniężne form wynagrodzenia. Zawsze decyduje o tym zamawiający w konkretnym przypadku, przy tym mając szczególnie na uwadze charakter zamówienia publicznego. Odpłatność nie zawsze sprowadza się tutaj do osiągnięcia zysku przez wykonawcę.

2. Przedmiot umów w zamówieniach publicznych

2.1. Zamówienia publiczne na dostawy

Pojęcie dostawy stanowi przedmiot umów w zamówieniach publicznych obok pojęcia robót budowlanych i pojęcia usług. Niewątpliwie pojęcie dostawy i pojęcie robót budowlanych należy teraz uznać za pojęcia pierwotne, natomiast pojęcie usług jest wobec nich pojęciem wtórnym. Pojęcie dostawy

⁹ Zob. J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 194.

¹⁰ Zob. C. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Paris 2007, s. 445 i n.

¹¹ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 359.

jest dzisiaj pojęciem prawnym, które posiada swoje definicje legalne. Najpierw wypada przytoczyć definicję legalną w prawie unijnym zgodnie z art 1 ust. 2 lit. c dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), który definiuje dostawę jako: zamówienie publiczne inne niż roboty budowlane, gdy tylko przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem, leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, określonych produktów. Przy tym dostawa może dodatkowo obejmować ich rozmieszczenie i instalację. Za produkty należy wtedy uznać towary w rozumieniu art. 28 TFUE, nie tylko więc dobra materialne, które mają wartość pieniężną i uczestniczą w obrocie. Niezbyt dokładne jej powtórzenie występuje dalej w art. 2 pkt 2 Pzp, gdzie dostawę definiuje się jako: nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Z całą pewnością wskazane definicje legalne dostawy w zamówieniach publicznych wyraźnie różnią się od definicji legalnej dostawy zawartej w art. 605 k.c., gdzie w umowie dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Wobec tego konieczne jest również stwierdzenie, że definicja legalna dostawy wynikająca z k.c. musi aktualnie wchodzić do zakresu definicji legalnych dostawy w zamówieniach publicznych. Ponadto należy dodatkowo przyjąć, że definicje legalne zamówień publicznych wyeliminowały obowiązek wytworzenia rzeczy przez wykonawcę. Co za tym idzie wykonawcą dostawy może również dobrze okazać się inny podmiot niż wytwórca, który ma wówczas do spełnienia rolę pośrednika. W końcu potrzebne jest również zastrzeżenie, że definicje legalne zamówień publicznych nie wymagają wielokrotności dostaw. Inaczej mówiąc dostawy w zamówieniach publicznych mogą równocześnie być jednokrotne lub wielokrotne.

Rozumienie dostawy jako przedmiotu umowy w zamówieniach publicznych nastęrcza pewnych problemów. Przede wszystkim należy produkty utożsamiać tutaj z rzeczami, prawami oraz innymi dobrami. Choć podkreślenie zróżnicowania charakteru prawnego produktów jest słuszne, to nie może jednak prowadzić do sprzecznych wniosków. Intencją tego zróżnicowania jest zapewne ustalenie, że chodzi o przedmioty materialne, przedmioty niematerialne oraz inne przedmioty, które nie są uznawane w tradycyjnym ujęciu za materialne lub niematerialne, jak przykładowo: energia elektryczna, nośniki filmów. Zwłaszcza mając na uwadze, że rzeczami są przedmioty materialne, a wśród praw mamy też prawa niematerialne, by wspomnieć chociażby o prawach autorskich. Z drugiej strony nabywa się prawa do rzeczy, natomiast rzeczy są najwyżej przedmiotem stosunków prawnych. Dlatego umowa sprzedaży przenosi prawo własności do rzeczy, a nie rzecz jako przedmiot tej czynności prawnej.

Nazwy umów związanych z dostawą zostały bezpośrednio wskazane, ale wobec zróżnicowania ich katalogu w prawie unijnym i w Pzp staje się teraz niezbędne ich zinterpretowanie. Umowy związane z dostawą, które wymieniono w katalogu Pzp są przykładowe, ze względu na użyty zwrot „w szczególności”. Oprócz umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu mogą więc znaleźć zastosowanie wszelkie inne umowy, co podważa zasadność wyliczenia przykładowego. Właściwie chodzi o jakąkolwiek umowę nazwaną, nienazwaną lub mieszaną. Tym samym podstawą kwalifikacji zamówienia publicznego jako dostawy jest wyłącznie przedmiot umowy, a nie wykorzystanie takiej lub innej nazwy umowy.

2.2. Zamówienia publiczne na roboty budowlane

Kolejnym pojęciem wyznaczającym przedmiot umowy w zamówieniach publicznych są roboty budowlane. Przy tym należy jeszcze zauważyć, że pojęcie robót budowlanych dookreśla od strony

negatywnej pojęcie dostawy w prawie unijnym, ponadto dookreśla także od strony negatywnej pojęcie usługi w prawie unijnym i w Pzp. Analogicznie pojęcie robót budowlanych ma swoje definicje legalne. W prawie unijnym definicję legalną podaje art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), który roboty budowlane w zamówieniach publicznych definiuje jako: wykonywanie albo wykonywanie i zaprojektowanie robót budowlanych związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I do tej dyrektywy lub obiektu budowlanego; realizację, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. Zaś obiekt budowlany oznacza tutaj wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Z kolei art. 2 pkt 8 Pzp definiuje roboty budowlane jako: wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Definicja legalna robót budowlanych ujęta w art. 2 pkt. 8 ustawy Pzp jest szersza niż definicja legalna robót budowlanych w pr. bud., gdyż oprócz wykonywania robót budowlanych, skatalogowanych dla potrzeb tej definicji w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r.¹², robotą budowlaną jest także projektowanie i wykonywanie robót budowlanych, określonych powyższym rozporządzeniem oraz realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Pojęcie robót budowlanych, stosownie do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r., obejmuje przy tym obok budowy nowych budynków i obiektów, remontów i ogólnych napraw, w tym przygotowania terenu pod budowę, robót w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części, robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, wykonywania instalacji budowlanych, wykończeniowych robót budowlanych, także usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską. Zakres pojęcia robót budowlanych nie pokrywa się zatem w pełni z zakresem tego pojęcia ujętego w prawie budowlanym. Definicję robót budowlanych uzupełnia w art. 2 pkt 5d ustawy Pzp definicja obiektu budowlanego, rozumianego jak wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Wspomniane wyżej definicje robót budowlanych i obiektu budowlanego wprowadzone do ustawy Pzp nowelizacją z 12 października 2012 r., stanowią zatem pojęcia autonomiczne, właściwe tylko dla zamówień publicznych. Zamówienie publiczne na roboty budowlane może tym samym polegać na zamówieniu wykonania wyspecyfikowanych wyżej robót, na zamówieniu zaprojektowania i wykonania takich robót, ale także na zamówieniu wykonania obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków.

Szczególną uwagę w kontekście definicji robót budowlanych należy poświęcić wyjaśnieniu na czym może polegać realizacja zamówienia na wykonanie obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków. Trzeba zauważyć, że w odróżnieniu od art. 647 kc, który przewiduje, iż przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu,

¹² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. poz. 1372).

wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu. Definicja legalna „robót budowlanych” z ustawy Pzp w trzeciej kategorii tych robót nie przewiduje nie tylko do konieczności przekazania przez zamawiającego wykonawcy terenu budowy, ale również posiadania przez zamawiającego tytułu własności nieruchomości, w obrębie której mają być wykonywane roboty budowlane. A zatem, roboty budowlane mogą być wykonywane także na terenie nie należącym do zamawiającego. Nie ma również znaczenia, jaki podmiot będzie wykonywał roboty budowlane. Wobec powyższego, dla udzielania zamówienia na roboty budowlane w świetle definicji robót budowlanych bez znaczenia pozostaje fakt nieposiadania przez zamawiającego pozwolenia na budowę lub nie wykonywanie przez niego obowiązków typowych dla inwestora, takich jak pozyskanie pozwolenia na budowę, nadzór nad prowadzonymi robotami. Elementem decydującym dla kwalifikacji przedmiotu zamówienia w tej kategorii robót budowlanych jest bowiem fakt, że wykonawca zobowiązuje się do „dostarczenia” obiektu budowlanego zrealizowanego zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tym samym, niespełnienie przez stosunek prawny istotnych postanowień umowy o roboty budowlane wymaganych kodeksem cywilnym, nie wyłącza klasyfikacji takiej umowy, jako udzielenia zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu ustawy Pzp.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09 trafnie wskazał, że wyłączenie poddania się ustawie Pzp za sprawą art. 4 pkt 3 lit. i w zakresie nabywania nieruchomości i praw do niej dotyczy wyłącznie „czystych” umów w obrocie nieruchomościami ze względu na indywidualny charakter każdej nieruchomości (zawsze rzecz istniejąca, oznaczona co do tożsamości), nie zaś do nieruchomości realizowanych zgodnie ze wskazówkami zamawiających. Gdyby przyjąć inaczej, jak słusznie zauważył SN, to można by zupełnie dowolnie obracać nieruchomościami, które by dopiero miały powstać, były w różnym stadium realizacji itp. co oznaczałoby przyzwolenie, aby pod pozorem umów sprzedaży nieruchomości udzielane były zamówienia inwestycyjne w budownictwie na ogromne sumy, z pominięciem procedury zamówień publicznych, mimo wyraźnego spełnienia odpowiednich przesłanek ustawowych (dotyczy to zwłaszcza tzw. umów deweloperskich). Przeczyłoby to zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień publicznych finansowanych ze środków publicznych¹³, a będącej jednym z filarów Traktatu Europejskiego oraz gospodarki Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich. Dlatego też wyłączenie zastosowania przepisów ustawy Pzp nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości (st. 4 pkt 3 lit i ustawy Pzp) jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek, jeszcze nie powstała, albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu Prawa zamówień publicznych (art. 2 pkt 8 ustawy Pzp) w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza ze względu na rozmiary robót, w miarę ich postępowania, finansowanych przez niego.

2.3. Zamówienia publiczne na usługi

Ostatnim pojęciem służącym do wyodrębnienia przedmiotu zamówień publicznych są usługi. Zasadniczo pojęcie usług opiera się dzisiaj na konstrukcji negatywnej, identycznie w prawie unijnym i w Pzp, przy dodaniu elementu pozytywnego w postaci wprowadzonej egzemplifikacji. Definicję legalną usług w prawie unijnym zawiera art. 1 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), gdzie zamówienia publiczne na usługi zostały właśnie zdefiniowane jako: inne niż zamówienia publiczne na roboty

¹³ Por. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. V CK 474/02, OSNC 2005, nr 1 poz. 8.

budowlane i dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II do tej dyrektywy. Zamówienie publiczne, którego przedmiotem są zarówno produkty, jak i usługi wskazane w załączniku II do tej dyrektywy, uznaje się wówczas za zamówienia publiczne na usługi, jeżeli wartość tych usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem publicznym. Ponadto zamówienie publiczne, którego przedmiotem są usługi w rozumieniu załącznika II do tej dyrektywy, i obejmuje działalności wskazane w załączniku I do tej dyrektywy, jeżeli mają jedynie dodatkowy charakter w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia publicznego, uznaje się również za zamówienia publiczne na usługi. Natomiast art. 2 pkt 10 Pzp podaje następującą definicję legalną usług: należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b.

Konkretnie chodzi o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym¹⁴, które powiela treść załącznika II do dyrektywy 2004/18/WE. Analogiczna sytuacja ma jeszcze miejsce wobec treści załącznika XVII dyrektywy 2004/17/WE (nowa dyrektywa sektorowa). Ogólnie usługi zostały wówczas podzielone na priorytetowe i niepriorytetowe. Przy tym trzeba jeszcze uznać, że usługi nie kwalifikowane jako priorytetowe są usługami niepriorytetowymi, ze względu na zamknięcie katalogu usług niepriorytetowych kategorią 27 ze zwrotem „inne usługi”. Ogólnie podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe jest związany z odmiennymi reżimami ich funkcjonowania. W przypadku usług priorytetowych spotykamy się z pełnym ich objęciem reżimem zamówień publicznych. Następnie co tyczy się usług niepriorytetowych, to nie obejmuje ich pełny reżim zamówień publicznych, gdyż nie stosuje się wtedy szeregu przepisów do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe, nie wykorzystuje się następujących przepisów: terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert; obowiązku żądania wadium; obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu; zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy; przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Co warto jeszcze podkreślić, udzielanie zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe następuje w trybach konkurencyjnych, a zatem pojawia się w nich publikacja ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Nadto dopuszcza się zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych wypadkach niż ogólnie określone zgodnie z art. 5 ust. 1 a Pzp. Wreszcie odnośnie tych zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi prawnicze dopuszcza się odstępstwa, ponieważ nie stosuje się tutaj przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki stosownie do art. 5 ust. 1 b Pzp.

Do usług o charakterze priorytetowym zalicza się: usługi konserwacyjne i naprawcze; usługi transportu lądowego, w tym samochodów opancerzonych oraz kurierskich, z wyjątkiem transportu poczty; usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty; transport poczty drogą lądową i lotniczą; usługi telekomunikacyjne; usługi finansowe, a konkretnie ubezpieczeniowe, bankowe i inwestycyjne; usługi komputerowe i usługi z nimi związane; usługi badawcze i rozwojowe; usługi w zakresie księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych; usługi badania rynku i opinii publicznej; usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania i usługi z nimi związane; usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne, usługi urbanistyczne,

¹⁴ Dz. U. Nr 12, poz. 68.

architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych, usługi badań i analiz technicznych; usługi reklamowe; usługi sprzątnięcia budynków i usługi zarządzania mieniem; usługi w zakresie publikowania i drukowania – na podstawie wynagrodzenia lub umowy; usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości, usługi sanitarne i podobne. Tymczasem usługi o charakterze niepriorytetowym zawsze obejmują: usługi hotelarskie i restauracyjne; usługi transportu kolejowego; usługi transportu wodnego; dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe; usługi prawnicze; usługi rekrutacji o pozyskiwania personelu; usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych; usługi edukacyjne i szkoleniowe; usługi społeczne i zdrowotne; usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe; inne usługi.

3. Nietypowe umowy w zamówieniach publicznych

3.1. Zamówienia mieszane

Jeżeli przedmiot umów w zamówieniach publicznych jest zróżnicowany rodzajowo, to dotykamy zagadnienia tak zwanych umów mieszanych. W takich umowach ich przedmiot może równocześnie być kwalifikowany do co najmniej dwóch z trzech dotąd wymienionych. Tak więc mamy do czynienia ze zbiegiem przedmiotów umów w zamówieniach publicznych. Znaczenie praktyczne zbiegu przedmiotów umów w zamówieniach publicznych wymusiło powstanie zasady, która będzie miała zastosowanie do wyróżnionych sytuacji. Według tej zasady określonej w art. 6 Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego są usługi połączone z dostawami lub robotami budowlanymi, to decyduje o przedmiocie zamówienia publicznego ten rodzaj, którego wartościowy udział okazuje się w nim największy. Zasada ta zostaje jeszcze sprecyzowana w przypadku usług o charakterze niepriorytetowym na podstawie art. 5 ust. 2 Pzp, ponieważ przy tych usługach oraz innych usługach, dostawach lub robotach budowlanych, do ustalenia przedmiotu zamówienia publicznego bierze się pod uwagę ten rodzaj, którego wartościowy udział jest również największy. Zamawiający nie może też łączyć przedmiotu innych zamówień publicznych z usługami niepriorytetowymi, jeżeli celem takiego łączenia byłaby chęć uniknięcia stosownych dla tej sytuacji procedur.

Jedynie wskazane sytuacje pozwalają na ustalenie rodzaju przedmiotu zamówienia publicznego według kryterium wartościowego. Natomiast w innych sytuacjach Pzp wprost przesądza, z jakim rodzajem przedmiotu zamówienia publicznego mamy do czynienia. Oczywiście kryterium wartościowe może tutaj znaleźć zastosowanie dopiero po ustaleniu wartości wszystkich przedmiotów w zamówieniu mieszanym. Wartość tę ustala się stosownie do wymagań podanych w art. 32–35 Pzp.

Tym niemniej mamy trzy wyjątki od podanej zasady, w których rodzaj zamówienia publicznego jest niezależny od kryterium wartościowego. Gdy zamówienie publiczne obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, to wówczas do jego udzielenia stosuje przepisy Pzp dotyczące dostaw. W przypadku zamówienia publicznego równocześnie na roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania jest nakazane stosowanie przepisów Pzp dotyczących robót budowlanych. Zaś zamówienie publiczne obejmujące równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług wymaga użycia przepisów Pzp dotyczących usług. Dlatego nie dokonuje się wówczas ustalenia wartości poszczególnych rodzajów przedmiotu zamówienia publicznego.

3.2. Zamówienia bezpośrednie (in-house)

Chociaż zamówienie publiczne jest, co do zasady, umową zawartą między zamawiającym a odrębnym od niego prawnie wykonawcą, to jednak dopuszcza się tutaj wyjątek związany z umowami bezpośrednimi (in-house)¹⁵. Na pewno istota takich umów polega na tym, że pojawia się wyłączenie przedmiotowe w zamówieniach publicznych, które wynika z ukształtowania specyficznej relacji między zamawiającym a odrębnym od niego prawnie wykonawcą. Taka relacja uregulowana prawnie sprowadza się ogólnie do tego, że zamawiający sprawuje nad odrębnym od niego prawnie wykonawcą kontrolę podobną (analogiczną) do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy jednocześnie ten wykonawca musi większą część swej działalności wykonywać na rzecz kontrolującego go zamawiającego. Przede wszystkim chodzi o ograniczenie rygorów formalnych związanych z zamówieniami publicznymi, gdy pojawiają się w ramach tej samej struktury organizacyjnej administracji publicznej. Zamawiający powinien mieć przecież możliwość wypełniania ciężących na nim w interesie publicznym zadań również własnymi służbami.

Wyodrębnienie zamówień bezpośrednich (in-house) jest dopuszczalne na gruncie prawa unijnego, co potwierdza się również w orzecznictwie TSUE. Na szczególne zainteresowanie zasługuje wówczas prejudycjalne orzeczenie TSUE w sprawie C-107/98 *TeckalSrl przeciwko Comune di Viano, AziendaGas-AcquaConorziale (AGAC) di Reggio Emilia* (sprawa *Teckal*). W orzeczeniu tym TSUE potwierdził, że można właśnie nie stosować przepisów o udzieleniu zamówień publicznych, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, natomiast podmiot ten wykonuje zarazem większą część swojej działalności na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego. Naturalnie ocena sprawowanej przez zamawiającego kontroli nad wykonawcą musi zawsze być dokonywana w konkretnej sytuacji. Tym niemniej można jeszcze dodać, że powinna ona być niepodważalna i realna. Gdy natomiast chodzi o wykonywanie większej części działalności wykonawcy na rzecz zamawiającego, to wypada też stwierdzić, że działalność wykonawcy jest poświęcona głównie zamawiającemu, a ewentualnie pozostała działalność ma charakter marginalny.

Z całą pewnością zamówienia bezpośrednie (in-house) znajdują obecnie podstawę w art. 4 pkt 13 Pzp. Wyłączenie przedmiotowe dotyczy zamówień publicznych udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący wobec niej funkcję organu założycielskiego. Tak więc zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej. Z kolei wymaga się, aby organ władzy publicznej sprawował nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami tej instytucji. Wreszcie przedmiot umowy w zamówieniu publicznym musi również należeć do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego według art. 26 ust. 2 pkt 2 ufp.

¹⁵ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod red. A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego i W. Starzyńskiej, Łódź 2010, s. 115–124.

§ 5. PODMIOT ZAMAWIAJĄCY

1. Pojęcie zamawiającego

Dla prawidłowego określenia zakresu podmiotowego Pzp najważniejsze jest pojęcie zamawiającego. Pzp jest bowiem adresowane przede wszystkim do zamawiających. W końcu to zamawiający są odpowiedzialni za stosowanie Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowi tutaj podstawowy trzon regulacji. Ze względu na dominującą pozycję zamawiających w stosunkach związanych z udzielaniem zamówień publicznych, należy status wykonawców oraz innych podmiotów uczestniczących w realizacji zamówień publicznych uznać za drugorzędny. Jakkolwiek pojęcie zamawiającego posiada dzisiaj swoją definicję legalną w Pzp, to jednak ma ona właściwie charakter techniczny, co przekreśla możliwość wyeksponowania elementów ważnych dla jego istoty.

Wobec powyższego wypada na początku odnieść się do definicji legalnej instytucji zamawiających w prawie unijnym. Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna) instytucje zamawiające oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek, lub jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego. W przedstawionym kontekście podmiot prawa publicznego oznacza każdy podmiot: ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego; posiadający osobowość prawną; oraz alternatywnie przyjmując finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo jeszcze taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Ponadto egzemplifikację podmiotów zamawiających zawiera dalej art. 3 ust. 1 Pzp, gdzie została przedstawiona pełna klasyfikacja podmiotowa zamawiającego.

Z punktu widzenia wyodrębnienia rodzajów zamawiającego należy teraz zwrócić uwagę na dwie okoliczności. Po pierwsze trudno jest obecnie uznać osobę fizyczną za zamawiającego, albowiem nie ma przepisów ustawowych nakazujących jej stosowanie Pzp. Najwyżej można tutaj wskazać na sytuacje, w których osoba fizyczna pełni funkcje zlecone administracji, gdy chociażby nabywa status zamawiającego sektorowego, ale oznacza to zarazem konieczność bycia przedsiębiorcą. Po drugie wolno jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej uznać za zamawiającego jedynie wówczas, gdy została wyodrębniona w sposób zapewniający samodzielność finansową na podstawie art. 32 ust. 5 Pzp. Stąd wyodrębniona jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej bez samodzielności finansowej nie może jednak zostać uznana za zamawiającego.

2. Kategorie zamawiających

2.1. Jednostki sektora finansów publicznych

Do pierwszej kategorii zamawiających należy zaliczyć zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ufp. Następnie wolno uznać, że sektor

finansów publicznych składa się z jednostek organizacyjnych sektora publicznego, utworzonych na podstawie ustawy (ufp lub ustaw szczególnych) i wyłącznie w celu wykonania zadań publicznych, które finansowane są ze środków publicznych, podlegających planowaniu, bilansowaniu, kontroli, rachunkowości i sprawozdawczości oraz dyscyplinie według jednolitych zasad¹. Do jednostek sektora finansów publicznych nie zalicza się: przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

Za najważniejsze kryteria wyodrębnienia jednostek sektora finansów publicznych uznaje się: status ustrojowy danego podmiotu, wskazujący na jego przynależność do organów władzy publicznej (państwowej i samorządowej); status prawnofinansowy jednostki rozumiany jako sposób rozliczania się danej jednostki z właściwym budżetem; charakter działalności danego podmiotu realizującego powierzone mu, na mocy odrębnej ustawy, zadania publiczne; forma prawna danego podmiotu, wskazująca na to, iż jest on państwową lub samorządową osobą prawną, nie zaś jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej ani nie będąca, co oczywiste, osobą fizyczną; imienne oznaczenie podmiotu². Przy tym wyodrębnienie jednostek sektora finansów publicznych może wówczas oznaczać wskazanie generalne lub indywidualne. W każdym razie katalog jednostek sektora finansów publicznych jest otwarty.

Do jednostek sektora finansów publicznych zalicza się według art. 9 ufp: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne, Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

2.2. Inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej

Drugą kategorię zamawiających tworzą państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, inne niż zaliczone do kategorii pierwszej na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym, zawsze tutaj chodzi o jednostki nie należące do sektora finansów publicznych. Owe inne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej mają status państwowy. Przede wszystkim wynika to ze ściśle określonej zależności od państwa, które działa wobec nich przez swoje organy. Wpływ organów państwowych oznacza tutaj zwłaszcza: przekazywanie im zadań publicznych; powoływanie i odwoływanie organów do reprezentacji; tworzenie, przekształcanie i likwidację wewnętrznych jednostek organizacyjnych oraz finansowanie działalności. Jakkolwiek użyty zwrot „inne” wskazuje na katalog państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, które zarazem nie należą do sektora finansów publicznych, to jednak został on dotychczas wypełniony tylko jedynym trochę nietypowym przypadkiem. W całym systemie prawa dominuje bowiem zasada, że wszystkie państwowe jednostki organizacyjne należą do sek-

¹ Zob. H. Niedziela, B. Chojecka, A. Wawryło, A. Sołtysińska, M. Rogalski, B. Jerzyńska, Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik, pod red. H. Niedzieli, Warszawa 2011, s. 18–19.

² Zob. C. Kosikowski, Sektor finansów publicznych w Polsce, Warszawa 2006, s. 27 i n.

tora finansów publicznych. Takim nietypowym przypadkiem jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, które działa na podstawie art. 32 i n. ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach³. W związku z tym wypada jeszcze dodać, że Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe jako państwowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej reprezentują Skarb Państwa w zakresie zarządzanego wtedy mienia. W ramach sprawowanego zarządu prowadzą gospodarkę leśną, gospodarują gruntami i innymi nieruchomościami oraz nieruchomościami związanymi z gospodarką leśną, a także prowadzą ewidencję majątku Skarbu Państwa oraz ustalają jego wartość. Tak wyznaczoną działalność prowadzą na zasadzie samodzielności finansowej i pokrywają koszty tej działalności z własnych przychodów. Ponadto bez znaczenia jest dalej okoliczność czy wydatkowane są środki własne, czy też z Funduszu Leśnego. Oczywiście za inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie można tutaj uznać tych wszystkich organów administracji państwowej, które ze względu na podległość Sejmowi nie są równocześnie organami administracji rządowej, czyli: Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, Państwową Inspekcję Pracy, Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej i Rzecznika Praw Dziecka. Z całą pewnością są one bowiem organami władzy publicznej, które należą do sektora finansów publicznych.

2.3. Podmioty prawa publicznego

Do trzeciej kategorii zamawiających zaliczamy podmioty prawa publicznego, które zostały wyodrębnione przez Pzp bez osobnego terminu. Samo pojęcie podmiotu prawa publicznego zostało zdefiniowane w ramach szerszego pojęcia instytucji zamawiającej w prawie unijnym. Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna) podmiot prawa publicznego oznacza więc każdy podmiot, gdy spełnia łącznie następujące kryteria: jest ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego; posiadający osobowość prawną; oraz finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp wchodzi tutaj konkretnie w grę: inne jeszcze osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub nieposiadające osobowości prawnej państwowe jednostki organizacyjne, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio, finansują je w ponad 50%, lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub też mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Przyczyną wyodrębnienia tej kategorii było pojawienie się nietypowych podmiotów administrujących z osobowością prawną, które zostały zobowiązane do stosowania Pzp. Lecz dominująca cecha tych podmiotów, czyli utworzenie w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, budzi niestety liczne kontrowersje ze względu na swój nieo określony charakter. Pojęcie „potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego” (odpowiadające na gruncie dyrektyw pojęciu „potrzeb w interesie ogólnym”) nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) przyjęło się, iż z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy

³ Dz. U. z 2011 r. Nr 12, poz. 59 ze zm.

z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ⁴. A zatem, w świetle orzecznictwa Trybunału, szeroko rozumiane państwo (w tym jednostki samorządu terytorialnego), tworząc podmioty prawa publicznego decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać samo lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Z potrzebami o charakterze powszechnym mamy zatem do czynienia w przypadku potrzeb, których zaspokojenie jest powiązane z instytucjonalną działalnością państwa⁵ oraz służyżytkowi społeczeństwa jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. Innymi słowy, przez zaspokojenie potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu. Powyższe znajduje potwierdzenie na gruncie postanowienia Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r.⁶, w którym Sąd uznał, że użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp słowa „powszechny” nie można interpretować w znaczeniu „dostępnym dla wszystkich”, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone odpowiedniej rangi przepisami.

Podkreślić również należy, że zdaniem Trybunału fakt zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym przez instytucję zamawiającą w warunkach konkurencji z podmiotami prywatnymi nie przesądza o tym, że potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego. Inna interpretacja w sytuacji, w której zaspokojenie określonych potrzeb o charakterze powszechnym prawie w całości byłoby przejęte przez podmioty prywatne, prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw⁷. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w celu ustalenia, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu i warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych⁸.

Posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest uzależnione od procentowego znaczenia, w ramach całej działalności danego podmiotu, zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nie jest istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym taki podmiot ma możliwość prowadzenia innej działalności. Jeśli dany podmiot został pierwotnie ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, a następnie podjął działalność komercyjną,

⁴ Zob. orzeczenie z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden* przeciwko BFI Holding, Zb. Orz. [1998] str. I-6821, pkt 50-51; por. orzeczenia: z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 *Agorà and Excelsior*, Zb. Orz. [2001] str. I-3605, pkt 37; z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00, pkt 50; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuuri- ja rakennustalouden tuotoimisto Riitta-Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy and Rakennustalouden tuotoimisto Vilho Tervomaa v Varkauden Taitotalo Oy*, Zb. Orz. [2003] str. I-5321, pkt 47; cyt. orzeczenie w sprawie C-283/00 *SIEPSA*, pkt 80.

⁵ Por. wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others* przeciwko *Strohal Rotationsdruck GesmbH ETS*, pkt 24.

⁶ Sygn. akt IX Ca 196/05 niepubl.

⁷ Por. orzeczenie z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden* przeciwko BFI Holding, Zb. Orz. [1998] str. I-6821, pkt 43-44.

⁸ Por. orzeczenia w sprawie C-373/00 *Adolf Tuley*, pkt 66 oraz w sprawie C-18/01 *Korhonen*, pkt 48 i 59.

nie zmienia to jego statusu jako podmiotu prawa publicznego, skoro dalej prowadzi również działalność, dla której pierwotnie został ustanowiony. Fakt, że zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym stanowi jedynie stosunkowo niewielką część działalności danego podmiotu jest również nieistotny pod warunkiem, że podmiot w dalszym ciągu będzie realizował potrzeby, co do których jest wyraźnie określone, że powinien je zaspokajać⁹.

Elementem przesądającym w tych okolicznościach nie jest fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności gospodarczej lub brak ewentualnego finansowania działalności danego podmiotu ze środków publicznych. Częstym bowiem przypadkiem jest sytuacja, w której dany podmiot ma obowiązek przeznaczać wypracowany przez siebie zysk z prowadzonej działalności na rzecz realizacji celu publicznego. Przy czym, bez znaczenia pozostaje skala prowadzonej działalności komercyjnej, skoro jest ona dopuszczana tylko i wyłącznie dla realizacji ww. celu. A zatem, jeżeli dana instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb ogólnych (powszechnych), a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową¹⁰.

Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego, spełniających kryteria wymienione w art. 1 ust. 9 lit. a) – c) drugiego akapitu dyrektywy 2004/18/WE zostały wskazane w załączniku III do tej dyrektywy. Wymienione w nim zostały m.in.: banki narodowe, agencje ustanowione w celu realizacji określonych funkcji lub zaspokajania potrzeb pojawiających się w poszczególnych sektorach publicznych, placówki inne niż przemysłowe i handlowe podlegające kontroli państwa i działające w interesie publicznym m.in. w dziedzinie promowania rozwoju gospodarczego, instytucje działające w dziedzinie rozwoju technologii i przedsiębiorstw, a także w dziedzinie doradztwa w zakresie przedsiębiorczości, handlu, nauki, technologii, innowacji itp.

Brak wyszczególnienia instytucji prawa publicznego w załączniku III do dyrektywy klasycznej nie przesądza o braku kwalifikowania się tego podmiotu do kategorii podmiotów prawa publicznego. Wykaz podmiotów prawa publicznego umieszczony w załączniku III do dyrektywy klasycznej nie ma bowiem charakteru wyczerpującego i decydującego. Decydujące znaczenie w tym zakresie ma wyłącznie definicja podmiotu prawa publicznego¹¹. W związku z powyższym podmiot spełniający warunki określone w dyrektywie niezbędne do uznania go za podmiot prawa publicznego, pomimo braku umieszczenia go w załączniku III do dyrektywy klasycznej będzie uznawany za podmiot prawa publicznego zobowiązany do stosowania określonych w dyrektywie procedur udzielania zamówień publicznych. W kategorii tej występować mogą również obok agencji państwowych czy samorządowych, także spółki państwowe i komunalne, a także niektóre stowarzyszenia i fundacje.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 14 lutego 2013 r.¹², wydanym w związku ze skargą na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o nałożeniu kary pieniężnej, przyznając rację organowi administracji stwierdził, że prawidłowo uznano, iż celem działalności jednostek badawczo-rozwojowych jest prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia

⁹ Por. orzeczenia w sprawie C-44/96, pkt 25 oraz w sprawie C-470/99, pkt 55.

¹⁰ Wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96.

¹¹ Por. wyrok ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH.

¹² Sygn. akt V SA/Wa 2496/12.

społecznego. Tak określony cel działalności jednostek badawczo-rozwojowych, zdaniem WSA, wskazuje, iż są one tworzone w celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnospołecznym (rozwój i innowacja). Mimo że jednostki badawczo-rozwojowe mogą prowadzić inną działalność gospodarczą na zasadach określonych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (działalność nastawiona na zysk) to jednak, nie zmienia to faktu, iż podstawowym celem tworzenia tych jednostek jest prowadzenie działalności w interesie ogólnospołecznym, co wynika wprost z ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych. Stąd należy uznać, że jednostki badawczo-rozwojowe są tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Skoro zaś celem utworzenia takiej jednostki jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym (cel publiczny) nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego (prowadzenie prac naukowo-badawczych, mających na celu rozwój produkcji przemysłowej w tej dziedzinie) to późniejsze podjęcie działalności komercyjnej, bez względu na jej procentowy udział w ramach prowadzonej działalności, pozostaje bez znaczenia dla klasyfikacji jako podmiotu prawa publicznego, jeżeli nadal realizuje potrzeby, dla których została utworzona, chociażby w niewielkim procencie.

2.4. Związki podmiotów

Tymczasem czwarta kategoria obejmuje związki podmiotów wskazanych wyżej, a konkretnie mówiąc: jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, podmiotów prawa publicznego. Głównym celem tej regulacji jest zapewnienie pewności obrotu prawnego w zamówieniach publicznych, przez zamknięcie katalogu podmiotów obowiązanych do stosowania Pzp, chociaż nie wydaje się to absolutnie konieczne. W końcu chodzi tu przecież o związki podmiotów już zobowiązanych do stosowania Pzp. Jeżeli więc poszczególne podmioty mają teraz obowiązek stosowania Pzp, to analogicznie musi to następnie dotyczyć wszystkich ich związków. Taka regulacja miałaby oczywiście większy sens, gdyby od podanej zasady zostały wprowadzone wyjątki, co jednak obecnie nie ma miejsca. Stworzenie możliwości tworzenia związków podmiotów znajduje podstawę prawną w art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp, w nawiązaniu jeszcze do art. 16. ust. 1 Pzp o wspólnie zamawiających. Ponieważ nie została tutaj wyznaczona forma prawna dla związków podmiotów, to należy dalej przyjąć, że może ona zostać wybrana dowolnie z uwzględnieniem tylko ogólnych wymogów. Tak więc wchodzi w grę związki podmiotów stworzonych dla potrzeb zamówień publicznych, jak i związki podmiotów zawiązywane w zupełnie innych jeszcze celach.

2.5. Zamawiający sektorowi

Dotychczas przedstawione kategorie zamawiających były zobowiązane do stosowania Pzp w całości z określonymi ściśle wyjątkami. Natomiast przepis art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp wyznacza podstawę prawną dla kategorii jeszcze innych podmiotów zobowiązanych do stosowania zamówień publicznych, jeżeli są one udzielane w celu wykonywania jednego ze wskazanych rodzajów działalności. Już na początku wypada podkreślić, że mamy tutaj do czynienia z podmiotami publicznymi w znaczeniu funkcjonalnym, przede wszystkim mając na uwadze podmioty niepubliczne pełniące funkcje zlecone administracji. Z całą pewnością funkcje zlecone administracji wynikają z wykonywania jednego ze wskazanych rodzajów działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, albo z uzależnienia przy tej działalności wyróżnionych teraz podmiotów od szeroko rozumianego państwa. Oczywiście należy dalej ogólnie mówić o zamawiających sektorowych ze względu na bezpośrednie odesłanie do zamówień sektorowych, czyli wykonywania jednego z rodzajów działalności przewi-

dzianych w art. 132 Pzp. W związku z tym obejmuje to wyraźnie następujące rodzaje działalności: poszukiwanie, rozpoznawanie lub wydobywanie gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych; zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym; tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych; obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego; świadczenia usług pocztowych. Lecz konstrukcyjne wyodrębnienie zamówień sektorowych, jako wskazane konkretnie rodzajowi działalności, nie oznacza takich zamówień dotyczą również podmiotów publicznych i ich związków. Jeżeli następnie chodzi o prawa szczególne lub wyłączne to należy przez nie rozumieć publiczne prawa podmiotowe przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej. Ze swej natury polegają one na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania. Z kolei podniesione uzależnienie przy tej działalności wyróżnionych teraz podmiotów piątej kategorii oznacza, że podmioty ze wszystkich poprzednich kategorii wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

2.6. Inne podmioty udzielające zamówień publicznych, jeżeli łącznie są: w ponad 50% finansowane publicznie, o dużej wartości, na roboty budowlane lub usługi z nimi związane

Wyróżnienie szóstej kategorii podmiotów na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp zmierza do uszczelnienia systemu zamówień publicznych ze względu na konieczność zapewnienia racjonalnego finansowania zamówień publicznych w szczególnie ważnych okolicznościach. Z punktu widzenia podmiotowego chodzi więc o inne podmioty niż jednostki sektora finansów publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Z kolei przedmiot jest zdefiniowany dalej trzema łącznie zachodzącymi okolicznościami, które odzwierciedlają wyraźną specyfikę tych zamówień publicznych. Niewątpliwie jest ona spowodowana ich gospodarczym znaczeniem, które widać dokładnie z perspektywy nie tylko zamawiających. Stąd ponad 50% wartości udzielanego zamówienia publicznego ma być finansowana ze środków publicznych lub przez podmioty zaliczone wcześniej do kategorii od pierwszej do czwartej. Z kolei wartość udzielonego zamówienia publicznego ma być równa lub przekraczać kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, czyli znajdujemy tutaj odniesienie do progu unijnego. Zaś przedmiotem udzielanego zamówienia publicznego mają wyłącznie być roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi budowlami.

2.7. Koncesjonariusze robót budowlanych

Ostatnią siódmą kategorię stanowią podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹³, w zawężonym jednak zakresie, w jakim udzielają zamówienia publicznego w celu jej wykonania. Podstawą prawną do wyodrębnienia tej kategorii podmiotów jest art. 3 ust. 1 pkt 7 Pzp. Stosowanie Pzp przez koncesjonariusza uzasadnia się tym, że podmiot ten ma obowiązek wykonania przedmiotu objętego koncesją za wynagrodzenie, które jest zawsze kwalifikowane w aspekcie publicznym. Gdy ostatecznie sprowadza się ono do dwóch możliwości: wyłącznego prawa do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takiego prawa wraz z płatnością koncesjodawcy. Stąd udział koncesjodawcy w realizacji przedmiotu objętego koncesją powoduje konieczność zapewnienia publicznego trybu, który może najlepiej być realizowany w systemie zamówień publicznych. Od rodzaju koncesjonariusza zależy tutaj zakres stosowania Pzp. Gdy bowiem koncesji udzielono podmiotowi właściwemu najpierw dla kategorii od pierwszej do czwartej oraz do kategorii szóstej, to powinien on stosować przepisy Pzp w całości stosownie do art. 131 ust. 1. Jeżeli natomiast mamy do czynienia z zupełnie innym podmiotem, to przepisy Pzp stosuje się tylko w niezbędnym zakresie, jaki wynika z wymogów przewidzianych w art. 131 ust. 2. Tak więc koncesjonariusz przy udzieleniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp jest: zasadniczo obowiązany do ogłaszania o zamówieniu, ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane, określania terminów dla składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz terminów składania ofert; oraz obowiązany do prowadzenia postępowań z zachowaniem określonych zasad.

3. Szczególne formy zamawiającego

3.1. Centralny zamawiający

Ponadto można jeszcze mówić o trzech głównych formach uczestnictwa zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pzp jest ogólnie dostosowane do zamawiających, którzy mogą samodzielnie udzielać zamówień publicznych. Ale dopuszcza też dwie szczególne formy uczestnictwa zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszą formą szczególną jest centralny zamawiający. Pojęcie to nie ma swojej definicji legalnej. Co najwyżej można ogólnie stwierdzić, że wiąże się z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na potrzeby więcej niż jednego zamawiającego, jeżeli należą oni do administracji rządowej zgodnie z art. 15 a ust. 1 Pzp. W tym miejscu wypada jeszcze przypomnieć, że art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna) przedstawia legalną definicję pojęcia centralnej jednostki zakupującej, które jest bliska zakresowo. Centralna jednostka zakupująca jest instytucją zamawiającego, która: nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających, albo udziela zamówień publicznych, lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających.

Wyodrębnienie centralnego zamawiającego ma oczywiście przyczynić się do bardziej efektywnego wydatkowania środków publicznych na dokonywanie zakupów dla potrzeb administracji rządowej. Chociaż dokonywanie czynności przez centralnego zamawiającego jest zgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp, to może także

¹³ Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

praktycznie doprowadzić do ograniczenia konkurencji między wykonawcami. Warto również podkreślić, że Pzp nie stosuje się do nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego zgodnie z treścią jego art. 4 pkt 11.

Przez administrację rządową należy tutaj rozumieć cały system organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom albo przez nie nadzorowanych. Gdy chodzi o organy administracji rządowej, to należy tutaj wymienić naczelne organy administracji rządowej, centralne organy administracji rządowej i terenowe organy administracji rządowej. Bez znaczenia jest charakter ich kompetencji, czyli wchodzi tutaj w grę organy o kompetencji ogólnej i szczególnej. W tym kontekście jednostki organizacyjne mogą zarówno być podległe organom administracji rządowej, jak też mogą pozostawać z nimi w relacji nadzoru. Zasadnicza różnica sprowadza się wtedy do większego lub mniejszego stopnia ich zależności organizacyjnej od organów administracji rządowej. W każdym razie dotyczy to wszystkich jednostek organizacyjnych, a więc nie tylko należących do sektora finansów publicznych. Bez znaczenia jest również posiadanie przez nie osobowości prawnej.

Centralny zamawiający może dokonywać nie tylko czynności dla potrzeb administracji rządowej, ale pozwala mu się na dokonywanie tych czynności na potrzeby jeszcze innych zamawiających według art. 15 a ust. 3 Pzp. W związku z tym wolno jednocześnie przyjąć, że centralny zamawiający może także podane czynności dokonywać w szczególności na potrzeby jednostek samorządu terytorialnego. Takie stanowisko znajduje wsparcie również w tym, że organy administracji rządowej sprawują nadzór nad jednostkami samorządu terytorialnego, a konkretnie chodzi o Prezesa Rady Ministrów, wojewodów i regionalne izby obrachunkowe. Zatem centralny zamawiający mógłby też dokonywać czynności na potrzeby jednostek samorządu terytorialnego z bardziej ogólnej podstawy prawnej.

Prezes Rady Ministrów może tutaj wskazać centralnego zamawiającego, jedynie spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. W każdym razie nie jest on jednostką organizacyjną lub osobą trzecią w rozumieniu art. 15 ust. 2 Pzp. Ogólnie biorąc podstawą działania centralnego zamawiającego może więc być umowa ramowa z zamawiającym, jeśli przynależy do administracji rządowej lub zarządzenie Prezesa Rady Ministrów. Nadto Prezes Rady Ministrów wskazując zarządzeniem centralnego zamawiającego określa jeszcze: rodzaj zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego; udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego; zakres informacji przekazanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz sposób współdziałania z centralnym zamawiającym. Zawsze centralny zamawiający działa w imieniu własnym.

3.2. Wspólnie zamawiający

Drugą formą szczególną uczestnictwa zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są wspólnie zamawiający. Trudno jest tutaj mówić o pojęciu wspólnie zamawiających w Pzp, ponieważ nie ma ono swojej definicji legalnej. Określenie istoty wspólnie zamawiających wymaga wówczas stwierdzenia, że zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia publicznego, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w ich imieniu i na ich rzecz na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp. Tak więc umowę o roboty budowlane, dostawy lub usługi zawierają tutaj wspólnie zamawiający. Wobec tego ujawnia się łączność przedmiotowa w zamówieniach

publicznych, która jest podyktowana względami oszczędnościowymi, jakie są następstwem wykorzystania efektu skali dokonywanych zakupów. Oczywiście przepisy Pzp dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do wspólnie zamawiających zgodnie z art. 16 ust. 5 Pzp.

Zasadniczo wyznaczenie przez wspólnie zamawiających spośród siebie zamawiającego, który będzie ich wszystkich reprezentował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest uzależnione jedynie od woli wyrażonej wspólnie w zawartym porozumieniu. W ten sposób wyznaczony zamawiający stanie się oczywiście ich pełnomocnikiem, który będzie dalej działał w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających. Co za tym idzie może następnie prowadzić postępowanie i udzielić zamówienia publicznego, choć odpowiedzialność wobec wykonawcy spoczywać będzie na wszystkich zamawiających, przy tym mając na względzie jeszcze treść zawartego przez nich wszystkich porozumienia. Tak czy inaczej pełnomocnikiem wspólnie zamawiających nie może tutaj być osoba trzecia, nie zainteresowana wprost postępowaniem i udzieleniem zamówienia publicznego.

Pzp wprowadza regulację szczególną dla wspólnie zamawiających, gdy chodzi o administrację rządową i administrację samorządową. Bo wyznaczenie wówczas przez wspólnie zamawiających jednostki organizacyjnej właściwej do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz innych jednostek organizacyjnych, dokonuje się odpowiednio przez: ministra kierującego działem administracji rządowej spośród podległych jemu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego spośród podległych jemu samorządowych jednostek organizacyjnych. Przy tym wyznaczenie przez ministra kierującego działem administracji rządowej musi tutaj mieć formę zarządzenia. W tym zarządzeniu może również polecić nabywanie określonych rodzajów zamówień publicznych lub od wybranych wykonawców oraz polecić udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej.

4. Osoby wykonujące czynności po stronie zamawiającego

4.1. Kierownik zamawiającego

Przez kierownika zamawiającego należy rozumieć osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego zgodnie z art. 2 pkt 3 Pzp. W ten sposób sformułowana definicja legalna kierownika zamawiającego wymaga jednak dookreślenia. Przede wszystkim należy tutaj zwrócić uwagę, że obowiązującym przepisem jest również statut. Jeżeli chodzi o umowę jako podstawę uprawnień kierownika zamawiającego, to mamy tutaj do czynienia jedynie z zamawiającym, który musi zawsze pełnić funkcje zlecone administracji.

Status zamawiającego przesądza o tym, czy kierownik zamawiającego jest osobą lub organem. Przede wszystkim trzeba wówczas zauważyć, że ostatecznie będzie to zawsze osoba fizyczna, która ma zdolność do czynności prawnych, a więc posiada pełną możliwość wyrażania woli odnośnie uprawnień i obowiązków zamawiającego. W przypadku osoby można zatem bezpośrednio ją utożsamić z osobą fizyczną. Natomiast odnośnie organu potrzebne są dodatkowe ustalenia. Zupełnie inaczej wygląda bowiem kontekst osoby fizycznej w przypadkach: organu administracji publicznej, organu osoby prawnej – bez względu zresztą na jej przynależność do prawa publicznego lub prywatnego i organu jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. Z punktu widzenia organu administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym wypada teraz stwierdzić, że kontekst ten wymaga bardziej szczegółowej analizy ze względu na różne ich rodzaje.

Oczywiście naturalnym piastunem organu monokratycznego jest osoba fizyczna. Jeżeli spotykamy organ kolegialny administracji publicznej, to uznaje się osobę fizyczną przewodniczącą za uprawnioną do jego reprezentacji. Przy organach wieloosobowych ich reprezentacja jest wreszcie kojarzona z osobą fizyczną wypełniającą funkcje kierownika. Bez większego trudu można potem przedstawić osoby fizyczne w organach osoby prawnej, ale należy za każdym razem pamiętać o tym, by chodziło o organy zarządzające, a nie jakiegokolwiek inne organy, które przecież tradycyjnie zawiera każda struktura organizacyjna. Ponadto okazuje się konieczne zwrócenie wówczas uwagi na uregulowanie samego sposobu reprezentacji, ponieważ może on przyjmować różne warianty. W jednostkach organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej wskazuje się zaś na osoby fizyczne w ich organach lub wypełniające funkcje kierownika.

Przy określeniu kierownika zamawiającego należy również zaznaczyć, że nie może nim być osoba lub organ, która jest pełnomocnikiem zamawiającego. Z całą pewnością ma to przyczynić się do bezpieczeństwa obrotu prawnego w zamówieniach publicznych, gdyż będzie pełnomocnika zamawiającego z reguły powoływał kierownik zamawiającego ogólnie uprawniony do zarządzania nim. Oczywiście pełnomocnikiem zamawiającego może tutaj być własna jednostka organizacyjna lub osoba trzecia na gruncie art. 15 ust. 2 i 3 Pzp, której można ewentualnie powierzyć przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej dokonywanie innych niż standardowe czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle art. 20 ust. 2 Pzp. W tym dodatkowym zakresie komisja przetargowa będzie występowała niewątpliwie jako pełnomocnik kierownika zamawiającego.

O sposobie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyduje więc ostatecznie kierownik zamawiającego. W związku z tym może on powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie tego postępowania własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej albo powołać komisję przetargową oraz powierzyć jej czynności związane z przygotowaniem lub przeprowadzeniem tego postępowania. Wobec powyższego wypada jeszcze dodać, że ujawnia się w podanych sytuacjach pełnomocnictwo administracyjne, skoro jest mowa o powierzeniu kompetencji. Ponadto kierownik zamawiającego może jeszcze udzielić na piśmie pełnomocnictwa administracyjnego odnośnie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego. Ostatecznie za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Tym niemniej mogą za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiadać również inne osoby w takim zakresie, jaki wynika z udzielonego im pełnomocnictwa administracyjnego.

4.2. Komisja przetargowa

Kierownik zamawiającego ma kompetencję do powołania komisji przetargowej, która przeprowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powołanie komisji przetargowej staje się wtedy obligatoryjne, jeżeli wartość zamówienia publicznego jest równa lub przekracza kwoty, od których wymaga się przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zaś poniżej wartości tych kwot powołanie komisji przetargowej jest fakultatywne. Komisja przetargowa może alternatywnie mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowywania i przeprowadzania określonych tylko postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Do komisji przetargowej kierownik zamawiającego może swobodnie wybrać członków, zatem nie muszą oni być pracownikami zamawiającego.

Komisja przetargowa jest aktualnie zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powołanym do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert w świetle art. 20 ust. 1 Pzp. W związku z tym kierownik zamawiającego nie powinien wchodzić w skład komisji przetargowej. Skoro czynności podejmowane przez komisję przetargową mają charakter pomocniczy, to może ona najwyżej przedkładać propozycje i występować z wnioskami, gdyż za wykonanie tych czynności odpowiada już kierownik zamawiającego. W szczególności komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także mając na uwadze zakres swoich zadań, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania. Bez wątplenia podany wyżej zakres zadań komisji przetargowej należy tutaj uznać za przykładowy.

Zawsze członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego. Przy tym członkami komisji przetargowej nie muszą być wyłącznie pracownicy zamawiającego. Naturalnie osoby powołane do komisji przetargowej są obowiązane zachować całkowitą bezstronność we wszystkich czynnościach. Skład komisji przetargowej uzależniony jest od woli kierownika zamawiającego, ale powinna się ona jednak składać z co najmniej trzech osób. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej. W tym względzie kieruje się on zapewnieniem sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac. Zagadnienia te powinny wówczas zostać uregulowane w drodze aktu wewnętrznego kierownika zamawiającego. Zawsze należy tutaj mieć na uwadze, że komisja przetargowa jest organem kolegialnym, a więc zachodzi potrzeba uregulowania mechanizmu jej działania, a zwłaszcza ustalenia sposobu głosowania. Oczywiście nie może to mieć jakiegokolwiek wpływu na ocenę ofert.

4.3. Biegli

Jeżeli dokonanie określonych czynności wiązanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga wiadomości specjalnych, to kierownik zamawiającego może jeszcze powołać biegłych na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp. Niewątpliwie chodzi o wiadomości, które wykraczają poza ogólną wiedzę członków komisji przetargowej. Zwykle będą to wiadomości z dziedzin, które wymagają uzyskania specjalistycznych kwalifikacji, z góry nie wyłączając także prawa. Biegłych powołuje kierownik zamawiającego z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej. Przy powołaniu biegłych dla potrzeb komisji przetargowej kierownik zamawiającego może tego dokonać na każdym etapie jej prac. Nadto istnieje druga możliwość, że kierownik zamawiającego powoła biegłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez odniesienia wprost do prac komisji przetargowej. Przy tym należy jeszcze dodać, że biegłych można zarówno powołać w skład komisji przetargowej, jak również mogą swoje wiadomości specjalne przekazać bez włączenia ich do jej składu. Niewątpliwie wolno biegłych powołać spośród pracowników zamawiającego, ale też dopuszcza się ich powołanie całkiem z zewnątrz. W każdym razie nie ma wyraźnych ograniczeń co do zakresu pracy biegłych, innymi słowy decydują o tym potrzeby związane z wiadomościami specjalnymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście kierownik zamawiającego decyduje o zakresie pracy biegłych i związanym z tym wynagrodzeniem. Biegli podlegają wyłączeniu na tych samych zasadach, co wszystkie inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu.

§ 6. PODMIOTY UCZESTNICZĄCE W REALIZACJI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Wykonawca

Z całą pewnością najważniejszym podmiotem uczestniczącym w realizacji zamówienia publicznego jest wykonawca. Aczkolwiek pojęcie wykonawcy jest pojęciem prawnym, to jednak sformułowane dotąd jego definicje legalne mają przede wszystkim charakter sprawozdawczy. Na początku wydaje się konieczne odwołanie do jego określenia definicyjnego w prawie unijnym, które zostało wprowadzone do roli jedynie technicznej, ze względu na konieczność uproszczenia tekstu. W każdym razie stosownie do art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna) pojęcie wykonawcy obejmuje w równym stopniu przedsiębiorcę budowlanego, dostawcę lub usługodawcę. A zatem każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób, lub podmiotów, które oferują na rynku odpowiednio wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi. Wobec tego katalog podmiotów, które mogą tutaj ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, został określony bardzo szeroko. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp definicja legalna wykonawcy została pozbawiona cech przedmiotowych, ponieważ przez wykonawcę należy obecnie rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Przy tej okazji warto jeszcze zwrócić uwagę, że trzeba zawsze wykonawcę oceniać z perspektywy trzech wyróżnionych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Często brak jest wystarczających podstaw prawnych do rozstrzygnięcia wówczas, kiedy określony podmiot uzyskuje oraz traci status wykonawcy. Jak wydaje się przykładowo podmiot, który pobrał specyfikację istotnych warunków zamówienia, a następnie nie złożył oferty, traci zarazem status wykonawcy. Z całą pewnością podmiot uzyskujący status wykonawcy musi zawsze posiadać podmiotowość prawną, która obejmuje ogólnie zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Przede wszystkim będzie chodziło o podmiotowość prawną na gruncie prawa cywilnego, aczkolwiek nie wolno też zapominać o podmiotowości prawnej na gruncie prawa administracyjnego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawcą może także być podmiot publiczny. Co warto jeszcze podkreślić, wykonawca nie musi równolegle posiadać statusu przedsiębiorcy ze względu na zapewnienie pełnej konkurencji. Jednak niemal zawsze wykonawca taki status przedsiębiorcy posiada.

Z punktu widzenia poszczególnych kategorii podmiotów, które mogą tutaj uzyskać status wykonawcy, należy jeszcze zwrócić uwagę na pewne kwestie szczegółowe. Tak więc osoba fizyczna jako wykonawca zamówienia to przede wszystkim jednoosobowy przedsiębiorca i spółka cywilna. Bez wątplenia spółka cywilna nie jest bowiem jednostką organizacyjną, która może sama występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż taką możliwość mają tylko wspólnicy jako osoby fizyczne. Co się tyczy osób prawnych, to są nimi jednostki organizacyjne, którym ustawy nadają osobowość prawną. Między nimi szczególną pozycję zajmuje Skarb Państwa, który jest uosobieniem samego państwa w stosunkach cywilnoprawnych. Jeżeli natomiast chodzi o jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, to należy teraz wskazać na spółki osobowe prawa handlowego, takie jak: jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna.

2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne

Z mocy samego prawa wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 ust. 1 Pzp. Wśród przyczyn wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego wymienia się najczęściej konieczność dostosowania do jego rozmiarów, stopnia złożoności i zwiększonego ryzyka. Oczywiście nie jest konieczne dokonywanie jakichkolwiek czynności przez zamawiającego w tym celu. Zwłaszcza nie jest konieczne dopuszczenie takiej możliwości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie budzi też wątpliwości fakt, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mają status analogiczny jak wykonawcy samodzielni. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się bowiem odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne według art. 23 ust. 3 Pzp. Z jednej strony odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy wykonawca nie może tutaj podlegać wykluczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony natomiast trzeba w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady, brać pod uwagę łączny potencjał wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o nie.

Choć Pzp bezpośrednio nie wskazuje, w jakiej formie prawnej wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne, to praktycznie wchodzi w grę jedynie umowa spółki cywilnej i umowa konsorcjum. Jeżeli chodzi o spółkę cywilną to podstawą do jej działania są przepisy art. 860-875 k.c., wobec czego wspólników spółki cywilnej należy wówczas uznać za odrębnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W praktyce powoduje to konieczność złożenia przez tych odrębnych wykonawców oferty łącznej. Z kolei umowa konsorcjum jest umową nienazwaną i dopuszczalność jej zawarcia oparta jest na swobodzie umów przewidzianej w art. 353¹ k.c. Przez umowę konsorcjum wykonawcy zobowiązują się wtedy do współdziałania przy ubieganiu się najczęściej o konkretne zamówienie publiczne, ale nie musi to zarazem oznaczać powołania struktury organizacyjnej i własnego majątku, co zresztą odróżnia konsorcjum od spółki cywilnej. W każdym razie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne ponoszą odpowiedzialność solidarną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo nawet jeszcze zawarcia umowy w świetle art. 23 ust. 2 Pzp. Bezspornie chodzi tutaj co najmniej o pełnomocnictwo rodzajowe, które wynika z zawartej umowy lub innej czynności prawnej. Przy umowie konsorcjum bardziej naturalne okazuje się w tym kontekście ustanowienie pełnomocnikiem jej lidera. Tak więc ostatecznie może pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne być jeden z tychże wykonawców lub osoba trzecia. Do ustanowienia takiego pełnomocnictwa wystarcza zwykła forma pisemna.

3. Podmioty trzecie udostępniające swój potencjał wykonawcy

Wykonawca może jeszcze polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków na podstawie art. 26 ust. 2 b Pzp. Niewątpliwie stanowi to wdrożenie rozwiązania zawartego w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna). Dzięki temu zdecydowanie powiększa się potencjalny zakres wykonawców w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnych zamówień publicznych. Warto także podkreślić, że dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego nie zawsze oznacza konieczność uczestnictwa następnie tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia publicznego.

Nigdy podmioty trzecie, udostępniające swój potencjał wykonawcy, nie biorą bezpośredniego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, innymi słowy nie łączy je stosunek prawny z zamawiającym. Zwykle podmioty trzecie współpracują z wykonawcą lub są ewentualnymi podwykonawcami. Natomiast podstawą do udostępnienia potencjału osoby trzeciej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest stosunek prawny między wykonawcą a tym podmiotem trzecim. Ponieważ charakter tego stosunku prawnego nie został wyraźnie określony, to należy dalej przyjąć, że może on być zasadniczo umowny lub organizacyjny. Z perspektywy umownych stosunków prawnych trzeba więc zwrócić uwagę, że wejdą w grę najczęściej umowy cywilnoprawne, jak chociażby: umowa dzierżawy, umowa najmu, umowa użyczenia. Co tyczy się organizacyjnych stosunków prawnych, to wolno przywołać różnego rodzaju zależności właściwe dla funkcjonowania spółek handlowych.

We wskazanej sytuacji wykonawca jest jeszcze zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie nieustannie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia publicznego. W szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia publicznego. Na pewno przeprowadzenie dowodu na dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia publicznego obciąża wykonawcę.

4. Podwykonawcy

Aktualnie przepisy Pzp nie regulują w sposób wystarczający bardzo wielu zagadnień związanych z podwykonawstwem przy udzielaniu i realizacji zamówień publicznych. Jakkolwiek ma to ogromne znaczenie dla zapewnienia sprawności procesu realizacji zamówień publicznych, zwłaszcza mając na uwadze udział w nim małych i średnich przedsiębiorców. Ale warto zarazem podkreślić, że przepisy Pzp nie zabraniają aktualnie wprowadzania uregulowań dotyczących podwykonawstwa do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przede wszystkim chodzi o uregulowania związane ze spełnianiem przez wykonawców określonych warunków i odpowiadanie przez nich postawionym wymaganiom. Chociaż stosunki prawne zachodzące między wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcą powinny, co do zasady, podlegać swobodzie umów, to jednak jest potrzebna dalsza jeszcze regulacja statusu podwykonawców dla wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych. Przy tym musi to obejmować zarówno zagadnienia bardzo ogólne, jak też dotyczyć zagadnień o znacznym nawet stopniu szczegółowości. W tym kierunku zmierzają dość zaawansowane już prace nad nowelizacją przepisów Pzp o podwykonawcach.

§ 7.

ZASADY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Podstawowe zasady wynikające z prawa Unii Europejskiej

Przedstawiając zasady Prawa zamówień publicznych należy odwołać się w pierwszej kolejności do prawa Unii Europejskiej, które jest podstawą regulacji krajowej z zakresu zamówień publicznych. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską¹ wprowadza między innymi podstawowe zasady dotyczące funkcjonowania wspólnego rynku, jak konkurencyjność; równość (zakaz dyskryminacji)²; swoboda przepływu towarów, osób, usług i kapitału³. Analiza postanowień Traktatu wskazuje na dalsze zasady, które mają również znaczenie dla wspólnego rynku i funkcjonujących na nim jego uczestników. Takimi zasadami mającymi bezpośredni wpływ na rynek zamówień publicznych są: swoboda przedsiębiorczości⁴, swoboda świadczenia usług⁵. To przedsiębiorcy uczestniczą w rynku zamówień publicznych jako wykonawcy. Zasady towarzyszące systemowi zamówień publicznych są również ściśle związane z politykami UE realizowanymi poprzez ten system (innowacyjność, zielone zamówienia, zamówienia prospołeczne, zamówienia przedkomercyjne itp.).

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁶ odwołując się do podstawowych zasad Traktatu, wskazuje na takie zasady jak: swoboda przepływu towarów, swoboda przedsiębiorczości, swoboda świadczenia usług, równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnej uznawalności, proporcjonalności oraz przejrzystości⁷. W art. 2 Dyrektywy wprowadzono trzy podstawowe zasady, do których należą: zasada równego traktowania wykonawców; zasada niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców; zasada przejrzystości działań zamawiającego. Aby zapewnić skuteczne funkcjonowanie systemu zamówień oraz przestrzeganie powyższych zasad prawodawca unijny wprowadził regulacje prawne związanych z prawną kontrolą funkcjonowania zamówień publicznych. Aktualnym aktem prawnym wprowadzającym wymogi związane z kontrolą zamówień publicznych jest Dyrektywa Rady 89/665/EWG⁸. Prawodawca unijny do podstawowych celów dyrektywy zaliczył otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję, wzrost gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji w dziedzinie zamówień publicznych. Aby uzyskać wymierne efekty wprowadzonych zasad należy zagwarantować skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadku naruszenia prawa

¹ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004 r. Nr 90, s. 864/2 ze zm.) – zwany dalej TFUE, (dawniej Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą).

² Art. 18 TFUE.

³ Art. 26 ust. 2 TFUE.

⁴ Art. 49 TFUE.

⁵ Art. 56 TFUE.

⁶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.2004.134.114 ze zm.).

⁷ tiret 2 wstępu do dyrektywy 2004/18/WE bezpośrednio powołuje trzy zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasada równości, niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców i zasada przejrzystości.

⁸ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.U.UE.L.1989.395.33 ze zm.).

przez podmioty uczestniczące w rynku zamówień publicznych. Końcowym etapem korzystania ze środków odwoławczych musi być zagwarantowanie rozpatrzenia przedmiotowego odwołania przez sąd w rozumieniu art. 234 Traktatu, będący niezależnym zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego (I instancji).

2. Zasady udzielania zamówień publicznych w ustawie Prawo zamówień publicznych

Ustawa z 1994 roku wprowadzając rozdział 3 zatytułowany „zasady udzielania zamówień publicznych” niestety nie odnosiła się faktycznie tylko do zasad jako podstawowych prawnych reguł funkcjonowania zamówień publicznych. Przepisy te określały prawa i obowiązki uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W konsekwencji ta część ustawy określała, obok przepisów którym można było nadać znaczenie zasad, również takie kwestie, jak np. preferencje krajowe, podstawy wykluczania z postępowania, składanie oświadczeń czy też przepisy regulujące treść protokołu z postępowania. W związku z faktem, że zasady nie były wyraźnie wyodrębnione w ustawie literatura przedmiotu⁹ wyodrębniała zróżnicowaną ilość zasad. W czasie obowiązywania ustawy kolejne zasady były dodawane do dotychczasowych¹⁰.

Przyjęta konstrukcja ustawy Prawo zamówień publicznych, określając zakres regulacji, wskazała na zasady udzielania zamówień, którym poświęcono 4 artykuły ujęte w odrębny rozdział. Zasady te zatem mają charakter zasad normatywnych, „formułujących określone wskazania merytoryczne”¹¹, które wpływają na spójność systemu prawnego zamówień publicznych. Niezależnie od bezpośredniego adresata wskazanego w normach ustanawiających dane zasady wiążą one zarówno zamawiających, jak i wykonawców, którzy w przypadku naruszenia przez zamawiającego określonej zasady, będą mogli korzystać ze środków ochrony prawnej. Naruszenie zasad może stanowić podstawę wystąpienia, przez Prezesa Urzędu, do sądu o unieważnienie umowy jako czynność naruszająca przepisy ustawy, która to czynność miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6).

Wśród zasad wprowadzonych ustawą należy wyodrębnić następujące:

1) Uczciwej konkurencji

Zamawiający zostali zobowiązani do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapewniając uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1). Zasada ta zobowiązuje zamawiającego do podejmowania wszystkich działań w toku przygotowania postępowania w taki sposób, aby działaniom tym nie można było przypisać naruszenia konkurencyjności. Podstawowym wymogiem na tym etapie działania jest przygotowanie podstawowych dokumentów, takich jak ogłoszenie i specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zobowiązany został ustawowo do jego opisu w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2). Oczywisty jest fakt, że w wielu działaniach zamawiającego mogą wystąpić działania naruszające uczciwą konkurencję. Takim działaniem może być określenie warunków udziału

⁹ Zob. H. Nowicki, Zamówienia publiczne, TNOiK Toruń 2004, s. 46 i nast. A. Panasiuk, Ustawa o zamówieniach publicznych, komentarz, wyd. FORUM, Poznań 2001.

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778) dodała art. 12a w brzmieniu: Zamówienie publiczne może być udzielone wyłącznie dostawcy lub wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w niniejszej ustawie.

¹¹ Z. Ziemiński (w:) S. Wronkowska, M. Zieliński, z Ziemiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1974, s. 69.

w postępowaniu przez wykonawców. Zasada uczciwej konkurencji wiąże również wykonawców w ich działaniach na wszystkich etapach związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Naruszeniem uczciwej konkurencji mogą być również działania uczestników zamówień publicznych poprzedzające udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działania wykonawców mogą przybierać postać zmów przetargowych czy też zawierania porozumień utrudniających dostęp do zamówienia przez podmioty trzecie. Zgodnie z postanowieniami ustawy zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹². Ustawa ta reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji, zaliczając do czynów nieuczciwej konkurencji działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zagrażające lub naruszające interesy innego przedsiębiorcy lub klienta¹³. Do szczegółowych czynów nieuczciwej konkurencji ustawa zalicza¹⁴, między innymi, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom oraz przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną¹⁵. Czynem nieuczciwej konkurencji utrudniającym dostęp do rynku innym przedsiębiorcom jest, między innymi, poprzez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. W Pzp z tym pojęciem będą korespondowały przepisy o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku zamawiający jest zobowiązany, w pierwszej kolejności, przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w którym zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość proponowanej ceny (art. 90 ust. 1). Ważną ustawą regulującą zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁶.

Zgodnie z dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy zakazane jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W świetle powołanego przepisu oczywista jest możliwość wystąpienia zmów przetargowych i to zarówno w układzie horyzontalnym jak i wertykalnym¹⁷ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zmowy te będą odnosiły się tylko do podmiotów bezpośrednio uczestniczących w postępowaniu lub też, na skutek zawartej umowy, może dotyczyć wstrzymania się od udziału w danym postępowaniu. Niedozwolone uzgodnienia mogą dotyczyć warunków składania ofert przed ich złożeniem.

Uczciwej konkurencji służy regulacja Pzp zobowiązująca zamawiającego do publikowania ogłoszenia o zamówieniu; zaproszenia określonej liczby wykonawców do złożenia ofert (art. 51 ust. 1), ofert wstępnych (art. 57 ust. 2); zaproszenia określonej liczby wykonawców do dialogu konkurencyjnego (art. 60d ust. 2); zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję (art. 63 ust. 3); skierowania zapytania o cenę do określonej liczby wykonawców zapewniającej konkurencję (art. 71 ust. 1); zaproszenia do aukcji elektronicznej (art. 91a ust. 1). Konkurencyjność zamawiający zapewnia również, zgodnie z Pzp, poprzez zawarcie umowy ramowej z określoną liczbą wykonawców (art. 100 ust. 3 pkt 2).

¹² Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.).

¹³ Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu ...

¹⁴ Art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu ...

¹⁵ Art. 229 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

¹⁷ Zob. A. Jurkowska (w:) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz red. T. Skoczny, C.H. Beck 2009, s. 426 i nast.

Zamawiający jest zobowiązany do podejmowania, w toku wszystkich swoich czynności związanych z przygotowaniem, jak i prowadzeniem postępowania, działań zapewniających konkurencyjność, które będą gwarantowały osiągnięcie jednego z podstawowych celów zamówień publicznych, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty (racjonalne wydatkowanie środków). Konkurencyjność zapewnia jak najszerzy udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹⁸.

2) Równego traktowania

Przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający musi zapewniać równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). Możemy również mówić o równości uczestników postępowania lub o sprawiedliwym traktowaniu wykonawców. Zasada ta wynika bezpośrednio z przepisów Konstytucji¹⁹, które stanowią, że wszyscy wobec prawa są równi oraz przyznają wszystkim prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Oczywiście jest, że zdecydowana większość zamawiających to podmioty publiczne. Zasada równości stanowi uzupełnienie zasady konkurencyjności. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie może wskazywać na określonego dostawcę poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Jeżeli ze względu na specyfikę przedmiotu zamawiający ten zakaz musi naruszyć, wtedy jest zobowiązany wskazać na możliwość dostarczenia przedmiotu zamówienia publicznego „równoważnego”. Potwierdzenia równego traktowania wykonawców w Pzp jest możliwość kierowania, przez wykonawców, pytań związanych z wyjaśnieniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust. 1). Niezależnie czy zamawiający może, czy też jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi, treść pytań wraz z wyjaśnieniami zamawiającego przekazywana jest wykonawcom, którzy pobrali siwz oraz publikowana jest na stronie internetowej. Dla wyjaśnienia wątpliwości, zgłaszanych przez wykonawców, co do treści siwz zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia tych wątpliwości. Zarówno odpowiedzi, jak i wyjaśnienia są przejawem równego traktowania, gdyż działania te kierowane są do wszystkich, a nie tylko pytających czy też zgłaszających uwagi. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie nie może podejmować jakichkolwiek działań, które prowadziłyby do faworyzowania wybranych wykonawców.

Wskazując kryteria oceny ofert zamawiający jest zobowiązany do ich formułowania w ten sposób, aby nie dotyczyły właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3). Przepis ten jest gwarantem równego traktowania wykonawców przez zamawiających. Wyjątkiem od zasady równości, jak i zasady konkurencyjności są postępowania o udzielenie zamówienia na usługi o charakterze niepriorytetowym, w których możemy ustalać kryteria oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

3) Obiektywizmu

Przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobowiązany zapewnić, aby czynności z tym związane były wykonywane przez osoby gwarantujące

¹⁸ Należy mieć na uwadze możliwość stosowania tzw. zamówień wewnętrznych, które ze swej natury ograniczają konkurencję, zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia „in house” ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w:) Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, UZP 2010 s. 115 i nast. H. Nowicki, P. Nowicki, O potrzebie zamówień „in House” w gospodarce odpadami. Uwagi de lege lata i de lege ferenda (w:) 25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013 s. 466 i nast.

¹⁹ Art. 32 ust. 1 Konstytucji.

bezsronność i obiektywizm (art. 7 ust. 2). Zasada ta jest bezpośrednio związana z zasadą konkurencyjności i równego traktowania. Bezstronności i obiektywizm dotyczą osób zarówno przygotowujących, jak i uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co prawda ustawa o tym bezpośrednio nie stanowi, lecz bezstronność i obiektywizm są nieodzowne przy ocenie i odbiorze udzielonego i zrealizowanego zamówienia publicznego. Czynnościami podejmowanymi na etapie przygotowania postępowania jest opracowanie dwóch podstawowych dokumentów postępowania, tj. treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść tych dokumentów może nie tylko naruszać konkurencyjność lub równość przyszłych wykonawców, może również być powodowana brakiem obiektywizmu lub brakiem bezstronności. Należy mieć na uwadze, że na tym etapie postępowania zapadają ważne decyzje dotyczące np. podzielenia zamówienia na części, co w konsekwencji stworzy możliwość złożenia ofert częściowych, czy też możliwość złożenia ofert wariantowych. Na tym etapie określane są, między innymi, wymogi wobec wykonawców, kryteria oceny ofert i ich waga, wybierany jest również tryb z zastosowaniem, którego będzie prowadzone postępowanie. Czynności zamawiającego podejmowane na tym etapie postępowania nie podlegają ocenie i kontroli przez wykonawców. Dopiero wszczynając postępowanie „efekty” działań postępowania przygotowawczego udostępniane są, poprzez ich upublicznienie, wykonawcom oraz innym zainteresowanym podmiotom. Zatem treść tych dokumentów, ich przygotowanie mają bardzo ważne znaczenie dla prowadzonego postępowania. Przysługujące wykonawcom środki ochrony prawnej oraz możliwość kierowania pytań dotyczy dokumentów już opublikowanych. Uwzględnienie treści pytań przez zamawiającego lub orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy działań i treści tych działań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 180 ust. 1). Dotyczy to również wyboru przez zamawiającego, wskazanych w przepisach ustawy trybów (art. 180 ust. 2 pkt 1).

Zapewnieniu bezstronności i obiektywizmu zamawiającego służy regulacja powodująca wyłączenie osoby wykonującej czynności, po stronie zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawali w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych²⁰.

²⁰ Art. 17 ust. 1 Pzp.

Dyspozycja powyższego przepisu jednoznacznie nakazuje zamawiającemu wyłączenie takiej osoby z prowadzonego postępowania. Osoby, które wykonują czynności w postępowaniu są zobowiązane do złożenia pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności będących podstawą wyłączenia. Oświadczenie składane jest pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania²¹. Konsekwencją wyłączenia osoby jest obowiązek powtórzenia czynności w postępowaniu, które zostały podjęte przez tę osobę lub zostały podjęte z jej udziałem. Wymóg ten nie dotyczy otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Na zamawiającym, na jego kierowniku, spoczywa obowiązek wskazania kręgu osób, które są zobowiązane do złożenia powyższego oświadczenia. Do złożenia przedmiotowego oświadczenia zobowiązane są osoby wykonujące czynności od publicznego ogłoszenia (przesłania zaproszenia) do wyboru oferty wykonawcy. Ważny jest zatem krąg osób, w stosunku do których zachodzi prawny obowiązek złożenia oświadczenia. Będą to osoby mające faktyczny wpływ na wynik postępowania, co oznacza, że osobami tymi będą bez wątpliwości członkowie komisji przetargowej, osoby udzielające w imieniu zamawiającego odpowiedzi na pytania składane po ogłoszeniu, osoby dokonujące zmian w siwz lub ogłoszeniu, osoby uczestniczące w negocjacjach lub dialogu. Będą to również osoby dokonujące oceny i kwalifikowania wykonawców w postępowaniach wieloetapowych. Istotny, ze względu na odpowiedzialność karną, jest moment złożenia oświadczenia. W związku z prawnymi konsekwencjami złożenia oświadczenia o wystąpieniu przesłanek włączających, powinno nastąpić niezwłocznie o powzięciu wiadomości o wystąpieniu przesłanki „wyłączającej”. W zależności od stosowanego trybu będą to zdecydowanie różne okoliczności, np. będzie to otwarcie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazanie wykonawców zaproszonych do negocjacji lub licytacji, wskazanie wykonawców, do których zostanie skierowane zapytanie o cenę.

Należy również pamiętać, że działania przygotowawcze nie podlegają kontroli Prezesa Urzędu, który kontroluje udzielanie zamówień. W przypadku kontroli realizowanej przez Prezesa również wprowadzono przepisy gwarantujące dodatkowo bezstronność i obiektywizm, polegające na wyłączeniu z prowadzonej kontroli pracownika Urzędu, w stosunku do którego zachodzą przesłanki określone w art. 162 ust. 1.

4) Zasada jawności

Wprowadzona zasada wydaje się oczywistą konsekwencją wcześniej przedstawionych zasad, szczególnie konkurencyjności. Tylko jawne postępowanie, od momentu jego wszczęcia, gwarantuje pełną konkurencyjność. Jawność postępowania służy również walce z korupcją, wiedza na temat wszczynanych i prowadzonych postępowań jest publicznie dostępna. Podmiot zainteresowany może zasięgnąć również informacji, zgodnie z obowiązującym prawem, o uczestnikach danego postępowania i warunkach udzielenia zamówienia. Dlatego też wprowadzono dodatkowy przepis mówiący o jawności umów²², które podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Jawność postępowań gwarantowana jest publikacją ogłoszeń w sprawach zamówień publicznych. W przypadkach określonych przepisami zamawiający ma obowiązek publikacji ogłoszenia przekazywanego za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w Biuletynie

²¹ Art. 233 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

²² Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 2, poz. 16) dodany został „Art. 74a. Umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej”.

Zamówień Publicznych oraz za pośrednictwem Urzędu Publikacji Unii Europejskiej²³. Naruszenie powyższego obowiązku publikacji ogłoszenia stanowi podstawę unieważnienia umowy. Do obowiązków zamawiającego należy przechowywanie dokumentów potwierdzających fakt zamieszczenia ogłoszenia. Jawności służy możliwość publikacji ogłoszeń o zmianie ogłoszenia lub publikacji wstępnych ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach (art. 13 ust. 1). W zależności od trybu i wartości udzielanego zamówienia, zamawiający ma obowiązek publikowania ogłoszenia w inny sposób określony przepisami ustawy i niesprzeczny z obowiązującym prawem. Zamawiający ma również obowiązek lub prawo, w przypadkach określonych ustawą, publikować, między innymi, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia; ogłoszenie o konkursie; ogłoszenie o wynikach konkursu, okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych. Jawność postępowania gwarantowana jest jawnością poszczególnych czynności podejmowanych w toku postępowania oraz dostępnością do dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawa tego zamawiającego nie może ograniczyć z uwagi na jawność postępowania, ofert, dokumentacji postępowania oraz umów, które jak zaznaczono wyżej podlegają udostępnieniu na zasadach dostępu do informacji publicznej. Informacją publiczną dodatkowo są informacje dotyczące udzielanych zamówień publicznych przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej²⁴.

Ograniczeniem ustawowym jawności postępowania jest poufny charakter negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 58 ust. 3); negocjacji bez ogłoszenia (art. 65); prowadzonego dialogu konkurencyjnego, gdzie poufność może dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia (art. 60d ust. 7). Również w toku postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców (art. 79 ust. 3), podobnie nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców w toku prowadzonej aukcji elektronicznej (art. 91c ust. 3).

Częściowego ograniczenia jawności może dokonać wykonawca (art. 8 ust. 3) zastrzegając, że część informacji zawartych w ofercie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁵. Ustawa określa zasady udostępniania informacji oraz dokumentów dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia, w tym protokołu postępowania²⁶.

Zdecydowanej zmianie uległ zakres jawności postępowań o udzielenie zamówienia w związku z wprowadzeniem przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa²⁷. Przesłanką wykluczenia wykonawcy, z zakresie tych zamówień, jest np. naruszenie zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa informacji (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit a), cofnięto poświadczenie bezpieczeństwa (art. 131e ust. 1 pkt 4), cofnięto świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego (art. 131e ust. 1 pkt 5). Ważnym przepisem jest odstąpienie zamawiającego od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu

²³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69 ze zm.); oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.).

²⁴ Art. 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

²⁵ Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 1503, poz. 1503 ze zm.).

²⁶ § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

²⁷ Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2012 r. poz. 1271).

wykonawcy, w przypadku gdy informacje stanowiące podstawę wykluczenia zostały uzyskane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, a informacje mają charakter niejawnych. Przekazywanie informacji niejawnych, związanych z udzielanym zamówieniem, zamawiający może dokonywać tylko wobec wykonawców, którzy dają rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Takie zobowiązanie będzie dotyczyło również podwykonawców. Zastrzeżeń dotyczących zobowiązania wykonawców i podwykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych zamawiający dokonuje w opisie przedmiotu zamówienia. Dalsze przepisy ustawy bardzo często odwołują się do przepisów dotyczących informacji niejawnych²⁸. Konsekwencją szczególnego charakteru zamówień w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności jest ograniczenie trybów udzielania zamówień, którymi są: przetarg ograniczony albo negocjacje z ogłoszeniem. Trybami, które mogą być zastosowane w przypadkach określonych właściwymi przepisami ustawy, mogą być również dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia albo zamówienie z wolnej ręki. Ograniczenie jawności w stosunku do zamówień w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności jest możliwość przeprowadzania kontroli przez Prezesa Urzędu w siedzibie zamawiającego, jeżeli część dokumentacji zawiera informacje niejawne, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne”. Obowiązek posiadania poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne” muszą spełnić Prezes i wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej (art. 173 ust. 3). Również prowadzone postępowanie odwoławcze może być prowadzone z wyłączeniem jawności, jeżeli w trakcie postępowania mogłaby być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną przepisami o ochronie informacji niejawnych. W przypadku postępowania odwoławczego obejmującego dokumenty niejawne, Prezes Urzędu na wniosek prezesa KIO, może wskazać inne miejsce, poza siedzibą KIO, rozpatrzenia odwołania.

5) Zasada pisemności

Ustawa wprowadza obowiązek zachowania formy pisemnej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, jednocześnie zaznaczając o wyjątkach określonych w ustawie (art. 9 ust. 1). Zgodnie z tą zasadą zamawiający jest zobowiązany do dokumentowania wszystkich czynności związanych z prowadzeniem postępowania. Zasada ta jest oczywista z punktu widzenia umiejscowienia Prawa zamówień publicznych w obszarze prawa publicznego. Administracja publiczna działa w oparciu o dokumenty, dlatego też czynności podejmowane na gruncie prawa administracyjnego wymagają formy pisemnej²⁹. Jest to oczywiście zasada podstawowa, w stosunku do której pojawia się w coraz szerszym zakresie elektroniczna administracja³⁰. Identycznie pisemność postępowania o udzielenie zamówień publicznych jest uregulowana w Pzp, gdzie prawodawca w coraz szerszym zakresie dopuszcza elektroniczne formy komunikowania się, co jednak w wielu przypadkach nie zwalnia zamawiającego od potwierdzania podejmowanych czynności w formie dokumentu pisemnego. Jednym z ważnych dokumentów, sporządzanym w formie pisemnej jest protokół postępowania³¹, zawierający informacje określone ustawą. Protokół wraz z załącznikami przechowuje zamawiający

²⁸ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

²⁹ Art. 14 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego, stanowi, że sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub formie dokumentu elektronicznego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 267).

³⁰ Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 235), wprowadza w art. 3 pkt 2 pojęcie: dokument elektroniczny – stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych.

³¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

przez okres czterech lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie wszczyta się w drodze ogłoszenia, które jest realizowane w formie elektronicznej. Zamawiający jest zobowiązany udokumentować zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, w szczególności przechowując dowód jego zamieszczenia lub publikacji. W przypadku przekazywania ogłoszenia w formie elektronicznej będzie to potwierdzenie wygenerowane z systemu informatycznego. Wymóg pisemności dotyczy oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności będących przesłankami wyłączenia osób z postępowania po stronie zamawiającego, składanego w trybie art. 17 ust. 2. Podobnie należy interpretować przepisy ustawy stanowiące podstawę żądania od wykonawców określonych oświadczeń lub dokumentów³². Ważną częścią ogłoszenia jest adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia (art. 41 pkt 3). W przypadku siwz przekazywanie jej w formie tradycyjnej jest wyjątkiem, realizowanym tylko na wniosek wykonawcy (art. 42 ust. 2). Zamawiający w siwz określa zasady porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów (art. 36 ust. 1 pkt 7). Wykonawca składając ofertę zobowiązany jest złożyć ją w formie pisemnej. Za zgodą zamawiającego oferta może być złożona w postaci elektronicznej opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu. Naruszenie formy pisemnej lub elektronicznej (za zgodą zamawiającego) oferty złożonej z naruszeniem tego obowiązku, będzie skutkowało jej nieważnością. Zamawiający jest zobowiązany do jej odrzucenia jako niezgodnej z przepisami ustawy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1. Obligatoryjność pisemnej formy zastrzegł również ustawodawca do zawarcia umowy, pod rygorem nieważności. Jedy- nym odstępstwem jest prawny wymóg zachowania formy szczególnej np. formy aktu notarialnego.

Pisemność postępowań przesądzona jest również w przypadku kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu, który przeprowadzając kontrolę żąda od kierownika zamawiającego kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem. Podobnie jest w przypadku kontroli uprzedniej, która jest wszczynana po doręczeniu Prezesowi kopii dokumentacji postępowania. Pisemna forma dotyczy również odwołania wnoszonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi do sądu okręgowego.

Ustawa dopuszcza również, jak było wyżej zaznaczone, inne niż pisemne formy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczonymi formami porozumiewania się zamawiającego i wykonawców są formy: pisemna, faksem lub drogą elektroniczną, w ustawowo określonych przypadkach może to być również forma telefoniczna. Niezależnie od wybranej formy porozumiewania się każde pisemne złożenie wniosku, oświadczenia, zawiadomienia lub informacji należy uznać za złożone zgodnie z prawem. Oczywiście nie będzie to dotyczyło postępowań prowadzonych z wykorzystaniem aukcji lub licytacji elektronicznej. W przypadku licytacji elektronicznej zamawiający i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia licytacji komunikowanie się odbywa się drogą elektroniczną, w tej formie też składana jest oferta. Biorąc pod uwagę tendencję poszerzenia elektronicznej administracji publicznej oraz tendencję europejską poszerzenia elektronicznych procedur udzielania zamówień publicznych należy w najbliższych latach oczekiwać dalszych zmian prawa wprowadzających te formy komunikowania się uczestników rynku zamówień publicznych.

6) Prowadzenia postępowania w języku polskim

Wśród zasad udzielania zamówień publicznych ustawodawca wymienił zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim. Zasada ta jest zasadą wynikającą z ustawy

³² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

o języku polskim³³, której postanowienia jednoznacznie przesądzają, że językiem urzędowym jest język polski. Obowiązek ten odnosi się do używania języka polskiego w realizacji zadań publicznych. Język polski, zgodnie z dyspozycją ustawy jest językiem urzędowym dla konstytucyjnych organów państwa; organów administracji publicznej; organów jednostek samorządu terytorialnego i podległych im instytucji w zakresie, w jakim wykonują zadania publiczne; instytucji powołanych do realizacji określonych zadań publicznych; organów, instytucji i urzędów podległych konstytucyjnym organom państwa, organów państwowych osób prawnych w zakresie wykonywanych zadań publicznych; organów samorządów zawodowych i gospodarczych, organów organizacji społecznych, zawodowych, spółdzielczych i innych podmiotów wykonujących zadania publiczne³⁴. Przepisy tej ustawy nakazują podmiotom wykonującym zadania publiczne dokonywania czynności urzędowych oraz składania oświadczeń woli w języku polskim. Obowiązek ten dotyczy również innych podmiotów, które składają oświadczenia woli, podania i inne pisma kierowane do podmiotów wykonujących zadania publiczne. Dopiero przepisy szczególne mogą stanowić inaczej w stosunku do powyższych obowiązków.

Wprowadzenie przez ustawę Prawo zamówień publicznych zasady stosowania języka polskiego wydaje się zatem zbędnym, z legislacyjnego punktu widzenia. Jedynym wyjaśnieniem mogła być chęć prawodawcy objęcia tą zasadą uczestników rynku zamówień publicznych, którzy nie podlegają przepisom ustawy o języku polskim. Ustawa Pzp, wprowadzając tę zasadę, jednocześnie przyznała prawo zamawiającemu wyrażenia zgody na zastosowanie, w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, jednego z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Sama konstrukcja tego przepisu wydaje się wątpliwa wobec dyspozycji ustawy o języku polskim, to ustawa powinna wprost wprowadzać prawo zastosowania innych języków w postępowaniu, a zamawiający by z tego prawa ewentualnie mógł skorzystać. Stosowanie innych języków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za zasadne, ale tylko w ograniczonym zakresie i tylko w stosunku do poszczególnych czynności wykonawców (np. przedstawiania zaświadczeń itp.). Należy pamiętać, że postępowanie odwoławcze, jak i sądowe muszą być prowadzone w języku polskim. Również organy kontrolujące zamówienia publiczne i postępowania o udzielenie zamówień muszą stosować język polski. W przypadku dokumentacji postępowania lub jego części prowadzonej w wybranych językach obcych, będzie skutkowało potrzebą przetłumaczenia tych dokumentów na język polski. Powstaną w związku z tym koszty tłumaczenia tych dokumentów. Kolejnym istotnym ważnym zagadnieniem jest, w przypadku tłumaczenia dokumentów, spełnienie terminów określonych w procedurach kontrolnych.

7) Wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z treścią tej zasady wyboru wykonawcy można dokonać tylko po przeprowadzeniu postępowania zgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 3). Zasada ta nakłada obowiązek na zamawiającego, chcącego zawrzeć umowę na dostawę, usługę lub roboty budowlane, wyłonienia wykonawcy po przeprowadzeniu postępowania zgodnie z wymogami Pzp. Oznacza to, że stroną umowy będzie mógł być tylko ten wykonawca, który przystąpił do postępowania, spełnił wszystkie wymogi określone przepisami ustawy i wprowadzone przez zamawiającego, złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która następnie została uznana za najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami określonymi przez zamawiającego. Tylko taki wykonawca może być stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym wykonawcą, co jest oczywiste, będzie również ten wykonawca, który

³³ Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 224 ze zm.).

³⁴ Art. 4 ustawy o języku polskim.

zostanie wybrany w trybie art. 94 ust. 3 Pzp (w związku z uchyleniem się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana).

Konsekwencją tej zasady jest zakaz dokonywania cesji praw i obowiązków wynikających z umowy na rzecz innego wykonawcy³⁵. Ustawa wprowadzając wymogi stawiane potencjalnym wykonawcom oraz dając uprawnienia w tym zakresie zamawiającemu, dąży do wyłonienia wykonawcy, który spełniając te wymogi będzie gwarantował wykonanie zamówienia publicznego. Cesja umowy byłaby obejściem ustawy, gdyż podmiot przejmujący umowę nie podlegałby ocenie spełniania warunków podmiotowych i przedmiotowych określonych dla danego postępowania, mógłby nie spełniać również innych wymogów określonych w danym postępowaniu. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu podlega ocenie tak jak i złożona przez niego oferta, która jest badana i oceniana w trakcie postępowania. W związku z faktem, że norma wprowadzająca tę zasadę, ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, przejęcie umowy o udzielenie zamówienia przez podmiot trzeci nie może odbyć się również w przypadku, gdyby zgodę na to wyraził zamawiający. Jak słusznie wskazuje J. Sadowy³⁶ w przypadku połączenia wykonawcy z innym podmiotem nie będzie stanowiło przeszkody w kontynuowaniu umowy o zamówienie publiczne przez podmiot będący następcą prawnym podmiotu włączonego. Niezależnie od sposobu połączenia (łączenie przez przejęcie lub zawiązanie nowego podmiotu) będziemy mieli do czynienia z sukcesją uniwersalną (generalną), obejmującą zatem również umowę o zamówienie publiczne. Podobna sytuacja będzie w przypadku podziału wykonawcy (spółki), gdzie plan podziału będzie wskazywał przejęcie ogółu praw i obowiązków przez poszczególne podmioty powstałe po podziale.

8) Zasada prymatu trybów przetargowych

Polski prawodawca w ustawie z 2004 roku dokonał podziału trybów udzielania zamówień na dwie grupy: tryby podstawowe i pozostałe (uzupełniające). Trybami podstawowymi są dwa tryby przetargowe, przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Prymat tych trybów wynika z braku występowania jakichkolwiek dodatkowych przesłanek ich zastosowania. Oznacza to, że tryby te są równoważne, a wybór jednego z nich zależy tylko i wyłącznie od woli zamawiającego, który chce efektywnie dokonać zamówienia publicznego. Zamawiający nie musi uzasadniać dokonania wyboru jednego z tych trybów. Pomimo że te dwa tryby są trybami podstawowymi, to jednak w warunkach polskich absolutnie dominujący jest przetarg nieograniczony. Częściowo wynika to z „przyzwyczajenia”, ustawa z 1994 roku wprowadziła tylko jeden tryb podstawowy, którym był właśnie przetarg nieograniczony. Tryb ten zatem jest bardzo dobrze znany zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom. Jest, co należy podkreślić, również trybem stosunkowo mniej „skomplikowanym” w stosunku do przetargu ograniczonego. To między innymi powoduje, że był on najczęściej stosowany w 2011 roku – 82,07% zamówień zostało udzielone w tym trybie³⁷. Natomiast przetarg ograniczony od wielu lat stanowi zupełnie marginalny udział w udzielaniu zamówień – w 2011 roku było to zaledwie 0,64% udzielonych zamówień. Procedura postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest procedurą dwuetapową, co powoduje jej wydłużenie w czasie. W roku 2011 średni czas trwania postępowania w trybie przetargu ograniczonego wynosił 60 dni wobec 31 dni trwania procedury przetargu nieograniczonego. Zaletą tych dwóch trybów jest ich otwartość i tym samym konkuren-

³⁵ Zob. J. Sadowy, Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu, Wszechnica Polska 2007, s. 56 i tam przywołany wyrok SN z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn.. akt VCK97/03.

³⁶ Jak wyżej.

³⁷ Dane liczbowe pochodzą ze sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku.

cyjność, do postępowań może przystąpić każdy spełniający określone warunki i zainteresowany udziałem w danym postępowaniu.

Do pozostałych trybów udzielania zamówień ustawodawca zalicza: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę oraz licytację elektroniczną. Zgodnie z dyspozycją art. 10 ust. 2 pozostałe tryby wymienione ustawą mogą być zastosowane przez zamawiającego tylko w przypadkach określonych ustawą. Oznacza to, że zamawiający może zastosować jeden z tych trybów tylko i wyłącznie podczas wystąpienia przesłanek wskazanych we właściwych przepisach ustawy. W przypadku pozostałych trybów najbardziej popularny jest tryb zamówienia z wolnej ręki, który stanowił w 2011 roku 13,90% udzielanych zamówień. Inne tryby w roku 2011 stanowiły odpowiednio: zapytanie o cenę 2,91%; negocjacje bez ogłoszenia 0,17%; negocjacje z ogłoszeniem 0,14%; licytacja elektroniczna 0,13% oraz dialog konkurencyjny 0,04% udzielanych zamówień publicznych.

W grupie trybów pozostałych możemy wyróżnić tryby negocjacyjne, do których zaliczamy negocjacje z ogłoszeniem (art. 54–60), dialog konkurencyjny (art. 60a–60e), negocjacje bez ogłoszenia (art. 61–65) oraz zamówienie z wolnej ręki (art. 66–68). Tryby te charakteryzują się zawsze wystąpieniem negocjacji lub dialogu przed złożeniem ofert końcowych lub udzieleniem zamówienia. Prowadzone negocjacje lub dialog mają służyć doprecyzowaniu lub uzupełnieniu siwz, możliwości określenia przedmiotu zamówienia lub ustaleniu warunków umowy. Wprowadzony, w wyniku nowelizacji z 12 października 2012 r., dialog techniczny nie jest trybem udzielania zamówień, jest częścią postępowania przygotowawczego.

W grupie trybów pozostałych możemy wyróżnić, tak jak w trybach podstawowych, tryby otwarte, do których dostęp jest nieograniczony, tj. negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny i licytacja elektroniczna (art. 74–81). Zaś trybami ograniczonymi są: negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki i zapytanie o cenę (art. 69–73). Możemy również wyróżnić wśród wszystkich trybów jeden tryb niekonkurencyjny, którym jest zamówienie z wolnej ręki, pozostałe tryby mają charakter konkurencyjny.

W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawodawca wprowadził dwa tryby podstawowe, którymi są przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Do trybów pozostałych zaliczono: dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki oraz licytację elektroniczną, które mogą być zastosowane tylko w okolicznościach określonych w przepisach Pzp dotyczących tego rodzaju zamówień.

§ 8.

PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA W PRZEDMIOCIE UDZIELENIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Opis przedmiotu zamówienia

1.1. Opis przedmiotu zamówienia – zasady ogólne

Jedną z najważniejszych czynności, do wykonania których jest zobowiązany zamawiający, jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Przed przystąpieniem do zdefiniowania przedmiotu zamówienia zamawiający powinien ocenić faktyczne potrzeby i ewentualnie zastanowić się nad potrzebą zidentyfikowania standardów społecznych, w zapewnianiu których mogłyby pomóc zamówienia publiczne np. standardy dostępności obiektu budowlanego dla osób niepełnosprawnych mogą stanowić część opisu przedmiotu zamówienia, podobnie jak wymóg, by zamawiane usługi zaspokajały potrzeby wszystkich kategorii użytkowników.

Planując zawarcie umowy zamawiający musi rzetelnie przeanalizować jej przedmiot i przyszłe zobowiązania stron, ponieważ są one w części decydujące o uznaniu danego kontraktu za zamówienie publiczne, a nie innego rodzaju umowę. Przykładowo w wyroku z dnia 6 maja 2010 roku w sprawie C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i in. v. Ethnico Symvoulío Radiotieleorasis* TSUE wyraził opinię, że umowa mieszana, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozzerwalnie związanym z przedmiotem głównym jest świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta jako całość zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych. Nawet jeśli zatem część umowy będą stanowić dostawy, usługi lub roboty budowlane, lecz główny przedmiot umowy będzie inny, zamawiający nie będzie obowiązany do udzielania zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przedmiotowe dostawy, usługi lub roboty budowlane będą w sposób nierozzerwalny związane z głównym przedmiotem umowy, a bez ich realizacji cała umowa nie zostałaby zawarta, ponieważ nie miałaby uzasadnienia gospodarczego.

Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis powinien być jednoznaczny, czyli dokładnie określony, nie budzący wątpliwości w odbiorze, przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, by wszyscy wykonawcy zrozumieli potrzeby i wymogi zamawiającego w ten sam sposób i przedstawili oferty możliwe do porównania. Wymóg szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia nie powinien jednak naruszać zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, prowadząc do nieuzasadnionego faworyzowania jednego lub kilku wykonawców. W wyroku z dnia 10 maja 2012 roku w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów* TSUE przypomniał, iż zamawiający są zobowiązani do równego traktowania wszystkich wykonawców oraz do działania w sposób przejrzysty – specyfikacje techniczne¹ powinny umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konku-

¹ Specyfikacje istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia – według ustawy Pzp.

rencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającym udzielenie zamówienia.

Ustawa Pzp wymaga, by przedmiot zamówienia został opisany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Użyte sformułowanie należy odnosić do konkretnego języka fachowego używanego w danej branży lub na rynku danego produktu. Opis przedmiotu zamówienia kierowany jest do profesjonalistów i dokonanie opisu w sposób zrozumiały dla takiego odbiorcy nie może być podważane jako ograniczające uczciwą konkurencję. Stosowane w opisie przedmiotu zamówienia zrozumiałe określenia nie muszą być typowo technicznymi sformułowaniami, jeśli zamawiający nie jest biegły w danej dziedzinie, lecz ma on możliwość wyrażenia swoich oczekiwań wobec przedmiotu zamówienia przy użyciu znanych mu pojęć, pod warunkiem, że są one zrozumiałe dla odbiorców specyfikacji. Zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia².

W przypadku, gdy realizacja przedmiotu zamówienia wiąże się z zastosowaniem nowoczesnych technologii i rozwiązań innowacyjnych stosowana w opisie aparatura pojęciowa jest niejednoznaczna, często rozumiana intuicyjnie do czasu, gdy do tych pojęć i nazw nie zostaną przypisane definicje powszechnie zrozumiałe i używane. Z tego też powodu ważne staje się opisowe podejście do oznaczenia przedmiotu zamówienia³.

Nadmierna precyzja i zbyt szczegółowy opis przedmiotu zamówienia może powodować, że wszystkie wymagane cechy spełniać będzie tylko jeden produkt lub bardzo ograniczona liczba dóbr. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący produkt bez uzasadnionej przyczyny jest sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji. W takim przypadku zamawiający nie może dowodzić, że na rynku funkcjonuje wiele podmiotów, które są w stanie spełnić wymogi zamawiającego i dostarczyć określony produkt. Przygotowując opis przedmiotu zamówienia zamawiający powinien być w stanie uzasadnić dokonany wybór cech technicznych i jakościowych produktu z punktu widzenia konieczności zaspokojenia określonych potrzeb. W wyroku z dnia 9 września 2003 roku⁴, Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, iż zamawiający określa wymagania techniczne stawiane dostarczonym towarom zgodnie ze swoimi potrzebami i swoją wiedzą – jednocześnie jednak zamawiający musi skutecznie wykazać, iż tylko towary o właściwościach technicznych opisanych w specyfikacji umożliwiają mu realizację przyjętego celu. Przedmiot zamówienia powinien być zatem opisany w sposób neutralny, pozbawiony sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę lub odwrotnie - eliminować z postępowania określonego przedsiębiorcę. Uzasadnione potrzeby nie są zatem jednoznaczne z całkowitą dowolnością wyboru przedmiotu kontraktu. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż zbyt precyzyjny opis przedmiotu zamówienia może również powstrzymać wykonawców przed prezentowaniem innowacyjnych rozwiązań i tym samym przeczyć jednemu z celów ustawy Pzp, jakim jest otwarcie zamówienia na konkurencję.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie mogą dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczałby konkurencję i zamykał rynki zamówień. Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie może żądać dostarczenia mu dóbr czy usług zgodnie z jego potrzebami. Może

² Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 roku, sygnatura KIO/UZP 1273/08.

³ A. Panasiuk, Z. Kłoda, Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom. PARP 2010, s. 35.

⁴ Sygnatura akt V Ca 1477/03.

on w taki sposób zdefiniować cechy przedmiotu zamówienia, by chroniły one jego uzasadniony interes. Nie może jednak dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny, ułatwiający sporządzenie oferty jednemu z wybranych wykonawców. Potrzeby zamawiającego mogą być zaspokojone nie tylko w ramach opisu przedmiotu zamówienia, ale również w drodze stosowania kryteriów oceny ofert, innych niż cena. Praktyka stosowania bardzo szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, przy przyjęciu jedyne go kryterium wyboru oferty w postaci ceny, może prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będzie też opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Przesłankami wskazującymi na preferowanie jednego producenta jest przykładowo sposób podawania niektórych wymagań typowy dla produktów danego przedsiębiorcy lub określenie wymagań względem wymiarów wzorowane na preferowanych urządzeniach określonego producenta, kiedy to przypadkowe podanie w specyfikacji kilku wymiarów zgodnych z typowym produktem jest mało prawdopodobne. Podobnie zbiegi mało istotnych wymagań np. materiału użytego na obudowę sprzętu czy umiejscowienie określonych złączy może utrudniać uczciwą konkurencję i wskazywać na konkretnego wykonawcę.

Swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁵.

Jak wyżej wspomniano, zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jeżeli wykonawca podnosi, że dokonany opis jest sprzeczny z zasadą wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp powinien jedynie wskazać na możliwość utrudnienia w ten sposób uczciwej konkurencji, czyli na potencjalne zagrożenie. Nie jest natomiast obowiązany udowodnić, że określenia dotyczące przedmiotu zamówienia rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają. Taką opinię wyraża Urząd Zamówień Publicznych oraz Krajowa Izba Odwoławcza, która w swoich orzeczeniach przyjmuje, iż fakt naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia wymaga tylko uprawdopodobnienia. Potencjalne zagrożenie dla konkurencji może powstać przykładowo wówczas, gdy w opisie czynu zamawiający wprowadzi wymagania zawężające listę potencjalnych produktów np. poprzez szczegółowe parametry będące tylko wymaganiami maksymalnymi, a nie minimalnymi albo skutek zbiegu wielu szczegółowych wymagań, nie wpływających na właściwości użytkowe nabywanego sprzętu, uniemożliwia przedstawienie ofert na wiele innych urządzeń o nie gorszej użyteczności.

Zgodnie z nowym podejściem do zamówień publicznych zachęca się zamawiających, aby poprawiali dostęp do udziału w przetargach m.in. małym i średnim przedsiębiorstwom poprzez dbałość o różnorodność dostawców, promowanie zasady równości i różnorodności. Takie działania mogą polegać na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji i otwarciu na rozwiązania równoważne. Działania promocyjne nie mogą jednak prowadzić do odwrotnej dyskryminacji tzn. do faworyzowania wykonawców należących do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw, lecz do tworzenia szerszych możliwości udziału w postępowaniu.

⁵ Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 roku, sygnatura KIO/UZP 2/09.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający może uwzględniać pewne standardy społeczne np. stawiać wymagania dotyczące zapewnienia pewnych ergonomicznych cech produktów, aby zagwarantować dostęp do nich wszystkim kategoriom użytkowników, w tym osobom niepełnosprawnym. Zamawiający może również chcieć zakupić towary, które przyczyniają się do zrównoważonego rozwoju lub uwzględniają wymogi ochrony środowiska. W takich przypadkach zamawiający może wymienić w specyfikacji odpowiednie aspekty produktu lub usługi, ale nie może wymagać, aby produkty czy usługi miały określoną etykietę lub certyfikat, gdyż to ograniczałoby dostęp do przetargu innym produktom spełniającym podobne standardy. Nabywając bioprodukty zamawiający nie może żądać specjalnej etykiety „eko”, ale może opisać kryteria dotyczące rolnictwa ekologicznego. W cytowanym wyżej wyroku w sprawie C-368/10 TSUE potwierdził, że opis przedmiotu zamówienia może być określany w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, przy czym wymagania te mogą obejmować aspekty środowiskowe. Zamawiający może zatem powołać się na szczegółowe specyfikacje eko-etykiety, lecz nie na etykietę „eko” jako taką. W celu ułatwienia weryfikacji wymaganych aspektów środowiskowych zamawiający może wskazać w opisie, iż domniemuje się, że produkty oznaczone eko-etykietą – której szczegółowe specyfikacje zostały użyte – spełniają dane specyfikacje. Eko-etykieta ma zatem jedynie charakter dowodu potwierdzającego spełnienie stawianych wymogów, a zamawiający jest obowiązany respektować wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzanych przez uznaną instytucję. Zamawiający może się również odnosić wprost do regulacji unijnych definiujących wymogi ochrony środowiska.

Wymagania środowiskowe muszą się odnosić do cech produktu lub procesu wytwarzania, lecz nie mogą uwzględniać warunków pracy osób wytwarzających dostarczane produkty. Pod pewnymi warunkami takie wymogi można zmieścić w klauzulach dotyczących realizacji zamówienia – warunki zamieszczone w takich klauzulach nie muszą być koniecznie powiązane z przedmiotem zamówienia, lecz tylko z procesem wykonywania umowy, nie mogą natomiast pozostawać obojętne z punktu widzenia należytego (w rozumieniu zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego) wykonania zamówienia⁶. W sprawie C-368/10 TSUE wyraźnie wskazał, że opis przedmiotu zawarty w specyfikacji powinien nawiązywać wyłącznie do samych cech produktów, procesu wytwarzania, opakowania lub sposobu użycia – natomiast pozostałe aspekty, takie jak warunki nabycia i inne aspekty społeczne mogą być ujęte w kategorii warunków wykonania zamówienia⁷. Powołanie się w opisanych sytuacjach na etykiety i certyfikaty jest dopuszczalne na ogólnych zasadach określonych w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i art. 30 ustawy Pzp, o czym poniżej.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Nawet w przypadku, gdy nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania opisane w specyfikacji nie dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jeśli tylko stawiane wymogi były usprawiedliwione i uzasadnione.

⁶ Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Komisja Europejska, październik 2010 rok, s. 31.

⁷ W omawianej sprawie zamawiający postawił warunek, aby herbata i kawa podlegające dostawie pochodziły od małych producentów z państw rozwijających się, z którymi nawiązano korzystne dla nich stosunki handlowe – TSUE orzekł, że taki warunek mógłby być jedynie badany w kategorii warunków wykonania zamówienia w kontekście art. 26 dyrektywy 2004/18, lecz z powodów formalnych (zakres przedmiotu skargi) nie zajmował się tym zagadnieniem.

Zamawiający ma uprawnienie do prowadzenia postępowania przetargowego w celu uzyskania takiego przedmiotu, który zaspokaja jego potrzeby i który spełnia jego oczekiwania funkcjonalne. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji⁸. Jak już wyżej wspomniano, określenie potrzeb i oczekiwań zamawiającego nie może prowadzić do ograniczenia zasad i celów systemu zamówień publicznych. Zamawiający powinien również rozważyć, czy w świetle zasady uczciwej konkurencji nie będzie stosowniejsze zapewnienie sobie pewnych wymagań w drodze zastosowania adekwatnych kryteriów wyboru oferty, takich jak przykładowo: warunki serwisu, gwarancji, termin, jakość, właściwości techniczne. Tego rodzaju postępowanie umożliwia wykonawcom bardziej „elastyczne” przedstawienie propozycji w ofertach i sprzyja konkurencji.

Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będzie takie określenie przedmiotu zamówienia, które wskazuje na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ustawodawca zakazuje zamawiającemu używania w opisie przedmiotu zamówienia określeń wskazujących na konkretne produkty wiadomych producentów, nazwy materiałów i urządzeń czy sposób produkcji identyfikujący konkretnego wykonawcę. Użyte przez ustawodawcę pojęcie znaku towarowego należy utożsamiać z marką, terminem lub symbolem wykorzystywanym w celu odróżnienia konkretnego produktu od produktów konkurencyjnych.

Przykład naruszenia w ten sposób zasady uczciwej konkurencji można znaleźć w wyroku z dnia 24 stycznia 1995 roku w sprawie *C-359/93 Komisja WE v. Holandia*. TSUE orzekł, że żądanie przez zamawiającego zastosowania systemu operacyjnego „UNIX” w kontraktach na dostawę systemu informacyjnego narusza art. 34 TFUE. Specyfikacja techniczna tego rodzaju eliminowała od udziału w przetargu wszystkich tych dostawców, którzy nie posługiwali się systemem „UNIX”, ale innymi podobnego lub tego samego rodzaju. Ograniczenie to było sprzeczne z prawem unijnym, mimo że dotyczyło zarówno oferentów holenderskich (przetarg był organizowany w Holandii), jak i pochodzących z innych państw członkowskich.

Zakaz odnoszenia się w opisie przedmiotu zamówienia do konkretnych znaków towarowych czy patentów stanowi implementację art. 23 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE, który stanowczo stwierdza, że specyfikacje istotnych warunków zamówienia nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki, źródła, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców albo produktów. Zamawiający powinien samodzielnie opisać przedmiot zamówienia, a dopiero w sytuacji, gdy nie jest w stanie w sposób dostatecznie precyzyjny i zrozumiały przedstawić charakterystyki przedmiotu zamówienia ani w trybie samodzielnego opisu, ani też poprzez odwołanie się do norm lub wspólnych specyfikacji, może odnieść się do konkretnej marki, patentu, produkcji itp., zawsze jednak uzupełniając opis słowami: „lub równoważny”. Powołana marka czy technologia stanowi wówczas jedynie wzo-

⁸ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 15 października 2007 roku, sygnatura V Gaz 90/07.

rzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w innych warunkach powinien być opisany jako zestaw obiektywnych cech. Powołany przepis wyraźnie wskazuje na wyjątkowość takiego sposobu sporządzania specyfikacji technicznej – zamawiający w sposób obiektywny nie może być zdolny do właściwego opisu przedmiotu zamówienia bez odniesienia do przykładu w postaci marki, patentu czy znaku handlowego. Jeśli nie zaistnieje taka wyjątkowa sytuacja, a zamawiający dokona takiego odniesienia w specyfikacji, nawet przy użyciu słów „lub równoważny”, może się narazić na zarzut naruszenia prawa unijnego i zasady uczciwej konkurencji. Samo dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie jest bowiem usprawiedliwieniem dla odwołania się do konkretnego znaku w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia jest możliwy za pomocą podania cech technicznych i jakościowych lub wymagań funkcjonalnych.

Ograniczeniem uczciwej konkurencji będzie opis przedmiotu zamówienia na podstawie katalogu producenta, podział na pakiety lub części, tak że wszystkie produkty w danym pakiecie lub częściach może dostarczyć tylko jeden wykonawca lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Jednym z istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest wskazanie jego zakresu lub ilości. Brak wskazanych informacji nie pozwala wykonawcom na właściwe skalkulowanie ceny oferty, ponieważ nie są oni pewni, jaką ostatecznie ilość poszczególnych produktów będą zobowiązani dostarczyć zamawiającemu. Taka sama sytuacja ma miejsce w przypadku, gdy w projekcie umowy o zamówienie publiczne zamawiający przewiduje tzw. klauzule redukcyjne przyznające mu prawo do ograniczenia wykonywanego zakresu zamówienia w trakcie realizacji umowy w sposób całkowicie dowolny i zależny od jego arbitralnej decyzji. Pomimo bowiem określenia zakresu wielkości wykonawca ostatecznie nie zna ilości towarów, które będzie musiał dostarczyć, a tym samym trudno mu skalkulować cenę. Analiza prawidłowości i zgodności z prawem tego rodzaju klauzul powinna uwzględniać możliwość oszacowania przez wykonawcę ryzyka zmniejszenia liczby dostarczanych produktów i ujęcia go w cenie oferty.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej nieokreślenie lub co najmniej niedookreślenie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności zakresu rzeczowego zamówienia, daje zamawiającemu możliwość realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie swobodnym, przy równoczesnym pozbawieniu wykonawcy możliwości skierowania wobec niego roszczeń odszkodowawczych⁹. Wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty - musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości określone zamówienie w pewnym minimalnym zakresie¹⁰. Należy podzielić pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą, że niejasność w przedmiocie określenia wartości świadczenia pieniężnego jest również okolicznością rzutującą na niepewność, co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron, czyli szeroko pojętego przedmiotu zamówienia¹¹.

W omawianym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok TSUE z dnia 11 października 2007 roku w sprawie C-241/06, *Lämmerzahl GmbH v. Freie Hansestadt Bremen*. Zamawiający ogłaszając przetarg

⁹ Wyrok z dnia 19 lipca 2010 roku, sygn. KIO/UZP 1388/10.

¹⁰ Wyrok z dnia 25 czerwca 2010 roku, sygn. KIO/UZP 1123/10.

¹¹ Wyrok z dnia 19 lipca 2010 roku, sygn. KIO/UZP 1388/10.

na standardowe oprogramowanie przeznaczone do z informatyzowanej obsługi spraw z zakresu opieki społecznej nie podał w ogłoszeniu informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia ani też jego wielkości lub zakresu. Podobnie specyfikacja nie zawierała całkowitej liczby licencji, które miały zostać nabyte, lecz wymagała jedynie przedstawienia ceny jednostkowej licencji. Dokument w części dotyczącej ilości zawierał jedynie stwierdzenia odnośnie liczby zatrudnionych w poszczególnych działach pracowników. TSUE wyraził opinię, iż w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres zamówienia, a w przypadku braku podania tej informacji wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

1.2. Warunki realizacji zamówienia jako element szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty. Zamawiający powinien pamiętać nie tylko o charakterystyce nabywanego produktu czy usługi, ale również o innych warunkach realizacji umowy, takich jak przykładowo: wymogi dotyczące gwarancji, serwisu, miejsca spełnienia świadczenia, terminu wykonania świadczenia, sposobu dostawy czy świadczenia związane z głównym przedmiotem zamówienia i jego obsługą. Wszystkie wskazane przykładowo elementy przyszłej umowy mają wpływ na kalkulację ceny i należą do szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia. Przykładowo wpływ na cenę ma chociażby miejsce dostarczenia produktów, ponieważ wiąże się z kalkulacją kosztów transportu, wniesienia i rozmieszczenia. Brak podania dokładnego miejsca realizacji przedmiotu zamówienia lub zastrzeżenie, że nastąpi to w przyszłości i zależeć będzie od potrzeb zamawiającego utrudnia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, chyba że przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, że miejsce spełnienia świadczenia nie ma wpływu na cenę. Podobnie istotny jest termin realizacji zamówienia – przykładowo, jeżeli zamawiający przewiduje, że dostawa produktów będzie następowała sukcesywnie, w miarę potrzeb, powinien określić w projekcie umowy termin na realizację poszczególnych dostaw licząc np. od dnia lub godziny poinformowania wykonawcy o potrzebie dostarczenia danej partii produktów. Zamawiający przygotowując projekt umowy o zamówienie publiczne i określając w nim obowiązki wykonawcy powinien je sprecyzować na tyle, by druga strona umowy mogła ocenić ryzyko przystąpienia do realizacji takiego zadania oraz jego koszty. Jest to niezwykle istotne również z tego powodu, że sam zamawiający z należytą starannością będzie zobowiązany do szacowania wartości zamówienia, zaraz po dokonaniu jego opisu i nie powinien być zaskoczony, że do szacunkowej wartości zamówienia musi doliczyć chociażby koszty transportu czy ubezpieczenia, a nie tylko wartość towaru.

Warunki realizacji zamówień publicznych nie mogą naruszać uprawnień przedsiębiorców z innych państw członkowskich UE wynikających ze swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości. Podmioty gospodarcze z siedzibą w innym państwie członkowskim UE mogą realizować przedmiot zamówienia za pomocą własnych pracowników, podobnie jak podmioty krajowe mogą zlecać część prac podwykonawcom z innych państw UE.

Opis warunków realizacji zamówienia, stanowiąc jeden z elementów szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia i ujęty w specyfikacji zwykle jako projekt umowy lub formularz ofertowy, pozwala zamawiającemu na zobowiązanie wykonawców do pewnych świadczeń związanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia lub jego wykonywaniem. Niektóre z wymogów zamawiającego nie mogą być bowiem ujęte ani jako warunki podmiotowe ani jako kryteria wyboru ofert z uwagi na zbytne obciążenie dla wykonawcy, który nie jest jeszcze stroną umowy i chroni go zasada proporcjonalności stawianych wymogów lub po prostu takie wymogi nie są mierzalne i nie mogą stanowić podstawy

do oceny samych ofert. Przykładowo zamawiający nie może ograniczać konkurencji do wykonawców, którzy mają siedzibę na pewnym obszarze geograficznym, ale warunkiem realizacji zawartej już umowy może być wymóg otwarcia oddziału lub biura na danym obszarze, jeśli jest to uzasadnione przyczynami warunkującymi udaną realizację zamówienia¹².

Wymogi stawiane wykonawcom muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia. Wymagania, które nie mają żadnego związku z samym produktem lub usługą np. dotyczące zarządzania przedsiębiorstwem nie są dopuszczalne. Zamawiający może jednak przykładowo wymagać w zamówieniu na roboty budowlane podjęcia środków mających na celu unikanie wypadków przy pracy oraz zabezpieczenia określonych warunków przechowywania produktów niebezpiecznych w celu zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i higieny pracy¹³.

Klauzule dotyczące wykonania zamówienia mogą uwzględniać kwestie społeczne pod warunkiem, że:

- a) są one powiązane z wykonaniem zamówienia,
- b) zostały podane do wiadomości wszystkim zainteresowanym wykonawcom np. w ogłoszeniu,
- c) są zgodne z prawem UE.

Klauzule dotyczące wykonania zamówienia nie powinny mieć wpływu na wybór oferty, ponieważ stanowią dodatkowe warunki, które nie muszą być spełnione przed zawarciem umowy, lecz stanowią jeden z elementów prawidłowego wykonania zamówienia przez wybranego wykonawcę¹⁴.

Klauzule dotyczące wykonania zamówienia muszą być powiązane z zadaniami niezbędnymi do wyprodukowania towarów lub realizacji usług lub robót budowlanych określonych w zamówieniu. Komisja Europejska w cytowanej wcześniej publikacji *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych* wyraziła pogląd, że warunek będzie powiązany z wykonaniem zamówienia, jeśli zamawiający zażąda od wykonawcy zatrudnienia ustalonego odsetka pracowników niepełnosprawnych, ale tylko w celu realizacji danego zamówienia, a nie innego. Warunku „powiązania” nie będzie spełniał wymóg przekazania wkładu finansowego w budowę centrum dla osób niepełnosprawnych. Taka opinia jest odzwierciedleniem poglądów TSUE ze sprawy *Beentjes* i faktycznie pozwala na wykorzystanie zamówienia jako instrumentu do osiągnięcia określonych celów społecznych, a nie jedynie do efektywnego wydatkowania środków publicznych. Zatrudnienie osób niepełnosprawnych lub bezrobotnych nie jest przecież niezbędne z ekonomicznego czy technicznego punktu widzenia do realizacji zamówienia. Stawiany wymóg służy zatem realizacji pewnych polityk społecznych i jest dopuszczalny, jeśli tylko będzie bezpośrednio związany z realizacją danego zamówienia tzn. zatrudnione osoby będą brały udział w wykonywaniu umowy i nie będzie naruszał zakazu dyskryminacji ze względu na narodowość. Stawiane warunki powinny być zgodne z prawem unijnym w ogóle, a zwłaszcza z unijnymi przepisami społecznymi.

¹² Por. wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 roku w sprawie C-234/03, *Contse S.A.*

¹³ *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych*. Komisja Europejska, październik 2010 roku, s. 29.

¹⁴ Por. wyrok TSUE z dnia 20 września 1988 roku w sprawie C-31/87, *Beentjes*.

Ustawodawca zezwolił zamawiającemu w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp na określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, a dotyczących:

1. zatrudnienia osób:

- a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
- b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub we właściwych przepisach państw członkowskich UE lub EOG,
- c) innych niż określone w lit. a) lub lit. b), o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich UE lub EOG,

2. utworzenia funduszu szkoleniowego w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;

3. zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy do wysokości określonej w pkt 2.

Opisane w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp wymogi są zgodne z wytycznymi z preambuły do dyrektywy 2004/18, które podają jako przykład kwestii społecznych, jakie zamawiający mogą uwzględniać w klauzulach dotyczących wykonania zamówienia właśnie szkolenia, zatrudnianie osób mających trudności z integracją, od dawna szukających pracy czy osób niepełnosprawnych. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że wprowadzone w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp wymogi nie są niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia, lecz mają służyć osiągnięciu przez zamawiającego innych celów z sektora szeroko pojętych zadań społecznych. Przedmiotowy przepis ma charakter wyjątkowy, ponieważ pozwala zamawiającemu na wprowadzenie warunków realizacji zamówienia, które zwykle nie mają żadnego związku z produktem lub usługą, co generalnie jest zabronione jako działanie godzące w uczciwą konkurencję i zasadę proporcjonalności stawianych wymogów. Wydaje się jednak, że i w takim przypadku zamawiający jest obowiązany przestrzegać podstawowych zasad z TFUE i nie może wymagać np. by zatrudniane osoby były obywatelami polskimi. Dopuszczalność określenia wymogów z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp musi być oceniana w świetle wytycznych z cytowanego wyroku TSUE w sprawie *Beentjes*.

1.3. Opis przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie się do norm lub specyfikacji

Pierwszy ze sposobów dokonania opisu przedmiotu zamówienia został wskazany w art. 30 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu zamawiający jest zobowiązany dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Wskazany przepis zabrania zamawiającym opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą cech i norm krajowych, których stosowanie stanowiłoby barierę dla innych wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej i EOG.

W przypadku braku wymienionych wyżej norm zamawiający ma obowiązek uwzględnić w kolejności:

- a) europejskie aprobaty techniczne,
- b) wspólne specyfikacje techniczne,
- c) normy międzynarodowe,
- d) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy, a także wyżej wymienionych aprobat, specyfikacji technicznych, norm i systemów odniesienia, zamawiający sporządza opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem w kolejności:

- a) Polskich Norm,
- b) polskich aprobat technicznych,
- c) specyfikacji technicznych.

Wskazana kolejność stosowania norm, aprobat i specyfikacji wynika z treści art. 23 dyrektywy 2004/18/WE i art. 34 dyrektywy 2004/17/WE, które ustalają zasady sporządzenia specyfikacji technicznych i definiowania w nich wymogów zamawiających. Jeśli zamawiający nie odnosi się do norm lub wspólnych specyfikacji, powinni stosować dokładne i zrozumiałe w danej branży określenia definiujące przedmiot zamówienia. Dokładny opis przedmiotu zamówienia jest również niezbędny dla prawidłowego oszacowania wartości kontraktu. Sporządzanie specyfikacji poprzez odniesienie do norm jakości nie oznacza, że zamawiający powinien przenieść do opisu całą treść takiej normy. Jest on natomiast obowiązany do dokonania opisu przedmiotu zamówienia publicznego z poszanowaniem treści takiej normy lub kilku norm, przy zachowaniu uprawnienia do dokonywania pewnych zmian lub określenia wymogów nieregulowanych przez daną normę. Zamawiający nie jest ograniczony obowiązkiem bezpośredniego powoływania się na konkretne normy i może podnieść swoje wymagania w stosunku do wymogów uregulowanych przez daną normę czy specyfikację techniczną, a także może ustanowić wymagania wykraczające poza kwestie uregulowane w danym dokumencie, jeśli tylko nie będzie naruszało zasady uczciwej konkurencji. Należy podzielić opinię wyrażoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 roku¹⁵, że „wymaganie zamawiającego przewyższające postanowienia Polskich Norm nie stanowi o jego sprzeczności lub niezgodności z treścią norm. Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z „zachowaniem” Polskich Norm przenoszących normy europejskie, co wskazuje jedynie na pomocniczy charakter norm w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Treści powyższego przepisu nie należy interpretować jako nakazu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia ściśle za pomocą tych norm. Posługiwanie się przez zamawiających normami powinno uwzględniać cele regulacji z art. 23 dyrektywy 2004/18/WE, a przygotowywana specyfikacja powinna umożliwić wykonawcom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Normy europejskie i tzw. dyrektywy nowego podejścia, zbliżające podstawowe

¹⁵ Sygn. KIO/UZP 234/08.

wymogi dotyczące harmonizowanych produktów, mają na celu wyeliminowanie barier w handlu pomiędzy państwami członkowskimi UE i tym samym zrównanie szans przedsiębiorców. Celem norm europejskich jest zatem między innymi usprawnienie procesu legalnego wprowadzania do obrotu określonych produktów na terytorium innego państwa członkowskiego UE. Biorąc pod uwagę okoliczność, że przyjmowane normy europejskie opierają się na standardach uznanych za wystarczające dla zapobieżenia nieuzasadnionej odmowie wprowadzenia produktu na rynek w innym państwie członkowskim UE, zamawiający stawiając wymogi odnośnie nabywanego dobra „powyżej” standardów unijnych powinien szczególnie należycie uzasadnić, w razie sporu, przyczynę takiego opisu przedmiotu zamówienia.

Dokonując wykładni art. 30 ust. 1 ustawy Pzp w świetle art. 23 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE należy przyjąć, że zamawiający może również opisać przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, bez odnoszenia się do norm – wskazany przepis prawa unijnego rozróżnia sytuację, w której opis w kategoriach charakterystyki odbywa się w odniesieniu do norm i specyfikacji i przypadku opisu bez zachowania norm, ponieważ art. 23 ust. 3 pkt b) dyrektywy 2004/18/WE przewiduje samodzielne określenie przedmiotu zamówienia¹⁶ w kategoriach charakterystyki lub wymagań funkcjonalnych. „Samodzielność” nie dotyczy zatem tylko opisu za pomocą wymagań funkcjonalnych, ale również w kategoriach charakterystyki (cech technicznych i jakościowych).

Zamawiający nie może żądać od wykonawców, by oferowali produkty lub usługi, które uzyskały uprzednio certyfikat zgodności z konkretną normą, bez umożliwienia przedstawienia rozwiązań równoważnych. Przykładowo w wyroku z dnia 22 września 1988 roku w sprawie C-45/87 *Dundalk*, TSUE stwierdził, że specyfikacja techniczna dotycząca rodzaju rur, które miały być użyte przy konstruowaniu sieci wodociągowej, dyskryminowała przedsiębiorców z innych państw członkowskich UE, albowiem zamawiający zażyczył sobie, by zastosowano określony typ rur, posiadający certyfikat zgodności ze standardami irlandzkimi, wydawany zgodnie z procedurami ustanowionymi przez irlandzki Instytut do spraw Badań Naukowych i Standaryzacji. W czasie przeprowadzania przetargu rury odpowiadające wymogom specyfikacji technicznej opracowanej przez zamawiającego produkowało tylko jedno irlandzkie przedsiębiorstwo. Pozostali oferenci byli natomiast pozbawieni prawa zaoferowania innych rur, chociażby o takim samym standardzie, ponieważ zamawiający nie umieścił w specyfikacji żadnego takiego zastrzeżenia. TSUE orzekł, że takie postępowanie stanowiło naruszenie nie tylko przepisów dyrektywy regulującej procedury udzielania zamówień publicznych, ale również przepisu art. 34 TFUE, który ustanawia zasadę swobodnego przepływu towarów.

W sprawie *Dundalk* Irlandia chciała przekonać TSUE, że zastosowanie określonej specyfikacji było spowodowane koniecznością ochrony prawnie uzasadnionych interesów – tylko rury o określonych parametrach mogły „współgrać” z istniejącym już systemem wodociągów, a użyte do ich produkcji włókna azbestowe nie wchodziły w kontakt z wodą przeznaczoną do spożywania. Trybunał uznał jednak, że cele, na które powołała się Irlandia, mogły być osiągnięte w mniej restrykcyjny sposób – wystarczyłoby umieszczenie w specyfikacji słów „lub inne ekwiwalentne z przedstawionymi standardami”.

¹⁶ Dokonując interpretacji art. 23 dyrektywy 2004/18/WE należy zwrócić uwagę, że ustawodawca unijny posługuje się sformułowaniem „specyfikacji technicznej”, które należy rozumieć właśnie jako „techniczny” opis przedmiotu zamówienia. Warunki kontraktowe są uregulowane odrębnie w art. 26 jako „warunki realizacji zamówienia”. Dodatkowo ustawodawca unijny wymienia „wspólne specyfikacje techniczne”, będące czymś w rodzaju standardowego technicznego opisu produktu, które można porównać do norm, i które powoływane przy opisie wyarczają zamawiającego w „samodzielnym” opisywaniu przedmiotu w kategoriach charakterystyki.

Niestety, z punktu widzenia możliwości wprowadzenia rozwiązań innowacyjnych, opis techniczny przy wykorzystaniu norm i specyfikacji znacznie ogranicza nowatorskie rozwiązania, ponieważ zamawiający z góry w dużej mierze determinuje przedmiot umowy i metodę realizacji. Pojęcia użyte w art. 30 ustawy Pzp zostały zdefiniowane w prawie unijnym. Załącznik VI do dyrektywy 2004/18 zawiera definicję „normy” jako specyfikacji technicznej zatwierdzonej przez uznaną instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe, i która należy do jednej z następujących kategorii:

- „norma międzynarodowa” – norma przyjęta przez międzynarodową organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie,
- „norma europejska” – norma przyjęta przez europejską organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie,
- „norma krajowa” – norma przyjęta przez krajową organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie.

Zgodnie z treścią załącznika VI do dyrektywy 2004/18 „europejska aprobaty techniczna” została zdefiniowana jako pozytywna ocena techniczna przydatności produktu do użycia w konkretnym celu, dokonana w oparciu o spełnienie podstawowych wymagań dla robót budowlanych, według charakterystyki własnej produktu oraz określonych warunków jego zastosowania i użytkowania. Europejskie aprobaty techniczne są wydawane przez organ zatwierdzający, wyznaczony do tego celu przez państwo członkowskie. Załącznik VI do dyrektywy 2004/18/WE określa „wspólną specyfikację techniczną” jako specyfikację techniczną określoną zgodnie z procedurą uznaną przez państwa członkowskie i opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie jest instytucją powołaną do kontroli, czy dany produkt rzeczywiście spełnia wszystkie cechy opisane w normie stanowiącej podstawę do wydania certyfikatu w przypadku, gdy wykonawca dowodzi, że oferowane dobro uzyskało już takie poświadczenie jakości. W wyroku z dnia 16 maja 2009 roku sprawie C-489/06, *Komisja v. Grecji* TSUE stwierdził, że zamawiający, który zorganizował przetarg na dostawę wyrobów medycznych (nici chirurgicznych) spełniających wymagania CE, nie może odrzucić ze względów dotyczących ochrony zdrowia publicznego oferty na takie wyroby kwestionując ich jakość i brak cech wymaganych przez wystawcę CE. Argumentując, że oferowane produkty opatrzone oznakowaniem CE mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, zamawiający jest zobowiązany powiadomić właściwy krajowy organ w celu wszczęcia takiej procedury ochronnej – dopiero taki kompetentny organ w porozumieniu z Komisją Europejską może podjąć stosowne środki.

1.4. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych

Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia w odniesieniu do norm, aprobat czy specyfikacji technicznych, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Przepis art. 30 ust. 6 ustawy Pzp stanowi implementację art. 23 ust. 3 lit. b dyrektywy 2004/18/WE zezwalającego na to, by przedmiot zamówienia mógł być określany w kategoriach charakterystyki (cech technicznych i jakościowych) lub wymagań w zakresie funkcjonalności. Podane wymagania zamawiającego mogą ponadto obejmować opis oddziaływania realizacji kontraktu na środowisko. Dopuszczalny jest zatem opis przedmiotu zamówienia polegający jedynie na wskazaniu wymagań

funkcjonalnych, choć odnosząc się do art. 23 ust. 3 pkt c) dyrektywy 2004/18/WE zamawiający może dokonać opisu wymagań w zakresie funkcjonalności odnosząc się do specyfikacji jako środka domniemanej zgodności z przyjętymi wymogami.

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych umożliwia wykonawcom składanie ofert zawierających innowacyjne rozwiązania lub oferowanie nowych technologii. Omawiany sposób opisu polega bowiem zasadniczo na przedstawieniu funkcji, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia co do rezultatów – wykonawca ma odpowiadać za uzyskany efekt, natomiast cieszy się większą swobodą w doborze sposobu i metod realizacji. W takim przypadku należy jednak pamiętać o właściwym przygotowaniu warunków podmiotowych, by uzyskać innowacyjne rozwiązania od doświadczonych i wiarygodnych wykonawców.

Zamawiający ma również uprawnienie do „mieszanego” sposobu sporządzenia specyfikacji. Może odnieść się do norm lub wspólnych specyfikacji (w rozumieniu zgodnym z definicją zawartą w załączniku VI do dyrektywy 2004/18) przy określaniu jedynie niektórych cech lub właściwości przedmiotu zamówienia, przy czym pozostałe może opisać poprzez przedstawienie własnych wymogów i kryteriów realizacji zamówienia oraz funkcjonalności.

1.5. Równoważność rozwiązań

Każdemu odniesieniu do danej normy – krajowej lub europejskiej – powinno towarzyszyć wskazanie, że zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, co oznacza, że wykonawca dysponujący produktem lub usługą niepodlegającą zgodności z normą powołaną w specyfikacji ma prawo dowiedzenia, iż spełniają one wymogi równoważne z tymi przewidzianymi w powołanej normie. Podobnie w przypadku opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia zamawiający powinien dopuścić rozwiązania równoważne, aby nie ograniczać konkurencji. Skorzystanie przez zamawiającego z jakichkolwiek systemów odniesienia i wzorców musi zakładać dopuszczenie rozwiązań równoważnych.

Ustawodawca unijny w punkcie 29 preambuły do dyrektywy 2004/18 wyraźnie podkreśla, że specyfikacje istotnych warunków zamówienia powinny umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. Specyfikacje powinny być zatem sporządzane przez zamawiających w ten sposób, by umożliwić składanie ofert, które odzwierciedlają różnorodność rozwiązań technicznych. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w odniesieniu do normy europejskiej lub – w przypadku jej braku – do normy krajowej, jest obowiązany brać pod uwagę również oferty oparte na równoważnych rozwiązaniach. W celu wykazania równoważności zaproponowanych rozwiązań i sposobów realizacji zamówienia należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów na tę okoliczność, a dowody te mogą przybrać dowolną formę.

Gwarancją otwarcia procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję jest przepis art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp implementujący art. 23 ust. 4 i 5 dyrektywy 2004/18/WE, który nakazuje uwzględniać rozwiązania równoważne. Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy, który zaproponował inne towary lub usługi, niezgodne ze wspólnymi specyfikacjami lub normami, ale spełniające w równym stopniu wymagania w nich określone. Celem udzielenia zamówienia jest bowiem nie tyle nabycie dobra zgodnego z określonymi wspólnymi specyfikacjami lub normami, ile zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego. Jeśli zatem wykonawca jest w stanie tak zrealizować zamówienie, by zaspokoić wymagania zamawiającego, mimo skorzystania z innych technologii lub materiałów, to zamknięcie mu drogi do oceny jego oferty byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

Z cytowanego przepisu dyrektywy 2004/18/WE wynika obowiązek respektowania „równoważności” także w przypadku, gdy zamawiający samodzielnie, bez odniesienia do norm czy też wspólnych specyfikacji, opisuje przedmiot zamówienia, podając jego charakterystykę, sposób realizacji i wymogi w zakresie funkcjonalności. Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy, który proponuje realizację robót budowlanych, świadczenie usług lub dostawę towarów zgodnie z normami krajowymi implementującymi normy europejskie, z europejską aprobatą techniczną, wspólną specyfikacją techniczną lub normą międzynarodową, jeśli opisane normy lub specyfikacje odpowiadają charakterystyce przedmiotu zamówienia, zawartej w specyfikacji sporządzonej samodzielnie przez zamawiającego.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia równoważności, które w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE powinno być pojmowane jako „równoważność rozwiązań”. Równoważność nie zakłada w każdym przypadku konieczności dostarczenia produktu lub usługi identycznej z podaną we wzorcu. Równoważność rozwiązań powinna być zatem oceniana w kontekście zasady uczciwej konkurencji. Ciężar dowodu wykazującego spełnienie wymagań „równoważności” spoczywa na wykonawcy, jednak zdefiniowanie przez zamawiającego zakresu równoważności dla potrzeb danego przetargu może zapewnić szerszą konkurencję i umożliwić wykonawcom składanie propozycji różnorodnych rozwiązań technicznych. Produkt równoważny to taki, który nie musi być identyczny, tożsamy z produktem „wzorcowym”, ale posiada pewne istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu „wzorcowego” cechy i parametry, które powinny być określone w specyfikacji.

Dopuszczenie rozwiązań równoważnych powinno się wiązać z ustaleniem przez zamawiającego kryteriów równoważności – ważnych z punktu widzenia konieczności zaspokojenia konkretnych potrzeb i wymogów. Przyjęcie formuлки „dopuszcza się rozwiązania równoważne” lub opis kryteriów równoważności sprowadzający się do tożsamości z rozwiązaniem opisanym przy zastosowaniu normy, znaku czy innego sposobu opisu przedmiotu zamówienia ogranicza zasadę uczciwej konkurencji i nie pozwala na ustalenie, w jakim zakresie oferowane dobro ma być „równoważne” i według jakich reguł zamawiający oceni spełnienie wymogu równoważności. Równoważność rozwiązań nie zakłada bowiem zawsze wymogu dostarczenia dobra identycznego w każdym aspekcie z opisywanym, a jedynie oferowanego pod inną marką. Każde urządzenie lub materiał cechuje się wieloma parametrami i właściwościami charakterystycznymi tylko dla danego produktu. W przypadku, gdy zamawiający nie wyszczególni i nie sprecyzuje jednoznacznie granicznych parametrów to podważa sens idei równoważności rozwiązań, ponieważ faktycznie żąda dostarczenia produktu o identycznych parametrach i innych cechach, jak wskazany w specyfikacji. Zamiast cech technicznych i jakościowych zamawiający może sformułować kryteria równoważności także w odniesieniu do rezultatu, jaki zamierza uzyskać lub poprzez wskazanie minimalnych wymagań funkcjonalnych. Jeśli konieczność dopuszczenia rozwiązań równoważnych wynika ze stosowania wzorców w postaci norm, aprobat czy specyfikacji to kryteria równoważności nie mogą być sprzeczne z powołanym wzorcem w tym znaczeniu, że nie mogą wymagać od wykonawców oferujących rozwiązania równoważne spełnienia standardów „wyższych” niż przewidziane we wzorcu.

Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 2 lutego 2010 roku, KIO/KD 8/10 dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakiegokolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia bez uzasadnionej przyczyny przeczy zasadzie uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt wyczerpuje normę określoną w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z mocy którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku przez działanie zmuszające do zakupu określonego towaru lub u określonego dostawcy. Formułowanie postanowień specyfikacji

technicznych, skutkujących uprzywilejowaniem lub eliminacją pewnych produktów czy dostawców nie jest dopuszczalne.

Definiując rozwiązania równoważne cechą pierwszorzędą jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego, czyli przeznaczenie i właściwości danego produktu. Cechami drugorzędnymi mogą być natomiast skład chemiczny, postać danego środka, sposób pakowania itp. jeśli nie mają wpływu na właściwości produktu. Można podzielić opinię wyrażoną w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 maja 2005 roku¹⁷, iż wskazanie w opisie przedmiotu zamówieniażądanego składu chemicznego zamawianych produktów jest działaniem, któremu można przypisać cechy czynności utrudniającej uczciwą konkurencję, gdyż w obrocie występują produkty o odmiennym składzie chemicznym, a jednocześnie analogicznym działaniu i przeznaczeniu. Podobnie żądanie dostawy produktów w konkretnych opakowaniach jednostkowych lub w danej postaci (proszek, tabletki, roztwór) może wskazywać na zamiar nabycia towaru określonego producenta, jeśli zamawiający nie jest w stanie uzasadnić, jakie jego potrzeby będą zaspokojone poprzez zastosowanie produktu w określonej postaci.

Określenie parametrów równoważności nie może sprowadzać się jedynie do użycia słów „nie gorsze niż”, ponieważ takie sformułowanie jest niejasne i stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę oferującego produkt przyjęty w specyfikacji jako wzór odniesienia. Ponadto to, jakie produkty równoważne zamawiający dopuszcza w specyfikacji jest bardzo istotne z punktu widzenia możliwości zaproponowania zamiennika, który może być tańszy, co zwiększa dla danego wykonawcy prawdopodobieństwo zaoferowania najniższej ceny. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na potrzebę podania parametrów granicznych danego materiału czy urządzenia, z wykorzystaniem przykładowych sformułowań „nie cięższy niż...”, „do wysokości...”, „o wymiarach nie mniejszych niż...i nie większych niż...”, „o parametrach nie niższych niż...”

1.6. Dowodzenie równoważności rozwiązań

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne powinien w swojej ofercie uzasadnić, za pomocą jakichkolwiek dowodów, ale w sposób zadowalający zamawiającego, że proponowane roboty budowlane, usługi lub towary spełniają wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji. Właściwym sposobem udowodnienia może być dołączenie *dossier* technicznego producenta lub sprawozdania z testów przeprowadzonych przez uznaną instytucję. Wykonawca może skorzystać z jakiegokolwiek środka dowodowego w celu dowiedzenia, że proponowany sposób realizacji zamówienia odpowiada wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie może zatem samodzielnie określić, jakiego rodzaju dowody uzna za dopuszczalne, a z jakich wykonawca nie powinien korzystać. Podobnie ustawodawca krajowy nie może w drodze przyjętych aktów prawnych ograniczać wykonawców w zakresie stosowanych środków dowodowych. Suma przedstawionych dowodów musi jednak w sposób zadowalający przekonać zamawiającego o zgodności oferowanych dóbr z przedstawionymi przez niego wymogami. Dowody powinny być przedłożone zamawiającemu łącznie z ofertą; przepisy nie przewidują odrębnego etapu oceny takich dowodów.

Zamawiający, który nie uznał dowodów przedstawionych przez wykonawcę lub stwierdził, że nie są one przekonujące, powinien uzasadnić swoją decyzję. Brak uzasadnienia może ograniczyć wykonawcy możliwość prawidłowego sporządzenia środka odwoławczego.

¹⁷ Sygn. UZP/ZO/0-1012/05.

1.7. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane

Zamawiający został zobowiązany do opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, natomiast w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego,¹⁸ wydane na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy Pzp, reguluje szczegółowo kwestie dotyczące sposobu opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, obejmujące w szczególności wykonanie oraz zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Wymienione powyżej dokumenty ujmują opis przedmiotu zamówienia i jako część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, muszą one w całości być przekazywane wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Zamawiający nie może arbitralnie decydować, która część dokumentów opisujących przedmiot zamówienia jest wykonawcom potrzebna w celu przygotowania oferty, w tym skalkulowania ceny, a która nie. Jako sprzeczne z ustawą Pzp należy uznać zachowanie zamawiającego polegające na przekazywaniu w ramach siwz wyłącznie niektórych dokumentów, przy jednoczesnym umożliwieniu jedynie wglądu do posiadanej przez siebie pełnej dokumentacji w siedzibie zamawiającego, we wskazanych dniach i godzinach.

Dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy są odrębnymi opracowaniami, w których wydziela się tomy zgodnie z przyjętą systematyką podziału robót budowlanych. Zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę tryb udzielenia zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy Prawo budowlane. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru robót, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania, przedmiaru robót, projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Jeśli zamówienie na roboty budowlane jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne dla określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

¹⁸ Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072.

Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

1.8. Dialog techniczny i inne czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem postępowania

Preambuła do dyrektywy 2004/18 w punkcie 8 wyraźnie wskazuje, że przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia zamawiający mogą poszukiwać doradztwa u wykonawców lub korzystać z takiej pomocy, która może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie postępowanie nie naruszy zasad uczciwej konkurencji. Dialog techniczny umożliwia zamawiającym zbadanie rozwiązań istniejących na rynku i uzyskanie opinii od wykonawców, co może być pomocne przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Umożliwienie dialogu pomiędzy zamawiającym a zainteresowanymi wykonawcami pomaga w rozwoju innowacyjnych rozwiązań, ponieważ zamawiający może dokładniej zdiagnozować swoje oczekiwania oraz możliwości rynku i preferencje przedsiębiorców. Dialog techniczny jest instrumentem w rękach zamawiającego, pozwalającym na wykorzystanie potencjału firm doradczych i konsultingowych, ekspertów i naukowców przed wszczęciem postępowania przetargowego, co powinno przyczynić się do korygowania nieścisłości w formułowaniu treści specyfikacji¹⁹.

Zgodnie z treścią art. 31a ustawy Pzp zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji lub określenia warunków umowy. Zakres przedmiotowy dialogu technicznego może zatem dotyczyć każdego aspektu warunków przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz warunków umownych – w miarę potrzeb zamawiającego. Reguły dotyczące przeprowadzania takiego dialogu z wykonawcami zakładają konieczność przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców oraz proponowanych przez nich rozwiązań.

Ustawa Pzp wymaga, by zamawiający umieścił informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na swojej stronie internetowej. Informacja o przedmiocie dialogu precyzuje zakres doradztwa i uzyskiwanych informacji – mogą one dotyczyć np. opisu przedmiotu zamówienia lub jego pewnych elementów, określonego warunku realizacji zamówienia lub terminu. Zamawiający może sprecyzować swoje pytania wprost na stronie internetowej w ramach informacji o dialogu, może również prowadzić konsultacje osobiście za pośrednictwem np. wyznaczonego pracownika z wykonawcami, którzy zgłosili się w przewidzianym przez niego terminie. Zamawiający może również określić w informacji, że będzie się konsultował tylko z określoną liczbą wykonawców, którzy np. pierwsi zgłoszą zamiar doradztwa, jeżeli tylko ich liczba zapewnia konkurencję.

Zamawiający zamieszcza informację o zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog techniczny. Po przeprowadzeniu dialogu technicznego zamawiający może zlecić jednemu z wykonawców wykonanie czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co będzie się sprowadzało np. do przygotowania projektu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustalonym zakresie.

¹⁹ A. Panasiuk, Z. Kłoda, Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom. PARP 2010, s. 24–25.

Polski ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przewidział, że zamawiający ma co do zasady obowiązek wykluczenia wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział takiego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Obowiązek wykluczenia nie dotyczy czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego. Przedmiotowy przepis uwzględnia wykładnię przyjętą przez TSUE w wyroku z dnia 3 marca 2005 roku w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom S.A.* TSUE stwierdził, że prawo unijne nie daje podstaw do przyjęcia w prawie krajowym generalnego zakazu uczestnictwa w postępowaniach przetargowych wykonawców, którzy wcześniej uczestniczyli w sporządzaniu specyfikacji przez zamawiającego lub doradzali w trakcie jego sporządzania. Trybunał przyznał, że osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze nie znajduje się w takiej samej sytuacji jak pozostali wykonawcy, którzy prac takich nie wykonywali. Po pierwsze, może ona znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty, z uwagi na posiadanie dodatkowych informacji, które mogła uzyskać w trakcie wykonywania prac przygotowawczych. Po drugie, osoba taka może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że będąc oferentem w procedurze mającej za przedmiot udzielenie danego zamówienia, może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki, z rezultatem dla niej korzystnym. Opisywana sytuacja prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami. Nie można zatem podtrzymać twierdzenia, że zasada równego traktowania zobowiązuje do traktowania takiej osoby tak samo jak każdego innego oferenta. Z drugiej jednak strony automatyczna podstawa wykluczenia takiego wykonawcy nie dawałaby takiej osobie żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie zaistniały problemy, o których wspomniano powyżej (posiadanie dodatkowych informacji czy też zakłócenie konkurencji). Wykonawca ma zatem prawo do uczestnictwa w przetargu w sytuacji, gdy w danym przypadku zdobyte przez niego doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.

Czynności podejmowane w ramach dialogu technicznego nie zostały obecnie ujęte w ramy podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ ustawodawca przyjmuje domniemanie, że sposób przeprowadzenia takiego dialogu gwarantuje równe traktowanie, przejrzystość i uczciwą konkurencję. Należy jednak zwrócić uwagę, iż wszelkie nieprawidłowości w przeprowadzeniu dialogu technicznego, czy też jego efekty w postaci określonego kształtu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będą mogły stanowić przedmiot odwołania na zasadach ogólnych. Omawiana podstawa wykluczenia będzie dotyczyła tylko tych wykonawców, którzy już po etapie dialogu technicznego zostaną zaproszeni do wykonywania czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, polski ustawodawca wyróżnił w ustawie Pzp, w ramach czynności wstępnych podejmowanych przez zamawiającego, dialog techniczny oraz inne czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Jako pierwszy etap czynności wstępnych dialog techniczny ma polegać na konsultacji z reprezentantami rynku, zgodnie z zasadą równości i uczciwej konkurencji. W dalszej kolejności, w razie zaistnienia takiej potrzeby, zamawiający może zlecić wybranemu przedsiębiorcy wykonanie pewnych czynności przygotowujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. O ile zatem taki wybrany przedsiębiorca będzie chciał uczestniczyć w postępowaniu w charakterze wykonawcy, to jego udział nie może utrudnić uczciwej konkurencji.

1.9. Dokumenty potwierdzające spełnianie wymogów przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

Dla potwierdzenia, że oferowane produkty, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może on żądać od wykonawców określonych dowodów wymienionych w §5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przykładowo:

- a) próbek, opisów lub fotografii,
- b) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę czy opisu zaplecza naukowo-badawczego,
- c) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
- d) 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.

Dokumenty przedmiotowe wymienione w cytowanym przepisie mogą się odnosić zarówno do samych cech oferowanych produktów, usług lub robót budowlanych, jak również do sposobu czy metod realizacji przedmiotu zamówienia. Lista dokumentów w rozporządzeniu ma charakter przykładowy i zamawiający może samodzielnie określić rodzaj żądanego dokumentu. Zamawiający jest uprawniony do żądania dokumentów przedmiotowych:

- a) jedynie w celu potwierdzenia spełniania cech lub wymogów, które opisał jako elementy szeroko pojętego przedmiotu zamówienia, a zatem dokumenty mogą się odnosić do warunków z klauzul realizacji zamówienia,
- b) na takich samych zasadach od wszystkich zainteresowanych wykonawców,
- c) jeśli poda je wcześniej do wiadomości wszystkim zainteresowanym wykonawcom.

Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji zamawiający musi zaakceptować i uznać równoważne zaświadczenia wystawiane przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim EOG.

Zakładając, że żądane dokumenty przedmiotowe mają na celu potwierdzenie spełnienia przez produkt, usługę lub roboty budowlane wymaganych cech lub poziomu jakości należy pamiętać o ich specyficznej roli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, dokumenty przedmiotowe są przedstawiane jedynie jako dowód na potwierdzenie spełnienia wymogów zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, a nie stanowią same w sobie elementu opisu takiego przedmiotu. Po drugie, żądając dostarczenia określonych dokumentów przetargowych zamawiający powinien uprzednio wskazać cechy lub wymogi, które mają być przez takie dokumenty potwierdzone – podobnie jak dokumenty podmiotowe nie mogą być żądane od wykonawców bez ustalenia konkretnego warunku podmiotowego. W zależności od rodzaju przedmiotu zamówienia takie wymogi mogą być określone mniej lub bardziej precyzyjnie, co będzie się przekładało na rodzaj

środka dowodowego. Po trzecie, zamawiający nie może żądać określonych dokumentów w sposób chociażby potencjalnie utrudniający uczciwą konkurencję np. poprzez okoliczność, że dokument określonego rodzaju nie może być uzyskany przez każdego z wykonawców, a jedynie przez pewien krąg przedsiębiorców i to niezależnie od wartości i jakości oferowanych produktów. Po czwarte, skoro dokumenty przedmiotowe pełnią rolę środka dowodowego, to zamawiający podając w specyfikacji wymóg przedstawienia różnego rodzaju certyfikatów, poświadczeń czy etykiet powinien akceptować również każdy inny środek dowodowy przedstawiony przez wykonawcę, jeśli tylko potwierdza spełnienie wymogów w zakresie cech i jakości produktu czy usług. Po piąte, żądane dokumenty przedmiotowe muszą być niezbędne w toku prowadzenia postępowania. Zakres dopuszczalnego zastępowania żądanych dokumentów innymi środkami dowodowymi powinien być oceniany w kontekście zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania – jeśli przedstawiony przez wykonawcę dowód bezspornie potwierdza spełnienie wymogów, to zamawiający powinien go zaakceptować, niezależnie od tego, w jakiej formie został złożony.

2. Ustalanie wartości zamówienia

2.1. Zakres szacowanego zamówienia

Jedną z czynności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zaraz po dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia – jest oszacowanie jego wartości. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Ustalanie wartości szacunkowej może się opierać na informacjach pochodzących z rynku uzyskanych np. podczas dialogu technicznego, jak również na danych z zawartych wcześniej przez zamawiającego umów.

Ustalenie wartości zamówienia jest o tyle istotne, że zależy od niego obowiązek stosowania ustawy Pzp w ogóle oraz ocena czy mamy do czynienia z zamówieniem krajowym, czy też z zamówieniem unijnym. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający nie jest obowiązany do jej stosowania do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Progi kwotowe decydujące o uznaniu danego zamówienia za unijne zostały określone w dyrektywach 2004/18/WE, 2004/17/WE oraz 2009/81/WE i podlegają procesowi korekty i aktualizacji co dwa lata. Polski ustawodawca w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp upoważnił Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa unijnego. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej²⁰, zmienione rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 roku²¹.

Obliczanie wartości zamówienia publicznego w celu określenia, czy przekracza ono progi unijne odbywa się na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 roku w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości

²⁰ Dz. U. Nr 282, poz. 1649.

²¹ Dz. U. poz. 1360.

zamówień publicznych²². Średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi aktualnie 4.0196.

W systemie zamówień publicznych szacunkowa wartość zamówienia jest pierwszą wartością pieniężną, która pozwala zamawiającemu na zorientowanie się, z jakim obciążeniem w przyszłości może się wiązać dany kontrakt. Szacunkowa wartość zamówienia pozwala również zamawiającemu na porównanie cen ofertowych i analizę, czy ma do czynienia z ceną rażąco niską. W odniesieniu do wartości zamówienia zamawiający określa kwotę wadium. Ustalona wartość szacunkowa zamówienia jest również pewnym miernikiem dla określania warunków podmiotowych w kategorii potencjału finansowego. Szacunkowa wartość zamówienia nie musi być równoznaczna z kwotą, jaką zamawiający podaje w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert i jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ustawodawca w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp mówi o całkowitym szacunkowym wynagrodzeniu wykonawcy, a nie o wynagrodzeniu otrzymywanym od zamawiającego – przyszły kontrakt może zakładać, że wykonawca otrzyma część wynagrodzenia z innych źródeł, lecz również i ta suma powinna być zaliczona do wartości zamówienia. Umowy o zamówienie publiczne mają charakter odpłatnych, lecz nie wymagają bezpośredniej płatności ceny przez zamawiającego z jego własnych środków – istotą tego rodzaju kontraktów jest natomiast ryzyko gospodarcze obciążające zamawiającego, w odróżnieniu od umów koncesji, przy których ryzyko w przeważającej mierze lub w całości spoczywa na wykonawcy. Zróżnicowanie źródeł pochodzenia środków składających się na świadczenie wzajemne nie ma znaczenia dla szacowania wartości zamówienia. Świadczenie proponowane wykonawcy może pochodzić po części z pożyczki, kredytu lub planowanej sprzedaży części wybudowanego obiektu budowlanego.

Przepisy ustawy Pzp oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE nie wprowadzają żadnej zasady, która ograniczałaby kwoty, jakie należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego jedynie do kwot pochodzących od samego zamawiającego. Progi kwotowe przewidziane w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE służą zagwarantowaniu, aby zamówienia publiczne posiadające na tyle wysoką wartość, by uzasadnić udział lub chociażby zainteresowanie przedsiębiorstw z różnych państw UE, były ogłaszane potencjalnym wykonawcom. Z tego też powodu, to z punktu widzenia potencjalnych wykonawców należy ustalać, czy wartość danego zamówienia osiąga próg, czy też nie. W tym kontekście jest oczywiste, że gdy na wartość zamówienia publicznego lub koncesji na roboty budowlane składają się zarówno kwoty pochodzące od zamawiającego, jak i kwoty pochodzące od osób trzecich, zainteresowanie potencjalnego wykonawcy wiąże się z ogólną wartością umowy²³. Zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE do wartości szacunkowej zamówienia należy również doliczyć wartość nagród czy też innych dodatkowych korzyści przewidywanych dla wykonawcy np. z tytułu wcześniejszego ukończenia realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z powszechnego i zwyczajowego znaczenia zwrotu „odpłatnie” umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi²⁴.

²² Dz. U. Nr 282, poz. 1650.

²³ Por. wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2007 roku, sprawa C-220/05, *Jean Auroux i in. v. Commune de Roanne*.

²⁴ Por. wyrok TSUE z dnia 19 grudnia 2012 roku, sprawa C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i in. V. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*

Szacowanie wartości zamówienia musi się odbywać z należytą starannością. Pojęcie należytej staranności zostało zdefiniowane w kodeksie cywilnym w art. 355 i oznacza staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, staranność przeciętnej miary, przy czym wymagania w tym zakresie są wyższe dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zamawiający może poczynić ustalenia samodzielnie np. na podstawie informacji z cenników lub stron internetowych, lub wykorzystując swoje doświadczenie z poprzednich lat, badając ceny zrealizowanych zamówień przy uwzględnieniu wskaźnika inflacji. Jeżeli nie będzie to wystarczające zamawiający może dokonać tzw. badania rynku zwracając się do wybranych przedsiębiorców z zapytaniem o cenę za realizację potencjalnego zamówienia np. w ramach dialogu technicznego. Uzyskane odpowiedzi powinny być dołączone do dokumentacji danego postępowania przetargowego. Zamawiający może również zwrócić się o pomoc do biegłych lub ekspertów. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający przestrzegający obowiązku działania z należytą starannością może zwrócić się do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności o dokonanie wstępnej kalkulacji kosztów wynagrodzenia należnego wykonawcy zamówienia publicznego. Urząd Zamówień Publicznych zwraca jednak uwagę, iż czynność oszacowania wartości przedmiotu zamówienia należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez podmioty, do których o ich sporządzenie się zwrócił.

W przypadku zamówień na roboty budowlane zachowanie należytej staranności będzie się wiązało z przygotowaniem kosztorysu inwestorskiego lub planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót określonych w planie funkcjonalno-użytkowym.

2.2. Zasady dzielenia zamówienia na części – przedmiot zamówienia i przedmiot postępowania przetargowego

Ustalana wartość odnosi się do przedmiotu zamówienia, a nie do przedmiotu konkretnego postępowania przetargowego. Zamówienie publiczne może się bowiem stać przedmiotem jednego lub kilku postępowań. Zamawiający może podzielić zamówienie na części do odrębnych postępowań jeśli jest to podyktowane specyfiką zamówienia, zakresem dostępnych w danym czasie środków finansowych lub wymogami organizacyjnymi. W przypadku jednak, gdy zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. I tak, jeśli łączna wartość zamówienia klasyfikuje je jako zamówienie unijne każde postępowanie o udzielenie części takiego zamówienia powinno być prowadzone według przepisów właściwych dla zamówień powyżej progów unijnych, pomimo że pojedyncza część zamówienia będąca przedmiotem postępowania ma wartość poniżej takiego progu.

Zamawiający powinien jednak pamiętać o zakazie dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp oraz o zakazie zaniżania jego wartości. Natomiast dzielenie zamówienia ze względów ekonomicznych lub technicznych jest dopuszczalne, jeśli tylko zamawiający zastosuje przepisy właściwe z uwagi na wartość całego zamówienia. Podobnie, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zamawiający nie może zaniżać wartości szacunkowej zamówienia poprzez pomijanie w nim wynagrodzenia uzyskiwanego z innych źródeł niż środki własne zamawiającego.

Odnosnie dostaw i usług ustawodawca unijny w art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz w art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE przewiduje zakaz dzielenia w celu obejścia przepisów planowanych zakupów pewnej ilości dostaw i usług, a odnośnie robót budowlanych zakaz dzielenia w celu uniknięcia stosowania dyrektyw dotyczy jednego projektu.

Wskazówki do oceny, kiedy mamy do czynienia z jednym zamówieniem można znaleźć w wyroku TSUE z dnia 5 października 2000 roku, w sprawie C-16/98, *Komisja Europejska v. Republice Francuskiej*. W świetle tego orzeczenia jako jedno zamówienie należy uważać takie, które z ekonomicznych i funkcjonalnych przyczyn ma takie samo lub podobne przeznaczenie techniczne i gospodarcze, może być wykonane przez tego samego wykonawcę i jest udzielane oraz realizowane w podobnym czasie.

Udzielone wskazówki mają charakter ogólny i każdy konkretny przypadek musi być oceniany odrębnie. Wydaje się jednak, że decydujące znaczenie dla określenia czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem przy robotach budowlanych, mających za przedmiot wykonanie obiektu budowlanego, będzie zdefiniowanie jego przeznaczenia gospodarczo-funkcjonalnego. Dla dokonania prawidłowej oceny przedmiotu zamówienia istotne jest to, czy stanowi on funkcjonalną całość mającą ten sam gospodarczy cel. Nawet jeżeli do budowy określonego obiektu gospodarczego niezbędne będzie wykonanie szeregu rodzajowo różnych robót lub odrębnych instalacji, ocenie podlega pewna funkcjonalna całość, mającą ten sam cel gospodarczy. Nawet jeśli zamawiający zorganizuje kilka postępowań przetargowych, których przedmiotem będą kolejne roboty i instalacje realizowane w następujących po sobie latach, to jeśli całość spełnia pewien gospodarczy cel to wszystkie poszczególne kontrakty należy ocenić jako częściowe. Dzieje się tak zwłaszcza wówczas, gdy środki na dane zamówienie uwzględnione są w wieloletnich planach finansowych zamawiającego.

Z drugiej jednak strony odrębne obiekty budowlane, mimo iż wykonywane w podobnym czasie, będą stanowiły co najmniej dwa odrębne zamówienia, jeśli każdy z nich pełni odrębną funkcję gospodarczo-społeczną. Przykładowo zamawiający buduje szkołę i szpital. Każdy z obiektów pełnić będzie odrębną i odmienną funkcję społeczno-gospodarczą, mogą być zlokalizowane w innych częściach miasta lub gminy. Okoliczność, że mają być wykonane w tym samym czasie nie decyduje o konieczności połączenia ich w jedną całość. Warto w tym miejscu przytoczyć również wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 listopada 2011 roku, sygnatura akt V SA/Wa 2555/10, zgodnie z którym spełnianie samodzielnych funkcji technicznych i gospodarczych przez obiekt budowlany należy rozumieć jako możliwość korzystania z takiego obiektu w sposób niezależny od korzystania z pozostałych obiektów budowlanych. Analizując wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie warto jednak zwrócić uwagę, iż nie w każdym przypadku obiekt budowlany będzie stanowił jedno zamówienie – w przypadku planowania większej inwestycji np. budowy centrum rozrywki zamówieniem będzie całość projektowanych założeń gospodarczych, a pojedyncze obiekty budowlane, mimo iż możliwe do wykorzystania w sposób niezależny, to przy założeniach inwestycyjnych będą stanowiły jedynie elementy większej całości.

Odmiennie natomiast przy dostawach, usługach i robotach budowlanych nie prowadzących do realizacji obiektu budowlanego (tylko zbliżonych w swoim charakterze do zamówień na usługi) główny nacisk należy kłaść na fakt możliwości zaplanowania pewnej ilości takich zakupów w określonym przedziale czasowym. Należytość planowania takich zakupów będzie przy tym oceniana pod względem ustalonych potrzeb zamawiającego określonej kategorii w danym terminie, jak i środków, którymi dysponował w momencie planowania udzielenia zamówienia.

Istotną wskazówką przy ocenie, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem jest jego przewidywalność – zamawiający przewiduje konieczność dokonania kilku podobnych zakupów w danym okresie rozliczeniowym i ma na ten cel zabezpieczone środki finansowe – w takiej sytuacji szacowanie wartości obejmuje wszystkie zakupy, a zamawiający udziela jednego zamówienia, chociaż może je podzielić na kilka postępowań przetargowych. Natomiast, jeżeli potrzeba nowego zakupu nie była obiektywnie przewidywana np. ze względu na zdarzenie losowe, można potraktować to kolejne zamówienie jako odrębne. Do nieprawidłowego podziału zamówienia publicznego na części będzie dochodziło zatem nie tylko w momencie, gdy zamawiający nieprawidłowo dzieli jedną usługę lub dostawę na części, ale także w sytuacji, gdy dzieli na części planowane dostawy lub usługi.

W przypadku zamówień mieszanych o tożsamości zamówienia będzie decydowało przeznaczenie dokonywanych zakupów z punktu widzenia konieczności zrealizowania określonego projektu lub zaspokojenia konkretnej potrzeby zamawiającego i niezbędności poszczególnych zakupów składających się na pewną całość.

Urząd Zamówień Publicznych w swoich opiniach prawnych zwraca uwagę, że zawsze konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku, a zalecane kryteria obejmują:

- a) tożsamość przedmiotową zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu),
- b) tożsamość czasową zamówienia – funkcjonalnie powiązane ze sobą zakupy mogą być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej,
- c) możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Przy ocenie, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy dokonywane zakupy mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Nie ma przy tym znaczenia sposób finansowania zamówienia, czy środki pochodzą z jednego lub kilku źródeł np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE.

Zamawiający powinien planować proces udzielania zamówień, tak by nie narazić się na zarzut naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Pzp i prawidłowo przyjąć czy ma do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z kilkoma odrębnymi. Większość zamawiających stanowią jednostki sektora finansów publicznych, które są zobowiązane do przygotowywania planu rzeczowo-finansowego, w którym określone są zadania do zrealizowania w danym roku oraz prognoza finansowa. Na podstawie takich planów zamawiający przygotowują plany udzielania zamówień publicznych, choć nie istnieje ustawy obowiązek ich sporządzania.

W przypadku, gdy zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie jest w stanie przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, w trakcie roku lub innego okresu, na który jest sporządzony plan rzeczowo-finansowy, poszczególne zamówienia będą traktowane jako odrębne, a ich wartość będzie ustalana odpowiednio do ich przedmiotu. Może się to zdarzyć w sytuacji,

gdy zamawiający otrzymał dodatkowe środki finansowe lub w procesie dokonywania zakupów poczynił oszczędności.

Pomocna w procesie ustalania czy mamy do czynienia z zamówieniami odrębnymi może być ocena przedmiotu zamówienia przy porównaniu kodów Wspólnego Słownika Zamówień, przyjmując, że ten sam kod dla zamówień może być wyznacznikiem ich tożsamości czy też podobieństwa. Należy jednak podkreślić, że taka ocena musi być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, ponieważ stopień szczegółowości kodów Wspólnego Słownika Zamówień niekiedy nie jest zbyt duży i w zakresie ujętych pod tym samym kodem robót czy usług może istnieć kilka odrębnych zamówień, z których wszystkie nie mogą być zrealizowane przez tego samego wykonawcę albo też odwrotnie – różnymi kodami może być objęty jeden przedmiot zamówienia.

Zakaz dzielenia zamówienia w celu obejścia ustawy Pzp oznacza, że nawet jeśli zamawiający podzieli zamówienie na takie części, z których każda ma wartość nieprzekraczającą progę unijnego, ale ich łączna wartość próg ten przekracza, to wówczas do udzielania tych zamówień stosować się będzie procedura odpowiednio dla postępowań o wartości przekraczającej kwoty progów unijnych.

Wyjątkiem od zasady jest treść przepisu art. 6a ustawy Pzp, który pozwala na stosowanie procedury udzielania zamówienia właściwej dla wartości danej jego części, a nie łącznej wartości wszystkich części w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki:

- a) wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, oraz
- b) łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% zamówienia.

Oznacza to, że w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do niektórych spośród tych części możliwe jest stosowanie procedur przewidzianych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych, a nawet niestosowanie ustawy Pzp w ogóle, gdy wartość takiej części jest równa lub mniejsza od 14 000 euro. Należy jednak pamiętać, że uniknięcie stosowania przepisów ustawy Pzp lub zaniżenie szacunkowej wartości zamówienia może powodować obniżenie atrakcyjności zamówienia ze względu na jego wielkość i wartość, wprowadzać wykonawców w błąd co do rzeczywistej skali zamówienia, utrudniać ubieganie się o udzielenie zamówienie poprzez konieczność przygotowania wielu ofert, co powoduje wzrost możliwości popełnienia przez wykonawcę błędów, który będzie niemożliwy do naprawienia w przedmiotowym postępowaniu.

Można wspomnieć, że dzielenie na części dużych zamówień znacznie ułatwia małym i średnim przedsiębiorstwom dostęp do postępowań przetargowych. Stąd też, tam gdzie mamy do czynienia z zamówieniami, których sam zakres może być barierą dla MŚP postuluje się podział zamówień na części w celu ułatwienia dostępu do zamówień wykonawcom.

2.3. Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych wartość szacunkową zamówienia ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego, sporządzonego na podstawie przedmiaru robót stanowiącego integralną część dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w progra-

mie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

Szczegółowe zasady ustalania wartości zamówień na roboty budowlane zostały przedstawione w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym²⁵.

Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane zamawiający zobowiązany jest do uwzględnienia wartości dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy. Za takie dostawy inwestorskie uważane są wszelkie produkty, materiały lub urządzenia przekazywane przez zamawiającego do dyspozycji i wykorzystania przez wykonawcę w trakcie realizacji robót budowlanych.

Przepis art. 33 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na możliwość legalnego podziału zamówienia na części, którego przedmiotem są roboty budowlane – na dostawę produktów, materiałów lub urządzeń oraz na wykonanie robót budowlanych z powierzonych przez zamawiającego produktów, materiałów lub urządzeń. W przypadku dostaw wartością zamówienia będzie wartość samych produktów, materiałów lub urządzeń, natomiast w przypadku robót budowlanych wartość robót musi zostać powiększona o wartość dostaw związanych z ich wykonywaniem i oddanych do dyspozycji wykonawcy przez zamawiającego.

2.4. Zamówienia uzupełniające

Przewidując udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp zamawiający musi uwzględnić wartość zamówień uzupełniających i dodać ją do wartości zamówienia podstawowego. Tak zsumowana kwota decyduje o przekroczeniu progu kwotowego, od którego zależy uznanie zamówienia za unijne. Przed otwarciem ofert zamawiający powinien jednak poinformować wykonawców jaką sumę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, a jaką na sfinansowanie zamówień uzupełniających, które mają przecież charakter dopiero potencjalnych umów.

Maksymalna wartość zamówień uzupełniających, którą należy dodać do zamówienia podstawowego wynosi:

- a) dla robót budowlanych klasycznych i sektorowych, nie więcej niż 50%
- b) dla usług klasycznych nie więcej niż 50%
- c) dla dostaw klasycznych nie więcej niż 20%
- d) dla dostaw sektorowych nie więcej niż 50%
- e) wartości zamówienia podstawowego.

²⁵ Dz. U. z 2004 roku, Nr 130, poz. 1389.

Zamówienia uzupełniające są zamówieniami dopiero planowanymi do udzielenia w chwili przygotowywania zamówienia podstawowego. Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających np. w sytuacji, gdy w czasie przygotowywania zamówienia podstawowego brakuje mu środków finansowych.

2.5. Prawo opcji

Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji to przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Zamawiający jest obowiązany przewidzieć maksymalne wynagrodzenie wykonawcy obejmujące dostawy lub usługi, co do których zapewnia sobie prawo zakupu w ramach opcji. W przypadku zamówień uzupełniających zamawiający uwzględnia wartość zamówień, które może udzielić w przyszłości (co będzie prowadziło do zawarcia nowej umowy), natomiast w przypadku opcji zamawiający dodaje wartość dóbr, o które może jednostronnie „rozszerzyć” opcjonalnie zakres umowy ponad podstawowy, który zobowiązany jest zrealizować. Powszechnym przykładem zamówienia z prawem opcji jest umowa leasingu rzeczy z prawem wykupu przedmiotu leasingu za określoną cenę, po spełnieniu warunków zawartych w umowie. Dodatkowo płatna kwota wykupu przedmiotu leasingu powinna być uwzględniona przy ustalaniu wartości zamówienia.

2.6. Dynamiczny system zakupów i umowa ramowa

Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów.

Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej.

2.7. Usługi i dostawy powtarzające się okresowo

Zgodnie z treścią art. 34 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

- a) 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 – zamawiający bierze za podstawę ceny określone we wcześniej zawartych umowach, sumuje je, a następnie ustala, czy zakres zamówienia ulega zmianie i pod tym kątem weryfikuje prawidłowość dokonanych ustaleń, jeśli zakres się zwiększa, powinien on wpłynąć na ustalenie wartości szacunkowej,

albo

- b) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie – zamawiający opiera się na informacjach dotyczących aktualnie wykonywanej pierwszej usługi lub dostawy i na tej podstawie prognozuje wartość szacunkową na kolejne 12 miesięcy.

Wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp. Obie metody szacowania warto-

ści opierają się na sumowaniu wartości zamówień tego samego rodzaju, które można uzyskać u tej samej grupy wykonawców, w tym samym czasie.

Pomimo wprowadzenia odrębnych zasad szacowania wartości ustawa Pzp nie definiuje pojęcia usług i dostaw powtarzających się okresowo. Dokonując wykładni przedmiotowego pojęcia należy zatem sięgnąć do przepisów kodeksu cywilnego, który co prawda nie posługuje się sformułowaniem „dostawy lub usługi powtarzające się okresowo”, lecz zawiera definicję świadczeń okresowych, które w swojej naturze mają zbliżony charakter – zamówienie nie może być zrealizowane jednorazowo, ponieważ jego specyfika polega na zaspokajaniu pojawiających się w pewnych odstępach czasu potrzeb zamawiającego, które są realizowane poprzez świadczenie tej samej usługi lub dostawy np. prenumerata czasopism, usługi sprzątnia, wywozu śmieci. Na marginesie należy zauważyć, że „okresowość” wiąże się ze stałym zaspokajaniem potrzeb zamawiającego, lecz nie wyklucza, że określony rodzaj usługi np. wywóz śmieci, w pewnych wypadkach może mieć też charakter jednorazowej usługi.

Element niemożności jednorazowego świadczenia wydaje się być decydujący i wynika nie z woli zamawiającego lecz z natury dostawy lub usługi. W przypadku, gdy potencjalnie istnieje możliwość realizacji wszystkich części dostawy lub usługi jednorazowo, w tym samym czasie, nie będą to usługi czy dostawy okresowe, tylko „zwykłe” zamówienia realizowane w częściach.

Zamawiający może udzielić zamówienia na czas oznaczony lub nieoznaczony. Jeżeli zamawiający planuje zawrzeć umowę na czas nieoznaczony to dokonując szacowania wartości zamówienia uwzględnia okres 48 miesięcy wykonywania zamówienia. Natomiast, jeśli zamierza udzielić zamówienia na czas oznaczony, to zgodnie z treścią art. 34 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku okresu nie dłuższego niż 12 miesięcy wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. W sytuacji, gdy zamówienie ma być udzielone na czas dłuższy niż 12 miesięcy jego wartość winna być ustalona z uwzględnieniem całego okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy.

2.8. Usługi finansowe i bankowe

Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. W przypadku tego rodzaju zamówień przedmiotem jest pieniądź, który zamawiający pozyskuje w zamian za pewne wynagrodzenie – wartością zamówienia nie będzie zatem np. suma kredytu lub pożyczki, lecz suma wszystkich wydatków związanych z jego uzyskaniem, czyli właśnie prowizja i odsetki. Podobnie przy prowadzeniu rachunków bankowych wartością zamówienia będą wydatki związane z otwarciem rachunku i jego prowadzeniem.

2.9. Termin ustalania wartości zamówienia

Ustalona wartość zamówienia musi być aktualna – szacowanie powinno być dokonane nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed tą datą – jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Dniem wszczęcia postępowania jest dzień publikacji ogłoszenia lub doręczenia zaproszenia do udziału w przetargu. W związku z tym, że progi kwo-

towe w zharmonizowanym na poziomie unijnym systemie zamówień publicznych zostały określone w euro – Prezes Rady Ministrów został zobowiązany do określania w drodze rozporządzenia, co najmniej raz na dwa lata, średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień.

2.10. Zamówienia udzielane przez jednostki organizacyjne zamawiającego

Zgodnie z treścią art. 32 ust. 5 ustawy Pzp wyodrębnione jednostki organizacyjne zamawiającego posiadające samodzielność finansową mogą udzielać zamówień związanych z ich własną działalnością i wówczas wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Taka jednostka nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, lecz uzyskała uprawnienie do indywidualnego udzielania zamówień, jeśli cieszy się samodzielnością finansową. Przepis art. 32 ust. 5 ustawy Pzp precyzuje warunki uprawniające do samodzielnego udzielania zamówień przez jednostkę:

- a) wyodrębnienie ze struktury organizacyjnej zamawiającego,
- b) samodzielność finansowa,
- c) związek zamówienia z działalnością jednostki.

W przypadku indywidualnego udzielania zamówień funkcję kierownika zamawiającego pełni kierownik jednostki.

§ 9. SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

1. Definicja

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) jest dokumentem wytworzonym przez zamawiającego, zamieszczanym na stronie internetowej i/lub przekazywanym bezpośrednio wykonawcom, który zawiera szczegółowe wymagania, jakie są zobligowani spełnić oraz istotne dla zamawiającego postanowienia przyszłej umowy.

Obowiązek przygotowania siwz zachodzi w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne niezależnie od wartości oraz trybu udzielanego zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady dotyczy trybu zamówienia z wolnej ręki oraz trybu licytacji elektronicznej, w których zamawiający nie ma obowiązku przekazywania siwz wykonawcy.

2. Sposób udostępnienia specyfikacji

Co do zasady, specyfikację zamawiający przygotowuje przed wszczęciem postępowania (poza dialogiem konkurencyjnym, gdzie siwz jest opracowywana po dialogu z wykonawcami). Przekazanie siwz następuje jednak na różnych etapach procedury w zależności od trybu udzielanego zamówienia. W przetargu nieograniczonym siwz zamieszcza się na stronie internetowej nie później niż w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE. Ustawodawca w przetargu nieograniczonym nałożył na zamawiającego obowiązek publikacji siwz na stronach internetowych (art. 42 ust. 1). Tym niemniej, zamawiający nadal zobowiązany jest do przekazania siwz wykonawcy nie później niż w terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku o jej przekazanie (art. 42 ust. 1). Ustawa nie nakłada obowiązku pobierania siwz u zamawiającego. Tym samym, warunkiem złożenia oferty w przetargu nieograniczonym nie może być uprzednie pobranie siwz u zamawiającego.

Publikacja siwz na stronie internetowej możliwa jest również w innych trybach, w odróżnieniu jednak od przetargu nieograniczonego nie stanowi to jednak obowiązku zamawiającego. W przetargu ograniczonym siwz przekazywana jest wraz z zaproszeniem wykonawców do składania ofert, natomiast w negocjacjach z ogłoszeniem – wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych oraz jeżeli dokonuje w siwz zmian, także wraz z zaproszeniem do składania ofert. W dialogu konkurencyjnym, negocjacjach bez ogłoszenia oraz zapytaniu o cenę siwz przekazywana jest wraz z zaproszeniem wykonawców do składania ofert.

3. Nieodpłatność specyfikacji

Zasadą w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieodpłatność siwz. Tym samym, co do zasady, zamawiający nie może żądać opłaty za przekazywaną wykonawcom siwz (art. 37 ust. 1). Jedyne wyjątek od powyższego ustawodawca

przewidział w stosunku do przetargu nieograniczonego (art. 42 ust. 2). Tylko i wyłącznie w tym trybie zamawiający ma prawo domagać się opłaty za siwz. Uzasadnieniem tego rozwiązania jest to, iż tylko w tym trybie zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ile egzemplarzy siwz zostanie pobranych. Mogą to być znaczne ilości, gdy przetarg cieszyć będzie się dużym zainteresowaniem, co może narazić zamawiającego na poniesienie znacznych kosztów. W stosunku do pozostałych trybów zamawiający na początku postępowania wie ile siwz będzie przekazywał, co więcej, ma na to decydujący wpływ. Przykładowo, w trybach przetargu ograniczonego czy negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu określa liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

Opłata, jakiej można żądać za siwz nie może przekraczać kosztów jej druku oraz przekazania (art. 42 ust. 2). Regulacja ta jest niezbędna ze względu na złą praktykę zamawiających, którzy dążą do zarabiania na siwz. Nierzadkie są przypadki, gdy zamawiający zawyżając cenę siwz zastrzegają jednocześnie możliwość złożenia oferty w przetargu nieograniczonym od uprzedniego pobrania siwz bezpośrednio u zamawiającego. Praktyka taka prowadzi do znacznego ograniczenia dostępu wykonawców do zamówień publicznych i niewątpliwie jest sprzeczna z ustawą.

4. Wyjaśnienia specyfikacji

Ustawa nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia wyjaśnień do treści siwz pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie siwz wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Wykonawca posiada uprawnienie do zadania pytań do siwz nawet po upływie terminu, niemniej zamawiający nie ma obowiązku udzielania na nie odpowiedzi i może pozostawić wniosek bez rozpoznania (art. 37 ust. 1a uPzp)¹.

Jeżeli wniosek o wyjaśnienie siwz wpłynął w terminie, zamawiający jest zobowiązany do udzielenia niezwłocznej odpowiedzi, tak by wykonawca uzyskane wyjaśnienia mógł uwzględnić przy składaniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ustawodawca przy tym wskazał, iż udzielenie odpowiedzi nie może nastąpić później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert lub 2 dni w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż tzw. progi dyrektyw. Jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia zamawiający w przetargu ograniczonym lub negocjacji z ogłoszeniem korzysta z uprawnienia skrócenia terminu składania ofert, udzielenie odpowiedzi na zadane pytania powinno nastąpić nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert.

Pod tytułem „wyjaśnień” zamawiający nie może „zmieniać” siwz, w szczególności, gdy może to skutkować obowiązkiem wydłużenia terminu składania ofert lub zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji za niejednoznaczne zapisy siwz. Stąd też, jeżeli zamawiający formułuje tekst, który dopuszcza możliwość jego rozbieżnej interpretacji, niedopuszczalne jest nakładanie z tego powodu sankcji na wykonawcę. Negatywne skutki błędów zamawiającego nie mogą obciążać wykonawcy². Warto zwrócić uwagę, iż wykonawca nie ma obowiązku żądać wyjaśnień od zamawiającego. Stąd też, jeżeli tekst jest wieloznaczny, a wykonawca

¹ D. Piasta, Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej, [w:] J. Sadowy (red.) Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., UZP 2010 r., s. 32.

² Wyrok SO w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2006 r., Sygn. Akt II Ca 455/06.

przypisuje mu w granicach jego dopuszczalnej wykładni określone znaczenie, brak jest podstaw do stawiania zarzutu niezgodności oferty z siwz. W wyroku z dnia 22 listopada 2005 r.³ Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, iż „Niedookreślenie pojęcia „opracowania geologiczno-inżynierskiego” nie może wywrzeć negatywnych skutków dla oferenta, zwłaszcza że w języku potocznym „opracowanie” często używane jest jako synonim słowa „opinia”.”

Z drugiej strony, za nadużywanie uprawnienia przysługującego wykonawcy należy uznać sytuacje korzystania ze środków ochrony prawnej z powodu niejednoznaczności siwz. W takim przypadku wykonawca powinien w pierwszej kolejności skorzystać z prawa żądania wyjaśnień, natomiast sam fakt, że tekst można interpretować odmiennie nie stanowi wystarczającej podstawy do stawiania zarzutu niezgodności z ustawą.

5. Zmiana specyfikacji

W roku 2008⁴ ustawodawca dopuścił możliwość dokonywania zmian siwz w pełnym zakresie, słusznie odstępując od wcześniejszej bardzo ograniczonej możliwości dokonywania jedynie jej „modyfikacji”.

Zmiana siwz dopuszczalna jest w każdym uzasadnionym przypadku, przy czym ocena dopuszczalności dokonania zmiany pozostawiona jest zamawiającemu.

Jedynym ograniczeniem dopuszczalności zmiany siwz zostało przewidziane w art. 38 ust. 4b, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadziłyby do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zakaz ten jest podyktowany koniecznością zapewnienia niedyskryminującego dostępu wykonawcom do zamówień publicznych, który mógłby zostać ograniczony na skutek wprowadzenia zmian na dalszych etapach procedury w stosunku do wymagań stawianych na etapie ogłoszenia o zamówieniu, a więc na etapie w którym zainteresowani wykonawcy podejmują decyzję o udziale w procedurze⁵.

Mając na względzie konieczność przestrzegania zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne ustawa nakłada na zamawiającego obowiązek sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, gdy zmiana treści siwz prowadzi do sprzeczności z postanowieniami ogłoszenia. Oferta wykonawcy powinna uwzględniać zmiany oraz wyjaśnienia siwz dokonane przez zamawiającego pod rygorem jej odrzucenia⁶. Zmiany i wyjaśnienia siwz powinny zostać udostępnione na stronie internetowej, o ile siwz jest tam publikowana. Publikacja na stronie nie zwalnia zamawiającego z obowiązku ich przekazania wykonawcom, którzy pobrali siwz u zamawiającego.

³ Sygn. Akt V Ca 659/05.

⁴ Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

⁵ R. Jędrzejewski, Zmiany treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, [w:] J. Sadowy (red.) Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., UZP 2008 r., s. 140.

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 listopada 2005 r., Sygn. Akt V Ca 739/05.

6. Treść specyfikacji

Ustawa w art. 36 ust. 1 w sposób szczegółowy wymienia informacje, jakie powinna zawierać siwz, przy czym jest to zakres minimalny, tj. zamawiający może go rozszerzyć. Siwz powinna zawierać określone ustawą informacje, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Przykładowo w stosunku do zamówień o wartości mniejszej niż tzw. progi dyrektyw, siwz może nie zawierać informacji o wymaganych dokumentach, wadium oraz zabezpieczeniu należytego wykonania umowy, o ile zamawiający nie żąda ich wniesienia (art. 36 ust. 3). Poza wskazanym w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp katalogu informacji zamieszczanych w siwz o charakterze obligatoryjnym, siwz powinna zawierać również informacje o zastosowaniu przez zamawiającego rozwiązań o charakterze fakultatywnym np. o możliwości składania ofert częściowych lub ofert wariantowych, przewidywanych zamówieniach uzupełniających, informację o zastosowaniu aukcji elektronicznej (art. 36 ust. 2 ustawy Pzp).

Na szczególną uwagę zasługują postanowienia siwz dotyczące zasad porozumiewania się z wykonawcami, warunków udziału w postępowaniu oraz zasad ich opisywania i żądania dokumentów, podwykonawstwa w zamówienia publicznych. Kwestie te zostaną szerzej omówione w dalszej części.

7. Sposób porozumiewania się

Siwz powinna zawierać m.in. informację o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów. Jak wynika z treści przepisów ustawy (art. 27 ust. 3) z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie (aukcja elektroniczna, licytacja elektroniczna, dynamiczny system zakupów) zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Stąd też zamawiający, określając dopuszczalne formy porozumiewania się, nie może co do zasady pominąć formy pisemnej.

Oprócz formy pisemnej zamawiający może dopuścić przekazywanie informacji za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. Brak stosownego zapisu w siwz oznacza niedopuszczalność przekazywania informacji faksem lub drogą elektroniczną. Nie oznacza to jednak, iż złożenie oświadczenia w formie innej niż wymagana, skutkuje nieważnością złożonego oświadczenia. Ten skutek może odnieść oświadczenie złożone w innej formie niż ustawowo zastrzeżona pod rygorem nieważności (np. wymóg formy pisemnej w stosunku do oferty pod rygorem nieważności). W takiej sytuacji forma ma charakter dowodowy, a więc strona składając oświadczenie w formie niedopuszczonej przez zamawiającego, stawia się w gorszej pozycji dowodowej w przypadku zaistnienia sporu. Jeżeli strony zgodnie jednak oświadczają, iż oświadczenie zostało złożone, brak jest podstaw do przyjęcia, iż ze względu na brak dochowanej formy jest ono nieskuteczne.

Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (art. 27 ust. 2). Po pierwsze, z przepisu nie wynika obowiązek żądania potwierdzenia faktu otrzymania komunikatu. Po drugie, w przypadku żądania potwierdzenia, jego brak nie oznacza braku otrzymania komunikatu. Powoduje jednak niepewność, czy adresat go otrzymał. W takim przypadku zasadne jest, by nadawca nadał określony komunikat pisemnie, z tym jednak, że za datę doręczenia uznać należy datę przekazania komunikatu faksem lub drogą elektroniczną, o ile oczywiście zamawiający dopuścił taką formę porozumiewania się.

Dopuszczenie sposobu porozumiewania się innego niż pisemny skutkuje w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, iż wykonawca posiada uprawnienie złożenia wniosku o dopuszczenie w takiej formie. W takiej sytuacji zamawiający może żądać w ogłoszeniu o zamówieniu, by wnioski były potwierdzone w formie pisemnej lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Brak zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu uniemożliwia późniejsze żądanie złożenia potwierdzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykonawca posiada uprawnienie do telefonicznego przekazania informacji o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uprawnienie to odnosi się do sytuacji, w której wykonawca przekazuje wniosek pisemnie, nadając w placówce operatora, a więc w sytuacji istnienia niepewności, czy wniosek zostanie doręczony przed upływem wyznaczonego terminu składania. W takiej sytuacji telefoniczne przekazanie informacji o złożeniu wniosku skutkuje tym, iż nawet w sytuacji doręczenia wniosku po upływie terminu uznaje się, iż został złożony w terminie. Istnieją cztery warunki, które muszą być spełnione, by uznać wniosek za złożony w terminie:

- a) wykonawca zobowiązany jest wysłać wniosek przed upływem terminu składania wniosków,
- b) wykonawca zobowiązany jest poinformować telefonicznie zamawiającego o złożeniu wniosku,
- c) wniosek może być złożony jedynie w formie pisemnej,
- d) wniosek w formie pisemnej powinien zostać doręczony nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

8. Podwykonawstwo

Przepisy ustawy co do zasady w sposób fragmentaryczny regulują kwestię podwykonawstwa zamówień publicznych (art. 36 ust. 3 i 4). Szerzej podwykonawstwo normowane jest dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (od art. 131m do art. 131u ustawy). Przepis art. 131m zawiera definicję umowy o podwykonawstwo, zgodnie z którą jest to pisemna umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem. Wprawdzie definicja ma zastosowanie wyłącznie do dziedziny obronności i bezpieczeństwa, ale „pomocniczo” (przynajmniej do czasu uchwalenia zmian proponowanych przez Rząd w zakresie podwykonawstwa) może być stosowana także do pozostałych zamówień. Warto podkreślić bardzo szeroki zakres pojęcia podwykonawstwa, rozumiany jako czynności dokonywane przez podmiot trzeci „w celu wykonania zamówienia”.

Mając na względzie orzecznictwo ETS oraz postanowienie art. 62 projektu dyrektywy modernizującej dyrektywę klasyczną 2004/18/WE, które wyznaczają kierunek zgodnych z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zmian w prawie unijnym dotyczącym podwykonawstwa, uprawnienie zamawiającego do nałożenia na wykonawcę obowiązku osobistego wykonania dotyczy przede wszystkim „kluczowych” (prace istotne dla całości realizowanego zamówienia) części zamówienia na roboty budowlane lub usługi albo prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w przypadku dostaw.

Co do zasady zamawiający może zastrzec, że określone prace/części zamówienia nie będą mogły być podzlecane w sytuacji, kiedy po pierwsze składając wniosek/ofertę wykonawca nie określił, które części zamówienia, w przypadku wygranej, zamierza powierzyć podmiotom trzecim i po drugie nie wskazał przez kogo będą realizowane, a tym samym, zamawiający nie ma możliwości weryfikacji czy zamówienie jest realizowane przez podmiot spełniający warunki stawiane na etapie postępowania przez zamawiającego. Ograniczenie podwykonawstwa tym samym nie jest skuteczne, gdy wykonawca we wniosku/ofercie powołuje się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc gdy wykonawca wskazuje po pierwsze podmiot trzeci, po drugie zakres udostępnianych zasobów, po trzecie wskazuje część zamówienia, w zakresie którego zasoby zostaną użyte (art. 36 ust. 4 ustawy) oraz po czwarte wykonawca dołączy wymagane przez zamawiającego dokumenty, wskazujące spełnianie przez podmiot trzeci wymagań.

W sprawie będącej przedmiotem orzekania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁷ zamawiający zastrzegł, że maksymalnie 30% zamówienia może być podzlecane, z tym że „charakterystyczne” części zamówienia obejmujące określone prace istotne z punktu widzenia realizacji całości zamówienia powinny być wykonane przez samego wykonawcę. ETS nie zakwestionował tego zastrzeżenia uznając, że nie dotyczy ono etapu kwalifikacji i wyboru ofert (czyli etapu, kiedy wykazuje się spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kiedy można polegać na zasobach podmiotów trzecich), lecz realizacji zamówienia po zawarciu umowy. Postanowienia siwz byłyby niezgodne z prawem unijnym w sytuacji, kiedy wykluczałyby na etapie oceny ofert i wyboru wykonawcy jakiegokolwiek odwołania się do podwykonawstwa w zakresie realizacji „zasadniczych” usług wchodzących w zakres zamówienia. Wykonawca, który twierdzi, że dysponuje technicznymi i finansowymi zasobami podmiotów trzecich, na których zamierza się oprzeć realizując zamówienie, może zostać wykluczony tylko w sytuacji, kiedy nie uda mu się wykazać, że zasoby te są de facto mu dostępne w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia. Zapis siwz nie miał związku z etapem oceny ofert i kwalifikacji wykonawców, lecz miał na celu uniknięcie sytuacji, kiedy wykonanie zasadniczych części zamówienia byłoby powierzone podmiotom, których kwalifikacje/zasoby techniczne i finansowe zamawiający nie jest w stanie zweryfikować w momencie podejmowania decyzji o wyborze zwycięskiego wykonawcy (ponieważ te podmioty nie są znane zamawiającemu).

Brak odpowiedniego zastrzeżenia w siwz oznacza, iż co do zasady zamówienie może być powierzone podwykonawcom. Zasadą jest zatem dopuszczalność podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, a jeżeli zamawiający chce zastrzec osobiste wykonanie zamówienia w stosunku do jakiejś jego części, zobowiązany jest do wyrażenia swej woli w tym zakresie w siwz. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych traktowane jest tym samym jako wyjątek od zasady.

Dopuszczenie podwykonawstwa w robotach budowlanych nie oznacza, iż dany podwykonawca będzie mógł realizować część zamówienia publicznego. Na podstawie art. 647¹ k.c., do uczestnictwa wskazanego podwykonawcy w realizacji zamówienia na roboty budowlane wymagana jest zgoda inwestora (zamawiającego), przy czym zgoda ta jest obligatoryjna w przypadku podwykonawcy, który został już zweryfikowany na etapie postępowania gdy umowa o podwykonawstwo spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego na etapie postępowania.

Mając na względzie znaczenie podwykonawstwa dla prawidłowego przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych szczególnie na roboty budowlane Urząd Zamówień Publicznych przygotował

⁷ Wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens AG przeciwko Arge.

nowelizację ustawy, która w sposób bardziej kompleksowy reguluje to zagadnienie⁸. Podwykonawstwo i sposób jego uregulowania ma zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, stąd też zamawiający powinni na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwrócić większą uwagę i objąć szerszym nadzorem relację wykonawcy z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób ich realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Stworzenie efektywnych instrumentów nadzoru nad podwykonawstwem służy także ograniczaniu ryzyka dokonywania podwójnej zapłaty przez inwestora za te same świadczenia, co wynika z kodeksowej zasady odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy w stosunku do podwykonawcy. Unormowanie zatem kwestii podwykonawstwa leży w interesie publicznym z tego względu, iż służy ono lepszemu ochronie interesów ekonomicznych organów władzy publicznej.

⁸ Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w chwili oddania niniejszej publikacji do druku została skierowana do podpisu Prezydenta RP.

§ 10.

BADANIE PREDYSPOZYCJI WYKONAWCÓW DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA

1. Warunki udziału w postępowaniu

Wybierając ofertę najkorzystniejszą zamawiający akceptuje jednocześnie wykonawcę, który ją złożył. Poprzez akcept oferty uznanej za najkorzystniejszą zamawiający uznaje zatem także, że wykonawca, który ją złożył jest wykonawcą odpowiednim tj. zdolnym do należytego wykonania zamówienia. Celem procedury udzielania zamówienia publicznego jest zatem nie tylko wybór oferty, ale wybór oferty wykonawcy uprzednio zweryfikowanego pod względem posiadanych predyspozycji do wykonania udzielanego zamówienia. Stanowi o tym m.in. art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE „Zamówień udziela się (...) po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców (...)”.

W ustawie Pzp badaniu predyspozycji wykonawców do należytego wykonania zamówienia służą warunki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy oraz dokonywany przez zamawiającego opis tych warunków (zdanie pierwsze art. 22 ust. 5 ustawy). Warunki udziału i ich opis może dotyczyć sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (pkt 4), jego wiedzy i doświadczenia (pkt 2), możliwości technicznych i zawodowych (pkt 3), w tym posiadanych uprawnień (pkt 1).

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy; ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Od „warunków podmiotowych” należy odróżnić „warunki przedmiotowe”, które odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne; ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Co do zasady nie „odrzucaamy oferty” z powodu niespełniania warunków podmiotowych, albowiem w takim przypadku złożona oferta „uznawana jest” za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy). I odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu niespełniania wymagań odnoszących się do treści oferty.

Co do zasady właściwości wykonawcy nie mogą być brane pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert. Wyjątek od powyższej zasady przewidziany został na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy w stosunku do usług niepriorytetowych wskazanych w załączniku nr 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r.¹

Właściwym punktem odniesienia dla oceny spełniania warunków i możliwości realnego wykorzystania wymaganych zasobów jest etap realizacji zamówienia publicznego. Brak spełniania wymogów nie powinien stanowić samoistnej podstawy do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca w postępowaniu wykazuje, iż wymagania te spełni na dzień przystąpienia do realizacji zamówienia publicznego. Odmiennie spojrzenie może prowadzić do dwojakich negatywnych konsekwencji:

Po pierwsze – dyskryminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ale nie mogących tego potwierdzić w chwili przetargu. Przykładem są tu zamówienia na dostawy i stawiane przez zamawiających wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia. Jeżeli postawimy wymóg doświadczenia w zakresie realizacji określonej liczby zrealizowanych przed wszczęciem postępowania dostaw, to wykonawca, który dysponuje odpowiednim personelem, możliwościami technicznymi i finan-

¹ Dz.U. Nr 12, poz. 68.

sowymi, ale który nie realizował wymaganych zamówień pozbawiany może być w sposób nieuprawniony prawa ubiegania się o realizację udzielanego zamówienia. Będąc zdolnym do realizacji zamówienia nie jest w stanie wykazać odpowiednich dokumentów na etapie przetargu. Pomimo iż sama ustawa, jak i prawo europejskie jednoznacznie nie zakazuje posługiwania się warunkiem doświadczenia w stosunku do dostaw, to należy bardzo ostrożnie podchodzić do jego stosowania w tym przypadku.

Po drugie – nieuzasadnionego dopuszczenia wykonawcy niezdolnego do zrealizowania zamówienia, ale mogącego wykazać się odpowiednimi dokumentami. Przykład stanowi sprawa 27-29/86 *CEI i Bellini*, w której wykonawca wykonywał jednocześnie tyle robót, iż ograniczało to możliwości realizacji kolejnych. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „łączna wartość zamówień na roboty budowlane udzielonych danemu wykonawcy może być użytecznym czynnikiem przy ustalaniu kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w odniesieniu do jego przyszłych obowiązków (w trakcie wykonywania zobowiązań umownych). Jednym z celów postawienia wymogu określenia „wartości robót budowlanych” było zapobiegnięcie podejmowaniu się przez indywidualnych wykonawców realizacji zamówień wykraczających poza ich możliwości”. Innym przykładem jest dopuszczenie odwoływania się przez wykonawców do potencjału podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez jednoczesnego zbadania przez zamawiającego zakresu udostępnianych zasobów, realnego dostępu wykonawcy do zasobów i sposobu jego wykorzystania przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Warunki udziału w postępowaniu oraz ich opis mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego istnieje obiektywnie uzasadnione zasadnicze ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków

2.1. Definicja

Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 w sposób generalny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem, każde postępowanie o zamówienie publiczne posiada swą odrębną specyfikę. Zamówienia publiczne mają charakter zróżnicowany pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości czy też stopnia złożoności. Tym samym, ostatecznie to do zamawiającego, odrębnie dla każdego postępowania, należy wskazanie wymaganego potencjału pozwalającego wykonać zamówienie publiczne z należytą starannością, którego niewykazanie skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne².

W postępowaniu o zamówienie publiczne oczekiwana jest zatem od zamawiającego konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu określonych ustawą. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania

² Wyrok SO w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., Sygn. Akt II Ca 397/13: „W tym celu zamawiający, w granicach określonych przez art. 22 ust. 1 Pzp., określa, jakie konkretnie uprawnienia są wymagane do wykonania danego zamówienia, jaki poziom wiedzy i doświadczenia wykonawcy pozwala na uznanie go za wiarygodnego partnera i jakim potencjałem technicznym oraz osobowym powinien dysponować wykonawca dla należytego „wykonania zamówienia.”

warunków. W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest zatem przez zamawiającego³.

Opis sposobu oceny spełniania warunków stanowią minimalne wymagania lub także kryteria weryfikacji, jakie zamawiający przyjmuje w celu dokonania oceny, czy wykonawca wykazuje odpowiedni do należytego wykonania udzielanego zamówienia publicznego poziom zdolności finansowej i ekonomicznej, wiedzy i doświadczenia, możliwości technicznych i zawodowych w tym posiadanych uprawnień.

Opis oceny spełniania warunków nie jest wymagany dla wszystkich zamówień i w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy. Pomimo tego, iż ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek zamieszczania opisu oceny spełniania warunków, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3 ustawy) jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5) to mając jednak na względzie zasadę proporcjonalności stawianych wykonawcom wymagań (art. 22 ust. 4 ustawy) oraz zasadę żądania dokumentów jedynie w zakresie niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy) zamawiający, jeżeli uzna to za stosowne, może odstąpić od dokonywania opisu oceny spełniania warunków lub ograniczyć opis tylko do niektórych z warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy, które uważa za niezbędne dla zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia⁴.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi jedną z najważniejszych czynności w procesie udzielania zamówień publicznych albowiem wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie publiczne. Jeżeli zamawiający na etapie prowadzonego przetargu uznaje, iż spełnianie określonych wymagań przez wykonawcę jest niezbędne dla zapewnienia

³ Wyrok SO w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r., Sygn. Akt II Ca 168/06: „Słusznie zauważa pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż z treści przepisu art. 22 ust. 1 uPzp można wyinterpretować normę prawną, której uszczegółowienie jest możliwe dopiero w zestawieniu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tym podmiotom, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji tego przepisu jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwia prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście zatem jest, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania”; Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., Sygn. Akt V Ca 1021/05: „Sąd Okręgowy podzielił argumentację zamawiającego co do wymagań odnośnie potencjału technicznego wykonawcy w zakresie sprzętu i liczby pracowników o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Miały one na celu zagwarantowanie terminowości i jakości prac. Nie istnieje nadto przepis zakazujący zawierania takich warunków w siwz. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wprowadza więc zakazu określenia przez zamawiającego w siwz minimum wymaganego potencjału technicznego i ludzkiego. (...) W ocenie Sądu Okręgowego żądanie zamawiającego sprowadza się do przedstawienia wyżej wymienionej informacji, a sprecyzowanie liczby i rodzaju urządzeń oraz liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia nie jest sprzeczne z powołanym wyżej przepisem”.

⁴ Wyrok SO w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., Sygn. Akt II Ca 397/13: „To zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia, zatem to od jego woli zależy, które z warunków uznaje za niezbędne do dokonania oceny zdolności wykonawcy pod kątem prawidłowego wykonania zamówienia. Wybór w tym zakresie należy do zamawiającego (...)”.

należytej realizacji zamówienia, to tym bardziej ich spełnienia powinien oczekiwać i weryfikować na etapie realizacji zamówienia publicznego. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem przekładanie warunków wymaganych w przetargu od wykonawcy na treść zawieranych umów i sposób realizacji zamówienia publicznego. Stąd stawianie wymagań wykonawcy w postępowaniu i odejście od nich na etapie realizacji zamówienia publicznego może być traktowane jako nieuprawnione dokonywanie istotnych zmian w zakresie sposobu realizacji zamówienia, a tym samym naruszenie zasady niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego.

2.2. Cel opisu

Celem postępowania o zamówienie publiczne jest zapewnienie prawa wykonawcy do ubiegania się o zamówienie publiczne „na zasadach niedyskryminujących”⁵. Celem procedury przetargowej nie jest zatem dopuszczenie wszystkich wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne, ale tych, którzy wykażą swą zdolność do należytego wykonania zamówienia. Nie można zatem uznać za dyskryminującą bądź naruszającą zasady art. 7 ust. 1 ustawy (równość traktowania i uczciwa konkurencja) decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, który nie wykazał swej zdolności do realizacji zamówienia publicznego.

Zapewnienie przez zamawiającego wykonawcom dostępu do zamówień publicznych, ale „na zasadach niedyskryminujących” pozwala zamawiającemu ograniczyć dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie wykazują swej zdolności do realizacji zamówienia na podstawie przyjętych przez zamawiającego przejrzystych i obiektywnych kryteriów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, jego wiedzy i doświadczenia, możliwości technicznych i zawodowych w tym posiadanych uprawnień.

Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie wykona zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki, jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny.

2.3. Sposób opisu

Określenie wymaganej zdolności do realizacji zamówienia jest jednym z wyzwań, przed którymi stoją instytucje zamawiające w procesie udzielania zamówienia publicznego, albowiem zamawiający

⁵ Zgodnie z motywem drugim preambuły dyrektywy 2004/18/WE „Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu.”

podejmując decyzje zobowiązany jest brać pod uwagę jednocześnie dwie wartości, z których każda zasługuje na ochronę, a mianowicie otwartość procedury na konkurencję i jej ograniczenie uzasadnione dążeniem do wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Dążenie do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia publicznego może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i odwrotnie, nadmierne otwarcie na konkurencję może prowadzić do wyboru wykonawcy niezdolnego do realizacji zamówienia. W pierwszym przypadku zamawiający naraża się na zarzut złamania prawa, zaś w drugim na zarzut nieefektywnej realizacji zadań publicznych.

Dla ustalenia właściwego poziomu wymagań, który zapewnia ochronę obu wartościom, ustawodawca wprowadził nowelizacją z roku 2009 wytyczne, którymi zamawiający powinien się kierować przy ich ustalaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być „związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. Takie same zasady zostały wyrażone w art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE.

Stawianie w opisie odpowiednich wymagań jest „związane z przedmiotem zamówienia”, jeżeli do jego wykonania konieczne są odpowiednie predyspozycje finansowe, wiedza i doświadczenie wykonawcy, odpowiednie możliwości techniczne i zawodowe, w tym posiadanie uprawnień. Jeżeli zatem konieczne jest zweryfikowanie predyspozycji wykonawcy w zakresie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy bez czego istniałoby poważne ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy niezdolnemu do wykonania zamówienia, zamawiający posiada uprawnienie dla stawiania odpowiednich wymagań jako związanych z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający, stawiając wymagania wykonawcy, powinien zatem dokonać ich analizy „związania z przedmiotem zamówienia” w trzech aspektach:

po pierwsze, czy ustalenie konkretnych wymagań lub kryteriów weryfikacji mieści się w zakresie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, przy czym ustawa w art. 22 ust. 5 w ślad za dyrektywą jednoznacznie wskazuje, że zamawiający może badać w szczególności rzetelność, kwalifikacje i efektywność wykonawcy,

po drugie, czy jest możliwe zweryfikowanie zdolności wykonawcy w oparciu o zakres dokumentów wskazanych rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów⁶,

po trzecie, czy wymagania służą wyborowi wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania udzielanego zamówienia⁷.

W przypadku uznania za właściwe postawienia w opisie odpowiednich wymagań w zakresie spełniania poszczególnych warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy jako „związanych z przedmiotem zamówienia” powinny one być „proporcjonalne do przedmiotu zamówienia”, tj. powinny być stawiane w zakresie niezbędnym do realizacji celu, czyli ograniczeniu ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Opisu należy

⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 231).

⁷ W wyroku z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 (Komisja przeciwko Niderlandom) ETS uznał, iż w zamówieniu na dostawę automatów do kawy i zarządzanie nimi stawienie wymogu poszanowania „trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” nie może być uznane za związane z kwalifikacjami technicznymi i zawodowymi, o których mowa w art. 48 dyrektywy 2004/18/WE.

dokonywać w sposób proporcjonalny, a więc z uwzględnieniem charakteru udzielanego zamówienia, ilości lub jego znaczenia oraz przeznaczenia (art. 48 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Minimalny poziom wymagań nie powinien prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Zamawiający, uznając za zasadne stawianie wymagań dotyczących poszczególnych warunków jako „związanych z przedmiotem zamówienia”, powinien dokonać zatem analizy, czy wyznaczony poziom stawianych wymagań nie ogranicza dostępu wykonawcom, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie na warunkach przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu i/lub siwz⁸. Zgodnie z orzecznictwem ETS⁹ zamawiający powinien zatem dokonać oceny, czy stawiane wymagania nie wykraczają poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wiarygodnego wykonawcy.

Zamawiający może w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określać „kryteria weryfikacji” predyspozycji wykonawcy lub także określać „poziom minimalny” uznawania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Najbardziej rozpowszechnionym sposobem opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wyznaczanie wymiernego „poziomu minimalnego” uznawania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia np. konieczność wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji jednej roboty budowlanej o podobnym zakresie do przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie ma formalnych przeszkód, by oba te sposoby łączyć w ramach jednego postępowania o zamówienie publiczne.

Istotne jest, by w celu zapewnienia przejrzystości prowadzonego postępowania przyjęte przez zamawiającego „kryteria weryfikacji” znane były wykonawcom od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy, informacja o opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc o przyjętych kryteriach weryfikacji wykonawców lub także minimalnych wymaganiach, powinny zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Podobny wymóg stawia art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE¹⁰.

Przejrzystość procesu udzielania zamówienia publicznego wymaga także, by zasady postępowania przetargowego w tym wymagania stawiane wykonawcom, były zapisane w sposób, który po pierwsze pozwoli wszystkim wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg¹¹.

⁸ Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Hochtief „instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem, że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne.”

⁹ Pkt 29 wyroku ETS z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 (Komisja przeciwko Włochom, [w:] Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych w latach 2006–2008, UZP 2008 r., s. 109.

¹⁰ J. Sadowy, B. Brańko, O. Starzyk Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp [w:] J. Sadowy, B. Brańko (red.) Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, UZP 2013, s. 24.

¹¹ Wyrok ETS z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 (Komisja przeciwko Niderlandom).

Ustawa nie wymaga, by „kryteria weryfikacji” wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków, zawsze były wyrażane w sposób wymierny. Na powyższe wskazuje chociażby zdanie drugie motywu 50. preambuły dyrektywy 2004/17/WE, zgodnie z którym „(...) *obiektywne zasady i kryteria, podobnie jak kryteria kwalifikacji, niekoniecznie wymagają ocen wagowych*”. Kryteria weryfikacji mogą mieć zatem charakter przesłanek lub wytycznych, które zamawiający przyjmie przy weryfikacji informacji zawartych w dokumentach złożonych przez wykonawcę. Z uwagi na indywidualny charakter podejmowanych decyzji przez instytucję zamawiającą, uzależniony od okoliczności faktycznych związanych z sytuacją danego wykonawcy na podstawie złożonych dokumentów, właściwe weryfikowanie potencjału wykonawcy poprzez „z góry” narzucone w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz jednoznaczne kryteria może okazać się niekiedy niemożliwe lub prowadzić do istotnego i nieuprawnionego ograniczenia konkurencyjności w danym postępowaniu. Jest to szczególnie istotne pod kątem oceny „rzetelności” wykonawcy, albowiem trudno wskazać „z góry” wymierne kryteria oceny „rzetelności” wykonawcy. Ocena wykonawcy w tym zakresie ma charakter indywidualny uzależniony od specyficznych okoliczności i faktów towarzyszących prowadzonej wcześniej przez ocenianego wykonawcę działalności.

Dla właściwego postawienia wymagań w opisie sposobu oceny spełniania warunków wymagana jest znajomość rynku. Stąd też, w celu ustalenia właściwego poziomu wymagań zalecane jest przeprowadzenie dialogu technicznego lub skorzystanie z pomocy biegłego.

2.4. Rzetelność jako kryterium weryfikacji wykonawców

Zgodnie ze zdaniem drugim art. 22 ust. 5 ustawy, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Możliwość kierowania się kryteriami, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosi się do wszystkich zamówień na usługi oraz roboty budowlane, a w przypadku dostaw dotyczy świadczeń związanych z instalacją lub rozmieszczeniem.

Jak już wyżej wskazano, głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy. Wiedza taka może być uzyskana poprzez badanie m.in. solidności wykonawcy; tego jak sprawdził się on w dotychczas realizowanych umowach i czy wykazał się rzetelnością i odpowiednim poziomem kompetencji wskazującym na posiadanie wiedzy i doświadczenia gwarantującej należyte wykonanie udzielanego zamówienia.

Niewywiązywanie się ze swych dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa posiadanie odpowiedniego poziomu kwalifikacji, kompetencji i rzetelności wymaganego dla należytego wywiązywania się z zobowiązań przy realizacji udzielanego zamówienia, może stanowić kryterium weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia opartym na przesłance rzetelności i kompetencji. Nie wyklucza to jednoczesnej możliwości żądania wykazania się określonym (bardziej precyzyjnym) minimalnym poziomem zdolności do wykonania

zamówienia, ale wskazanie tego poziomu nie jest obligatoryjne. Ustawodawca pozostawia w tym zakresie swobodę instytucji zamawiającej¹².

3. Potencjał podmiotów trzecich

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 53 ust. 4 i 5 i art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE.

Mając na względzie wykładnię proeuropejską uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczy, co do zasady, wszystkich wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy warunków udziału w postępowaniu, w tym sytuacji ekonomicznej wykonawcy.

Wyjątek odnosi się do kryteriów wskazanych w art. 22 ust. 5 ustawy, w szczególności rzetelności, która może być badana wyłącznie w stosunku do wykonawcy. Inaczej mówiąc, w postępowaniach na roboty budowlane, usługi lub w przypadku czynności związanych z rozmieszczeniem lub instalacją przedmiotu dostawy, zamawiający może wymagać bezpośrednio od wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne, spełniania odpowiednich wymagań wskazanych w opisie dotyczących kompetencji, rzetelności i efektywności¹³.

Gdy wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu odwołuje się do potencjału podmiotów trzecich zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Obowiązek wykonawcy wynika bezpośrednio z ustawy i nie jest wymagane w tym zakresie wyrażenie woli zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż będzie on dysponował potencjałem niezbędnym do właściwej realizacji zamówienia. Warte jednak podkreślenia jest, iż ustawowy obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od samych wykonawców.

Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego zobowiązany jest:

po pierwsze – wykazać, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz

po drugie – wykazać, że do wskazanego zasobu podmiotu trzeciego posiada rzeczywisty dostęp.

¹² Ibidem, s. 23.

¹³ Podobnie w odniesieniu do rzetelności A. Sołtyńska, H. Talago-Sławoj, Potencjał firmy to w przetargu za mało [w:] Dziennik Gazeta Prawna z dnia 8 kwietnia 2013 r.

Przede wszystkim zatem wykonawca zobowiązany jest wskazać zasoby, którymi będzie dysponował, a zamawiający powinien dokonać oceny, czy są one wystarczające tj. udostępniane w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż podmiot trzeci udostępniając swe zasoby obowiązany jest wskazać w sposób jednoznaczny zakres dostępnych wykonawcy zasobów. By zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym” podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Wynika to bezpośrednio z samego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, który wprost wskazuje na konieczność udostępnienia przez podmiot trzeci „niezbędnych zasobów” jak i obowiązkowi „udowodnienia”, iż te zasoby będą udostępnione „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika także z § 1 ust. 6 pkt 2 lit. a) rozporządzenia w sprawie dokumentów¹⁴, który wskazuje, iż zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia może żądać w szczególności informacji o zakresie dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu. Wola zamawiającego w tym zakresie nie musi być wyrażona w ogłoszeniu o zamówieniu, albowiem jest to obowiązek wykonawcy wprost wynikający z ustawy.

Rolą zamawiającego jest dokonanie oceny, czy udostępniane przez podmiot trzeci zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, to jest w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia. Jeżeli zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia wraz z uzasadnieniem oraz ewentualnie wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie, jakie zasoby podmiotu trzeciego będą wykonawcy dostępne. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów jest także badanie i ocena w przypadku zaistnienia sporu, czy zasoby podmiotu trzeciego są dostępne i czy zakres udostępnienia jest odpowiedni dla uznania, iż gwarantuje to realizację zamówienia w sposób należyty, a więc zgodny z wymaganiami podmiotowymi i przedmiotowymi zamawiającego.

Jak już powyżej wskazano, z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy wynika także, iż wykonawca zobowiązany jest udowodnić rzeczywistą dostępność wskazywanych zasobów, a więc określić w zależności od zakresu odwoływania się do potencjału podmiotu trzeciego stosunek łączący go z podmiotem trzecim, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, zakres ewentualnego udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia (§ 1 ust. 6 pkt 2 lit. b–d rozporządzenia).

Sposób wykazania dysponowania odpowiednim i realnym potencjałem podmiotu trzeciego zależy od specyfiki udzielanego zamówienia, zakresu stawianych warunków przez zamawiającego oraz wreszcie od tego, w jakim zakresie wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego.

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

¹⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

W przypadku, gdy wykonawca dysponuje bezpośrednio osobami na podstawie np. umowy o dzieło lub zlecenia obowiązek dowodzenia ich dostępności wynikający z art. 26 ust. 2b nie ma zastosowania, albowiem osoby te nie są udostępniane wykonawcy przez podmiot trzeci, lecz znajdują się w jego bezpośredniej dyspozycji. W jednym z orzeczeń sąd uznał, iż z uwagi na istnienie bezpośredniego uprawnienia do dysponowania gruntami, brak jest podstaw do uznania tych gruntów za potencjał techniczny innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy¹⁵.

W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, odwołanie się do sytuacji ekonomicznej podmiotu trzeciego oznacza, iż wykonawca samodzielnie nie jest w odpowiedniej kondycji finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia. Niewątpliwie sytuacja taka stanowi poważne ryzyko dla zamawiającego związane z prawidłową realizacją zamówienia publicznego szczególnie, gdy sama realizacja zamówienia wymaga od wykonawcy odpowiednich nakładów finansowych. Stąd też, przepisy ustawy oraz dyrektywa 2004/18/WE przewidują możliwość stawiania szczególnych wymagań wykonawcy odwołującemu się do potencjału podmiotu trzeciego w zakresie potencjału ekonomicznego.

Przede wszystkim, przepisy przewidują możliwość szczególnego badania samej sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotu trzeciego udostępniającego swe zasoby na rzecz wykonawcy. Udostępnianie zasobów finansowych jest możliwe tylko wtedy, gdy podmiot trzeci je posiada, stąd też zamawiający posiada uprawnienie do badania realnych możliwości podmiotów trzecich w tym zakresie. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów w sposób jednoznaczny wskazują na możliwość żądania informacji na temat kondycji finansowej i ekonomicznej podmiotów trzecich, w szczególności poprzez możliwość żądania sprawozdania finansowego, informacji z banku o wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej lub opłaconej polisy, a także przewidują możliwość żądania innych dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tym samym, katalog dokumentów żądanych od wykonawcy odwołującego się do zasobów podmiotów trzecich w zakresie potencjału finansowego i ekonomicznego ma charakter otwarty (§ 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia).

Zamawiający może zatem zażądać dokumentów o odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i podmiotu, na którego zasoby ekonomiczne i finansowe powołuje się wykonawca. Uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentu dotyczącego odpowiedzialności solidarnej wykonawcy z innym podmiotem, na którego potencjał finansowy i ekonomiczny wykonawca się powołuje, wynika z kodeksu cywilnego (art. 369 k.c.), do którego stosowania ustawa Pzp w zakresie nieuregulowanym ustawą odsyła, a także uprawnienie takie zostało przewidziane wprost w motywie 45. preambuły do dyrektywy 2004/18WE¹⁶. Jest to wymaganie oczywiste, mając na względzie fakt, iż tylko bezpośrednia odpowiedzialność podmiotu trzeciego w stosunku do zamawiającego gwarantuje realny dostęp do finansowego i ekonomicznego zasobu tego podmiotu, gwarantując należyte wykonanie zamówienia. Oczywiście zobowiązanie o przyjęciu odpowiedzialności solidarnej z wykonawcą za realizację udzielanego zamówienia publicznego powinno zostać złożone zamawiającemu przy zawarciu umowy z wykonawcą oraz powinno znaleźć także swe odzwierciedlenie w postanowieniach umowy.

W odniesieniu do dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotów trzecich, na których zasoby będzie powoływał się wykonawca w celu wykazania spełnienia tego warunku

¹⁵ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 8 kwietnia 2011 r., Sygn. Akt IV Ca 180/11.

¹⁶ J. Sadowy, B. Brańko, O. Starzyk Zasady ... op. cit., s. 33.

udziału w postępowaniu, zamawiający odpowiednią informację o zakresie żądanych dokumentów zamieszcza już w ogłoszeniu o zamówieniu.

W stosownych sytuacjach dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami konieczne może okazać się uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji części zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie lub uprawnienia podmiotu trzeciego.

Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how¹⁷. Tak więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy jak np. renowa przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu udzielanego zamówienia.

Jeżeli wymagamy odpowiedniego doświadczenia przy realizacji zamówienia publicznego, którego wykonawca nie ma, zamawiający powinien ocenić, czy np. doradztwo, szkolenia pracowników itp. deklarowane przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy jest wystarczające do uznania, iż wykonawca dysponuje zasobami „niezbędnymi” dla należytej realizacji zamówienia. Jeżeli zamawiający uzna, że ten sposób nie gwarantuje obiektywnie dostępności do zasobów podmiotu trzeciego w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia, to po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia, zamawiający może wykluczyć wykonawcę podając w uzasadnieniu dlaczego uznał, iż wykonawca nie posiada niezbędnych zasobów do dyspozycji. W takim też przypadku obowiązek udowodnienia przez wykonawcę dostępu do zasobów trzecich nie zwalnia zamawiającego z podania przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W zakresie dotyczącym uprawnień warto podkreślić, iż za wystarczające do uznania spełnienia warunku w postępowaniu dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie co najmniej jeden z konsorcjantów lub podmiot trzeci pod warunkiem oczywiście, że będzie on wykonywał część zamówienia związaną z obowiązkiem posiadania odpowiednich uprawnień.

Rolą zamawiającego jest zatem zbadanie i ocena dostępności zasobów podmiotów trzecich, a więc i to czy dany stosunek gwarantuje tę dostępność oraz czy zasoby są udostępniane w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Dostępność zasobów podmiotów trzecich powinna być zatem starannie badana przez zamawiającego. Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4), jak i orzecznictwa ETS¹⁸.

¹⁷ S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego, Warszawa 2002 r., s. 179.

¹⁸ Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie

Wprawdzie ustawa, w ślad za dyrektywą, wskazuje, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków” niemniej jednak, nie oznacza to, iż zamawiający nie ma prawa ocenić, czy dany stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje dostępność wykonawcy do zasobów podmiotu trzeciego deklarowanych do udostępnienia wykonawcy przez ten podmiot trzeci. Inaczej mówiąc, zamawiający jest uprawniony do badania, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów w zakresie niezbędnym dla właściwego wykonania zamówienia. Jest to również obowiązek KIO w postępowaniach prowadzonych na skutek odwołań wniesionych przez wykonawcę od decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Co do zasady, za niedopuszczalne należy uznać zmiany podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia, na zasobach których wykonawca opierał się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim miało to wpływ na decyzję o udzieleniu wykonawcy danego zamówienia publicznego, o ile sama siwz lub ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywało możliwości takiej zmiany i warunków jej przeprowadzenia. Kierując się art. 7 ust. 1 ustawy oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 ustawy zmianę taką należy uznać za dopuszczalną tylko pod warunkiem, gdy zmiana została dopuszczona na etapie przetargu oraz nowy podmiot trzeci lub wykonawca samodzielnie wykaże spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne¹⁹.

4. Ciężar dowodzenia

Na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to nie zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy

(kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia.

¹⁹ Wyrok ETS z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08: „Zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie pressetext achrichtenagentur, pkt 35). Zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może, w wyjątkowych wypadkach, stanowić tego rodzaju zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji, gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, a nie innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy, czego zbadanie jest w każdym wypadku zadaniem sądu krajowego”. (pkt 38 i 39).

„nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy: „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 (...)”. Tym samym, sam fakt niewykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a). Ze względu na znaczenie dla potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia żądamy od wykonawców wskazywany jest już w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno wymieniać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, jeżeli uprzednio nie zażądał ich wykazania od wykonawcy²⁰. Odstępstwo od powyższej zasady dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdyż z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dowody (dokumenty).

5. Dokumenty dotyczące oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Wykonawca przystępując do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne ma obowiązek złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy, co oznacza oświadczenie wykonawcy o jego zdolności do wykonania zamówienia na warunkach wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

5.1. Zakres żądanych dokumentów

Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jest jedynym dokumentem odnoszącym się do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, którego zamawiający z mocy ustawy ma obowiązek zawsze żądać. Zamawiający ma obowiązek żądania innych dokumentów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu tylko w przypadku postępowania o wartości równej lub przekraczającej wartość, od której obowiązują dyrektywy UE (art. 26 ust. 1 ustawy) i tylko wtedy, gdy jest to zamawiającemu niezbędne (art. 25 ust. 1 ustawy). O tym, jaki dokument jest niezbędny decyduje zamawiający²¹. Ostatecznie zatem od uznania zamawiającego zależy, czy i w jakim zakresie żądać od wykonawców odpowiednich dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

²⁰ Wyrok SO w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., Sygn. Akt II Ca 397/13: „Dopiero bowiem adaptacja tych warunków przez zamawiającego do potrzeb konkretnego zamówienia i opis sposobu oceny ich spełniania, nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia”.

²¹ Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 października 2006 r., Sygn. akt V Ca 1449/06: „Katalog dokumentów został wyznaczony przez rozporządzenie (...) Z treści § 1 rozporządzenia wynika jednoznacznie, że zamawiający ma prawo wyboru jakich dokumentów zażąda. Nie można zatem uznać za prawdziwą tezę, iż wymienione przez skarżącego w skardze dokumenty musiały być wymienione jako konieczne w siwz”.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać określa rozporządzenie²². Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ma charakter zamknięty, tj. nie można, w celu weryfikacji zdolności podmiotowej, żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem²³. Zasadę tę potwierdza wyjątek przewidziany dla zamówień sektorowych, w stosunku do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2) oraz w przypadku, gdy wykonawca zobowiązany jest udowodnić dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przetargu nieograniczonym w siwz, zobowiązany jest wskazać zakres i rodzaj dokumentów wymaganych od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Brak przedłożenia dokumentu lub oświadczenia nie wymaganego wcześniej przez zamawiającego nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne²⁴. Na powyższe wskazuje w sposób jednoznaczny norma art. 26 ust. 2a ustawy, zgodnie z którą wykonawca wykazuje spełnianie warunków na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Wyjątek dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dowody dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (art. 26 ust. 2b uPzp).

Poszczególne dokumenty wskazane w § 1 ust. 1 rozporządzenia, których zamawiający może żądać od wykonawcy, odpowiadają warunkom art. 22 ust. 1 ustawy.

Uprawnienia – weryfikacja tego warunku następuje poprzez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wykazaniu spełniania warunku posiadania uprawnień służy odpowiedni dokument, w szczególności koncesja, zezwolenie lub licencja. Należy odróżnić posiadanie uprawnień przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego od posiadania odpowiednich uprawnień przez osobę uczestniczącą w wykonywaniu zamówienia po stronie wykonawcy. O ile obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji przypisany jest wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne, a więc przyszłej stronie umowy, o tyle to drugie co do zasady przypisane jest osobie, którą wykonawca dysponuje np. architektowi. W pierwszym przypadku to wykonawca powinien posiadać uprawnienia, w drugim powinien dysponować osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia.

²² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U. poz. 231.

²³ Wyrok SO w Lublinie z dnia 31 marca 2006 r., Sygn. Akt IX Ga 37/06: „Przepisy tego rozporządzenia zawierają normy o charakterze semiimperatywnym, co oznacza, iż określają maksymalne wymogi w zakresie obowiązku przedstawienia stosownych dokumentów, jakie mogą zostać postawione oferentowi. Nic nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jedynie niektóre spośród wymienionych w rozporządzeniu dokumentów. (...) W żaden sposób nie można natomiast zaakceptować poglądu, by zamawiającemu wolno było żądać jakichkolwiek innych dokumentów ponad wskazane w rozporządzeniu”.

²⁴ Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 listopada 2005 r., Sygn. Akt V Ca 1489/05: „Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia Zespołu Arbitrów, że z treści zapisu pkt 4 i następujących po nim podpunktów nie wynikał obowiązek przekazania zamawiającemu listy osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia. (...) Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie niewykazania przez niego przesłanek, do których nie był zobowiązany i w konsekwencji wybór innej oferty, stanowiło naruszenie przepisów ustawy dotyczących odrzucenia ofert (art. 89 ust. 1 pkt 2)”.

Wiedza i doświadczenie – ocena spełniania tego warunku dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane zamówienia. Weryfikacji spełniania warunku wiedzy i doświadczenia służą odpowiednio wykazy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne powinien posiadać odpowiednie doświadczenie i wiedzę. Opisu oceny spełniania tego warunku należy dokonać mając na względzie możliwości jego zweryfikowania w oparciu o żądane dokumenty. Co do zasady, zamawiający zwykle wymaga zrealizowania określonej ilości robót budowlanych lub dostaw i usług o podobnym charakterze do zamawianych, zbliżonym zakresie lub wartości. Opis w tym zakresie musi być obiektywny, tj. adekwatny do przedmiotu zamówienia i jego zakresu²⁵.

Potwierdzeniu spełniania warunku doświadczenia i wiedzy służy wykaz robót budowlanych oraz wykaz głównych dostaw lub usług. Wykaz powinien co do zasady uwzględniać roboty budowlane wykonane za okres nie dłuższy niż 5 lat od momentu upływu terminu składania ofert lub wniosków, a w stosunku do dostaw i usług za okres nie dłuższy niż 3 lata. Ponadto, zamawiający może wymagać, by wykaz zawierał rodzaj (przedmiot w przypadku dostaw lub usług) i wartość, daty wykonania zamówień i miejsca lub – także w przypadku dostaw i usług – podmioty, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane. Wykazy sporządza wykonawca.

Do wykazu robót budowlanych wykonawca zobowiązany jest dołączyć dowody dotyczące najważniejszych robót wskazanych przez wykonawcę w wykazie, czy roboty zostały wykonane należycie oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W przypadku dostaw lub usług do wykazu wykonawca składa jedynie dowody ich należytego wykonania. Obowiązek złożenia dowodów nie dotyczy sytuacji, gdy zamawiający jest jednocześnie podmiotem, na rzecz którego zamówienia wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane.

Dowody w sposób jednoznaczny powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia wskazanego przez wykonawcę w wykazie. W dokumentach tych nie jest wymagane, by były zawarte informacje, takie jak data wykonania zamówień, wartość, odbiorca, które podaje sam wykonawca w przedłożonym wykazie²⁶. Rozporządzenie nie stawia zatem wymagań co do treści dowodów poza tym, iż powinny

²⁵ Wyrok SO w Krakowie z dnia 4 sierpnia 2006 r., Sygn. Akt II Ca 1018/06: „Zupełnie zaś chybionym jest twierdzenie skarżącego że tożsamym jest wykonanie jednej roboty budowlanej o wartości 30 mln zł z wykonaniem wielu robót o łącznej wartości 30 mln złotych, oczywistym dla Sądu Okręgowego jest, iż wykazanie tego ostatniego nie spełnia warunku określonego w siwz, gdzie wymóg ten został jednoznacznie i precyzyjnie określony”.

²⁶ Wyrok SO w Poznaniu z dnia 9 czerwca 2006 r., Sygn. akt II Ca 577/06: „Trafnie Zespół Arbitrów zauważył, że sprzeczne z prawem było jednoznaczne narzucenie przez zamawiającego treści listów referencyjnych, jakie wykonawcy mają załączyć do oferty, w szczególności poprzez narzucenie, iż w listach referencyjnych oprócz okresów i nazwy dostawy winny znaleźć się również wartości netto lub wartości brutto z określoną wliczoną stawką podatku VAT. (...) Z przepisu tego [§ 1 ust. 2 pkt 5 rozp.] wynika jednoznacznie, że tzw. listy referencyjne mogą jedynie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia. W omawianym przepisie nie ma mowy o treści listów referencyjnych, a w szczególności niedopuszczalna i bezprawna była praktyka zamawiającego..., polegająca na domaganiu się od wykonawców, aby wyłącznie przy pomocy listów referencyjnych o ściśle określonej treści udokumentowali ilość i wartość wykonanych dostaw (...) Żądanie referencji mogło bowiem zmierzać tylko do udokumentowania należytego wykonania dostaw, a do udokumentowania tego zbędne i niedopuszczalne było narzucanie wykonawcom wymogu złożenia referencji zawierających w swej treści wartość netto lub wartość brutto z określoną wliczoną stawką podatku VAT zrealizowanych zamówień i zaznaczeniem, że każde z zamówień musi być wymienione w liście referencyjnym oddzielnie”.

one potwierdzać należyte wykonanie najważniejszych/głównych zamówień wskazanych przez zamawiającego w wykazie oraz w przypadku robót budowlanych z treści poświadczenia powinno wynikać informacja o wykonaniu robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ich ukończeniu.

Zasadą jest, iż dowodami należytego wykonania zamówienia jest poświadczenie, a więc dokument co do zasady wystawiony przez podmiot, na rzecz którego realizowane było zamówienie. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, może je zastąpić innymi dowodami lub w przypadku dostaw i usług własnym oświadczeniem. W każdym przypadku zastąpienie poświadczenia innymi dowodami lub oświadczeniem wykonawcy musi być przez niego uzasadnione. W przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia w okolicznościach, gdy nie zachodzą uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze, zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia poświadczenia należytego wykonywania określonych zamówień. W przypadku, gdy wykonawca nie przedłoży żądanego poświadczenia, to podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz wynikającymi z przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający może doprecyzować roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania w wykazie lub doprecyzowywać zakres składanych poświadczeń. Doprecyzowanie nie powinno w sposób dyskryminujący ograniczać wykonawcy możliwości wykazania swej wiedzy i doświadczenia. Tym samym, szczególnie w zakresie precyzowania zakresu wykazu wykonanych wcześniej zamówień sporządzanego przez wykonawcę, zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności.

Zamawiający badając rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie wykonawcy może żądać także informacji o zamówieniach, które nie były wykonane przez wykonawcę należycie. W razie konieczności zamawiający może także zwrócić się do właściwego podmiotu, na rzecz którego zamówienie było lub miało być wykonane o przedłożenie bezpośrednio zamawiającemu dodatkowych informacji lub dokumentów.

Co do zasady, wykaz powinien dotyczyć zamówień już wykonanych. Jedyne odstępstwo od tej zasady dotyczy dostaw lub usług ciągłych lub powtarzających się okresowo (dostawa czasopism, usługi sprzątnia, ochrony, catering dla szpitala). W tym przypadku wykonawca może wykazywać się realizacją usług lub dostaw w zakresie już wykonanym w sytuacji jednak, gdy całe świadczenie nie zostało jeszcze zrealizowane. Wartość usług i dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należytą realizację powinny dotyczyć zakresu już zrealizowanego, a nie objętego umową, która jeszcze nie została zrealizowana.

Weryfikacji doświadczenia oraz uprawnień do prowadzenia działalności nie służy wymaganie od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze odpowiadał przedmiotowi działalności określonej zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykluczanie wykonawców z postępowań przetargowych, z uzasadnieniem, iż nie posiadają oni odpowiedniego doświadczenia lub uprawnień w wykonywaniu zamówień podobnego rodzaju, w oparciu o przedłożony odpis z właściwego rejestru, pozbawione jest podstawy prawnej.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż przedmiot działalności określony w rejestrze nie wywołuje skutków w stosunkach zewnętrznych, co oznacza, iż nie określa on zakresu czynności, jakich może dokonać wykonawca. Brak ujawnienia w odpowiednim rejestrze działalności faktycznie wykonywanej przez wykonawcę nie wyłącza ani nie ogranicza zdolności prawnej wykonawcy ani ich zdolności do czynności prawnych (w szczególności do zawarcia umowy) w zakresie nieujawnionego rodzaju działalności. Inaczej mówiąc, działalność określona rejestrem nie kreuje zdolności prawnej przedsiębiorcy. Przedmiot działalności spółki jest wewnętrznym ustaleniem wspólników co do zamierzonej realizacji wspólnego celu²⁷. Ponadto, żądanie przedstawienia odpisu z rejestru nie ma na celu potwierdzenia zbieżności prowadzonej przez wykonawcę działalności z przedmiotem zamówienia, co dodatkowo uzasadnia bezpodstawność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Głównym celem jest potwierdzenie spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, a więc tego, iż w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji, które to zdarzenie zgłaszane jest do rejestru.

Kreowanie przez zamawiającego dodatkowego wymogu w postaci ujawnienia w Krajowym Rejestrze Sądowym (ewidencji) przedmiotu działalności wykonawcy, który pokrywa się z klasyfikacją przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa²⁸.

Zgodnie z art. 55¹ kodeksu cywilnego przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników materialnych i niematerialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. W doktrynie przyjmuje się, iż wśród składników przedsiębiorstwa należy wymienić również elementy, które co prawda nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego, lecz wpływają dodatnio lub ujemnie na wartość przedsiębiorstwa. Wśród składników przedsiębiorstwa należy wymienić sytuacje faktyczne, które nie mają charakteru praw podmiotowych, lecz wpływają dodatnio lub ujemnie na jego wartość, np. klienta, lokalizacja, dobra lub zła renoma, czyli okoliczności określane jako goodwill lub badwill (dobra lub zła sława)²⁹. Niewątpliwie też do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how³⁰. Tak więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy, jak np. renoma przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Zgodnie z art. 75¹ kc, przedsiębiorstwo może być zbyte, wydzierżawione albo może być na nim ustanowione prawo użytkowania. Pojęcie zbycia przedsiębiorstwa obejmuje wszelkie czynności prawne powodujące przeniesienie na nabywcę praw i obowiązków wchodzących w skład przedsiębiorstwa. Dotyczy to więc sprzedaży, darowizny, zamiany, a także wniesienia do spółki tytułem wkładu³¹. Wniesienie przedsiębiorstwa do spółki jest jedną z form zbycia przedsiębiorstwa.

²⁷ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2006 r., s. 246.

²⁸ Wyrok SO w Kaliszu z dnia 13 maja 2005 r., Sygn. akt II Ca 141/05: „Skoro zamawiający w siwz określił, że potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest przedłożenie przez wykonawcę aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo zaświadczenie w wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, iż przedmiot wykonywanej przez wykonawcę działalności odpowiada przedmiotowi zamówienia, to wobec tego postawienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takiego wymogu narusza art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy”.

²⁹ *Ibidem*, s. 33.

³⁰ S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2002 r., s. 179.

³¹ A. Kidyba, *Prawo ...*, op. cit., s. 34.

Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa.

Tym samym, wniesienie przedsiębiorstwa jako aportu do spółki prawa handlowego, w celu pokrycia obejmowanych udziałów lub zawiązania nowej spółki powoduje przejście na spółkę również związanego z tym przedsiębiorstwem doświadczenia. W konsekwencji, wykonawca, działający w formie spółki, będąc uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte przez wniesione do spółki przedsiębiorstwo.

Potencjał techniczny – ocena spełniania tego warunku dokonywana jest w oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, opisu urządzeń technicznych lub środków zastosowanych w celu zapewnienia jakości, stan zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego.

Należy zaznaczyć, iż sprzęt jaki konieczny jest do wykonania zamówienia niekoniecznie musi być własnością wykonawcy czy też znajdować się w jego posiadaniu w momencie składania oferty/wniosku. Ważne jest, by wykonawca posiadał stosowne gwarancje, że sprzęt ten będzie posiadał w momencie przystąpienia do wykonania zamówienia³².

Osoby zdolne do wykonania zamówienia – ocena spełniania tego warunku dokonywana jest w oparciu o kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie oraz informacji o posiadanych przez te osoby uprawnieniach.

Wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jest to szczególnie istotne w stosunku do usług i robót budowlanych, gdzie często konieczne jest zatrudnienie osób o odpowiednim wykształceniu, kwalifikacjach lub uprawnieniach. Stąd też, zamawiający może w tym zakresie precyzować wymagania stawiane osobom biorącym udział w wykonywaniu zamówienia w zakresie uprawnień, wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji zawodowych. Na potwierdzenie spełniania warunku zamawiający może zatem żądać przedłożenia wykazu osób i podmiotów uczestniczących w wykonywaniu zamówienia oraz informacji na temat posiadanych uprawnień. Ważne jest, iż dysponowanie osobami nie ogranicza się jedynie do pracowników wykonawcy, ale również osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej³³.

³² Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., Sygn. Akt V Ca 1021/05: „Sąd Okręgowy podzielił argumentację zamawiającego co do wymagań odnośnie potencjału technicznego wykonawcy w zakresie sprzętu i liczby pracowników o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Miały one na celu zagwarantowanie terminowości i jakości prac. Nie istnieje nadto przepis zakazujący zawierania takich warunków w siwz. Art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP stanowi jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wprowadza więc zakazu określenia przez zamawiającego w siwz minimum wymaganego potencjału technicznego i ludzkiego. (...) W ocenie Sądu Okręgowego żądanie zamawiającego sprowadza się do przedstawienia wyżej wymienionej informacji, a sprecyzowanie liczby i rodzaju urządzeń oraz liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia nie jest sprzeczne z powołanym wyżej przepisem”.

³³ Wyrok SO w Katowicach z dnia 4 października 2005 r., Sygn. Akt IV Ca 392/05: „Jak trafnie podnosi Zespół Arbitrów, nie jest rzeczą zamawiającego badanie, na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne wykonujące faktycznie pracę. Równie dobrze mogą to być osoby fizyczne, które prowadzą działalność gospodarczą i świadczyć będą w tym charakterze usługę na rzecz wykonawcy. Istotne jest tylko, aby

Sytuacja ekonomiczna i finansowa – ocena spełniania tego warunku dokonywana jest w oparciu o sprawozdanie finansowe lub inne dokumenty finansowe, informację z banku o wysokości środków lub zdolności kredytowej, opłaconą polisę. Wykonawca powinien posiadać odpowiedni potencjał finansowy, tak by zapewnić płynność realizowanego zamówienia³⁴.

Stosownie do art. 26 ust. 2c ustawy, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Stosownie do orzeczenia ETS³⁵, gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie wykonawcy nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, to nie przysługuje mu prawo powołania się na inny dokument na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy. Aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, wykonawca nie ma innej możliwości niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy.

Zgodnie z orzeczeniem ETS³⁶ „instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu (...)”.

Niedopuszczalne jest żądanie przez zamawiającego przedstawienia promesy udzielenia kredytu. Informacja banku, której może żądać zamawiający, nie ma charakteru wiążącego strony, natomiast promesa stanowi obietnicę udzielenia przez bank kredytu, z którą związane jest uprawnienie wykonawcy dochodzenia zawarcia umowy kredytu.

5.2. Aktualność dokumentów

Dokumenty składane przez wykonawcę mają walor dowodowy, tj. są składane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożenie oświadczenia wraz z dokumentami stwarza domniemanie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile wynika to z treści

wykonawca posiadał (nie zatrudniał) osoby uprawnione do wykonania zamówienia – art. 22 ust. 1 Pzp. Zatem treść stosunku wiążącego osobę wykonującą zamówienia z wykonawcą nie może być przedmiotem oceny w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też wbrew zarzutom skarżącego, ani Zespół Arbitrów, ani też Sąd nie są władni do oceny czy wykonanie zamówienia spełnia przesłanki stosunku pracy”; Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2006 r., Sygn. Akt V Ca 568/06: „Siwz nie wymagał, aby zamówienie realizowane było przez osoby zatrudnione u wykonawcy na podstawie stosunku pracy, a także nie stawiał wymogów odnośnie liczby osób wykonujących zamówienie. Z uwagi na powyższe, należało zatem przyjąć, że wykonawca mógł realizować zamówienie za pomocą osób zatrudnionych w ramach umowy cywilnoprawnej, co tym samym przyczyniłoby się do pomniejszenia kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia”.

³⁴ Wyrok SO w Warszawie z dnia 12 maja 2006 r., Sygn. Akt V Ca 110/06: „Niezasadny również jest zarzut dotyczący wymogu wykazania się możliwościami finansowymi lub kredytowymi rzędu 35 mln zł. Należy podkreślić, iż przedmiotem zamówienia objęty jest kilkusetmilionowy kontrakt i wykazanie się 10% w stosunku do wartości kontraktu możliwościami finansowymi w żaden sposób nie może zostać uznane za nieuzasadnione czy wygórowane. W ocenie Sądu Okręgowego uznać należy, iż niemożność wykazania się możliwościami finansowymi w określonej przez zamawiającego wysokości nie daje podstaw do uznania, iż zamówienie zostałyby wykonane”.

³⁵ Wyrok ETS z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Hochtief.

³⁶ Wyrok ETS z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Hochtief.

dołączonych dokumentów. Nie oznacza to jednak, iż domniemania wynikającego z dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie można obalić. Jeżeli w trakcie badania zdolności podmiotowej wykonawcy okaże się, iż dokumenty przestaną być aktualne, tj. stan faktyczny, który był podstawą ich wystawienia uległ zmianie, wykonawca powinien mimo wszystko podlegać wykluczeniu z postępowania, tyle że w takim przypadku to do zamawiającego należy obowiązek wykazania istnienia takich okoliczności. Przykładowo, jeżeli podmiot przedstawia zaświadczenie z KRK o tym, iż dana osoba nie została prawomocnie skazana za typ przestępstw określonych przepisami ustawy, ale w tzw. międzyczasie wyrok skazujący się uprawomocnił, należy wykluczyć wykonawcę z postępowania. Wprawdzie żąda się dokumentów aktualnych na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków (art. 26 ust. 2a i 26 ust. 3 zdanie drugie), ale nie oznacza to, iż zmiana okoliczności, jaka nastąpiła po otwarciu ofert/wniosków nie powinna być uwzględniana przez zamawiającego. Zasadą jest, iż nie można udzielić zamówienia podmiotowi nie wykazującemu spełniania warunków, a więc np. przestępcy skazanemu prawomocnym wyrokiem. Dokumentów żąda się nie po to, by ocenić je formalnie na dzień składania ofert/wniosków, ale po to, by stwierdzić, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest zdolny do wykonania zamówienia. Jeżeli w trakcie postępowania okazuje się, iż w stosunku do wykonawcy zaistniały okoliczności skutkujące utratą zdolności do wykonania zamówienia, ustawa nie stanowi zakazu wykluczenia wykonawcy w takich okolicznościach z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4). Przyjęcie innego poglądu skutkowałoby udzielaniem zamówień wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, co stałoby w sprzeczności z celem ustawodawcy.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty aktualne, a więc potwierdzające istnienie określonego stanu faktycznego lub prawnego. Rozporządzenie w sprawie dokumentów określa do niektórych z dokumentów termin, w którym dokumenty powinny być wystawione, stanowiąc domniemanie, iż dokumenty wystawione nie wcześniej niż w określonym czasie pozostają aktualne. Jeżeli jednak stan faktyczny, który był podstawą wystawienia dokumentu uległ zmianie, dokument przestaje być aktualny, nawet jeżeli zachowany zostanie termin jego wystawienia określony w rozporządzeniu.

Warunek aktualności spełniał będzie natomiast dokument wystawiony w okresie wcześniejszym (a więc wcześniej niż 3 lub 6 miesięcy), jeżeli istnienie określonych w nim okoliczności potwierdzone zostało przez organ wydający (upoważnionego przedstawiciela organu) w wymaganym terminie³⁷. Nie jest wystarczające w tym zakresie zamieszczenie dopisku „za zgodność z oryginałem”, który nie świadczy o aktualności dokumentu³⁸.

³⁷ Wyrok SO w Łodzi z dnia 15 lutego 2006 r., Sygn. akt III Ca 1526/06: „W sprawie, co nie ulega wątpliwości, zaświadczenie zostało złożone, z tym że o jego aktualności świadczył stempel o treści „Dane zawarte w zaświadczeniu są zgodne z ewidencją wg stanu na dzień 18.04.2005 r.”. Adnotacja ta co nie było kwestionowane przez zamawiającego została dokonana przez podmiot uprawniony. Dlatego też uznać należy, że zaświadczenie w takiej formie w sposób wystarczający potwierdza fakt wpisu wykonawcy w dniu 18.04.2005 r. do ewidencji działalności gospodarczej”.

³⁸ Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 grudnia 2002 r., Sygn. akt: V Ca 1754/02: „Poświadczenie zgodności z oryginałem nie może być uznane za poświadczenie aktualności danych zawartych w dokumencie z danymi widniejącymi w ewidencji działalności gospodarczej.” [w:] Zamówienia publiczne w orzecznictwie – zeszyty orzecznicze. Wybrane zagadnienia Zespołu Arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie z 2003 r., Zeszyt Nr 2, Urząd Zamówień Publicznych.

5.3. Sposób złożenia dokumentów

Dokumenty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny być złożone w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (§ 7 ust. 1 rozporządzenia)³⁹. Ustawowo dopuszczalnym odstępstwem od tej zasady jest sytuacja, gdy zamawiający przewidział możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu faksem lub drogą elektroniczną (art. 27 ust. 1 i 4 ustawy).

Wykazanie spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu jest bezwzględnie wymagane dla dalszego udziału wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne. Niewykazanie spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy skutkuje bowiem wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Spełnienie warunków wyżej opisanych, co do zasady skutkuje dopuszczeniem do ubiegania się wykonawcy o realizację zamówienia publicznego, z tego też względu możemy warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy nazwać warunkami pozytywnymi. W przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego, wykazanie spełnienia warunków może być niewystarczające do dalszego udziału wykonawcy w postępowaniu. Chodzi mianowicie o sytuację, gdy wykonawca, pomimo iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktowany jest jak wykonawca wykluczony, ze względu na większą liczbę wniosków niż wskazana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu liczba wykonawców, których zaprasza do kolejnego etapu procedury.

6. Wykazanie spełniania warunków przez konsorcjum

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o wykonanie zamówienia. Ustawodawca mając na względzie zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, dopuścił możliwość składania oferty wspólnej przez wykonawców. Jest to szczególnie uzasadnione przy udzielaniu „dużych” zamówień, wymagających zaangażowania potencjału przekraczającego możliwości realizacji przez poszczególnych wykonawców.

Przepisy ustawy nie regulują w sposób jednoznaczny zasad ubiegania się o zamówienie publicznego wykonawców składających wspólnie ofertę. Szczególnie liczne wątpliwości dotyczą sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty składające wspólną ofertę.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia publicznego. Tym samym, do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne mają zastosowanie przepisy właściwe dla wykonawcy, z uwzględnieniem różnic wynikających z istoty konsorcjum.

³⁹ Wyrok SO w Poznaniu z dnia 26 lipca 2006 r., Sygn. akt IX Ga 121/06: „Nie jest więc dokumentem kserokopia stanowiąca odwzorowanie oryginału dokumentu nie zaopatrzona w oświadczenie wykonawcy o jej zgodności z oryginałem. Warunkiem bowiem uznania kserokopii za dokument jest umieszczenie na niej oświadczenia o zgodności z oryginałem i złożenie podpisu osoby uwierzytelniającej dokument, do czego w niniejszej sprawie zobowiązany był wykonawca. Samo złożenie oświadczenia o zgodności z oryginałem jedynie na pierwszej stronie dokumentu jest niewystarczające, bowiem przymiot kopii dokumentu poświadczającego za zgodność posiada wówczas jedynie pierwsza strona dokumentu, a nie cały dokument. Wykonawca winien poświadczyc za zgodność z oryginałem całość dokumentu, a nie tylko jego część”.

Ustawa przewiduje odpowiedzialność solidarną (bierną) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (art. 141 ustawy). Solidarność bierna polega na tym, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Każdy z dłużników odpowiada więc za całość długu aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela (art. 366 k.c.).

W pierwszej kolejności powstaje zatem wątpliwość, co do możliwości zawarcia i realizacji umowy przez podmiot, który nie posiada stosownych uprawnień np. zezwolenia wymaganego do realizacji przedmiotu umowy. Należy podkreślić, iż uczestnik konsorcjum jako strona umowy, w świetle art. 141 ustawy odpowiada przed zamawiającym również za świadczenie, którego realnie wcale nie musi wykonywać. Odpowiednie postanowienia umowy konsorcjum nie mogą wyłączać odpowiedzialności solidarnej jej członków, bowiem została ona uregulowana ustawowo. Tym samym, umowa konsorcjum, nawet jeśli przewiduje wykonywanie czynności objętej np. zezwoleniem przez podmiot uprawniony, nie może wyłączać odpowiedzialności za należyte wykonanie całego zamówienia pozostałych członków konsorcjum.

Mając na uwadze zasadę niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego, nie ma przeszkód, aby uznać, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego spełniają warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, jeżeli stosowne uprawnienia na wykonywanie określonej działalności będą posiadały tylko te podmioty, które w świetle umowy konsorcjum będą wykonywały zamówienie, którego realizacja na podstawie odrębnych przepisów prawa objęta jest wymogiem posiadania stosownych uprawnień. W stosunku do pozostałych podmiotów-członków konsorcjum, stawianie takiego wymogu nie jest uzasadnione.

Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy, dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego, w przypadku konsorcjum, zasadniczo mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Podkreślenia wymaga jednak, iż Komisja Europejska w piśmie z dnia 7 grudnia 2009 r.⁴⁰ wskazała, iż w niektórych uzasadnionych przypadkach instytucje zamawiające mogą odstąpić od zasady stanowiącej, iż wymóg spełnienia kryteriów wyboru przez co najmniej jednego członka konsorcjum jest niezgodny z celem jego ustanowienia. W ocenie Komisji Europejskiej takie uzasadnione przypadki mają miejsce, gdy zwyczajne „sumowanie” nie jest racjonalne, jednakże każde odstępianie od respektowania ogólnej zasady musi być rozpatrywane indywidualnie i powinno znajdować uzasadnienie w okolicznościach konkretnego przypadku. Wyjątek ten może w szczególności dotyczyć warunku wiedzy i doświadczenia, gdy specyfika przedmiotu zamówienia może uzasadniać sformułowanie takiego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie może polegać na prostym zsumowaniu prac zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum co do ich zakresu i wartości, jako mającego przekładać się na posiadane doświadczenie⁴¹.

Podobnie wskazał ETS w jednym ze swoich ostatnich orzeczeń: „Nie można oczywiście wykluczyć, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja

⁴⁰ Znak: REGIO J.4/JM/ak D(2009) 995698.

⁴¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05).

zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub – stosownie do okoliczności – przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych⁴².

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakres pełnomocnictwa określają wykonawcy; może ono ograniczać się jedynie do biernego reprezentowania konsorcjum w postępowaniu. Wszelka korespondencja powinna być doręczana pełnomocnikowi. Doręczenie pisma pełnomocnikowi traktowane jest jak doręczenie pisma wykonawcom.

Nie jest konieczne, aby pełnomocnictwo było odrębnym dokumentem załączonym do oferty lub wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, o ile zamawiający tego nie zażąda. O udzieleniu pełnomocnictwa przesądza wszakże treść oświadczenia woli wykonawców, a nie forma dokumentu, w którym oświadczenie to zostało zawarte. Tym samym, pełnomocnictwo może wynikać z postanowienia (klauzuli umownej) umowy konsorcjum.

Ustanowienie pełnomocnika uprawnionego również do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum nie wyłącza uprawnienia wykonawców do osobistego ich składania w postępowaniu⁴³.

Pełnomocnik ustanowiony przez konsorcjum może nie tylko składać w jego imieniu oświadczenia woli, ale również oświadczenia wiedzy⁴⁴.

7. Spółka cywilna

W przeciwieństwie do umowy konsorcjum, która to umowa jest umową nienazwaną, tj. niezdefiniowaną przepisami prawa, instytucja spółki cywilnej jest regulowana w przepisach art. 860 – 875 kodeksu cywilnego. W ich świetle, spółka cywilna jest umownym stosunkiem cywilnoprawnym, a ściślej zobowiązaniowym, w którym wspólnicy zobowiązują się do świadczenia, polegającego na dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w oznaczony sposób, w szczególności przez wniesienie wkładów.

Spółka cywilna nie stanowi jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, a tym bardziej nie jest osobą prawną. Tym samym, na gruncie ustawy Pzp, wykonawcą nie jest spółka cywilna, lecz wspólnicy – osoby fizyczne, które zawarły umowę spółki cywilnej. Zbliża to spółkę cywilną do konsorcjum, które również nie tworzy odrębnego podmiotu praw i obowiązków. W odróżnieniu jednak od konsorcjum, spółka cywilna jest bytem trwałym. Po pierwsze wspólnicy wnoszą wkłady do spółki, po drugie istnieje wspólny majątek wspólników. Konsorcjum tworzone jest jedynie w celu ubiegania się oraz ewentualnie realizacji konkretnego przedsięwzięcia, po czym ulega rozwiązaniu.

⁴² Wyrok ETS z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12.

⁴³ Wyrok SO w Warszawie z dnia 30 czerwca 2006 r., Sygn. akt V Ca 855/06.

⁴⁴ Wyrok SO w Warszawie z dnia 1 czerwca 2005 r., Sygn. akt V Ca 429/05: „Sąd Okręgowy co do zasady podziela pogląd skarżących, zgodnie z którym oświadczenie o spełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) może zostać skutecznie złożone przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika wykonawcy”.

Na podstawie art. 866 kodeksu cywilnego, w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników, każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Źródła uprawnienia do reprezentacji spółki należy doszukiwać się zatem nie w pełnomocnictwie, lecz przedstawicielstwie ustawowym⁴⁵. Z tego względu obowiązek ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu nie odnosi się do spółki cywilnej. W przypadku spółki cywilnej za wystarczające należy zatem uznać dołączenie do oferty/wniosku umowy spółki. Każdy ze wspólników umocowany jest do reprezentacji spółki w zakresie określonym umową, a jeżeli ta nie określa zasad reprezentacji, zastosowanie znajdują przepisy k.c. W zakresie określonym umową, każdy ze wspólników może samodzielnie reprezentować sprawy spółki, a więc składać ofertę, oświadczenia wiedzy, korzystać ze środków ochrony prawnej.

8. Wykluczenie wykonawców

W przeciwieństwie do warunków pozytywnych, warunki określone w art. 24 ust. 1 ustawy można nazwać warunkami negatywnymi, albowiem ich spełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania co do zasady z powodu niewywiązywania się ze swych dotychczasowych obowiązków kontraktowych, wykonawców w likwidacji lub upadłości, niewywiązujących się ze swych zobowiązań publicznoprawnych lub skazanych za określony typ przestępstw.

W postępowaniach o wartości powyżej progów od których obowiązują dyrektywy UE co do zasady każdy wykonawca ma obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia z przyczyn wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. W tym celu zamawiający ma obowiązek żądać stosownych oświadczeń i dokumentów w zakresie wskazanym w § 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wyjątek od powyższego dotyczy zamówień „sektorowych” i zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w których zamawiający posiada uprawnienie do odstąpienia od niektórych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodów, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy dotyczy każdego z członków konsorcjum.

Pierwsza z przesłanek odnosi się do wykonawców niewywiązujących się ze swych wcześniejszych zobowiązań umownych związanych z realizacją zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy). Orzecznictwo sądów powszechnych⁴⁶ jednoznacznie przesądziło, iż niewywiązywanie się ze swych zobowiązań przez wykonawcę, wynikające z rażącego niedbalstwa lub celowego działania, może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Późniejsze orzeczenie ETS⁴⁷ potwierdziło słuszność orzecznictwa polskich sądów uznając niewywiązywanie się ze zobowiązań przez wykonawcę za poważne wykroczenie zawodowe pod warunkiem, że ma ono charakter celowy lub wynika z rażącego niedbalstwa.

Biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz uwzględniając orzecznictwo ETS, zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania w przypadku wydania prawomocnego

⁴⁵ A. Kidyba, *Prawo ...*, op. cit., s. 211; Wyrok SO w Gorzowie Wlkp. z dnia 9 listopada 2005 r., Sygn. akt: VII Ga 44/05.

⁴⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 roku (sygn. akt V Ca 1469/12).

⁴⁷ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11.

orzeczenia sądu za okres 3 lat, licząc od dnia uprawomocnienia się wyroku stwierdzającego wyrządzenie szkody, na skutek niewykonania zamówienia lub nienależytego jego wykonania, lub zostali zobowiązani do zapłacenia kary umownej pod warunkiem, że wyrządzenie szkody lub zapłata kary umownej jest następstwem niewykonania lub niewłaściwego wykonywania przez wykonawcę zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo oraz jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wyniosły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia.

Mając na względzie, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania, co do zasady, konieczny jest prawomocny wyrok sądu oraz biorąc pod uwagę przypadki ubiegania się wykonawcy o zamówienie, które wcześniej nie było przez niego zrealizowane, ustawodawca wprowadził nowelizacją z roku 2011 nową podstawę wykluczenia wykonawcy (pkt 1a). Chodzi o wykluczenie wykonawcy, z którym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sprawie zamówienia publicznego albo dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia, w następstwie niewykonania lub niewłaściwego wykonywania przez wykonawcę zamówienia, wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Istnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy może być dowodzone przez zamawiającego za pomocą każdego środka, mającego wartość dowodową. Przepisy nie określają dokumentu, którego zamawiający mógłby żądać na potwierdzenie, iż ww. okoliczności nie zachodzą w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o wykonanie zamówienia, nie oznacza to jednak braku możliwości podważania domniemania zgodności z prawdą oświadczenia wykonawcy składanego w tym zakresie.

Wykluczanie wykonawcy z postępowania z powodu niewywiązywania się ze swych dotychczasowych zobowiązań zachodzi niezależnie od tego czy dotyczy to zobowiązań przewidzianych w umowie zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych czy też w umowie zawartej na podstawie wyłączeń przewidzianych w ustawie od obowiązku jej stosowania⁴⁸. Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawarta między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Jeżeli podmiot zamawiający zawiera umowę o charakterze odpłatnym na dostawy, usługi lub roboty budowlane mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego niezależnie od rodzaju trybu, w jakim następuje wybór wykonawcy, z którym umowa jest zawierana.

Ustawa przewiduje obowiązek wykluczenia przez zamawiającego wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku. Powyższa okoliczność, której istnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, ma na celu zapobiegnięcie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie będą w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Celem normy jest zatem ochrona interesu publicznego,

⁴⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 listopada 2012 r., Sygn. Akt V Ca 2497/12: „W ocenie Sądu Okręgowego, umowa zawarta pod rządami innych norm prawnych niż ustawa Prawo zamówień publicznych, nie oznacza, iż nie jest umową zawartą w przedmiocie zamówienia publicznego. Fakt, że jej zawarcie, realizacja, zostały poczynione na mocy norm prawa międzynarodowego, nie niweluje jej bytu jako umowy dotyczącej zamówienia publicznego”.

m.in. poprzez zapobieżenie sytuacji, w której umowa o zamówienie publiczne nie jest realizowana co narazić może zamawiających na szkodę.

Pierwsza z okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy związana jest z otwarciem likwidacji wykonawcy. Jest oczywiste, iż likwidacja wykonawcy, mająca na celu zakończenie prowadzenia interesów spółki, uzasadnia jego wykluczenie z postępowania. Wykonawca w likwidacji podejmuje tylko te czynności, które służą likwidacji, a do takich nie można zaliczyć realizacji nowych zamówień publicznych⁴⁹.

Drugą z okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy jest ogłoszenie upadłości wykonawcy. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze⁵⁰ mówi, iż ogłoszenie upadłości następuje w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny (art. 10).

Ustawa przewiduje ogłoszenie upadłości obejmującą likwidację majątku upadłego oraz ogłoszenie upadłości dłużnika z możliwością zawarcia układu. Ogłoszenie upadłości w celu likwidacji majątku zawsze skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Obowiązek ten zachodzi również w stosunku do wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu z wierzycielami, chyba że sąd ogłaszając upadłość jednocześnie zatwierdził układ zawarty z wierzycielami. Dopiero zatwierdzenie przez sąd układu z wierzycielami, skutkuje uchyleniem podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku ogłoszenia upadłości.

Podstawa ogłoszenia upadłości, a więc niewypłacalność dłużnika, odnosi się zarówno do ogłoszenia upadłości mającego na celu likwidację majątku, jak i ogłoszenia upadłości mającego na celu zawarcie układu z wierzycielami. Mając powyższe na uwadze, ryzykowne z punktu widzenia interesu publicznego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawców, którzy zawarli układ z wierzycielami, ale których wiarygodność ekonomiczna budzi wątpliwości. Warto zwrócić uwagę, iż dyrektywy europejskie regulujące zasady udzielania zamówień publicznych⁵¹, dają normatywną podstawę do wprowadzenia norm, które wykluczałyby z postępowania o zamówienie publiczne wykonawców, którzy zawarli umowę z wierzycielami.

Jako że ogłoszenie upadłości zgłaszane jest do rejestru sądowego lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej z urzędu, zamawiający w celu potwierdzenia, iż w stosunku do wykonawcy nie ogłoszono upadłości może żądać odpisu z właściwego rejestru albo z centralnej ewidencji.

Co do zasady z postępowania o zamówienie publiczne wykluczani są także wykonawcy zalegający z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Zgodnie z ustawą ordynacja podatkowa⁵², podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub

⁴⁹ A. Kidyba, Prawo ..., op. cit., s. 217.

⁵⁰ t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.

⁵¹ Art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

⁵² Art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.

gminy, wynikające z ustawy podatkowej. Zaległością podatkową, z której istnieniem związane jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, jest podatek niezapłacony w terminie płatności.

Oplata wykazuje wiele cech podobnych do podatku. Różnica polega na tym, że opłata jest świadczeniem odpłatnym. Podatek jako danina nieodpłatna nie wiąże się z żadnym bezpośrednim świadczeniem wzajemnym na rzecz podatnika. Opłata natomiast pobierana jest za wyraźnie wskazane usługi i czynności organów państwowych lub samorządowych, dokonywane w interesie konkretnego podmiotu⁵³. Wśród opłat możemy wymienić np. opłatę skarbową oraz opłaty lokalne (targową, miejscową, administracyjną). Zaległością będzie przekroczenie terminu uiszczenia opłaty.

Ustawa nie rozróżnia, o jakie podatki i opłaty chodzi, stąd też należy uznać, iż zaległość w uiszczeniu jakiegokolwiek podatku lub opłaty przewidzianej prawem skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Na potwierdzenie niezalegania z podatkami i opłatami, zamawiający może jednak żądać jedynie zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków. Rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów nie przewiduje natomiast możliwości żądania dokumentów o niezaleganiu wykonawcy z uiszczaniem opłat np. od organów gminy, co nie oznacza jednak, iż istnienie takiej zaległości nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowić będzie również zaleganie z uiszczeniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. W celu wykazania braku istnienia powyższej okoliczności zamawiający może żądać od wykonawcy przedłożenia zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

Z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się osoby fizyczne ubiegające się o zamówienie publiczne lub wykonawców, w których organach zarządzających zasiadają osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, 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 oraz które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustawodawca wskazał zamknięty katalog typu przestępstw za popełnienie których wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Popełnienie przestępstwa innego niż określone wyłącza wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe rodzaje przestępstw zostały stypizowane w odrębnych przepisach prawa, głównie kodeksie karnym⁵⁴ oraz kodeksie karnym skarbowym⁵⁵. Należy podkreślić, iż tylko prawomocne orzeczenie sądu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

⁵³ P. Smoleń, *Opłaty*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, (red.) W. Wojtowicz, Warszawa 2002 r., s. 258.

⁵⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

⁵⁵ Ustawa z dnia 10 września 1999 r., t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.

Wykluczenie dotyczy osób fizycznych ubiegających się o zamówienie publiczne lub zasiadających, co do zasady, w organach zarządzających wykonawców. Nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy w przypadku skazania innych osób niż wskazana przepisem, nawet jeżeli są one członkami władz spółki, a więc np. członkami rady nadzorczej lub akcjonariuszy spółki akcyjnej. Niedopuszczalne jest również wykluczenie wykonawcy z powodu prawomocnego skazania osób jedynie reprezentujących spółkę (np. prokurenta). Osoby te nie są również zobowiązane do przedstawiania zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności, którego zamawiający może żądać jedynie w stosunku do osób, z których skazaniem ustawa łączy obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. W przypadku np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zaświadczenie z KRK zobowiązani będą przedłożyć wszyscy urzędujący członkowie zarządu spółki, niezależnie od tego, czy składają oświadczenia w imieniu spółki w danym postępowaniu, czy też nie.

Wykluczeniu z postępowania podlegają także podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie. Obowiązek przedkładania dokumentów potwierdzających brak ww. okoliczności oraz ewentualny obowiązek wykluczenia z postępowania dotyczy tylko i wyłącznie tych wykonawców, którzy są „podmiotami zbiorowymi” w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁵⁶. Zgodnie z przepisami, podmiotem zbiorowym jest: osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nie mająca 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 nie będący osobą fizyczną; zagraniczna jednostka organizacyjna.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 Prawa zamówień publicznych „podmiotami zbiorowymi” są m.in. jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej. Do tej grupy podmiotów należy zaliczyć podmioty, które co prawda nie zostały obdarzone osobowością prawną, ale na mocy przepisów prawnych stanowią określoną organizację, która umożliwia im funkcjonowanie w obrocie jako samodzielny podmiot praw i obowiązków. Takimi podmiotami są osobowe spółki handlowe, w stosunku do których element wyodrębnienia organizacyjnego wynika wprost z art. 8 § 1 ksh. Przepis ten przyznaje spółkom prawa handlowego zdolność prawną tzn. możliwość we własnym imieniu nabywania praw i zaciągania zobowiązań, a co się z tym wiąże odrębność organizacyjną i majątkową spółki od jej współników. Do podmiotów zbiorowych nie będą zaliczane np. spółki cywilne⁵⁷, których współnikami są osoby fizyczne.

Ustawodawca przewiduje obowiązek wykluczenia wykonawców z postępowania także z przyczyn, których istnienie godzi w zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami rywalizującymi o to samo zamówienie publiczne. Za sytuacje, które mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz niedyskryminującego dostępu do zamówienia niewątpliwie należy uznać uczestnictwo wykonawcy w przygotowywaniu postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy), uczestnictwo w postępowaniu wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej (art. 24 ust. 2 pkt 5) oraz złożenie nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3). Okoliczności powyższe muszą mieć jednak charakter zasadniczy, tj. wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania, jeżeli wykaże on że okoliczności te nie utrudniają uczciwej konkurencji lub, jak

⁵⁶ Ustawa z dnia 28 października 2002 r., tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 768 ze zm.

⁵⁷ Tak samo: Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 kwietnia 2005 r., Sygn. akt IV Ca 580/04; Opinia UZP – http://www.uzp.gov.pl/prawo/opinie_new/opinie_PZP_2.html.

w ostatnim przypadku, jeżeli podanie nieprawdziwych informacji nie ma lub może nie mieć wpływu na wynik postępowania⁵⁸.

Ponadto, przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania nie można interpretować w oderwaniu od prawa unijnego, a szczególnie w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą można wykluczyć wykonawcę z postępowania, jeżeli wykonawca jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Wykluczeniu z postępowania powinien podlegać jedynie wykonawca, który - co do zasady - celowo wprowadza w błąd zamawiającego co do okoliczności faktycznych mających istotne znaczenie dla oceny wykonawcy lub jego oferty. Wykluczeniu nie powinien podlegać zatem wykonawca, który podaje informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale z okoliczności wynika, iż jest to następstwo omyłki lub błędu lub gdy informacje nie mają znaczenia dla przebiegu postępowania i wpływu na jego wynik. Takie omyłki powinny być usuwane w zależności od okoliczności sprawy, bądź w następstwie żądania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy lub też w drodze poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy lub poprzez przyjęcie stosownych wyjaśnień uzyskanych od wykonawcy⁵⁹.

Brak wadium lub brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy). Zgodnie z ustawą (art. 85 ust. 2) wykonawca na wniosek zamawiającego lub samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą. Obowiązek wykluczenia wykonawcy zachodzi tylko w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wniosek zamawiającego⁶⁰. Sam upływ terminu związania ofertą nie stanowi zatem wystarczającej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak i nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy z wybranym wykonawcą.

⁵⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 25 sierpnia 2011 r., Sygn. akt XII Ga 282/11: „Natomiast trafny jest zarzut skarżącego co do złożenia przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych informacji w sporządzonym przez niego wykazie dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia w zakresie dostaw realizowanych na rzecz firmy (...). Wykonawca ten w piśmie procesowym z dnia 16.VI.2011 r. złożonym w postępowaniu przyznał się do złożenia takiej informacji usprawiedliwiając ją swoją omyłką. Jednakże złożenie we wskazanym zakresie nieprawdziwej informacji, nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę wygrywającego przetarg, wykazu dostaw zrealizowanych na rzecz innego kontrahenta (...) o wartościach przekraczających wymagane przez zamawiającego wartości”.

⁵⁹ Powyższe było przedmiotem orzekania sądów w następstwie skarg Prezesa Urzędu: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 19 lipca 2012 r., Sygn. Akt IV Ca 683/12; wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., Sygn. Akt VI Ga 134/12; wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., Sygn. Akt II Ca 1285/12.

⁶⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10: „Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą”.

§ 11.

CHARAKTERYSTYKA TRYBÓW UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ DOPUSZCZALNOŚCI ICH STOSOWANIA

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje różne procedury wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne.

Podstawowym sposobem wyboru wykonawcy jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z ośmiu trybów przewidzianych ustawą. I tak, w kolejności przewidzianej ustawą, zamawiający ma do wyboru następujące tryby udzielania zamówienia: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, wolna ręka, zapytanie o cenę, licytacja elektroniczna.

Prócz możliwości zastosowania jednego z wyżej wskazanych trybów ustawa przewiduje także szczególne sposoby udzielania zamówienia tj. w drodze konkursu, na podstawie dynamicznego systemu zakupów czy umowy ramowej.

Wreszcie udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest także na podstawie procedur przewidzianych w odrębnych niż ustawa przepisach. Przykładem może być tu ustawa o koncesjach na roboty budowlane lub usługi, która reguluje zasady przyznawania koncesji stanowiących zamówienia publiczne o szczególnym charakterze. Cechą charakterystyczną koncesji jest bowiem sposób wypłaty wynagrodzenia w postaci prawa do korzystania z przedmiotu koncesji przez koncesjonariusza.

Przedmiotem omówienia w ramach niniejszego rozdziału są wyłącznie tryby udzielania zamówienia publicznego.

O ile etap przygotowania postępowania jest co do zasady tożsamy dla wszystkich trybów, o tyle samo już postępowanie w zakresie udzielania zamówienia publicznego jest odmiennie uregulowane dla każdego z trybów i przesądza o istocie każdego z nich. Każdy z trybów posiada swoją specyfikę, która je wyróżnia.

Jak już wcześniej wskazano, ustawodawca wyróżnia osiem trybów w których można udzielić zamówienia publicznego. Wśród nich na szczególną uwagę zasługują dwa tryby a mianowicie przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, które są podstawowymi trybami w których mogą być udzielane zamówienia publiczne (art. 10 ust. 1 uPzp). Zamawiający zawsze ma prawo udzielić zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w jednym z dwóch wskazanych wyżej trybów. Pozostałe sześć wymienionych trybów może mieć zastosowanie tylko i wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 10 ust. 2 uPzp). Tym samym, zamawiający chcąc udzielić zamówienia publicznego w innym trybie niż podstawowy zobligowany jest wykazać istnienie stanu faktycznego odpowiadającego okolicznościom określonym ustawą dla danego (wybranego przez zamawiającego) trybu. Zamawiający każdorazowo stosując tryb inny niż podstawowy zobowiązany jest wskazać podstawę prawną dla takiego działania oraz wykazać, iż okoliczności faktyczne odpowiadają normie zawartej we wskazanym przez siebie przepisie. To na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia istnienia podstawy dla stosowania innego niż podstawowy trybu udzielania zamówienia publicznego.

Przesłanki umożliwiające zamawiającemu odstąpienie od stosowania trybów podstawowych, jako wyjątek od zasady prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego, należy interpretować ściśle i niedopuszczalna jest ich wykładnia rozszerzająca.

Ustawodawca przewidział w sposób odmienny sankcje za nieuprawnione skorzystanie z poszczególnych niepodstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego. Stosowanie trybów takich jak negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny czy licytacja elektroniczna wyodrębnione zostało ze względu na konieczność przewidzenia procedur dedykowanych co do zasady szczególnie złożonym zamówieniom (negocjacje i dialog) lub ze względu na szczególną formę prowadzenia procedury (licytacja elektroniczna). W istocie swej tryby te wszczynane są poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu, a więc dają wszystkim potencjalnie zainteresowanym szansę dostępu do zamówienia publicznego na zasadach niedyskryminujących. W związku z tym skutki niewłaściwego zastosowania jednego z trzech wskazanych wyżej trybów niepodstawowych nie są tak dolegliwe dla potencjalnych wykonawców i nie godzą w podstawowe cele i zasady systemu zamówień publicznych. Z tego też powodu ustawodawca nowelą z roku 2009¹ ostatecznie zrezygnował z sankcji nieważności umowy za zastosowanie w sposób nieuprawniony jednego z trzech wskazanych trybów. Podobnie naruszenie ustawy polegające na nieuprawnionym zastosowaniu trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej nie skutkuje już sankcjami z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Co więcej, tryb licytacji elektronicznej obok przetargu nieograniczonego jest trybem w którym w sposób najpełniejszy realizuje się zasada niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych albowiem w tym trybie wszyscy wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu mają ustawowo zagwarantowane prawo złożenia swej oferty. Odmiennie w trybie przetargu ograniczonego, a więc podstawowym trybie udzielania zamówienia publicznego, do składania ofert zapraszani są wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, ale tylko w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu. Może się zatem zdarzyć sytuacja, iż w przetargu ograniczonym wykonawca zdolny do realizacji zamówienia nie zostanie zaproszony do złożenia oferty, co w licytacji elektronicznej nie jest możliwe z tego powodu. Tym bardziej nie ma uzasadnienia dla stosowania tak daleko idących sankcji dla nieuprawnionego stosowania trybu licytacji elektronicznej.

W przypadku nieuzasadnionego stosowania trybów nie przewidujących ogłoszenia o zamówieniu, a więc nie dających szans złożenia oferty (zapytanie o cenę) lub przystąpienia do negocjacji (negocjacje bez ogłoszenia, wolna ręka) wszystkim zainteresowanym wykonawcom lecz jedynie tym, którzy zostali do tego zaproszeni ustawa oraz inne przepisy przewidują możliwość zastosowania daleko idących sankcji w tym unieważnienia zawartej umowy czy też sankcji z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nieuzasadnione odstąpienie od obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest traktowane jako poważne naruszenie prawa albowiem godzi w podstawowy cel funkcjonowania systemu zamówień publicznych – dostępu wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminujących. Z tego też względu, badanie prawidłowości stosowania trybów wszczynanych na skutek bezpośredniego zaproszenia wykonawców stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania Prezesa Urzędu jako organu czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych (art. 154 pkt 11 uPzp).

Dyrektywy UE nieco odmiennie regulują tryby udzielania zamówień niż w ustawie. Tak samo jak ustawa, dyrektywy przewidują procedury przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dia-

¹ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.

logu konkurencyjnego i negocjacji bez ogłoszenia. Odpowiednikiem polskiego przetargu nieograniczonego jest przewidziana w dyrektywach „procedura otwarta”. Dyrektywom nie jest natomiast znany tryb zamówienia z wolnej ręki, który jest właściwy dla ustawy Pzp, zaś odpowiednikiem tego trybu w dyrektywie jest tryb negocjacji bez ogłoszenia, tyle że prowadzony z jednym wykonawcą. Tryby zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej są trybami właściwymi jedynie dla ustawy i nie mają swoich odpowiedników w prawie europejskim, stąd ich stosowanie jest dopuszczalne jedynie dla zamówień nieobjętych obowiązkiem stosowania zasad przewidzianych w dyrektywach, a więc poniżej tzw. progów unijnych (wyjątek dotyczy usług o charakterze „niepriorytetowym” do udzielania których można stosować tryb licytacji elektronicznej niezależnie od wartości zamówienia).

Prócz kryterium prawnej dopuszczalności zasadności stosowania danego trybu dodatkowym kryterium oceny przez zamawiającego zasadności stosowania danego trybu powinna być także jego adekwatność do specyfiki udzielanego zamówienia. Pomimo, iż tryby przetargu nieograniczonego i ograniczonego zawsze możliwe są do zastosowania pod względem prawnym specyfika udzielanego zamówienia może uzasadniać potrzebę skorzystania z innego niż podstawowy tryb udzielania zamówienia publicznego. Przetarg ograniczony nie powinien być zatem stosowany tam, gdzie mamy do czynienia z niskim poziomem konkurencyjności albowiem złożenie zbyt małej liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu (czy w skrajnych przypadkach jednego wniosku) może prowadzić do braku efektów ekonomicznych danego przetargu. Po stronie wykonawcy może być zatem brak motywacji do złożenia oferty rzeczywiście korzystnej dla instytucji zamawiającej wynikający z posiadania wiedzy o braku lub ograniczonej liczbie wykonawców, którzy złożyli swój wniosek. Procedura taka może być oceniona jako właściwa pod względem jej legalności natomiast jako niewłaściwa pod względem gospodarności wydatkowanych środków.

Według statystyk za rok 2012 najchętniej stosowanymi trybami udzielania zamówień publicznych są tryby przetargu nieograniczonego (83,89% zamówień w 2012 roku udzielonych było w tym trybie) oraz wolnej ręki (11,69%). Spośród pozostałych trybów zapytanie o cenę stosowano w 2,19%, negocjacje bez ogłoszenia (1,16%), przetarg ograniczony (0,6%), negocjacje z ogłoszeniem (0,28%), licytacja elektroniczna (0,16%), dialog konkurencyjny (0,03%). Odnotować warto istotny spadek liczby zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki (z 28,27% w roku 2007).

1. Przetarg nieograniczony

Wśród trybów udzielania zamówień publicznych szczególnie znaczenie ma przetarg nieograniczony. Po pierwsze, jest to jeden z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, tj. bez względu na okoliczności zamawiający zawsze może udzielić zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Po drugie, w trybie tym każdy wykonawca jest uprawniony do złożenia oferty. W pozostałych trybach możliwość złożenia ofert jest ograniczona wyłącznie do wykonawców zaproszonych uprzednio przez zamawiającego do ich składania. Po trzecie, przetarg nieograniczony pełni funkcję trybu „modelowego” do którego odsyłają przepisy regulujące sposób postępowania w pozostałych trybach. Normy regulujące postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w istotnym zakresie (np. ogłoszenie o zamówieniu, wadium) zastosowanie mają również do innych trybów.

Tryb przetargu nieograniczonego pomimo prawnej dopuszczalności jego stosowania do wszystkich zamówień nie zawsze przystaje do specyfiki udzielania wszystkich zamówień publicznych a szczególnie tych, które mają charakter szczególnie złożony lub twórczy. Specyfiką tego trybu jest bowiem

określenie „z góry” wszystkich istotnych wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia. W przypadku zamówień niestandardowych może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia możliwych do zaproponowania przez wykonawców rozwiązań, prowadząc do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji a także nieuzyskania najlepszych możliwych efektów z danego przetargu.

1.1. Istota trybu przetargu nieograniczonego

Przetarg nieograniczony to tryb w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 uPzp). Istotą przetargu nieograniczonego jest prawo do złożenia oferty przez nieograniczony krąg podmiotów. Oferta składana jest w odpowiedzi na publikację ogłoszenia o zamówieniu, które pełni w tym zakresie funkcję zaproszenia do składania ofert. W żadnym innym trybie udzielania zamówienia publicznego określonym ustawą, wykonawcy nie są uprawnieni do złożenia ofert bezpośrednio w odpowiedzi na publikację ogłoszenia o zamówieniu. Warunkiem skutecznego złożenia oferty w innych trybach jest uprzednie skierowanie bezpośrednio do wykonawcy zaproszenia do złożenia oferty.

O ile każdy wykonawca ma prawo złożyć swą ofertę w przetargu nieograniczonym, o tyle zamawiający może udzielić zamówienia tylko i wyłącznie wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia publicznego w sposób należyty. Wykonawca powinien zatem wykazać odpowiedni poziom doświadczenia i wiedzy, potencjału technicznego i finansowego na żądanie zamawiającego (art. 22 ust. 1 ustawy). Nie chodzi bowiem o to, by udzielić zamówienia komukolwiek, kto złoży ofertę najkorzystniejszą ale, by udzielić zamówienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia zdolnemu do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę i który będzie w stanie wywiązać się ze swych zobowiązań względem zamawiającego (art. 22 ust. 5 ustawy). Nie mniej istotne od samego wyboru oferty najkorzystniejszej jest bowiem także to, by oferta ta pochodziła od podmiotu zdolnego do realizacji zobowiązań w niej przewidzianych. Nie wykazanie spełniania warunków skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Z tego względu, tryb nazwany w ustawie jako „przetarg nieograniczony” nie odpowiada znaczeniu tego pojęcia przyjętemu w literaturze, która definiuje przetarg nieograniczony jako przetarg do którego bez ograniczeń przystąpić może każdy, bez względu na to, czy legitymuje się określonymi cechami.² Przetarg nieograniczony w ustawie jest to wprawdzie postępowanie zorientowane na nieograniczony krąg adresatów (wykonawców), ale posiadających odpowiednie cechy i z tego względu bardziej odpowiednim byłoby określenie tego trybu jako „przetargu otwartego” jak stanowią dyrektywy regulujące zasady udzielania zamówień przez państwa członkowskie UE, które postępują się pojęciem „procedury otwartej”.

Ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w przetargu nieograniczonym następuje po otwarciu ofert. Zamawiający nie może zatem odmówić prawa do złożenia oferty żadnemu wykonawcy.

1.2. Wszczęcie postępowania

Z wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego mamy do czynienia z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Przemawia za tym definicja legalna

² M. Boratyńska, Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne., Warszawa 2001, s. 37.

postępowania o zamówienie publiczne (art. 2 pkt 7a ustawy), która wiąże wszczęcie postępowania z upublicznieniem ogłoszenia o zamówieniu (nie zaś z jego przekazaniem do publikacji). Także definicja przetargu nieograniczonego zawarta w art. 39 ustawy wyraźnie wskazuje, iż wykonawca składa swą ofertę w przetargu w odpowiedzi na „publiczne ogłoszenie”. Za publiczne nie można zatem uznać jeszcze ogłoszenia, które jest jedynie przekazane do jego publikacji właściwemu organowi.

Liczenie terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE a nie od jego publikacji w Dzienniku Urzędowym UE nie stanowi wystarczającego argumentu przemawiającego za uznaniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji za chwilę wszczęcia postępowania albowiem ma on przede wszystkim na celu precyzyjne wyliczenie przez zamawiającego daty (dnia) w którym nastąpi upływ terminu złożenia ofert. Moment upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku przez służby Komisji Europejskiej nie jest bowiem pewny w przeciwieństwie od daty jego przekazania do publikacji w Dzienniku przez zamawiającego. Pozwala to uniknąć ryzyka wyznaczenia upływu terminu składania ofert np. na dzień ustawowo wolny od pracy, co może być problematyczne zarówno dla zamawiających jak i wykonawców w kontekście choćby nakazu otwarcia ofert w dniu w którym upływa termin ich składania i uprawnienia wykonawców do wzięcia udziału w tej czynności (art. 86 ust. 2 ustawy Pzp). Obliczenie terminu składania ofert od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu a nie od dnia jego publikacji ma zatem charakter jedynie formalny³.

Ustawa nakłada obowiązek upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz w zależności od wartości zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz Dzienniku Urzędowym UE. Definicja postępowania o zamówienie publiczne jak i sama definicja przetargu nieograniczonego nie wiąże wszczęcia postępowania z publikacją ogłoszenia o zamówieniu w jednym z wyżej wskazanych miejsc (publikatorów) stąd też przyjąć należy, iż wszczęcie postępowania następuje w chwili pierwszego upublicznienia ogłoszenia o zamówienia.

W postępowaniach o wartości poniżej progów UE ze względu na to, iż zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej czy w siedzibie zamawiającego nie jest prawnie dopuszczalne przed zamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp) oraz ze względu na to, iż upublicznienie w Biuletynie następuje automatycznie z chwilą jego zamieszczenia przez zamawiającego, momentem wszczęcia postępowania praktycznie będzie zawsze zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie.

W postępowaniach o wartości przekraczającej „progi unijne” wszczęcie postępowania następować będzie nie później niż z dniem publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Może nastąpić jednak wcześniej, jeżeli zamawiający bezpośrednio po przekazaniu Urzędowi Publikacji UE, a jeszcze przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieści ogłoszenie o zamówieniu publicznym w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym lub na stronie internetowej. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż przepisy ustawy zakazują zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego lub na jego stronie internetowej jedynie przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy). *A contrario*, możliwa jest zatem publikacja ogłoszenia w siedzibie zamawiającego lub na stronie internetowej już w dniu jego przekazania Urzędowi, a więc jeszcze przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym UE.

³ M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane., (red.) M. Lemke, Wyd. II, UZP 2001 r., s. 56.

1.3. Ogłoszenie o zamówieniu

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu

Ustawa Prawo zamówień publicznych poświęca wiele uwagi kwestiom związanym z publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Właściwa publikacja ogłoszenia jest bowiem jedną z podstawowych gwarancji dostępności zainteresowanych wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych.

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu różni się w zależności od wartości udzielanego zamówienia publicznego.

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wartości określona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE wydawanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy⁴ (zwana dalej „progiem unijnym”), zamawiający ma obowiązek w pierwszej kolejności zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie powinno nastąpić przed zamieszczeniem ogłoszenia w innych miejscach wskazanych ustawą.

Biuletyn Zamówień Publicznych dostępny jest wyłącznie w formie elektronicznej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Ze względu na powszechną dostępność, jest to podstawowe źródło informacji o udzielanych zamówieniach o wartości „poniżej progów UE”. Wykonawcy poza otwartym dostępem do informacji zawartych w Biuletynie mają od roku 2011 także możliwość bezpłatnej subskrypcji publikowanych tam ogłoszeń za pomocą której codziennie pocztą elektroniczną mogą otrzymywać wyniki wyszukiwania interesujących (wybranych według wskazanych przez siebie wcześniej kryteriów np. dotyczących przedmiotu zamówienia) informacji o ogłoszeniach zamieszczonych poprzedniego dnia.

Wzór ogłoszenia o zamówieniu przekazywanego Prezesowi Urzędu do publikacji w BZP określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów wydawane na podstawie delegacji art. 11 ust. 6 ustawy⁵. W postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE. Wzory ogłoszeń określa rozporządzenie Komisji ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych⁶.

Przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji UE powinno nastąpić w pierwszej kolejności. Ustawa nie zakazuje natomiast publikacji ogłoszenia w innym miejscu np. na stronie internetowej lub siedzibie w okresie pomiędzy przekazaniem ogłoszenia a jego publikacją w Dzienniku.

⁴ Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. (Dz.U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.) kwoty od których uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE w zależności od rodzaju zamawiającego wynoszą dla dostaw i usług odpowiednio 130 tys. euro (np. administracja centralna), 200 tys. euro (np. samorządy terytorialne) i 400 tys. euro (zamówienia sektorowe i zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa) oraz 5 mln euro dla robót budowlanych.

⁵ Obecnie obowiązuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz.U. Nr 12, poz. 69 ze zm.).

⁶ Rozporządzenie KE nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r., Dz.U. UE z dnia 27 sierpnia 2011 r. L 222/1.

Dodatkowo, niezależnie od wartości udzielanego zamówienia, zamawiający ma obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (art. 40 ust. 1).

Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób (art. 40 ust. 5) w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Upublicznienie informacji o zamówieniu w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest jedną z najistotniejszych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem zapewnia realizację podstawowego celu funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a mianowicie otwarcia zamówień publicznych na konkurencję na zasadach niedyskryminujących. To z ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy czerpią wiedzę o możliwości ubiegania się o dane zamówienie i ewentualnie decydują się na złożenie swej oferty w przetargu nieograniczonym lub w przypadku innych trybów wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Realizacja celu ogłaszanego przetargu następuje, gdy w przetargu zamawiającemu udaje się uzyskać odpowiednią liczbę ofert, która zapewnia realną konkurencję, co z kolei może pozwolić uzyskać odpowiedni poziom efektywności ekonomicznej przeprowadzonego przetargu. Konkurencja w przetargu zwiększa przejrzystość procesu przetargowego i ogranicza ryzyko zawiązywania skutecznych zmów pomiędzy wykonawcami.

Dla zapewnienia celów przetargu postuluje się zatem nie tylko publikację ogłoszenia o zamówieniu w miejscach wskazanych jako obligatoryjne przez ustawodawcę. Szczególnie w postępowaniach o wartości większej od progu unijnego właściwe jest zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu także w Biuletynie Zamówień Publicznych. W Biuletynie zamawiający mogą zamieszczać także ogłoszenia, których zamieszczenie ze względu na wartość nie jest obowiązkowe (art. 11 ust. 5 ustawy). Jest to istotne szczególnie dla polskich przedsiębiorców, którzy wiedzę o organizowanych w Polsce przetargach czerpią właśnie głównie z Biuletynu.

Dodatkowo, zamawiający może starać się zainteresować przetargiem znanych sobie wykonawców poprzez bezpośrednie przekazanie informacji o wszczęciu danego postępowania (art. 40 ust. 5a ustawy). Nie wszyscy wykonawcy śledzą bowiem na bieżąco ogłoszenia zamieszczane w Biuletynie czy Dzienniku Urzędowym lub nie wyrażają zainteresowania realizacją zamówień publicznych. Bezpośrednie przekazanie informacji o przetargu potencjalnym wykonawcom zwiększa szanse uzyskania efektów prowadzonego postępowania i może świadczyć o rzeczywistej woli zamawiającego otwarcia zamówienia na konkurencję. Przykładowo Urząd Zamówień Publicznych organizując przetarg na dostawę samochodu osobowego przesłał informację o opublikowanym przetargu do siedemdziesięciu pięciu potencjalnych wykonawców.

Treść ogłoszenia o zamówieniu

Ustawa nakazuje, by informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od miejsca jego publikacji były spójne tj. nie zawierały informacji sprzecznych (art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy). Ogłoszenie o danym zamówieniu zamieszczane w Biuletynie czy Dzienniku Urzędowym UE oraz innych miejscach pozostaje nadal jednym ogłoszeniem, tyle że publikowanym w kilku miejscach.

Ustawa określa minimalny zakres informacji jakie powinno zawierać ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać następujące informa-

cje: (1) nazwę i adres zamawiającego, określenie (2) trybu, w którym jest prowadzone postępowanie, (3) przedmiotu zamówienia, jego wielkości lub zakresu, (4) adresu strony internetowej na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia, informacje o (5) terminie wykonania zamówienia, (6) kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu, (7) miejscu i terminie składania ofert, (8) terminie związania ofertą. Ponadto, ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub opublikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej lub w inny sposób zawierają informację o dniu zamieszczenia w Biuletynie lub przekazania Urzędowi Publikacji UE (art. 40 ust. 6 pkt 3).

Poza informacjami wskazanymi powyżej, ustawa wymaga od zamawiającego zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o stosowaniu określonych rozwiązań o charakterze fakultatywnym. Mają one charakter względnie obowiązujący tj. jeżeli zamawiający wykorzystuje stosowne rozwiązania wskazane ustawą ma obowiązek poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu. Do takich informacji ustawa zalicza informację o (1) możliwości złożenia ofert częściowych, (2) możliwości składania oferty wariantowej, (3) warunkach udziału w postępowaniu i opisie sposobu oceny ich spełniania, (4) wadium, (5) zamiarze zawarcia umowy ramowej, (6) zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, (7) zastosowaniu aukcji elektronicznej, (8) o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, (9) oświadczeniach i dokumentach wymaganych od wykonawcy – art. 25 ust. 1, (10) zastosowaniu dialogu technicznego – art. 31c, (11) ograniczeniu możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne – art. 22 ust. 3, (12) opisie sposobu oceny spełniania warunków – art. 22 ust. 4, (13) możliwości unieważnienia postępowania – art. 93 ust. 1a.

Pozostałe informacje zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu mają charakter fakultatywny tj. zamawiający może je zamieścić ale nie ma takiego obowiązku.

1.4. Charakter prawny ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym

Jak wskazuje część literatury⁷, doniosłym skutkiem publikacji ogłoszenia o zamówieniu wskazywanym przez doktrynę prawa cywilnego jest to, iż ma ono istotne znaczenie dla określenia wzajemnych praw i obowiązków stron wynikających z przystąpienia do przetargu. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu⁸ na treść ogłoszenia składają się dwa typy wypowiedzi. Pierwszy z nich obejmuje wypowiedzi odnoszące się do treści przyszłej (zamierzonej) umowy. Z istoty przetargu wynika, iż określenie treści przyszłej umowy w ogłoszeniu o przetargu nie może być zupełne, a więc w takiej postaci, aby umowa mogła dojść do skutku przez proste wyrażenie przez adresata zgody na ogłoszenie o przetargu. Ogłoszenie o przetargu nie ma zatem w relacji do zamierzonej umowy charakteru oferty, lecz zaproszenia do ich składania. Drugi typ wypowiedzi określa dalszy tryb postępowania przetargowego. Doktryna, formułuje pogląd, kwalifikujący tę wypowiedź jako ofertę zawarcia umowy określającej tryb postępowania przetargowego, a więc nie umowy zamierzonej (definitywnej).

⁷ S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna., Warszawa 2002 r., s. 230.

⁸ Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, Warszawa 2002 r., s. 360; J. Gęsiak, Zawarcie umowy w drodze przetargu, [w:] Rejent, 1999 r., nr 9, s. 84; J. Litowski, Odpowiedzialność odszkodowawcza stron przetargu z ustawy o zamówieniach publicznych, [w:] Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 1999 r., nr 7–8, s. 11.

Powyższe poglądy wskazują o kwalifikacji na gruncie prawa cywilnego ogłoszenia o zamówieniu jako oświadczenia woli. Skutkiem złożenia oświadczenia nie jest jednak zawarcie umowy definitywnej na skutek jego przyjęcia (to na gruncie kodeksowym następuje w chwili zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, o ile warunki przetargu nie stanowią inaczej), lecz umowy określającej zasady prowadzenia postępowania przetargowego. Warunkiem istnienia umownego stosunku cywilnoprawnego jest złożenie zgodnego oświadczenia woli jej stron. Nawiązanie stosunku prawnego w tym przypadku następuje na skutek złożenia oferty przez wykonawcę, co oznacza przyjęcie zaproponowanego w ogłoszeniu przez zamawiającego sposobu procedowania w przetargu. W wyniku złożenia ofert dochodzi więc do powstania wielu, to jest tylu, ilu jest uczestników przetargu, stosunków prawnych o tej samej treści⁹.

Powyższy pogląd na charakter prawny ogłoszenia o przetargu, nie jest jednak w pełni akceptowany. Wedle części przedstawicieli doktryny¹⁰, ogłoszenie o przetargu traktowane jest wyłącznie jako zaproszenie do składania ofert. Wskazuje się, iż ogłoszenie jako zaproszenie do składania ofert jest zaproszeniem intencyjnym, tzn. wzbudzającym uzasadnione zaufanie, że ogłaszający faktycznie jest w stanie taką umowę zawrzeć i wykonać, a wykonawcom gwarantuje równe oraz uczciwe potraktowanie wszystkich propozycji. Wskazuje się, iż dopóki nie została zawarta umowa właściwa ogłaszającemu „wolno” się rozmyślić i przerwać procedury przetargowe. Nie sposób zmusić ogłaszającego do dokończenia przetargu ani tym bardziej do wyboru jednej z ofert. Na gruncie kodeksowym, modelowy przetarg ma charakter mało sformalizowany, który zakłada swoistą nierówność podmiotów (zamawiającego i wykonawców), bowiem decydujące znaczenie na sam przebieg procedury ma wola zamawiającego. Celem przetargu jest wywołanie konkurencji i wyłonienie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Im bardziej zobowiązujący charakter posiada ogłoszenie tym bardziej utrudnione byłoby osiągnięcie tego celu. Wykonawcy mogliby bowiem żądać wykluczenia innych wykonawców z postępowania, którzy w stopniu najmniejszym nie odpowiadają warunkom przetargu. Tym samym, przyjęcie charakteru ogłoszenia jako oferty co do procedury przeczyłoby celowi przetargu. Pomiędzy stronami nawiązuje się tylko swoista więź prawna o charakterze proceduralnym¹¹.

1.5. Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu

Od 2008 r.¹² zamawiający ma swobodę w zakresie dokonywania zmian w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu i decyzji tej nie jest zobowiązany uzasadniać. Wcześniej obowiązujące regulacje ograniczające dopuszczalność zmian ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w istotny sposób formalizowały postępowania oraz przyczyniały się do konieczności ich unieważnienia w przypadku, gdy zamawiający popełnił omyłki dotyczące m.in. kryteriów oceny ofert albo warunków udziału w postępowaniu¹³. O tym, jak była to potrzebna zmiana świadczy liczba publikowanych zmian ogłoszeń w Biuletynie i Dzienniku Urzędowym UE, która w roku 2012 wyniosła ponad 55 tys.¹⁴.

⁹ J. Gęsiak, Zawarcie umowy w drodze przetargu, [w:] Rejent, 1999 r., Nr 9, s. 91.

¹⁰ M. Boratyńska, Przetarg ..., op. cit., s. 118.

¹¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2000 r., s. 288.

¹² Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058).

¹³ R. Jędrzejewski, Zmiany treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. (red.) J. Sadowy, UZP 2008 r., s. 135.

¹⁴ Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych Nr 12/2012, www.uzp.gov.pl.

W przypadku dokonywania zmian w treści opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym „jeżeli jest to konieczne” (art. 12a ust. 1 ustawy). W takim też przypadku, termin składania ofert powinien zostać przedłużony „o czas niezbędny” do wprowadzenia zmian w ofertach. Inaczej mówiąc, zamawiający wprowadzając zmiany w publikowanym ogłoszeniu o zamówieniu powinien jednocześnie rozważyć po pierwsze czy nie ma konieczności jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert i po drugie w przypadku uznania, iż taka konieczność istnieje, przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny dla uwzględnienia przez wykonawców wprowadzonych zmian w swych ofertach.

W pierwszej kolejności należy zatem odpowiedzieć na pytanie, kiedy zmiana ogłoszenia powoduje „konieczność” przedłużenia terminu składania ofert. Ustawodawca w art. 12a ust. 2 ustawy wskazuje, iż konieczne jest przedłużenie terminu składania ofert jeżeli zmiana ogłoszenia jest „istotna” przesądzając jednocześnie, iż za „istotną” zmianę uważa zawsze zmianę ogłoszenia o zamówieniu w zakresie określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału lub opisu sposobu oceny ich spełniania.

Powyżej wymienione i uznane przez ustawodawcę za istotne zmiany ogłoszenia o zamówieniu nie mają jednak charakteru zamkniętego, stąd też ważne jest zdefiniowanie zmian jako „istotnych”. Pomocne jest tu odwołanie do celu publikowanego ogłoszenia o zamówieniu a więc przede wszystkim tego, iż ogłoszenie o zamówieniu jest zaproszeniem wykonawców do składania ofert. To w oparciu o informacje zawarte w ogłoszeniu wykonawcy wyrażają swe zainteresowanie udziałem w danym postępowaniu. Stąd też, za istotną należy zatem uznać zmianę, która może powodować zmianę kręgu wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w danym przetargu. Ponadto, dokonaną zmianę należy oceniać także przez pryzmat skutków jej nieuwzględnienia przez wykonawców składających swą ofertę. Niewątpliwie zatem, za istotną zmianę należy uznać także zmianę, której brak uwzględnienia przy składaniu oferty może rodzić negatywne konsekwencje dla wykonawców w postaci np. ich wykluczenia lub odrzucenia oferty, czy też złożenia oferty na gorszych warunkach.

W przypadku dokonywania istotnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert „o czas niezbędny” dla uwzględnienia przez wykonawców wprowadzonych zmian w swych ofertach. Ustawodawca określił, iż w przetargu nieograniczonym dla zamówienia o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne minimalny niezbędny czas dany wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach nie powinien być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji UE. Co do zasady dokonanie istotnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w skutkach traktowane jest jak wszczęcie nowego postępowania, stąd czas na składanie ofert powinien być także wyznaczony na nowo. Stąd też, mając na względzie, iż minimalny możliwy termin składania ofert w przetargu nieograniczonym wynosi 22 dni (art. 43 ust. 3 pkt 1 ustawy), taki też termin ustawodawca przyjął jako niezbędny minimalny czas dany wykonawcy na dokonanie zmian w składanych ofertach.

W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne ustawodawca nie sprecyzował w sposób jednoznaczny czasu „niezbędnego” dla wprowadzenia zmiany w ofertach. Mając na względzie, iż dokonanie istotnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w skutkach jest równoznaczny z wszczęciem nowego postępowania postuluje się przyjęcie, iż czas na dokonanie przez wykonawcę zmiany w treści oferty nie powinien być krótszy niż minimalny termin składania ofert (wniosków) określony dla danego trybu przepisami ustawy. Stąd też, mając na względzie, iż w przetargu nieograniczonym minimalnym terminem składania ofert jest termin 7 dni a dla robót budowlanych 14 dni (art. 43 ust. 1 ustawy) czas dany wykonawcy na wprowadzenie zmian w treści składanej oferty nie powinien być także krótszy niż te terminy licząc od dnia dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1.6. Składanie ofert – terminy

Chcąc zwiększyć szanse osiągnięcia pożądaných efektów przetargu zamawiający powinien dołożyć szczególnej staranności w stworzeniu wykonawcom rzeczywistej możliwości wzięcia w nim udziału. Podstawowym warunkiem uzyskania efektu konkurencji rynkowej w przetargu i tym samym uzyskania korzyści ekonomicznych jest wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert.

Ustawodawca przewiduje dla określonych trybów postępowania (z wyjątkiem trybów negocjacji bez ogłoszenia i wolnej ręki) minimalne terminy na złożenie oferty. Wyznaczenie terminu odpowiadającego minimalnemu ustawowemu terminowi składania ofert nie zawsze jest wystarczające do uznania czynności zamawiającego za zgodną z ustawą. Podstawowym wymaganym przez prawo obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie w każdym indywidualnym przypadku analizy, czy minimalny termin ustawowy jest czasem, który gwarantuje potencjalnym wykonawcom przygotowanie i złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie bowiem z ustawą (art. 43 ust. 1 ustawy) głównym obowiązkiem zamawiającego jest „wyznaczenie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty”. Tym samym, wyznaczenie terminu odpowiadającego minimalnemu ustawowemu terminowi składania ofert, ale który nie daje jednocześnie realnych możliwości przygotowania i złożenia oferty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego może stanowić naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 43 ust. 1 ustawy. Tym samym, wyznaczenie terminu na złożenie ofert powinno nastąpić przy uwzględnieniu specyfiki danego przypadku np. uwzględnienia specyficznego okresu w którym postępowanie jest wszczynane (gdy wszczynamy postępowanie w okresie ustawowo wolnym od pracy) czy zakresu wymagań stawianych wykonawcom (im większe wymagania formalne tym dłuższy powinien być termin składania ofert).

Przykładowo, w jednej z kontroli prowadzonej przez Urząd ustalono, iż zamawiający opublikował w dniu 23 grudnia w Biuletynie ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego z terminem składania wniosków do 31 grudnia żądając jednocześnie spełnienia szeregu wymogów formalnych dotyczących właściwości podmiotowej wykonawcy. „Efektem” postępowania było złożenie jednego wniosku i tym samym złożenie tylko jednej oferty z ceną powyżej 24 mln złotych przy wartości zamówienia wynoszącej blisko 22 mln zł.

Nie zawsze zatem wyznaczenie minimalnego terminu składania ofert przewidzianego ustawą jest czasem wystarczającym dla wykonawcy na złożenie oferty. Stąd też, zamawiający wyznaczając termin składania ofert oczywiście zobowiązany jest dochować minimalnych terminów określonych ustawą niemniej jednak podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest przede wszystkim wyznaczenie takiego terminu, który jest niezbędny wykonawcy dla przygotowania i złożenia oferty odpowiadającej wymaganiom wykonawcy (art. 43 ust. 1 ustawy). Wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert jest tym istotniejsze, iż zapewnia wykonawcom niedyskryminujący dostęp do procedury i realizuje podstawowy cel funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Analogicznie jak przy publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w stosunku do terminów składania ofert ustawodawca przyjął zasadę zwiększonego formalizmu w stosunku do zamówień o wyższych wartościach. Im większa wartość zamówienia, tym dłuższy termin składania ofert. W postępowaniach na dostawy lub usługi o wartości zamówienia mniejszej niż tzw. progi unijne termin składania ofert nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W przypadku zamówień na roboty budowlane minimalny termin na złożenie ofert wynosi 14 dni.

W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne minimalny termin składania ofert został określony na 47 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE. Ustawa przewiduje jednak możliwości skrócenia tego terminu w dwóch przypadkach.

W pierwszym przypadku, termin składania ofert może być skrócony do 40 dni w sytuacji, gdy zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi albo w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Zamawiający może przesłać ogłoszenie za pomocą formularzy online, korzystając z bezpłatnej usługi (eNotices) dostępnej na portalu zamówień publicznych Unii – SIMAP (<http://simap.europa.eu>). Ponadto, zamawiający może przesłać ogłoszenie przy wykorzystaniu z systemu „OJS eSenders”, który kompiluje ogłoszenia do formatu XML uzgodnionego z Urzędem Publikacji. Status „OJS eSender” miał do niedawna Urząd Zamówień Publicznych jednak z uwagi na powszechne korzystanie przez zamawiających z usługi dostępnej za pośrednictwem portalu SIMAP zrezygnowano z tego statusu. .

W drugim przypadku, zamawiający mogą wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 29 dni, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczona w „profilu nabywcy” (miejsce wyodrębnione dla zamówień na własnej stronie internetowej zamawiającego po uprzednim przekazaniu ogłoszenia o profilu nabywcy Urzędowi Publikacji UE) przy czym wstępne ogłoszenie informacyjne musi dodatkowo:

- zawierać wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia,
- zostać wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji UE lub zamieszczone w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni i nie więcej niż na 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Dodatkowo, jeżeli zamawiający spełni powyższe wymagania co do publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego oraz wyśle ogłoszenie o zamówieniu drogą elektroniczną poprzez wykorzystanie usługi eNotices lub „OJS eSenders” zyskuje uprawnienie do dalszego skrócenia terminu składania ofert do 22 dni.

W przypadku, gdy wykonawca złoży swą ofertę po terminie, zamawiający ma obowiązek zwrócić ją niezwłocznie wykonawcy (art. 84 ust. 2 ustawy¹⁵). Z uwagi na fakt, iż wykonawca ma prawo wniesienia odwołania na czynność zwrotu oferty w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest zawiadomić wykonawcę o złożeniu oferty po terminie, zaś ofertę zwrócić po upływie terminu na wniesienie odwołania. W przypadku wniesienia odwołania, zamawiający w zależności od rodzaju ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania zwraca ofertę lub dopuszcza ją do dalszego badania i ewentualnej oceny.

¹⁵ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.

2. Przetarg ograniczony

2.1. Istota trybu przetargu ograniczonego

Istotę trybu przetargu ograniczonego stanowi art. 47 ustawy. Zgodnie z cyt. przepisem przetarg ograniczony to tryb, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

W przetargu ograniczonym wyodrębnić można dwa etapy. Na pierwszy z etapów składa się publikacja ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi na które wykonawcy składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odmienne natomiast niż w przetargu nieograniczonym, ogłoszenie o zamówieniu nie stanowi zaproszenia do składania ofert lecz zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi deklarację zainteresowania wykonawcy realizacją zamówienia publicznego.

Zaproszenie do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu ma na celu weryfikację zdolności podmiotowej wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego. Oprócz bowiem obowiązku złożenia wniosku, wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty wykazujące spełnianie warunków udziału w przetargu, a więc posiadanie odpowiednich uprawnień, doświadczenia, wiedzy, zdolności technicznych, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności ekonomicznej (art. 22 ust. 1) oraz braku okoliczności skutkujących wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1–11 ustawy. Tym samym, celem zaproszenia do złożenia wniosku nie jest badanie i ocena oferty, ta jest bowiem składana dopiero w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego skierowane bezpośrednio do wykonawcy.

Na etapie składania wniosków zamawiający nie może żądać złożenia wadium, to bowiem wnosi się wraz z ofertą, stanowiąc zryczałtowaną formę odszkodowania za odmowę podpisania umowy. Mając na względzie brak obowiązku złożenia oferty przez wykonawcę zaproszonego do jej złożenia oraz biorąc pod uwagę, że co do zasady zatrzymanie wadium dotyczy wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, jego żądanie na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu jest bezprzedmiotowe. Wprawdzie już w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podaje informację o wadium, ale nie oznacza to, że ma być ono wnoszone wraz z wnioskiem.

Na tym etapie, zamawiający nie ma jeszcze obowiązku udostępniać specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Może jednak to zrobić poprzez publikację siwz na stronie internetowej, z czym jest związana późniejsza możliwość skrócenia terminu składania ofert. W przypadku zamieszczenia siwz na stronie internetowej warto zwrócić uwagę na kilka zagadnień:

Po pierwsze, specyfikacja udostępniana na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu powinna zawierać opis warunków i dokumentów wymaganych do potwierdzenia ich spełnienia. Informacje te można pominąć przekazując siwz wybranym wykonawcom przy zaproszeniu do składania ofert.

Po drugie, wydaje się iż treść siwz opublikowana na stronie internetowej może nie zawierać terminu składania ofert. Ten znany jest bowiem dopiero po ocenie wniosków. Nie da się precyzyjnie przewidzieć, jak długo zajmie procedura związana z oceną wniosków, ewentualnym uzupełnieniem dokumentów, potencjalnie składanymi środkami odwoławczymi.

Po trzecie, bieg terminu na złożenie odwołania na SIWZ nie jest liczony od dnia publikacji siwz na stronie internetowej lub dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, lecz od dnia jego przesłania wykonawcy (art. 182 ust. 2). Tylko bowiem w przetargu nieograniczonym bieg terminu na wniesienie odwołania na SIWZ liczony jest od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE.

Zamawiający dokonuje oceny wniosków pod względem zdolności wykonawców do wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykaże spełniania warunków udziału w postępowaniu, o czym ma obowiązek go poinformować niezwłocznie po zakończeniu oceny wniosków (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 3 uPzp).

Jeżeli zamawiający dopuści sposób porozumiewania się inny niż pisemny, a więc faks lub drogę elektroniczną, wykonawca w tej formie będzie mógł także złożyć swój wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający może jednak wymagać, by wnioski złożone za pomocą faksu lub drogą elektroniczną były potwierdzone pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 27 ust. 4 uPzp). Niedopuszczalne jest złożenie wniosku za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, jeżeli zamawiający w sposób wyraźny nie dopuścił tych form porozumiewania się.

Niezależnie od określonych przez zamawiającego dopuszczalnych form porozumiewania się wykonawca może poinformować telefonicznie o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takim przypadku wniosek uważa się za złożony w terminie jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu został on wysłany w formie pisemnej zamawiającemu (art. 27 ust. 5 uPzp). Wydaje się, że jeżeli zamawiający został uprzedzony o złożeniu wniosku telefonicznie, to tym bardziej jest możliwe takie uprzedzenie za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. Ze względów dowodowych wydaje się to być wręcz wskazane.

Zamawiający nie ma obowiązku publicznego otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto, wnioski są jawne dopiero od dnia poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 96 ust. 3 uPzp).

Na drugi etap przetargu ograniczonego składa się złożenie ofert przez zaproszonych przez zamawiającego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. *Do składania ofert zapraszani są przez Zamawiającego wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu i tylko tym wykonawcom przekazuje się SIWZ*¹⁶. Liczba wykonawców zapraszanych do składania ofert i kryteria ich doboru nie mogą mieć charakteru uznaniowego. Wykonawca nie zaproszony do złożenia oferty nie może jej złożyć, a jeżeli to zrobi, podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający z góry, już w ogłoszeniu o zamówieniu, ma obowiązek wskazać liczbę wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty. Ustawodawca wskazuje przy tym, iż liczba ta nie może być mniejsza niż 5 i większa niż 20. Istota trybu przetargu ograniczonego przejawia się właśnie w ustawowym prawie zamawiającego do ograniczenia złożenia oferty tylko do wykonawców przez siebie uprzednio zaproszonych w liczbie wskazanej już w ogłoszeniu o zamówieniu.

¹⁶ Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2005 r., Sygn. Akt IV Ca 239/05.

W sytuacji, w której liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w przetargu jest mniejsza niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do złożenia oferty wszystkich wykonawców spełniających warunki.

Natomiast, w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w przetargu jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminujący (art. 51 ust. 2 uPzp). Opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców stanowi element obligatoryjny ogłoszenia o zamówieniu (art. 48 ust. 2 pkt 8a uPzp). Tym samym, wyboru wykonawców zapraszanych do składania ofert w sytuacji, gdy ich liczba jest większa niż przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający dokonuje według reguł jakie uprzednio przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu.

Opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców w sytuacji, gdy ich liczba jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu może odnosić się do właściwości podmiotowej wykonawców, a więc m.in. wiedzy i doświadczenia czy potencjału technicznego lub osobowego, ale także może odnosić się do pozapodmiotowych kryteriów selekcji wykonawców jak np. selekcji w drodze losowania.

Dokonując wyboru wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert w oparciu o kryteria podmiotowe, szczególnie kryterium wiedzy i doświadczenia czy sytuacji ekonomicznej, zamawiający może nie brać pod uwagę potencjału podmiotów trzecich na który powołuje się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o ile wskazał to wcześniej w opisie sposobu dokonywania wyboru wykonawców zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu¹⁷.

Dokonując opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy). Jest to ważna zasada zapewniająca niedyskryminujący dostęp wykonawcom do zamówienia publicznego, która jednak nie ma zastosowania do opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców w sytuacji, gdy ich liczba w przetargu ograniczonym jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Celem selekcji wykonawców zapraszanych do składania ofert jest bowiem ograniczenie ich liczby do tych, którzy są „najlepsi” spośród wszystkich uznanych przez zamawiającego za zdolnych do realizacji zamówienia. Tym samym, o ile przykładowo rozpisując przetarg na budowę szpitala nie możemy ograniczyć możliwości złożenia wniosków tylko do wykonawców, którzy wcześniej budowali szpital o tyle dokonując już selekcji wykonawców zapraszanych do składania ofert możemy promować wykonawców którzy wcześniej wykonywali tożsamy przedmiot zamówienia.

Może zdarzyć się sytuacja w której na ostatnim miejscu kwalifikowanym do zaproszenia do składania ofert kilku wykonawców otrzyma taką samą ocenę. Powstaje dylemat, czy w związku z tym można zaprosić do składania ofert większą liczbę wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Wydaje się to jednak niedopuszczalne jako sprzeczne z warunkami określonymi w ogłoszeniu. Na powyższe wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach wydany wprawdzie w okoliczności prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, ale który przez analogię można zastosować do przetargu ograniczonego. Sąd wskazał, iż *„Do niezbędnych elementów ogłoszenia o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem, należy wskazanie liczby wykonawców. Z mocy art. 70¹*

¹⁷ J. Beli, Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych, [w:] J. Sadowy, B. Brańko, Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, Warszawa 2013, s. 64.

§ 4 k.c., który ma zastosowanie z mocy art. 56 ust. 1 i 40 w związku z art. 14 Pzp, zamawiający ma obowiązek także w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia. Zatem dopuszczenie do udziału w negocjacjach liczby wykonawców większej niż wskazana w ogłoszeniu, także stanowi naruszenie przepisów określonych w ustawie¹⁸. Nie ma jednak przeszkód, by w ogłoszeniu o zamówieniu przewidując możliwość wystąpienia powyższej sytuacji zastrzec, iż w przypadku takiej samej oceny podmiotów na ostatnim miejscu kwalifikującym do zaproszenia do składania ofert, zamawiający zaprosi większą liczbę wykonawców.

Wykonawca nie zaproszony do składania ofert, ze względu na to, iż otrzymał najniższe oceny spełnienia warunków traktowany jest jak wykonawca wykluczony z postępowania. Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca nie jest wykluczony z postępowania, lecz jedynie traktuje się go jak wykluczonego. Wykonawcy nie można wykluczyć z postępowania ze względu na to, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, tyle że w stopniu najmniej odpowiadającym wymaganiom w stosunku do innych wykonawców. Stąd też brak jest podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy. Traktuje się go jednak jak wykonawcę wykluczonego. Oznacza to, iż wykonawcę nie zaproszonego do złożenia oferty należy poinformować równocześnie z wykonawcami, którzy zostali z postępowania wykluczeni z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, o niezaproszeniu do złożenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wraz zaproszeniem do składania ofert, zamawiający przekazuje wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia, która może nie zawierać już opisu warunków i dokumentów wymaganych do potwierdzenia ich spełnienia, oraz żąda wniesienia wadium, jeżeli obowiązek jego wniesienia przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu. Ważne jest, iż siwz nie może zawierać postanowień sprzecznych z treścią publikowanego wcześniej ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie może dokonywać zmian wymagań jakie zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, a więc nie może wprowadzać innych kryteriów oceny ofert, terminu wykonania zamówienia itd. (art. 38 ust. 4b ustawy).

Przyjęcie wniosku przez zamawiającego i zaproszenie do złożenia oferty nie skutkuje obowiązkiem jej złożenia przez wykonawcę.

2.2. Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu ograniczonym

W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania jest data publikacji ogłoszenia o zamówieniu (więcej na ten temat pkt 1.2. niniejszego rozdziału).

Zasady publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz miejsce w którym jest ono publikowane są takie same jak w przetargu nieograniczonym. Stąd też, omówienie tej problematyki przy przetargu nieograniczonym będzie w całości odnosiło się również do przetargu ograniczonego (pkt 1.3. niniejszego rozdziału).

Treść ogłoszenia o zamówieniu

W przetargu ograniczonym ogłoszenie o zamówieniu stanowi zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu a nie do składania ofert, stąd też treść ogłoszenia jest nieco inna niż w przetargu nieograniczonym.

¹⁸ Wyrok z dnia 9 września 2005 r., Sygn. Akt X Ga 148/05/P2.

Treść ogłoszenia o zamówieniu stanowi jedyne źródło informacji w oparciu o które wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Treść SIWZ nawet jeżeli jest udostępniana na etapie składania wniosków odnosi się co do zasady do wymagań na jakich ma być złożona oferta i nie może przewidywać odmiennych postanowień niż określone w ogłoszeniu o zamówieniu, wymaganych dla złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Stąd też, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu powinien w sposób zupełny przedstawić wszelkie informacje niezbędne dla złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, treść ogłoszenia o zamówieniu powinna zawierać wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców. Warto zwrócić uwagę, iż treść ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego niekoniecznie musi zawierać informację o oświadczenia i dokumentach.

Po drugie, treść ogłoszenia o zamówieniu zawiera informacje oddające istotę trybu przetargu ograniczonego. Ogłoszenie zawiera zatem liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, zasady na jakich zamawiający dokona selekcji wykonawców zapraszanych do składania ofert w przypadku większej niż oznaczona liczby wniosków. Ponadto, w treści ogłoszenia wskazywany jest termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie termin składania ofert (tego co do zasady nie da się jeszcze przewidzieć).

Po trzecie, już w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający powinien podać informacje dotyczące drugiego etapu postępowania, a więc składania ofert (kryteria oceny ofert, możliwość złożenia oferty częściowej lub wariantowej, wadium). Wiedza ta pomimo, że dotyczy etapu składania ofert, jest istotna już na etapie składania wniosków zainteresowanych realizacją zamówienia publicznego, albowiem wyznacza krąg wykonawców.

Terminy składania wniosków/ofert

Zasady wyznaczania przez zamawiającego terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz składania ofert w trybie przetargu ograniczonego zostały określone, odpowiednio w art. 49 i art. 52 ustawy. Podobnie jak w przetargu nieograniczonym, co do zasady terminy uzależnione zostały od wartości zamówienia. Im większa wartość zamówienia, tym dłuższe terminy składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podobnie jak przy przetargu nieograniczonym należy poczynić zastrzeżenie, iż wyznaczenie terminu odpowiadającego minimalnemu ustawowemu terminowi składania wniosków lub ofert nie zawsze jest wystarczające do uznania czynności zamawiającego za zgodną z ustawą. Podstawowym wymaganym przez prawo obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie w każdym indywidualnym przypadku analizy, czy minimalny termin ustawowy jest czasem, który gwarantuje potencjalnym wykonawcom przygotowanie i złożenie wniosku lub oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie bowiem z ustawą (art. 49 ust. 1 oraz art. 52 ust. 1 ustawy) głównym obowiązkiem zamawiającego jest wyznaczenie terminu składania wniosków i ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wniosku i oferty". Tym samym, wyznaczenie terminu odpowiadającego minimalnemu ustawowemu terminowi, ale który nie daje jednocześnie realnych możliwości przygotowania i złożenia oferty odpowiadającej wymaganiom zamawiającego może stanowić naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym, wyznaczenie terminu na złożenie wniosków lub ofert powinno nastąpić przy uwzględnieniu specyfiki danego przypadku czy zakresu wymagań stawianych wykonawcom (im większe wymagania formalne tym dłuższy powinien być termin składania ofert).

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

W postępowaniach na zamówienia o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne termin składania wniosków nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne minimalny termin składania wniosków został określony na 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE. Ustawa przewiduje jednak możliwości skrócenia tego terminu w dwóch przypadkach.

W pierwszym przypadku, termin składania ofert może być skrócony do 30 dni w sytuacji, gdy zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi albo w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Zamawiający może przesłać ogłoszenie za pomocą formularzy online, korzystając z bezpłatnej usługi (eNotices) dostępnej na portalu zamówień publicznych Unii – SIMAP (<http://simap.europa.eu>). Ponadto, zamawiający może przesłać ogłoszenie przy wykorzystaniu z systemu „OJS eSenders”, który kompiluje ogłoszenia do formatu XML uzgodnionego z Urzędem Publikacji. Status „OJS eSender” miał do niedawna Urząd Zamówień Publicznych jednak z uwagi na powszechne korzystanie przez zamawiających z usługi dostępnej za pośrednictwem portalu SIMAP zrezygnowano z tego statusu. .

W drugim przypadku, zamawiający mogą wyznaczyć krótszy termin składania wniosków w przypadku gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, jednak nie krótszy niż 15 dni jeżeli przekazano ogłoszenie faksem lub 10 dni gdy zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami określonymi dyrektywą.

Termin składania ofert

Stosownie do treści art. 52 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającego obligują następujące terminy składania ofert w trybie przetargu ograniczonym:

- a) w postępowaniach o wartości nie przekraczających kwot określonych w przepisach rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 termin składania ofert w trybie przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw i usług lub 14 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla robót budowlanych.
- b) w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 termin składania ofert w trybie przetargu ograniczonego nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Ustawa przewiduje jednak możliwości skrócenia tego terminu w trzech przypadkach.

W pierwszym przypadku zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy o 5 dni, jeżeli udostępni siwz na stronie internetowej nie później niż od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE.

W drugim przypadku, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczona w „profilu nabywcy” przy czym wstępne ogłoszenie informacyjne musi dodatkowo:

- zawierać wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu w zakresie w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia,
- zostać wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji UE lub zamieszczone w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni i nie więcej niż na 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

W trzecim przypadku, zamawiający może skrócić termin składania ofert do 10 dni jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielania zamówienia. Ustawodawca nie wymaga, by pilna potrzeba udzielania zamówienia jako przesłanka skrócenia terminu składania ofert (czy wcześniej wniosków) związana była z koniecznością wykazania dodatkowych przesłanek np. powstania okoliczności wcześniej nieprzewidywalnych, które wywołały pilną potrzebę udzielania takiego zamówienia.

3. Negocjacje z ogłoszeniem

3.1. Istota trybu negocjacji z ogłoszeniem

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb możliwy do zastosowania tylko i wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 55 ust. 1 ustawy). Negocjacje z ogłoszeniem nie są zatem podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych (wyjątek stanowią zamówienia „sektorowe” oraz zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w których stosowanie negocjacji z ogłoszeniem jest zawsze dopuszczalne).

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;

5) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Powyższe okoliczności wskazują, iż tryb negocjacji z ogłoszeniem ma zastosowanie w sytuacji w których okoliczności związane z udzielanym zamówieniem nie dają możliwości bądź znacząco ograniczają możliwość złożenia porównywalnych ofert w trybach podstawowych – przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym. Negocjacje z ogłoszeniem to tryb elastyczny, który z jednej strony pozwala zamawiającemu poznać optymalne możliwości realizacji zamówienia z drugiej zaś strony pozwala wykonawcom uzyskać pożądane informacje umożliwiające prawidłowe złożenie oferty. Tryb ten można stosować w szczególności do zamówień o charakterze nowatorskim, trudnych z tego powodu do wyceny, oraz na usługi ubezpieczeniowe, bankowe, o charakterze twórczym, na projekt i wykonawstwo robót budowlanych.

Mając na względzie, iż wybór trybu udzielanego zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych decyzji zamawiających oraz z uwagi na liczne błędy popełniane w tym zakresie przez zamawiających Urząd Zamówień Publicznych opracował „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę” które w dniu 18 listopada 2010 roku przyjął Komitet Stały Rady Ministrów¹⁹.

Jak wynika z samych przesłanek stosowania trybu, negocjacje z ogłoszeniem to tryb, w którym zamawiający nie do końca jest w stanie ocenić właściwości dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, możliwego sposobu realizacji zamówienia lub warunków na jakich będzie wykonywane zamówienie. Stąd też, koniecznym jest przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami na podstawie złożonych przez nich ofert wstępnych w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem to tryb w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych nie zawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 54). W postępowaniu prowadzonym w tym trybie można wyróżnić cztery fazy:

- a) publikacja ogłoszenia w odpowiedzi na które wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- b) zaproszenie wykonawców do składania ofert wstępnych;
- c) negocjacje z wykonawcami;
- d) składanie ofert.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Wszczęcie postępowania następuje z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest tożsame jak w przetargu nieograniczonym zaś treść ogłoszenia toż-

¹⁹ Wytyczne dostępne są na stronie internetowej Urzędu – www.uzp.gov.pl – wytyczne dotyczące udzielania zamówień.

sama z treścią ogłoszenia w przetargu ograniczonym. Terminy składania wniosków w negocjacjach z ogłoszeniem są również określone tak samo jak w przetargu ograniczonym.

Publikacja ogłoszenia stanowi zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ma na celu weryfikację zdolności podmiotowej wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego. Podobnie też jak w przetargu ograniczonym, na etapie składania wniosków:

- zamawiający nie może żądać złożenia wraz z wnioskiem wadium,
- zamawiający może zamieścić siwz na stronie internetowej,
- wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu faksem lub drogą elektroniczną, o ile zamawiający dopuścił możliwość porozumiewania się w tej formie,
- zamawiający nie ma obowiązku publicznego otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zaproszenie do złożenia ofert wstępnych

Kolejny etap postępowania stanowi zaproszenie wykonawców do złożenia ofert wstępnych. Zamawiający zaprasza do złożenia ofert wstępnych tylko wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu. O ile jednak w przetargu ograniczonym zamawiający może ograniczyć liczbę zaproszonych wykonawców do nie mniej niż pięciu i nie więcej niż dwudziestu, o tyle w negocjacjach z ogłoszeniem ustawodawca nie określa górnego limitu wykonawców możliwych do zaproszenia przez zamawiającego. Stąd też, liczba wykonawców zaproszonych przez zamawiającego w negocjacjach z ogłoszeniem może być większa niż dwudziestu.

Zasadą jest, iż liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu nie może być mniejsza niż 3. Jeżeli jednak wartość zamówienia przekracza równowartość tzw. „progi unijne” liczba wskazana w ogłoszeniu nie może być mniejsza niż 5.

Oferty wstępnej nie można utożsamiać z ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, albowiem nie zawiera ona istotnych postanowień umowy. Jak wynika bowiem z ustawy oferta wstępna nie zawiera ceny, która jest niewątpliwie istotnym postanowieniem umowy o zamówienie publiczne. Stąd też, przepisy zawarte w rozdziale dotyczącym wyboru ofert najkorzystniejszej (Rozdział 4 Dział II) nie będą miały zastosowania wprost do oferty wstępnej, a jedynie poprzez odpowiednie zastosowanie do niektórych przepisów tego rozdziału na podstawie odesłania art. 57 ust. 2 zdanie drugie.

O powyższym przesądza nie tylko brak ceny oferty wstępnej, ale także brak możliwości żądania wraz z ofertą wstępną wadium oraz brak związania wykonawcy ofertą wstępną. Stąd też, ofertę wstępną można traktować jedynie jako wstępną i niewiążącą strony propozycję dotyczącą warunków i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, która stanowi punkt wyjścia dla prowadzonych w następnym etapie negocjacji.

Niewiążący charakter oferty wstępnej nie oznacza, iż jej treść może nie odpowiadać wymaganiom zawartym w treści ogłoszenia oraz siwz. Wręcz przeciwnie, na podstawie przepisów mających odpowiednie zastosowanie do oferty wstępnej, co do zasady powinna ona być złożona w formie pisemnej oraz musi odpowiadać treści siwz pod rygorem jej odrzucenia (art. 57 ust. 2 w zw. z art. 82 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2). Powyższe sankcje nie są przewidziane w prawie europejskim, stąd też

Urząd Zamówień Publicznych w swych propozycjach zmian ustawy postuluje odstąpienie od rygoru odrzucania ofert wstępnych z powodu niedochowania wymagań formalnych z uwagi na niewiążący charakter oferty wstępnej.²⁰

Podobnie jak w przetargu ograniczonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem:

- kryteria doboru wykonawców zaproszonych do złożenia oferty wstępnej nie mogą mieć charakteru uznaniowego. W sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w przetargu jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców według kryteriów wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu;
- wykonawca nie zaproszony do składania ofert wstępnych, ze względu na to, iż otrzymał niższe oceny traktowany jest jak wykonawca wykluczony z postępowania;
- wraz zaproszeniem do składania ofert wstępnych, zamawiający przekazuje wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia, która może nie zawierać już opisu warunków i dokumentów wymaganych do potwierdzenie ich spełniania, a także nie zawiera informacji dotyczących terminu związania oraz miejsca i terminu składania ofert;
- zamawiający przekazując siwz wskazuje termin składania ofert wstępnych z uwzględnieniem czasu niezbędnego dla ich przygotowania, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia;
- przyjęcie wniosku przez zamawiającego i zaproszenie do złożenia oferty wstępnej nie skutkuje obowiązkiem jej złożenia przez wykonawcę.

Negocjacje

Zamawiający zaprasza do negocjacji tylko i wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne nie podlegające odrzuceniu. Negocjacje mają charakter poufny i prowadzi się je w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zaproszenie do złożenia ofert

Zamawiający zaprasza do złożenia ofert jedynie wykonawców z którymi prowadził negocjacje. Nie można zatem zaprosić do złożenia oferty wykonawcy, który nie przystąpił do negocjacji. Zaproszenie do złożenia ofert zawiera m.in. informację o obowiązku wniesienia wadium oraz terminie związania ofertą. Przed zaproszeniem do złożenia oferty zamawiający może, ale nie ma takiego obowiązku, doprecyzować lub uzupełnić siwz w zakresie w jakim były prowadzone negocjacje. Niedopuszczalna jest istotna zmiana pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia i pierwotnych warunków zamówienia, a jedynie jego doprecyzowanie lub uzupełnienie. Tylko w przypadku dokonania zmian

²⁰ Szerzej na ten temat pisze G. Wicik Negocjacje po nieudanym przetargu de lege lata i de lege ferenda, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część II. Referaty na IV Konferencję naukową 20–21.06.2011 r. Kazimierz Dolny., Urząd Zamówień Publicznych 2011 r., s. 151.

w siwz zamawiający ma obowiązek ponownie przekazać ją wykonawcy zaproszonemu do złożenia oferty bądź zamieścić ją na stronie internetowej, jeżeli pierwotna siwz (a więc przekazana wraz zaproszeniem do złożenia oferty wstępnej) była udostępniona na stronie. W tym drugim przypadku, w zaproszeniu do złożenia oferty powinna znaleźć się informacja o dokonanych zmianach i możliwości zapoznania się na stronie internetowej ze zmienioną siwz.

Ustawowy minimalny termin na złożenie oferty wynosi 10 dni.

Ustawa nie zakazuje wykonawcy dokonywania istotnych zmian oferty w stosunku do złożonej pierwotnie oferty wstępnej. Jest to uzasadnione tym, iż jak wskazano oferta wstępna stanowi wstępną propozycję nie mającą charakteru wiążącego. Stąd też, ustawa nie nakłada na wykonawców obowiązku podtrzymania pierwotnie proponowanych przez wykonawców warunków oferty wstępnej na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne.

4. Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny jest trybem wprowadzonym nowelą z dnia 7 kwietnia 2006 r. Tryb ten stanowi transpozycję procedury przewidzianej dyrektywami. Jak wynika z preambuły dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. (pkt 31) dialog konkurencyjny jest procedurą mającą zastosowanie do szczególnie złożonych projektów, w których zdefiniowanie sposobów zaspokojenia potrzeb zamawiającego lub ocena możliwości rozwiązań technicznych, finansowych albo prawnych jest obiektywnie niemożliwa. Szczególnie może mieć to miejsce w stosunku do projektów w zakresie infrastruktury drogowej, dużych sieci komputerowych lub procesów obejmujących złożone procesy finansowania. Zastosowanie tego trybu może być szczególnie korzystne w przypadku realizacji projektów w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, gdzie dla powodzenia realizacji przedsięwzięcia konieczne jest umiejętne rozłożenie ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i przyszłym partnerem prywatnym.

Dialog konkurencyjny to tryb elastyczny w którym warunki realizowanego zamówienia ustalane są w oparciu o dialog prowadzony z wykonawcami. Jak sama nazwa wskazuje, „dialog” jest wyrazem partnerstwa między zamawiającym a potencjalnymi wykonawcami, którzy dysponując wiedzą w danej dziedzinie życia mogą w sposób efektywny wspomóc zamawiającego w sformułowaniu warunków dotyczących sposobu realizacji zamówienia publicznego i przyjęciu rozwiązań spełniających wymogi zamawiającego. Biorąc pod uwagę, iż wykonawcy uczestniczą w formułowaniu warunków przedstawiając najlepsze sposoby realizacji zamówienia, co wymaga od nich nakładu pracy, dyrektywa a w ślad za nimi także ustawa, przewidują możliwość ustanowienia nagród lub płatności dla uczestników postępowania (art. 29 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE). Powyższe może umożliwić efektywne prowadzenie dialogu i korzystnie wpłynąć na ostatecznie przyjęty sposób realizacji zamówienia.

Dialog konkurencyjny nie jest podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego. Oznacza to, iż jego stosowanie uzależnione zostało od zaistnienia okoliczności określonych ustawą. Dialog konkurencyjny można stosować zatem w przypadku, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia oraz

- cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W trybie tym niedopuszczalne jest kierowanie się wyłącznie kryterium ceny przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dialog konkurencyjny to tryb w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

W postępowaniu prowadzonym w tym trybie można wyróżnić 3 fazy:

- a. Publikacja ogłoszenia w odpowiedzi na które wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- b. Dialog z wykonawcami;
- c. Zaproszenie do składania ofert;

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Wszczęcie postępowania następuje z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówienie jest tożsame jak w przetargu nieograniczonym zaś treść ogłoszenia co do zasady jest tożsama z treścią ogłoszenia w przetargu ograniczonym. Terminy składania wniosków w dialogu konkurencyjnym są również określone tak samo jak w przetargu ograniczonym.

Istotną różnicą w stosunku do treści ogłoszenia w przetargu ograniczonym jest to, iż treść ogłoszenia w trybie dialogu konkurencyjnego powinna zawierać opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub zawierać informację o sposobie uzyskania tego opisu. Tym samym, opis potrzeb i wymagań stanowi podstawę dla dialogu z wykonawcami, mając na celu zapoznanie się ze potrzebami zamawiającego oraz jego wstępnymi wymaganiami. Opis potrzeb może zatem wskazywać na przeznaczenie przedmiotu zamówienia, komu i czemu ma służyć, miejsce realizacji zamówienia, zakres zamówienia. Opis wymagań dotyczyć może warunków finansowania zamówienia, sposobu realizacji, terminów realizacji, zasad współpracy na etapie wykonawstwa, wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia.

Dodatkowo, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, w ogłoszeniu o zamówieniu powinien przewidzieć informację o wysokości nagród.

Nowym rozwiązaniem funkcjonującym od 20 lutego 2013 roku²¹ jest możliwość odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku przypisywania w ogłoszeniu o zamówieniu znaczenia poszczególnym kryteriom oceny ofert. Jeżeli przedmiot zamówienia ma charakter złożony zamawiający może w ogłoszeniu o zamówieniu podać kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 60c ust. 1a ustawy).

Na etapie ogłoszenia o zamówieniu w trybie dialogu konkurencyjnego nie mamy do czynienia jeszcze ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ta jest formułowana dopiero po przeprowadzeniu dialogu z wybranymi wykonawcami i przekazywana wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Analogicznie jak w przetargu ograniczonym publikacja ogłoszenia stanowi zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ma na celu weryfikację zdolności podmioto-

²¹ Ustawa z dnia 12 października 2013 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271).

wej wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego. Podobnie też jak w przetargu ograniczonym, na etapie składania wniosków:

- zamawiający nie może żądać złożenia wraz z wnioskiem wadium,
- wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu faksem lub drogą elektroniczną, o ile zamawiający dopuścił możliwość porozumiewania się w tej formie;
- zamawiający nie ma obowiązku publicznego otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zaproszenie do dialogu

Analogicznie jak w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem zamawiający zaprasza do dialogu tylko wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu. Podobnie jak w negocjacjach z ogłoszeniem nie ma górnego limitu wykonawców możliwych do zaproszenia przez zamawiającego. Stąd też, liczba wykonawców zaproszonych przez zamawiającego do dialogu może być większa niż dwudziestu.

Zasadą jest, iż liczba wykonawców zaproszonych do dialogu wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu nie może być mniejsza niż 3. Jeżeli jednak wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne” liczba wykonawców wskazana w ogłoszeniu nie może być mniejsza niż 5.

Podobnie jak w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem w trybie dialogu konkurencyjnego:

- kryteria doboru zaproszonych wykonawców nie mogą mieć charakteru uznaniowego. W sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w przetargu jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy w świetle niedyskryminujących i obiektywnych kryteriów otrzymali najwyższe oceny;
- wykonawca nie zaproszony do dialogu, ze względu na to, iż otrzymał niższe oceny traktowany jest jak wykonawca wykluczony z postępowania;
- przyjęcie wniosku przez zamawiającego i zaproszenie do dialogu nie rodzi obowiązku przystąpienia wykonawcy do dialogu.

Odmiennie niż w trybie przetargu ograniczonego oraz negocjacjach z ogłoszeniem wraz zaproszeniem do dialogu zamawiający nie przekazuje specyfikacji istotnych warunków zamówienia ale opis potrzeb i wymagań lub wskazuje sposób uzyskania tego opisu.

Prowadzony dialog ma charakter poufny. Dialog może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż wymagania sformułowane w opisie potrzeb i wymagań nie mają charakteru wiążącego, dialogiem mogą być objęte również wymagania sprecyzowane już przez zamawiającego. Jest to istotna różnica w stosunku do trybu negocjacji z ogłoszeniem, w którym to trybie zamawiający może prowadzić negocjacje tylko i wyłącznie w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy.

Celem dialogu jest zdefiniowanie przez zamawiającego środków, które najlepiej zaspokoją jego potrzeby. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić w wyniku porównania, rozwiązanie lub rozwiązania, które mogą zaspokoić jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców uczestniczących w dialogu. Przed zaproszeniem do złożenia oferty zamawiający może dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu, w tym w zakresie w jakim wstępnie były one określone w opisie potrzeb i wymagań.

Zaproszenie do złożenia ofert

Zamawiający zaprasza do złożenia ofert jedynie wykonawców z którymi prowadził dialog. Nie można zatem zaprosić do złożenia oferty wykonawcy, który nie przystąpił do dialogu. Zaproszenie do złożenia ofert zawiera m.in. informację o obowiązku wniesienia wadium oraz terminie związania ofertą.

Zamawiający ma obowiązek przekazać wykonawcy zaproszonemu do złożenia oferty specyfikację, która jest opracowywana po etapie dialogu na podstawie rozwiązań przedstawionych w jego trakcie. Ustawowy minimalny termin na złożenie oferty wynosi 10 dni.

Podobnie jak jest to uregulowane w art. 29 ust. 6 dyrektywy 2004/18/WE ustawodawca dopuścił możliwość modyfikacji treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1a ustawy). Dopuszcza się zatem możliwość sprecyzowania lub dopracowania oferty oraz żądania dodatkowych informacji i wyjaśnień, pod warunkiem że nie prowadzi to do zmiany istotnych postanowień oferty ani wymagań zawartych w siwz przekazywanej wraz z zaproszeniem do składania ofert.

5. Negocjacje bez ogłoszenia

Kolejnym trybem udzielania zamówień publicznych przewidzianym w ustawie jest tryb negocjacji bez ogłoszenia. To co charakteryzuje ten tryb udzielania zamówienia publicznego w stosunku do uprzednio omówionych jest brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi na które wykonawcy mogą złożyć swoje oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. O ile zatem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, każdy z wykonawców ma prawo złożyć swoją ofertę/wniosek o tyle w trybie negocjacji bez ogłoszenia uczestnikiem postępowania może być tylko i wyłącznie wykonawca zaproszony przez zamawiającego. Stąd też, jest to tryb, który w sposób znaczący ogranicza dostępność zamówień publicznych na zasadach niedyskryminujących potencjalnym wykonawcom.

5.1. Okoliczności uzasadniające stosowanie trybu

Ze względu na ograniczenie konkurencji, tryb negocjacji bez ogłoszenia, to tryb, który może być stosowany jedynie w okolicznościach ściśle określonych ustawą. Zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe w czterech okolicznościach wskazanych ustawą (art. 62 ust. 1 ustawy).

- 1) W pierwszej kolejności podstawą wszczęcia postępowania jest łączne spełnienie następujących przesłanek:
 - konieczność uprzedniego przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. W przypadku przeprowadzenia postępowania w innym z trybów

niż wymienione powyżej, nie jest możliwym zatem stosowanie trybu negocjacji w oparciu o ww. podstawę prawną;

- w postępowaniu prowadzonym w jednym z dwóch powyżej wymienionych trybów nie wpłynęła żadna oferta, żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest zatem stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, gdy w uprzednim przetargu wpłynął wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu (nawet w sytuacji, gdy wykonawca został wykluczony z postępowania czy też nie złożył oferty w odpowiedzi na zaproszenie do jej złożenia) lub wpłynęła oferta, która została odrzucona z innego powodu niż ze względu na jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Tym bardziej nie jest dopuszczalne stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji unieważnienia uprzedniego przetargu w oparciu przepis rat. 93 ust. 1 pkt 2–7 ustawy (np. w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekraczała kwotę jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).
 - pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione. Zakaz istotnych zmian warunków należy odnosić przede wszystkim do wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia.
- 2) Tryb negocjacji z ogłoszeniem może być także stosowany w przypadku uprzedniego przeprowadzenia konkursu w którym przewidziano nagrodę w postaci zaproszenia do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch wykonawców. Zamówienie publiczne jakie może być udzielane na tej podstawie może polegać jedynie na świadczeniu usług polegających na szczegółowym opracowaniu pracy konkursowej i odnosić się do sporządzenia planu lub projektu przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych (art. 1 pkt 11 lit. e dyrektywy 2004/18/WE).
 - 3) Ze względu na szczególny charakter produktów, ustawa w ślad za art. 31 pkt 2 lit. a) dyrektywy dopuszcza możliwość stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w przypadku nabywania produktów wytwarzanych jedynie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych. Stosowanie tego trybu nie jest możliwe w przypadku nabywania produktów wytwarzanych na potrzeby naukowo-badawcze, jeżeli ich nabycie dokonywane jest w celu produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycia kosztów badań i rozwoju.
 - 4) Wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, ze względu na którą niemożliwe jest dochowanie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Mając na względzie fakt, iż przepis ten stanowi odzwierciedlenie odpowiednich zapisów dyrektyw, wskazując na okoliczności w których możliwe jest stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia należy odwołać się do bogatego orzecznictwa ETS. Udzielenie zamówienia w trybie negocjacji na ww. podstawie wymaga łącznego spełnienia określonych w niej warunków:

- zaistnienia okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć, tzn. sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności można

zaliczyć np. zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Nieprzewidywalność okoliczności, musi mieć charakter obiektywny. Oznacza to, że okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, muszą być konsekwencją okoliczności, które wystąpiły mimo, że zamawiający przygotował i prowadził postępowanie z należytą starannością²².

Samo wystąpienie np. pożarów, powodzi lub lawin nie będzie przesłanką do zastosowania negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zjawisko to jest charakterystyczne dla danego regionu i powtarzające się sezonowo. Nie można bowiem w takiej sytuacji uznać, że jest to zdarzenie, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można natomiast mówić w sytuacji, kiedy mimo, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie to jego skala przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami²³. Za nieprzewidywalne nie mogą również zostać uznane sytuacje, w których zamawiający nie uzyska odpowiednich pozwoleń czy zatwierdzenia projektu od instytucji innych niż zamawiający. Fakt, że odpowiedni organ zobowiązany na mocy przepisów prawa krajowego do zatwierdzenia projektu lub wydania odpowiedniego pozwolenia może w określonym terminie zgłosić zastrzeżenia lub odmówić wydania pozwolenia nie stanowi okoliczności, której nie dało się przewidzieć²⁴. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o konieczność dochowania określonych terminów. Fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu²⁵. Władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są natomiast zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego²⁶. Zamawiający chcąc zrezygnować z obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie może więc powoływać się na przykład na brak decyzji lub decyzję negatywną czy też brak aktów prawnych, do wydania których zobowiązany był inny organ na mocy prawa krajowego. Podobnie skorzystanie przez wykonawcę z przewidzianych prawem środków odwoławczych nie jest powodem do odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie zapewniającym warunki konkurencyjne²⁷.

- wystąpienia pilnej potrzeby – pilność udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby nie podjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielone jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Ponadto wystąpienie negatywnych konsekwencji musi być nie tylko możliwe ale też bardzo prawdopo-

²² Wyrok NSA z dnia 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

²³ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 2 czerwca 2005 w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, pkt 64.

²⁴ Przeważenie z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 18.

²⁵ Przeważenie z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, pkt. 43.

²⁶ Opinia Rzecznika Generalnego dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, pkt 48 i 52.

²⁷ Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

dobne. Przesłanką zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie będzie zatem konieczność zbudowania określonych instalacji, które miałyby zabezpieczać np. przed ewentualną powodzią czy innym zagrożeniem, jeśli wiadomo, że tego typu zjawiska nie należą do częstych w związku z czym ryzyko ich wystąpienia nie jest realne. Taką przesłanką nie będzie również zagrożenie nałożeniem przez odpowiednie władze kar finansowych, jakie mogłyby wynikać np. z istnieniem i funkcjonowaniem konkretnych instalacji po terminach wyznaczonych na ich usunięcie przez odpowiednie władze²⁸, czy też wygaśnięcie środków przeznaczonych na określone zadanie. Są to na ogół sytuacje, których zamawiający może się spodziewać, jeżeli nie spełni określonych warunków. Podobnie w przypadku groźby wygaśnięcia środków zamawiający jest świadomy od momentu planowania budżetu, na jakich warunkach środki te są dostępne. W związku z tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

- braku możliwości dochowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem – w tym wypadku chodzi nie tylko o zachowanie podstawowych terminów, ale również o sytuację, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury uproszczonej, tzn. umożliwiającej skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilność udzielenia zamówienia²⁹.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia jest trybem istotnie ograniczającym konkurencję, stąd też wymóg przekazywania zawiadomień o jego zastosowaniu o Prezesa Urzędu obowiązuje od niższych progów niż w negocjacjach z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego. Obowiązek ten zachodzi w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty dla dostaw i usług określone w rozporządzeniu w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

5.2. Istota trybu

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 61). W trybie negocjacji bez ogłoszenia można zatem wyróżnić dwie fazy postępowania:

- negocjacje z wybranymi wykonawcami;
- składanie ofert.

Negocjacje z wykonawcami

Wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie następuje poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu lecz zaproszenie do negocjacji wybranych wykonawców. Postępowanie należy uznać za wszczęte w chwili przekazania zaproszenia do negocjacji.

²⁸ Orzeczenie z dnia 2 czerwca 2005 w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji.

²⁹ Orzeczenie w sprawie C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch, sprawa C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-126/03 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Niemiec-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji.

Do zamawiającego należy wybór wykonawców, których zaprosi do negocjacji. Co do zasady zamawiający posiada swobodę we wskazaniu wykonawców zaproszonych do negocjacji. Wykonawca nie zaproszony do negocjacji nie może wziąć w nich udziału jak również złożyć oferty. Wydaje się jednak dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający pierwotnie zaprosił mniejszą liczbę wykonawców, ale na skutek zgłoszenia zainteresowania również innych wykonawców również ich zaprasza do negocjacji poprzez przekazanie zaproszenia. Nie można w tym przypadku mówić o naruszeniu zasady równego traktowania, bowiem przekazanie zaproszenia w późniejszym terminie nie powoduje negatywnych skutków po stronie zaproszonego wykonawcy jak i nie skutkuje gorszą pozycją wykonawcy w negocjacjach.

Jedyny wyjątek od zasady swobodnego doboru wykonawców stanowi wszczęcie postępowania w oparciu o pierwszą z omówionych powyżej przesłanek stosowania trybu, a więc w sytuacji unieważnienia przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy). Wszczynając postępowanie na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy, zamawiający ma obowiązek zaprosić do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w unieważnionym przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Wykonawca nie zaproszony do negocjacji, mimo że złożył w uprzednio unieważnionym przetargu ofertę, ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą na bezczynność zamawiającego.

Ustawodawca określił minimalną liczbę wykonawców zapraszanych do negocjacji. Co do zasady zamawiający jest zobowiązany zaprosić pięciu wykonawców do negocjacji. Jeżeli ze względu na specyficzny charakter udzielanego zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, to może ograniczyć liczbę zaproszonych wykonawców do dwóch.

Celem negocjacji jest ustalenie warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi tu w szczególności o ustalenie warunków prawnych i technicznych na jakich ma być realizowane zamówienie publiczne. Celem prowadzonych negocjacji nie jest natomiast weryfikacja zdolności podmiotowej zaproszonych wykonawców, ta dokonywana jest bowiem dopiero po złożeniu ofert. Świadczy o tym treść art. 92 ust. 1 pkt 3, który nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania informacji o wykluczeniu wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty. Wprawdzie informacja o warunkach oraz opisie ich spełniania zawarta jest już w zaproszeniu do negocjacji, to rozwiązanie to jednak służy jedynie realizacji zasady przejrzystości postępowania. Zaznaczyć należy przy tym, iż zaproszenie do negocjacji nie musi zawierać informacji o dokumentach jakie wykonawca ma przedstawić w celu potwierdzenia spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co dodatkowo potwierdza, iż etap ten nie służy weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców.

Negocjacje prowadzone z poszczególnymi wykonawcami mają charakter poufny. Zamawiający na tym etapie nie żąda również wniesienia wadium jak i brak jest związania ofertą, która na tym etapie nie jest jeszcze składana.

Zaproszenie do składania ofert

Zamawiający zaprasza do złożenia oferty tylko wykonawców z którymi prowadził negocjacje. Wprawdzie przepisy regulujące zasady udzielania zamówień w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie regulują tej kwestii w sposób jednoznaczny, to jednak na podstawie stosownego odesłania do trybu negocjacji z ogłoszeniem (art. 65 w zw. z art. 60 ust. 1) należy uznać, iż zamawiający nie może zaprosić do złożenia oferty wykonawcy, który mimo przekazanego zaproszenia nie przystąpił do negocjacji.

Istotne w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest to, iż jest to tryb stosunkowo szybki albowiem ustawodawca nie określił minimalnych terminów na złożenie oferty. Ustawodawca wskazał jedynie, iż zamawiający ma obowiązek wyznaczyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Wyznaczony termin powinien być uzależniony od zakresu wymagań jakie stawia zamawiający wykonawcom (np. ilości dokumentów żądanych od wykonawców) złożoności przedmiotu zamówienia oraz wartości.

Warto też podkreślić, iż wprawdzie zamawiający może żądać złożenia wadium wraz z ofertą, ale nie ma takiego obowiązku. Niezależnie od wartości udzielanego zamówienia, zamawiający może odstąpić od żądania wadium.

Wraz z zaproszeniem do złożenia ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia, która nie zawiera warunków oraz opisu ich spełniania, bowiem te zostały już zawarte w zaproszeniu do negocjacji.

6. Wolna ręka

Kolejnym trybem udzielania zamówień publicznych przewidzianym w ustawie jest tryb wolnej ręki. O ile tryb negocjacji bez ogłoszenia ogranicza konkurencję (całkowicie jej jednak nie eliminując) o tyle tryb wolnej ręki, to tryb całkowicie wyłączający konkurencyjność. Jest to bowiem tryb, w którym zamawiający negocjuje warunki udzielanego zamówienia tylko z jednym wybranym przez siebie wykonawcą.

Tryb z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia publicznego w którym brak jest publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Uczestnikiem postępowania jest tylko i wyłącznie wykonawca zaproszony przez zamawiającego. Ze względu zatem na wyłączenie konkurencji w tym postępowaniu, możliwość stosowania trybu z wolnej ręki jest bardzo ograniczona i możliwa tylko w okolicznościach wskazanych ustawą.

6.1. Okoliczności uzasadniające stosowanie trybu

Dla zastosowania trybu z wolnej ręki wymagane jest wystąpienia co najmniej jednej z niżej wymienionych okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

Przyczyny techniczne

Rozumienia „przyczyn technicznych” nie należy ograniczać tylko do cech technicznych produktu, chodzi bowiem o wszelkie okoliczności uniemożliwiające udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym ze względu na to, iż jedynym podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia publicznego jest tylko jeden wykonawca. Warto zaznaczyć, że nie należy się ograniczać jedynie do wykonawców mających siedzibę w kraju, ale należy brać pod uwagę, również wykonawców pochodzących z innych państw.

Podstawą zastosowania tej przesłanki jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Przyczyny uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki muszą mieć charakter obiektywny i nieprzewidywalny, tak by rzeczywiście udzielenie zamówienia publicznego innemu wykonawcy było niemożliwe a nie tylko utrudnione. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie³⁰.

Ponadto, do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że zamówienie ma charakter złożony lub posiada specyficzne cechy³¹. Zamawiający zobligowany jest bowiem do opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 i 30 ustawy, stąd też niedopuszczalne jest branie pod uwagę pewnych specyficznych i właściwych dla danego produktu cech i udzielanie na tej podstawie zamówienia z wolnej ręki z „przyczyn technicznych”.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki jest możliwe w przypadku nabywania produktów wytwarzanych jedynie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych poza przypadkami nabywania produktów wytwarzanych na potrzeby naukowo-badawcze, jeżeli ich nabycie dokonywane jest w celu produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycia kosztów badań i rozwoju. Dodatkową przesłanką wymaganą do stosowania trybu z wolnej ręki jest jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia. W przypadku istnienia konkurencji na rynku, zamawiający mogą stosować tryb negocjacji bez ogłoszenia.

Prawa wyłączne

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych dotyczy, w szczególności, przypadków związanych z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych³² oraz przypadków związanych z ochroną patentową i ochroną praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy Prawo własności przemysłowej³³. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu jest możliwe w sytuacji, gdy ochrona praw wyłącznych udzielana jest bezpośrednio przez przepisy prawa.

Sam fakt posiadania praw wyłącznych do przedmiotu zamówienia nie jest wystarczające do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Tryb ten ma zastosowanie wówczas, gdy wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale również z uwagi na to, że istnienie praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Tym samym, nie jest możliwe udzielenie zamówienia z wolnej ręki jednemu wykonawcy ze względu na ochronę służących mu praw wyłącznych, jeżeli istnieje lub może powstać produkt równoważny, który może być wytworzony lub dostarczony także przez innego wykonawcę.

³⁰ Wyrok NSA z dnia 11 września 2000, Sygn. akt II SA 2074/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, Sygn. akt III EN 16/01.

³¹ C-394/02 Komisja przeciwko Grecji.

³² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. 2000 r. Nr 80, poz. 904 ze zm.).

³³ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.).

Działalność twórcza i artystyczna

Stosowanie trybu z wolnej ręki jest możliwe, o ile wykonanie przedmiotu zamówienia charakteryzuje się twórczym, nowatorskim i niepowtarzalnym ujęciem tematu przez jednego, określonego twórcę/artystę skutkiem czego możliwe jest powierzenie wykonania dzieła tylko temu twórcy/artysty. Chodzi tu zatem o sytuacje, gdy wykonanie określonego dzieła przez innego autora nie pozwoliłoby na osiągnięcie zamierzonego rezultatu³⁴.

- 2) Przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Przesłanka analogiczna do przesłanki umożliwiającej zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia z tą różnicą, że w tym przypadku nagrodą w konkursie jest zaproszenie twórcy najlepszej pracy konkursowej do negocjacji w trybie z wolnej ręki. Tym samym, zamówienie publiczne jakie może być udzielane na tej podstawie może polegać jedynie na szczegółowym opracowaniu pracy konkursowej i odnosić się do sporządzenia planu lub projektu przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych (art. 1 pkt 11 lit. e dyrektywy 2004/18/WE). Przedmiotem udzielanego zamówienia mogą być jedynie usługi (art. 31 pkt 3 dyrektywy 2004/18/WE).

- 3) Ze względu na wyjątkową sytuację, nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Warto również wskazać, iż dyrektywy nie różnicują procedur na negocjacyjną bez ogłoszenia i wolną rękę. Można wskazać, iż oba te tryby właściwe naszej ustawie odpowiadają jednej procedurze w dyrektywach, a mianowicie – negocjacji bez ogłoszenia, które mogą być prowadzone z kilkoma lub jednym wykonawcą. Negocjacji bez ogłoszenia prowadzonym z jednym wykonawcą odpowiada w naszym ustawodawstwie tryb z wolnej ręki. Stąd też orzecznictwo cytowane w odniesieniu do trybu negocjacji bez ogłoszenia w stosunku do czwartej przesłanki umożliwiającej zastosowanie tego trybu będzie miało w pełni zastosowanie również do okoliczności wyżej wskazanych uzasadniających stosowanie trybu z wolnej ręki. Warto jednak zwrócić uwagę na dwie istotne różnice w przesłankach stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 pkt 4) oraz wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3).

Po pierwsze, jedną z przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest konieczność „pilnego udzielenia zamówienia” podczas, gdy w stosunku do trybu wolnej ręki przesłanka odnosi się do konieczności „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Różnica polega na tym, iż dla stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia bez znaczenia jest termin realizacji zamówienia publicznego albowiem przesłanka wskazuje jedynie na konieczność pilnego zawarcia umowy, która może być realizowana przez wiele miesięcy (lat). Tymczasem stosowanie wolnej ręki z powołaniem się na przesłankę konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia wskazuje na pilną konieczność zawarcia umowy ale również jej wykonania. Stąd też, w oparciu o tę przesłankę niemożliwe jest zawarcie umowy wieloletniej.

Po drugie, jedną z przesłanek właściwych dla trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki jest niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Badając

³⁴ Wyrok NSA z dnia 17 lipca 2003 r. sygn. akt II SA 3944/02.

możliwość stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki należy brać zatem pod uwagę również to, czy nie jest możliwe zastosowanie np. trybu zamówienia negocjacji bez ogłoszenia, który to tryb ze względu na brak ustawowo określonych terminów składania ofert jest trybem umożliwiającym szybkie zawarcie umowy.

4) W prowadzonych kolejno postępowaniach, z których przynajmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione.

Przesłanka podobna do przesłanki umożliwiającej stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 pkt 1) z tą jednak różnicą, iż dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki konieczne jest co najmniej dwukrotne bezskuteczne przeprowadzenie postępowania, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

5) Udzielenie zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych lub usług.

Zamówienia dodatkowe mogą być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko i wyłącznie pierwotnie wybranemu wykonawcy robót budowlanych lub usług. W przypadku, gdy zamówienie podstawowe wykonywane jest przez konsorcjum wykonawców wystarczające do spełnienia przesłanki tożsamości podmiotowej będzie udzielenie zamówienia dodatkowego jednemu lub kilku z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum realizującego podstawowe zamówienie³⁵. Zamówienie dodatkowe, jak sama nazwa wskazuje, jest zamówieniem nie wchodzącym w zakres zamówienia podstawowego. Zakres zamówienia podstawowego, w przypadku robót budowlanych, wyznacza odpowiednio dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych lub program funkcjonalno-użytkowy (art. 31 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Zamówienia dodatkowe na roboty budowlane mogą być zatem udzielone tylko i wyłącznie w zakresie wykraczającym poza zakres robót określony w powyższych dokumentach. Stąd też, w sytuacji w której roboty budowlane wchodzą w zakres projektu i umowy ale nie są określone przedmiotem robót nie mogą one stanowić zamówienia dodatkowego lecz powinny być rozliczone jako tzw. roboty „konieczne” w ramach pierwotnego kontraktu i na warunkach w nim przewidzianych. Na okoliczność tę instytucja zamawiająca powinna przewidzieć w pierwotnej umowie stosowne postanowienia, które w sposób przejrzysty, w oparciu o obiektywne wskaźniki, pozwoli rozliczyć roboty z wykonawcą, szczególnie jeżeli zamówienie podstawowe przewiduje kosztorysowy sposób rozliczenia.

Roboty i usługi dodatkowe, są zamówieniami, których udzielenie stało się konieczne na skutek zaistnienia nowych okoliczności, nieprzewidzianych z przyczyn o charakterze obiektywnym na etapie postępowania o udzielenie podstawowego zamówienia. Jest to zasadnicza różnica w stosunku do zamówień uzupełniających (art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp), które zamawiający przewiduje na etapie postępowania podstawowego i które też w tej fazie powinien wskazać. Łączna kwota udzielonych zamówień dodatkowych nie może przekraczać 50% realizowanego zamówienia podstawowego, a więc nie może być wyższa niż 50% ceny przewidzianej w kontrakcie podstawowym.

³⁵ <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2179>.

Przedmiotem zamówienia dodatkowego mogą być jedynie roboty lub usługi, które są niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego i gdy ich oddzielenie od zamówienia podstawowego z przyczyn technicznych lub ekonomicznych mogłoby przysporzyć zamawiającemu istotnych trudności (np. trudno je wyodrębnić z zamówienia podstawowego) lub nawet w sytuacji możliwości ich wyodrębnienia są absolutnie niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego.

6) Udzielenie zamówienia uzupełniającego na usługi lub roboty budowlane.

Zamówienie uzupełniające na usługi lub roboty budowlane może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Za moment udzielenia zamówienia podstawowego należy uznać moment podpisania umowy z wybranym wykonawcą a nie zakończenia realizacji zamówienia podstawowego³⁶.

Warunkiem udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki jest obowiązek udzielenia zamówienia podstawowego w trybie przetargu ograniczonego lub nieograniczonego (w przypadku zamówień sektorowych również w trybie negocjacji z ogłoszeniem). Istotną cechą zamówienia uzupełniającego odróżniającą od zamówienia dodatkowego, jest to, iż zamówienie uzupełniające jest przewidywane do udzielenia już na etapie procedury wszczęcia zamówienia podstawowego. Zamawiający zobowiązany jest wskazać możliwość udzielania zamówień uzupełniających już w ogłoszeniu o zamówieniu na zamówienie podstawowe i wliczyć jego wartość do tego zamówienia. Kierując się zasadą przejrzystości zamawiający powinien także określić przedmiot zamówienia uzupełniającego.

Zamówienie uzupełniające powinno być udzielone wykonawcy zamówienia podstawowego. Podobnie jak przy zamówieniach dodatkowych, w przypadku, gdy zamówienie podstawowe wykonywane jest przez konsorcjum wykonawców wystarczające do spełnienia przesłanki tożsamości podmiotowej będzie udzielenie zamówienia uzupełniającego jednemu lub kilku z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum realizującego podstawowe zamówienie.

Z ustawy wynika, iż zamówienia uzupełniające nie mogą przekraczać 50% wartości zamówienia podstawowego. Odmiennie niż w przypadku zamówień dodatkowych kwotę świadczenia uzupełniającego odnosimy do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego a nie wysokości kontraktu na zamówienie podstawowe. Ustawodawca w istotny sposób ograniczył możliwości stosowania trybu z wolnej ręki w stosunku do możliwości jakie daje prawo europejskie, które nie przewiduje limitu zamówień uzupełniających możliwych do udzielenia.

Jak stanowi ustawa przedmiot zamówienia uzupełniającego powinien polegać na powtórzeniu „tego samego rodzaju zamówień”. Dyrektywa 2004/18/WE wskazuje z kolei, iż zamówienia uzupełniające oznaczają „nowe roboty lub usługi polegające na powtórzeniu podobnych robót lub usług”. Nie zawsze zatem przedmiot zamówienia uzupełniającego musi być tożsamy tj. „taki sam” jak zamówienie podstawowe. Charakter świadczenia uzupełniającego powinien być podobny rodzajowo do świadczenia podstawowego.

Istotne jest także to, by zamówienie uzupełniające było, jak stanowi dyrektywa, zgodne z „projektem podstawowym” (art. 31 pkt 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE). Ustawodawca wskazał z kolei, iż zamówienie uzupełniające powinno być „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”. Dokonując

³⁶ C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoskiej.

wykładni prounijnej oraz przyjmując słownikowe znaczenie słowa „projekt” jako „zamiar, zamiysł, zamierzony plan działania”, za „podstawowy projekt” czy za „przedmiot zamówienia podstawowego” w rozumieniu ustawy, należy przyjąć jako planowane przez zamawiającego zamówienia, obejmujące zarówno zamówienie pierwotne (podstawowe), jak i zamówienia uzupełniające.

7) Udzielenie zamówienia uzupełniającego na dostawy.

Zamówienie uzupełniające na dostawy, podobnie jak na usługi lub roboty budowlane, może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Warunkiem udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki jest obowiązek udzielenia zamówienia podstawowego co do zasady w trybie przetargu ograniczonego lub nieograniczonego. Zamawiający zobowiązany jest wskazać możliwość udzielania zamówień uzupełniających już w ogłoszeniu o zamówieniu na zamówienie podstawowe i wliczyć jego wartość do tego zamówienia.

Zamówienie uzupełniające powinno być udzielone wykonawcy zamówienia podstawowego. Udzielenie zamówienia uzupełniającego możliwe jest w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

Zamówienia uzupełniające nie mogą przekraczać 20% wartości zamówienia podstawowego. Kwotę świadczenia uzupełniającego odnosimy do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego a nie wysokości kontraktu na zamówienie podstawowe.

Mając na względzie normy zawarte w dyrektywie 2004/18/WE (art. 31 pkt 2 lit. b) przedmiotem zamówienia uzupełniającego może być częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji bieżącego użytku, lub zwiększenie dostaw lub rozbudowa instalacji istniejących. Zamówienia uzupełniającego na dostawę można udzielić jedynie wtedy, gdy zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

8) Udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym oraz zamówienie na dostawy na giełdzie towarowej.

Zastosowanie negocjacyjnego trybu z wolnej ręki w przywołanych okolicznościach stanowi pewnego rodzaju fikcję prawną. W obydwu przypadkach zamawiający niczego nie negocjuje, lecz uczestniczy w procedurze określonej w przepisach odrębnych. Zgodnie z art. 320 i 325 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze³⁷ likwidacja masy upadłości (sprzedaż mienia upadłego: przedsiębiorstwa, jego zorganizowanej części, nieruchomości i ruchomości) dokonywana jest w drodze przetargu. Jego warunki określa sędzia-komisarz. Przetarg prowadzony jest przez syndyka pod nadzorem sędziego-komisarza. Wyboru oferty dokonuje syndyk, lecz jest on prawnie skuteczny po zatwierdzeniu go przez sędziego-komisarza. Natomiast giełda towarowa stosownie do art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych³⁸ charakteryzuje się tym, że są to zespół osób, urzędzeń i środków technicznych zapewniających wszystkim uczestnikom obrotu jednakowe warunki zawierania transakcji giełdowych oraz jednakowy dostęp w tym samym czasie do informacji rynkowych, a w szczególności o kursach i cenach giełdowych oraz o obrotach towarami giełdowymi.

³⁷ Dz. U. Nr 60, poz. 535 ze zm.

³⁸ Dz. U. Nr 121, poz. 1019 ze zm.

W przypadku, gdy zamawiający chce nabyć mienie upadłego musi wziąć udział na zasadach jednokowych dla wszystkich licytantów w przetargu prowadzonym przez syndyka. Wyrażając wolę nabycia towaru giełdowego również nie przystępuje do negocjacji, w rozumieniu art. 66 Pzp, lecz zleca zawarcie transakcji giełdowej, a jego pozycja jest tożsama (jednakowa możliwość zawarcia transakcji) do pozycji innych uczestników obrotu giełdowego. W świetle przywołanych przypadków, należy uznać, iż zamawiający (w jego imieniu upoważniona przez niego osoba) może również uczestniczyć w aukcji ustnej i taką sytuacją – na zasadzie analogicznej, jak w przypadku przepisów art. 67 ust. 1 pkt 8 i 9 Pzp – określić należy jako zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Za giełdę towarów uznawany jest rynek, na którym w określonym czasie i miejscu zawierane są transakcje kupna-sprzedaży towarów jednorodnych pod względem jakości. Przedmiotem handlu na giełdach towarowych są więc towary masowe o wspólnych cechach typowych dające się ująć w standardy. Na giełdzie dokonuje się transakcji bez fizycznej obecności towarów, a jedynie na podstawie ich charakterystyki i standaryzacji określonej w kontrakcie. W giełdowych składach towarowych, producenci mogą zdeponować swój towar, który zostanie przebadany pod kątem jakości i otrzyma określony standard. Deponujący jako potwierdzenie przyjęcia towaru otrzymuje kwit składowy, tak zwany warrant, który jako papier wartościowy i może być przedmiotem obrotu na giełdzie.

Ustawa przewiduje możliwość udzielenia zamówienia dla szczególnego rodzaju zamawiających, którzy prowadzą działalność poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej a mianowicie dla placówek zagranicznych oraz zamówień udzielanych przez jednostki wojskowe w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych RP poza granicami państwa. Należy zaznaczyć, że dotyczy to jedynie postępowań, których wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. „progów unijnych”.

Tryb wolnej ręki jest trybem wyłączającym konkurencję, stąd też wymóg przekazywania zawiadomień o jego zastosowaniu do Prezesa Urzędu obowiązuje analogicznie jak w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a więc gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty dla dostaw i usług określone w rozporządzeniu w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

6.2. Istota trybu

Wolna ręka to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66). W trybie tym można zatem wyróżnić tylko jedną fazę postępowania, a mianowicie negocjacje z wybranym wykonawcą.

Wszczęcie postępowania następuje poprzez zaproszenie do negocjacji wybranego wykonawców. Postępowanie należy uznać za wszczęte w chwili przekazania zaproszenia do negocjacji. Możliwość wyboru wykonawcy determinowany jest przesłanką w oparciu o którą wszczyna postępowanie w trybie z wolnej ręki. Jeżeli zatem zamawiający wskazuje, iż zachodzi konieczność udzielania zamówienia wykonawcy, który z przyczyn obiektywnych jest jedynym zdolnym do wykonania zamówienia, to zaproszenie do negocjacji powinien skierować do tego właśnie wykonawcy. Podobnie w przypadku robót lub usług dodatkowych i uzupełniających – zaprosić można tylko wykonawcę zamówienia podstawowego.

Celem negocjacji jest ustalenie warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie jak w trybie negocjacji bez ogłoszenia chodzi tu w szczególności o ustalenie warunków prawnych, technicznych oraz finansowych na jakich ma być realizowane zamówienie publiczne.

W postępowaniu w trybie z wolnej ręki nie mamy do czynienia z ofertą. Wykonawca prowadzi z zamawiającym negocjacje aż do chwili w której strony dochodzą do porozumienia co do postanowień umowy na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne. Zakończenie negocjacji może być potwierdzone np. protokołem. Odmiennie niż jest to jednak przyjęte w k.c. (art. 72) umowa nie zostaje zawarta z chwilą, gdy strony dojdą do porozumienia co do jej postanowień. Umowa o zamówienie publiczne wymaga bowiem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Ze względu na brak oferty, do trybu z wolnej ręki nie będą miały zastosowania przepisy dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie zawiadamia o wyborze oferty wykonawcy, nie zamieszcza informacji o wyborze oferty na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, a także może od razu po ustaleniu istotnych postanowień umowy udzielić zamówienia publicznego (brak obowiązku zawieszenia czynności udzielenia zamówienia). Jednakże, na zasadach jednakowych dla wszystkich trybów, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w omawianym trybie publikuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego (art. 95 ust. 1 i 2 ustawy).

Zamawiający posiada obowiązek zweryfikowania zdolności podmiotowej wykonawcy z którym prowadzi negocjacje. Stąd też, ustawa bezwzględnie wymaga od wykonawcy złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy) oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (powyżej wartości określonej w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy) z wyjątkiem zamówień wskazanych w art. 67 ust. 4 ustawy. Weryfikacja podmiotowa nie jest przedmiotem negocjacji, ale stanowi odrębny od niej element procedury. Może nastąpić w dowolnym momencie trwania postępowania, byleby złożenie odpowiednich oświadczeń i dokumentów zostało złożone nie później niż wraz z zawarciem umowy.

Zamawiający nie ma obowiązku w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki do sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje jedynie 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. Warunki te mogą być przedmiotem negocjacji, jednakże ich wynik nie może podważać podstawy wszczęcia postępowania w tym trybie.

Zamawiający i wykonawca prowadzi negocjacje do czasu osiągnięcia porozumienia w sprawie postanowień umowy. Nie osiągnięcie porozumienia lub odstąpienie wykonawcy od negocjacji oznacza zakończenie postępowania. Dla zakończenia postępowania w trybie z wolnej ręki nie jest konieczne jego unieważnienie w oparciu o art. 93 ustawy, który do tego trybu nie ma również zastosowania.

7. Zapytanie o cenę

Zapytanie o cenę to tryb stosowany dla zakupów towarów i usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych o wartości nie przekraczającej tzw. „progów unijnych”. Sama ustawa nie określa bliżej „usług lub dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych”. Kierując się wykładnią językową, ustawowe pojęcie „powszechnie dostępny” należałoby rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, „ogólny”, podobnie jak „ustalone standardy jakościowe” pojmowane jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wyroby odpowiadające

przeciętnym wymaganiom". Przesłankę art. 70 prawa zamówień publicznych należałoby więc rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień, przez większość podmiotów tej branży. O powszechnej dostępności świadczyć może np. wielość podmiotów występujących na rynku i zajmujących się dostawą określonych typowych produktów lub świadczeniem usług, które spełniają określone wymogi (normy techniczne). Normy te (wymagania) muszą mieć jednak charakter standardowy, typowy, a nie specyficzny, wymagający indywidualnego podejścia. Taki standardowy charakter mają np. gotowe wyroby katalogowe o małym stopniu złożoności, produkty spożywcze różnego asortymentu, materiały biurowe, powszechnie stosowane leki, itp. Na rynku usług mogą to być np. proste usługi poligraficzne (druk), usługi utrzymania czystości (sprzątanie) itp.³⁹

Zapytanie o cenę to tryb w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Wszczęcie postępowania następuje z chwilą przekazania zaproszenia do składania ofert.

Cechą charakterystyczną trybu zapytania oceną jest to, iż zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty tylko i wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. Jest to zatem wyjątek od zasady w myśl której zamawiający obok kryterium ceny może kierować się również innymi kryteriami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia.

Zapytanie o cenę to procedura w sposób znacząco ograniczająca konkurencję, albowiem do zamawiającego należy wybór wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty. Biorąc pod uwagę, iż jest to tryb stosowany na powszechnie dostępne towary lub usługi jego stosowanie w sposób nieuzasadniony dyskryminuje wykonawców uniemożliwiając im wzięcie udziału w postępowaniu. Wykonawca może złożyć ofertę tylko w odpowiedzi na zaproszenie do jej złożenia. Stąd też, oferta złożona przez wykonawcę nie zaproszonego podlega odrzuceniu.

Przepisy ustawy wprawdzie wprowadzają regulacje służące zapewnieniu konkurencyjności przebiegu postępowania w trybie zapytania o cenę, ale wydają się one niewystarczające. I tak, zamawiający zobowiązany jest do zaproszenia wykonawców w takiej liczbie, która zapewni konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniejszej niż pięciu. Ustawodawca wskazał zatem, iż minimalna liczba wykonawców zaproszonych do złożenia oferty nie może być mniejsza niż pięciu. Ponadto, w postępowaniu prowadzonym w tym trybie konieczne jest złożenie co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu. Zamawiający ma również obowiązek zaprosić tylko wykonawców, którzy świadczą w ramach prowadzonej działalności dostawę lub usługi będące przedmiotem zamówienia.

Postępowanie w trybie zapytania o cenę może być prowadzone jedynie poniżej tzw. „progów unijnych” ze względu na to, iż nie jest to procedura przewidziana dyrektywami unijnymi.

Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja zawiera wszelkie informacje wymagane art. 36 ustawy z wyłączeniem postanowień dotyczących wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie chodzi zatem o zwolnienie z obowiązku żądania wadium ponieważ obowiązek żądania wadium dotyczy zamówień o wartości przekraczającej progi dyrektyw, a więc w których postępowanie w trybie zapytania o cenę nie może mieć zastosowania. Wyłączenie stosowania postanowień siwz

³⁹ Opinia UZP: <http://www.uzp.gov.pl/prawo/opinie/OP.html#53>

w zakresie wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy oznacza, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę zamawiający nie może żądać ich wniesienia.

Tryb zapytania o cenę z założenia jest trybem odformalizowanym pozwalającym na szybkie udzielanie zamówień o mniejszych wartościach cechujących się podobnym standardem jakościowym wykonania. Stąd też, zamawiający pytając o cenę może wyznaczyć stosunkowo krótki okres czasu na złożenie oferty albowiem ustawa nie reguluje minimalnego terminu jaki zobowiązany jest wyznaczyć zamawiający. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego dla złożenia oferty. Czas niezbędny na złożenie oferty powinien być dłuższy jeżeli oprócz wymogu złożenia oświadczeń (oferty oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału) zamawiający żąda dodatkowo odpowiednich dokumentów oraz jeżeli kieruje zaproszenie do składania ofert w formie pisemnej.

Przekazanie zaproszenia faksem lub drogą elektroniczną nie oznacza oczywiście, iż w tej również w tej formie możliwe jest złożenie oferty. Oferta zawsze musi być złożona w formie pisemnej lub za zgodą zamawiającego w równoważnej jej formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym.

8. Licytacja elektroniczna

Tryb licytacji elektronicznej został wprowadzony do polskiego systemu prawnego wraz z wejściem w życie ustawy Prawo zamówień publicznych. Początkowo, tryb ten zwany był aukcją elektroniczną. Na skutek jednak nowelizacji ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. nazwa trybu „aukcji elektronicznej” została zastąpiona „licytacją elektroniczną”. Nowela ustawy mająca na celu dostosowanie prawa do nowych dyrektyw wynikała z implementacji nowej instytucji przewidzianej dyrektywą, a mianowicie aukcji elektronicznej jako etapu procedury wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Pozostawienie zatem dwóch instytucji o zupełnie innym charakterze pod tą samą nazwą mogło prowadzić do nieporozumień.

Licytacja elektroniczna nie jest trybem podstawowym, co oznacza, iż jego stosowanie ograniczone jest tylko do okoliczności wskazanych w ustawie. I tak, licytacja elektroniczna może mieć zastosowanie jeżeli przedmiotem są zamówienia o wartości mniejszej niż tzw. „progi unijne” z uwagi, iż tryb ten nie jest przewidziany dyrektywami unijnymi. Odmiennie jednak niż w przypadku trybu zapytania o cenę, licytacja elektroniczna jest postępowaniem, które wszczynają się poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu, a więc zapewnia wszystkim wykonawcom dostęp do zamówień na zasadach niedyskryminujących. Podobnie jak w zapytaniu o cenę, w licytacji elektronicznej jedynym kryterium oceny ofert może być cena. A więc, zamówienia publicznego w trybie licytacji można udzielić jedynie wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę. Licytacja elektroniczna, to tryb w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

Definicja licytacji elektronicznej zawarta w art. 74 ust. 1 ustawy nie odpowiada istocie postępowania prowadzonego w tym trybie. Definicja nie przewiduje etapu poprzedzającego właściwe wszczęcie licytacji, a mianowicie publikacji ogłoszenia oraz składania w odpowiedzi na nie wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji.

Licytacja elektroniczna dzieli się na dwa etapy:

- publikacja ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi na które składany jest wniosek o dopuszczenie do udziału w licytacji,
- zaproszenie do składania ofert (postąpień).

Ogłoszenie o zamówieniu. Postępowanie w trybie licytacji elektronicznej wszczyna się poprzez publikację ogłoszenia zamówieniu. Miejsce publikacji ogłoszenia o licytacji oraz jego treść odzwierciedla specyfikę tego trybu.

Zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie na której będzie prowadzona licytacja.

Również treść ogłoszenia o zamówieniu w trybie licytacji elektronicznej zawiera informacje specyficzne dla tego trybu, nie spotykane w innych trybach określonych ustawą. I tak ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych; sposób postępowania w toku licytacji elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych wysokości postąpień; informacje o liczbie etapów licytacji elektronicznej i czasie ich trwania; termin otwarcia oraz termin i warunki zamknięcia licytacji elektronicznej.

Wymogiem ustawowym jest, by wykonawcy uczestniczący w licytacji pozostawali anonimowi. Zachowaniu anonimowości służy ustanowienie wymogów dotyczących rejestracji wykonawców. W procesie rejestracji wykonawcy zaproszeni do składania ofert otrzymują odpowiednie hasło dostępu do systemu w którym prowadzona będzie licytacja. Jednocześnie w trakcie rejestracji przypisywane są wykonawcom oznaczenia pozwalające zamawiającemu (i tylko i wyłącznie jemu) zidentyfikować wykonawcę oraz składaną przez niego ofertę w trakcie licytacji. Przykładowo oznaczenie to może przybrać postać numeru. Wydaje się przy tym właściwym nadawanie określeń wykonawcom przez zamawiającego. Pozostawienie wykonawcy swobody w tym zakresie może bowiem spowodować przybranie odpowiedniej nazwy, którą posługiwać się będzie w toku licytacji, jednakże tak charakterystycznej dla danego wykonawcy, iż będzie możliwa jego identyfikacja. Zamawiający powinien określić w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania stawiane urządzeniom informatycznym (np. pamięć operacyjna, karta graficzna itd.) tak, by przebieg licytacji przebiegał w sposób sprawny i niezakłócony.

W ogłoszeniu powinno znaleźć się określenie minimalnej wysokości postąpień wykonawcy. Minimalna wysokość postąpienia jest to kwota, o jaką wykonawca może przebić cenę zaproponowaną przez innego wykonawcę. Jest to kwota minimalna, a więc postąpienie może być wyższe niż wskazane przez zamawiającego, chyba że co innego wynika z treści ogłoszenia. Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca w sposób precyzyjny nie określa do jakiej wartości należy odnosić minimalne postąpienie, a więc czy do poprzedniego swojego postąpienia, czy też od postąpienia w danym momencie najkorzystniejszego. Definicja licytacji wskazuje, iż licytacja to tryb w którym „*wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji*”, a więc nie przesądza tej kwestii.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Celem żądania wniosków jest weryfikacja podmiotowa wykonawców. Warto zazna-

czyć, iż wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji mogą być składane w formie pisemnej bądź w innej formie dopuszczonej przez zamawiającego, a więc także faksem lub drogą elektroniczną. Stąd też, nie można uznać, iż tryb ten stanowi w pełni elektroniczny sposób udzielania zamówienia publicznego. Wymóg przekazywania drogą elektroniczną oświadczeń dotyczy tylko licytacji *sensu-stricto*, a więc składania ofert (postąpień).

W wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji zamawiający ma obowiązek zaprosić do licytacji wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w licytacji. Obok zatem trybu przetargu nieograniczonego jest to drugi tryb postępowania który zapewnia wszystkim wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia złożenie oferty. Jedyne ograniczenie jakie istnieje to konieczność złożenia co najmniej dwóch wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji. W przypadku złożenia mniejszej ilości wniosków potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania. Licytacja ma sens jedynie wtedy, gdy istnieje element konkurencji, a ta występuje już, gdy mamy co najmniej dwa podmioty zainteresowane realizacją zamówienia publicznego.

Licytacja *sensu-stricto*. Zamawiający po zbadaniu zdolności wykonawców zaprasza ich do składania ofert (postąpień). W zaproszeniu zamawiający wskazuje termin związania ofertą wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę.

Otwarcie licytacji elektronicznej następuje w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Termin wskazany w ogłoszeniu niekoniecznie powinien być określony datą. Jest to nawet niewskazane ze względu na niemożność przewidzenia czasu jaki zajmie zamawiającemu ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji. Stąd też, wystarczającym będzie określenie terminu otwarcia licytacji w sposób bardziej ogólny np. 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, a następnie jego skonkretyzowanie w zaproszeniu przekazywanym wykonawcom.

Zamawiający może żądać, by wykonawcy wnieśli wadium w terminie przez niego określonym, nie później jednak niż przed upływem terminu otwarcia licytacji. Powyższe oznacza, iż termin na wniesienie wadium może być wyznaczony przez zamawiającego wcześniej niż termin otwarcia licytacji. Jest to rozwiązanie szczególne, właściwe dla trybu licytacji elektronicznej, albowiem zasadą jest, iż wadium może być wniesione nie później niż z chwilą upływu terminu składania ofert (art. 45 ust. 3) a więc zamawiający nie może w pozostałych trybach wyznaczyć innego terminu na niesienie wadium niż upływ terminu składania ofert.

Od momentu otwarcia licytacji elektronicznej, zamawiający i wykonawcy przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje wyłącznie drogą elektroniczną. Oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Oferty składane w trakcie licytacji podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny. Zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim wykonawcom informacje o pozycji a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia licytacji nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Tym samym, niemożliwe jest wskazanie informacji o nazwach nadanych poszczególnym wykonawcom. Nie oznacza to jednak braku obowiązku podania nazw wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji. Informacja ta nie spowoduje sama w sobie możliwości identyfikacji ofert składanych przez tych wykonawców.

Wyjątkiem jest sytuacja w której wnioski o dopuszczenie do udziału złożyło jedynie dwóch wykonawców. W takim przypadku podanie informacji o wykonawcy, który złożył wniosek skutkować będzie automatycznie możliwością identyfikacji wykonawcy w trakcie licytacji. Tylko w tej sytuacji, wydaje się dopuszczalne nie udostępnienie informacji o wykonawcach, którzy złożyli swe wnioski.

Licytacja elektroniczna może mieć charakter jednoetapowej lub wieloetapowej o czym zamawiający ma obowiązek poinformować potencjalnych wykonawców już w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku licytacji wieloetapowej zamawiający, może po zakończeniu każdego etapu licytacji nie zakwalifikować do następnego etapu licytacji tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy zamawiający zastrzegł taką możliwość już w ogłoszeniu o zamówieniu. Brak takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu nie skutkuje brakiem możliwości przeprowadzenia licytacji wieloetapowej.

Zamknięcie licytacji. Zamawiający zamyka licytację elektroniczną:

- w terminie określonym w ogłoszeniu;
- jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia lub
- po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu.

§ 12. WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ

1. Charakter oferty przetargowej

Postępowanie eliminacyjne zmierzające do wyboru oferty najkorzystniejszej ma naturę przetargową, nawet jeśli jest poprzedzone wstępną kwalifikacją konkurentów, dialogiem konkurencyjnym, negocjacjami itd. Do jego istoty należy to, że każdy z konkurentów może złożyć tylko jedną ofertę zawarcia umowy (art. 82 ust. 1 Pzp), a wszystkie propozycje wiążą równolegle w oznaczonym czasie (o wyjątkach dalej)¹. Już wstępna kwalifikacja konkurentów według spełniania warunków ma wymiar selekcyjny. Możliwe są bowiem wykluczenia. Następnie odbywa się kwalifikacja złożonych ofert z punktu widzenia zgodności z ustawą oraz wymaganiami warunków zamówienia (dopuszczalne są odrzucenia), a dopiero potem oferty niepodlegające odrzuceniu poddawane są ocenie wartościującej umożliwiającej wybór oferty najkorzystniejszej, podlegającej przyjęciu. Pozostałe oferty nie wygasają od razu, lecz dopiero w związku z zawarciem umowy finalnej, chyba że ustanie wiążące ofertą albo zamawiający wcześniej unieważni postępowanie. W razie uchylenia się zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy zamawiający może zatem wybrać kolejną ofertę bez przeprowadzania ponownej oceny. Wybór połączony z przyjęciem oferty najkorzystniejszej stanowi podstawową czynność przetargową, której podporządkowane są wszystkie uprzednie zdarzenia, począwszy od otwarcia ofert, jako akty przygotowawcze.

Zupełnie inaczej przedstawia się mechanizm licytacyjny. Oferty składane są sukcesywnie, jedna po drugiej z zachowaniem jedności miejsca (strona internetowa) i czasu, przy jednakowym dostępie do informacji. Oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać od razu, gdy inny konkurent złoży ofertę korzystniejszą. Licytujący mogą zatem złożyć więcej niż jedną ofertę, skoro każda gaśnie, gdy tylko padnie następna, ciągle aktualna jest tylko jedna oferta. Ostatnia podlega przyjęciu. Mechanizm licytacyjny nie mieści się zatem w procedurze wyboru oferty w rozumieniu art. 82–95 Pzp.

Znaczenie prawne oferty przetargowej nie odbiega istotnie od jej kodeksowego ujęcia. Nieznaczne modyfikacje charakteru prawnego są uzasadnione specyfiką zamówień publicznych. Przez ofertę rozumie się oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy (art. 66 § 1 kc). Według jednej koncepcji jest jednostronną czynnością prawną wywołującą co najmniej dwa skutki prawne: wiążące oferenta (wykonawcy) oraz powstanie po drugiej stronie prawa kształtującego, umożliwiającego doprowadzenie do zawarcia umowy, już bez udziału oferenta². Zgodnie zaś z przeciwnym stanowiskiem oferta nie wyczerpuje znamion czynności prawnej, lecz jako zwyczajne oświadczenie woli stanowi tylko jeden ze składników czynności prawnej, jaką jest dopiero umowa zawarta w związku ze

¹ Złożenie kilku ofert przez pojedynczego wykonawcę uzasadnia ich odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

² Por. zwłaszcza J. Górski: Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań, Poznań 1938, s. 55, S. Grzybowski: System prawa cywilnego, t. I, część ogólna, Ossolineum 1974, s. 478 i 553 oraz E. Łętowska: Recenzja pracy B. Gawlika: Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego, PiP 1970, Nr 10, s. 135.

złożeniem drugiego (komplementarnego) oświadczenia woli w postaci przyjęcia oferty³. W rezultacie zamawiającemu (oblatowi) nie przysługuje prawo kształtujące, a jedynie kompetencja do zawarcia umowy przez złożenie drugiego oświadczenia woli. Za trafne uznać trzeba to drugie zapatrywanie. Każda bowiem czynność prawna, w tym także jednostronna, stanowi samodzielne zdarzenie i nie może być kwalifikowana jako konstytutywny element innej czynności prawnej (umowy). Złożenie oferty nie pociąga żadnych następstw o bezpośredniej doniosłości gospodarczej. Jednakże jej skutek w postaci związania realizuje się w ramach ubocznego (pomocniczego) względem zawieranej umowy stosunku proceduralnego. W zakresie tej więzi prawnej oferta może być pojmowana w kategoriach czynności prawnej, jeśli wyznacza warunki procedowania⁴. Ze stosunkiem proceduralnym łączy się ponadto przyznana zamawiającemu z mocy ustawy (art. 68 kc) możliwość odrzucenia oferty. Chodzi bowiem o oświadczenie woli skutkujące w cudzej sferze prawnej, w wyniku odrzucenia oferta wygasa.

Wywodząca się z ofertowego sposobu zawarcia umowy procedura przetargowa albo inna oparta na modelu przetargu pisemnego kształtowana jest nieco inaczej. Organizowane przez zamawiającego postępowanie rozgrywa się w ramach stosunku przedumownego o charakterze obligacyjnym, którego podstawą są ustalone z góry warunki zamówienia, akceptowane następnie niemal adhezyjnie przez przystępujących do przetargu konkurentów (art. 70¹ § 4 kc). Złożenie oferty (wniosku o dopuszczenie do postępowania) wywiera dwa skutki: proceduralny sprowadzający się do akceptacji ustalonych przez zamawiającego warunków oraz merytoryczny - związany z typową dla oferty propozycją zawarcia umowy finalnej⁵. Warunki zamówienia (art. 36 Pzp) kształtują bowiem nie tylko wymagania i przebieg samej procedury (funkcja organizatorsko-programująca), lecz także i postanowienia planowanej umowy (funkcja regulacyjna), do których zainteresowani zamówieniem konkurenci muszą dostosować treść swoich ofert pod rygorem odrzucenia. Stąd oferta przetargowa to oferta „wywołana” warunkami przetargu⁶. Działanie przepisów ustawy ma tu jedynie wymiar uzupełniający (art. 56 kc). Oferta stanowi zatem jedynie przedmiot stosunku proceduralnego, realizowanego zwłaszcza poprzez rzetelną ocenę złożonych ofert. Zapadające w toku postępowania czynności mają zatem wymiar powinnościowy. Najwięcej obowiązków proceduralnych ma – rzecz jasna – zamawiający-organizator, natomiast wykonawcy, oprócz powinności wadialnych, obciążeni są jeszcze obowiązkami o charakterze informacyjnym. W konsekwencji odpowiedzialność odszkodowawcza stron za uchybienia może być oparta o reżim kontraktowy, nie licząc środków odwoławczych o charakterze korekcyjnym czy szczególnej sankcji w postaci odrzucenia oferty⁷.

Stanowczy charakter oferty, wyrażającej bezpośrednią i prawnie doniosłą (ostateczną) wolę zawarcia umowy, pozwala na odróżnienie jej od niewiążących propozycji negocjacyjnych, a także od przygotowawczych ofert wstępnych czy nawet orientacyjnych, przesądzających co najwyżej wstępnie

³ Z. Radwański: Teoria umów, Warszawa 1977, s. 65, B. Gawlik: Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66-72 kc), Kraków 1977, s. 43, A. Klein: Zawarcie umowy [w:] Prawo umów w obrocie gospodarczym (red. S. Włodyka), Kraków 1993, s. 243 i n oraz R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne, Kraków 2005, s. 93.

⁴ Więcej o tym R. Szostak: Przetarg ... op. cit., s. 94 i n.

⁵ Por. szczegółowo R. Szostak: Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych [w:] Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska), Łódź Warszawa 2010, s. 59 i n.

⁶ Por. A. Całus: Prawo cywilne i handlowe państw obcych, Warszawa 1985, s. 283, M. Boratyńska: Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne), Warszawa 2004, s. 127 oraz R. Szostak: Przetarg ... op. cit., s. 70.

⁷ Kontraktowy reżim odpowiedzialności jest bardziej dogodny dla poszkodowanego (przesłanki) w porównaniu z tradycyjnym porządkiem deliktowym, właściwym w przypadku braku porozumienia przedkontraktowego.

o niektórych tylko warunkach umowy, wymagających jednak potwierdzenia w ofercie końcowej. Jako kompletna propozycja zawarcia umowy oferta zawiera wszystkie istotne jej postanowienia, które w znacznej mierze są zdeterminowane z góry warunkami zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). W pełni swobodnie wykonawca kształtuje jedynie niektóre klauzule, a mianowicie objęte kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej (wysokość oferowanej ceny, wymagania jakościowe, termin wykonania zamówienia, warunki odpowiedzialności za wady przedmiotu itd.), w pozostałym zakresie dostosowuje treść swojej oferty do postanowień „zapowiedzianych” w warunkach zamówienia. Nie ma większego znaczenia okoliczność, czy formularz ofertowy wyraża całą treść umowy, czy też ogranicza się jedynie do klauzul objętych kryteriami przetargowymi wzbogaconych o bezwarunkowe zastrzeżenie co do związania się pozostałymi dyspozycjami umowy wskazanymi w warunkach zamówienia (projekcie umowy). Istotne dla stron postanowienia, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, wprowadza się bowiem do umowy za pośrednictwem wybranej oferty. Stąd najprostszym rozwiązaniem jest wymóg uzupełnienia (towarzyszącego warunkom zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert) projektu umowy, podpisania i odesłania zamawiającemu tytułem oferty. Niedopuszczalne jest natomiast zerwanie związku prawnego pomiędzy ograniczoną w treści propozycją ofertową wykonawcy a dalszymi postanowieniami planowanej umowy, wynikającymi bezpośrednio z warunków zamówienia. Na tym tle zrozumieliśmy staję się przepis art. 82 ust. 3 Pzp, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zasada nieodwoływalności oferty przetargowej doznaje istotnego wyłączenia z mocy art. 84 Pzp, według którego wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Dopuszczenie tej możliwości po rozpoczęciu eliminacyjnej fazy postępowania, zaczynającej się od otwarcia ofert, pozbawione byłoby większego sensu, choć przepisy przedwojennego rozporządzenia RM zezwalając na późniejsze cofnięcie oferty przewidywały przepadek wadium. Zmiana oferty polega na złożeniu dodatkowego oświadczenia wprowadzającego korekty, modyfikacje lub uzupełnienia do uprzednio złożonego oświadczenia, natomiast cofnięcie oferty kwalifikować trzeba jako całkowite odwołanie oświadczenia woli (art. 61 § 1 zd. 2 kc ulega tu wyłączeniu), co nie pozbawia zainteresowanego możliwości ponownego złożenia (tej samej bądź innej co do treści) propozycji zawarcia umowy. Oferta wycofana wygasa. Jako bezprzedmiotowa powinna być bez otwierania zwrócona wykonawcy, co wynika też pośrednio z ustawowego wyrażenia „wycofanie oferty”, a nie „odwołanie oświadczenia”.

Możliwość złożenia oferty wariantowej zamawiający może dopuścić, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru (art. 83 ust. 1 Pzp). Chodzi o ofertę przewidującą odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Wykonawca nie ma tu jednak pełnej swobody, ponieważ granice odstępstwa, a zwłaszcza minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wyznacza sam zamawiający (art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp). Alternatywnego sposobu realizacji zamówienia (np. co do technologii robót, warunków świadczenia usług) nie wolno mylić z odstępstwami od jednoznacznie ustalonego przedmiotu zamówienia, którego ujęcie ilościowe oraz jakościowe nie może podlegać żadnym modyfikacjom w ofercie.

Możliwość złożenia oferty częściowej zamawiający może dopuścić, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny (art. 83 ust. 2 Pzp). Powinien wtedy wyodrębnić i opisać szczegółowo poszczególne części zamówienia. Wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty może złożyć jeden wykonawca. Naruszenie ustalonego zakresu zamówienia częściowego lub innych warunków podziału zamówienia na części grozi odrzuceniem oferty. Problem podzielności świadczenia należy do podstawowych zagadnień prawa zobowiązań (art. 379 kc). Podział zamówienia na części prowadzi

w istocie do wielości zamówień objętych jednym i tym samym postępowaniem. Zwiększa jego konkurencyjność, poszerzając dostęp do każdego z zamówień częściowych. Wykonawcom nie przysługuje jednak żadne roszczenie o zastosowanie jakiegokolwiek podziału na części. Zasada jednej oferty przetargowej składanej przez każdego z konkurentów ulega tu ograniczeniu, skoro może on złożyć kilka ofert częściowych. Niektóre elementy postępowania są „wspólne” dla wszystkich zamówień częściowych, inne zaś funkcjonują odrębnie w odniesieniu do każdego z nich, np. wysokość wadium jest uzależniona wprost od zakresu oferowanego świadczenia, ale już warunki wymagane od konkurentów mogą być zróżnicowane. Dyskwalifikacja oferty bywa jednostkowa, a unieważnienie postępowania może odnosić tylko ograniczone przedmiotowo skutki prawne (art. 93 ust. 2 Pzp). Wykonawca składający kilka ofert częściowych nie musi bynajmniej konstruować odrębnych dokumentów, może je wyrazić łącznie w jednym akcie, byleby jasna była wola co do oferowanego zakresu zamówienia. Zamawiający powinien zresztą prawidłowo ustalić instrukcję odnośnie do sposobu przygotowania oferty.

2. Wymagania formalne oferty

Szczególna forma oferty została podyktowana ustawowo. Według art. 82 ust. 2 Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Warunki zachowania formy pisemnej wynikają z art. 78–79 kc (własnoręczny podpis pod oświadczeniem woli powinien pochodzić od osoby uprawnionej, a pełnomocnictwo wymaga pisma), natomiast formy elektronicznej z art. 3–5 ustawy z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym⁸. Narzucenie przez zamawiającego wyłącznie formy elektronicznej – jak się zdaje – nie jest dopuszczalne, mogłoby bowiem ograniczać dostęp do zamówień z uwagi na ciągle wyjątkowe znaczenie tej formy. Wyjątki dotyczą jednak aukcji uzupełniającej, licytacji oraz dynamicznego sposobu dokonywania zakupów. W zwykłym zaś przetargu trudności ustępują przy dopuszczeniu wyboru formy przez wykonawcę: pomiędzy pisemną a elektroniczną. Powinno temu towarzyszyć wskazanie sposobu wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej takiego, aby adresat mógł zapoznać się z jego treścią (art. 61 § 2 kc).

Sposób przygotowania oferty powinien odpowiadać wymaganiom określonym z góry w warunkach zamówienia. W pierwszej kolejności liczy się zachowanie wymogów techniczno-redakcyjnego wyrażenia propozycji ofertowych (np. co do kalkulacji wynagrodzenia, opracowania oferty wspólnej lub dodatkowych zapewnień ze strony wykonawcy). Na drugim planie jest wykaz dokumentów załączonych do oferty, a także sposób zapewnienia składanej ofercie poufności (opakowanie lub zabezpieczenie elektroniczne). Istotne jest ponadto prawidłowe zaadresowanie przesyłki ofertowej oraz odpowiednie jej oznakowanie, aby można ją przedłożyć w terminie, aby potem nie uległa przypadkowemu (przedwczesnemu) otwarciu. Mimo biurokratycznego charakteru wymagania powyższe mieszczą się jednak (z woli ustawodawcy) w pojęciu istotnych warunków zamówienia, choć uchybienie im nie zawsze uzasadnia konieczność odrzucenia oferty. Zachowanie poufności oferty ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a także ochrony wyniku postępowania przed deformacjami narażającymi zamawiającego na straty. Stąd obowiązuje bezwzględny zakaz zapoznawania się z „zawartością oferty” przed upływem terminu jej otwarcia (art. 86 ust. 1 Pzp). Jego naruszenie jest zagrożone odpowiedzialnością karną (art. 267 kk), która ulega zaostreniu w przypadku rozpowszechnienia bezprawnie zdobytej informacji w celu

⁸ Dz. U. Nr 130, poz. 1450 ze zm.

wpłynięcia na wynik postępowania (art. 305 kk). Samo przypadkowe naruszenie integralności przesyłki ofertowej, czy nawet jej otwarcie nie uzasadnia jednak unieważnienia postępowania, ponieważ w tym zakresie liczą się tylko takie uchybienia, które rzutują bezpośrednio na jego wynik (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Ofertę należy złożyć w przewidzianym terminie, pod właściwym adresem. Wprawdzie termin składania ofert może być w pewnych wypadkach przedłużony, ale jego upływ podlega uwzględnieniu w urzędzie, a sam termin nie może być następnie przywrócony. Stąd nawet drobne jego przekroczenie wymusza zwrot oferty wykonawcy. Jako termin kształtowany z woli stron (choć w granicach ustawy), nie musi trwać aż do końca ostatniego dnia (doby), lecz może się wyczerpać o wcześniejszej porze, oznaczonej co do godziny i minuty. W świetle art. 84 ust. 2 Pzp w odniesieniu do zamówień o wartości nie sięgającej europejskiego progu kwotowego zamawiający niezwłocznie zwraca ofertę, która została złożona po terminie, natomiast gdy postępowanie dotyczy zamówienia większej wartości zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę dopiero po upływie terminu do wniesienia odwołania.

3. Związanie wykonawcy złożoną ofertą

Stan związania ofertą ogranicza wykonawcę, który musi liczyć się z koniecznością zawarcia i wykonania umowy, wyłącznie bowiem sam zamawiający (oblat) może poprzez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie, natomiast wykonawca w zasadzie nie może już zapobiec tej konsekwencji⁹. Jedyne wyjątek dotyczy wypadku cofnięcia oferty przed upływem terminu do składania ofert. Stan związania zamyka się w określonym czasie, nie tyle dla ograniczenia uciążliwych dla wykonawcy skutków, ile w celu stworzenia dostatecznych możliwości należytej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego termin związania ofertą wyznacza wstępnie, jednakowo dla wszystkich sam zamawiający. Jego akceptacja ze strony wykonawcy stanowi element oferty, a także pozytywną przesłankę ubiegania się o zamówienie, w przeciwnym wypadku złożona przez niego oferta byłaby bezterminową. Oferta uchybiająca z góry wyznaczonemu terminowi związania, jako niedostosowana do warunków zamówienia musi być odrzucona. Nie zawsze jednak związanie ofertą ustaje dopiero z upływem zastrzeżonego terminu. Oferta prawidłowo wybrana od razu „przekształca się” w umowę przedwstępną, natomiast pozostałe wygasają dopiero z chwilą zawarcia umowy finalnej, ponieważ gdyby zwycięski wykonawca uchylił się od zawarcia umowy zamawiający wybiera kolejną ofertę. Poza tym unieważnienie postępowania pociąga automatycznie odrzucenie ewentualnie utrzymujących się jeszcze ofert (zob. rozdz. XV pkt 2). Inaczej zatem niż na gruncie art. 70³ § 1 kc oferty przetargowe nie upadają w wyniku wyboru najkorzystniejszej, lecz dopiero z chwilą zawarcia umowy finalnej bądź w związku z unieważnieniem postępowania.

Okres związania ofertą powinien zamykać się w odpowiednim terminie, umożliwiającym zamawiającemu należyte wyczerpanie postępowania zgodnie z jego celem (art. 2 pkt 7a Pzp). Nie powinien być on jednak zbyt długi, skoro stan związania jest uciążliwy dla konkurentów. Dlatego art. 85 Pzp limituje zamawiającego, wskazując na maksymalną rozpiętość tego terminu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia małej wartości nie może on przekraczać 30 dni, a jeśli wartość zamówienia sięga europejskiego progu kwotowego – 60 dni, natomiast w odniesieniu do zamówień wielkiej wartości (od 10 mln euro, co do robót budowlanych – 20 mln euro) jego dopuszczalny rozmiar nie może przekraczać 90 dni. W przypadku wniesienia odwołania bieg terminu związania ofertą

⁹ Por. B. Gawlik: op. cit., s. 48.

ulega zawieszeniu (wstrzymaniu) z mocy ustawy do czasu ogłoszenia orzeczenia przez KIO (art. 182 ust. 6 Pzp). Potem biegnie w dalszym ciągu, ewentualne zaskarżenie orzeczenia do sądu okręgowego nie wpływa już na jego bieg, otwiera się bowiem możliwość do zawarcia umowy finalnej (art. 183 ust. 1 Pzp). Należący do elementów oferty termin związania ofertą może być przedłużony w razie potrzeby wyłącznie z mocy oświadczenia woli wykonawcy. Stąd według art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć ten termin, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed jego upływem, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na jego przedłużenie o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Ograniczenie to odpada, gdy przedłużenie następuje z inicjatywy samego wykonawcy. Odmowa przedłużenia nie powoduje utraty wadium. Pociąga jedynie konieczność wyeliminowania wygasłej oferty z dalszego toku postępowania. Możliwość przedłużenia powyższego terminu z inicjatywy samego wykonawcy ma zapobiegać różnym praktykom obstrukcyjnym ze strony zamawiającego, zwłaszcza unieważnieniu postępowania z powodu wygaśnięcia ofert. Tak jak w odniesieniu do innych terminów, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko przed jego upływem. Konkurenci samodzielnie przedłużający termin nie muszą ze sobą współdziałać, w rezultacie poszczególne oferty mogą utrzymywać się w postępowaniu w różnym okresie. W piśmiennictwie dominuje stanowisko, że oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą nie wymaga formy pisemnej, lecz może być wyrażone, stosownie do art. 27 ust. 2 Pzp, także faksem lub elektronicznie¹⁰. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenie dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp wraz z upływem terminu do składania ofert. Na tym tle utrzymuje się niepewność co do sposobu liczenia tego terminu. Brak dostatecznych podstaw normatywnych do odstąpienia od ogólnej zasady z art. 111 § 1 kc, że jeśli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się dnia, w którym ono nastąpiło. Tak więc liczony w dniach termin związania ofertą biegnie od następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Dla samego związania ofertą nie ma to większego znaczenia, byleby utrzymywało się w chwili otwarcia ofert¹¹. Z drugiej strony nasuwa się postulat *de lege ferenda*, aby początek biegu terminu związania ofertą łączyć bezpośrednio z jej złożeniem, skoro zazwyczaj już w tym samym czasie ustanawia się wiążące – skądinąd – wadium. Jego zakończenie zaś powinno upływać w tym samym czasie, nie licząc oczywiście przedłużenia.

4. Zabezpieczenie wadialne

Wadium (z łac. poręka) zabezpiecza roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy finalnej (art. 45–46 Pzp). Odpada więc przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki, a ponadto z mocy wyraźnego przepisu (art. 71 ust. 2 Pzp) w odniesieniu do zapytania o cenę. Poza tym jest fakultatywne w odniesieniu do zamówień małej wartości nie sięgającej europejskiego progu kwotowego. Przejściowo na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp

¹⁰ Por. zwłaszcza W. Dzierżanowski: *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2010, s. 380 oraz S. Babiaryz: *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2011, s. 457.

¹¹ Por. też J. Pieróg: *Prawo zamówień publicznych – komentarz*, Warszawa 2010, s. 313–314, S. Babiaryz: *op. cit.*, s. 460. Odmienne jednak W. Łysakowski: *Prawo zamówień publicznych – komentarz* (red. T. Czajkowski), Warszawa 2007, s. 294 oraz W. Dzierżanowski: *op. cit.*, s. 379.

wadium wchodzi także w status sankcji pieniężnej na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Z obligacyjnego punktu widzenia wadium skutkuje w dwóch stosunkach prawnych: wielostronnym z założenia stosunku proceduralnym (przetargowym) oraz w wykreowanym w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej dwustronnym stosunku umowy przedwstępnej. Odrębna regulacja wadium w prawie zamówień publicznych nie zmienia jego znaczenia prawnego. Uzupełniająco trzeba zatem sięgać do unormowań z art. 70⁴ kc, wskazujących na zabezpieczający, a zarazem pieniężno-obligacyjny charakter wadium oraz na swoistą konsekwencję jego zaniedbania, w postaci niedopuszczenia do przetargu. Zasadnicza rola wadium sprowadza się do tego, aby wykonawca zawczasu został zmuszony do rozważenia i realistycznego ukształtowania swojej oferty tak, aby w wypadku jej przyjęcia liczył się z potrzebą zawarcia, a potem wykonania, umowy na zaproponowanych warunkach.

Wadium stanowi surogat odszkodowania. Obok funkcji zabezpieczającej pełni bowiem także funkcję rekompensacyjną. Wykonawcy uchylającemu się od obowiązku zawarcia umowy finalnej nie może grozić nic więcej niż utrata wadium, a odszkodowanie uzupełniające jest wykluczone. Jeśli wniesienie wadium w ogóle nie jest wymagane albo przedwcześnie upadło, zamawiający może żądać odszkodowania od wykonawcy uchylającego się od zawarcia umowy (art. 471 kc), lecz tylko w granicach ujemnego interesu umownego (art. 390 § 1 kc).

Źródłem zobowiązania wadium jest dodatkowo zastrzeżenie umowne¹². W pierwszej kolejności wadium stanowi przedmiot zastrzeżenia w warunkach zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp). W wyniku jego akceptacji przez przystępujących do postępowania konkurentów wchodzi do porozumienia proceduralnego, jako jeden z warunków ubiegania się o zamówienie. Na co zresztą wskazuje wyraźnie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przewidujący wykluczenie konkurenta uchylającego się od ustanowienia wadium (kodeksowy rygor „niedopuszczenia do przetargu”). Zastrzeżenie wadium skutkuje w tym sensie, że obciąża wykonawcę określonym świadczeniem pieniężnym. Nie musi być ono jednak efektywnie spełnione, wystarczy ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia ewentualnie wymagalnej w późniejszym czasie sumy pieniężnej, w drodze stosownego poręczenia lub gwarancji. Tak jak przy zadatku, uchylenia się od wadium nie da się pogodzić z pełną akceptacją warunków zamówienia. Dopóki wadium nie zostanie ustanowione - nie jest możliwe nawiązanie stosunku proceduralnego. Wadium powinno być utrzymywane przez cały okres ubiegania się o zamówienie, mierzony okresem związania ofertą. Dlatego można spotykać się z niecałkiem precyzyjną tezą, że wadium zabezpiecza ofertę. Bardziej doniosłe znaczenie mają skutki wadium w ramach nawiązującego się w wyniku wyboru oferty dwustronnego stosunku generującego obowiązek zawarcia umowy finalnej. To właśnie w tej sferze realizuje się tzw. przepadek wadium. Akceptacja przez wykonawcę zastrzeżenia wadium towarzyszy bowiem wyraźnie bądź w sposób dorozumiany ofercie, skoro wadium ustanawia się w bezpośrednim związku ze składaną ofertą, choć może nastąpić w innym czasie, byleby w terminie składania ofert. W rezultacie via oferta zastrzeżenie wadium wchodzi do dwustronnego stosunku wynikającego z przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Zamawiający może zatem odstąpić od obowiązku (obowiązku zawarcia umowy finalnej) w drodze jednostronnego oświadczenia woli i zatrzymać wadium (wezwać poręczyciela lub gwaranta do zapłaty), jeśli zwycięski wykonawca uchylił się od zawarcia umowy finalnej w ujęciu art. 46 ust. 5 Pzp.

Wymagania wadium wyznacza wyczerpująco zamawiający w warunkach zamówienia, jednak w granicach art. 45 Pzp. Powinien je ująć w postaci instrukcji, zwłaszcza pod kątem prawidłowego

¹² Więcej o tym R. Szostak: Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego, „Przełęcz Sądowy” 2004, Nr 1, s. 88 i n.

wywiązania się z poszczególnych form zabezpieczenia wadialnego. Zaniedbania zamawiającego w tym zakresie są przyczyną wielu niedopuszczalnych nieporozumień w praktyce. Przykładowo w odniesieniu do poręczeń i gwarancji wadialnych powinno jasno wynikać, że zobowiązanie zabezpieczające powstaje w wyniku umowy nawiązanej pomiędzy będącym osobą trzecią poręczycielem lub gwarantem a zamawiającym beneficjentem, przed upływem terminu składania ofert. Naruszenie bowiem choćby nieznacznie, terminu przewidzianego na ustanowienie wadium (art. 45 ust. 3 Pzp) uzasadnia wykluczenie wykonawcy połączone z odrzuceniem złożonej przez niego oferty, ponieważ ustawa nie dopuszcza możliwości indywidualnego przywracania tego terminu. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% szacunkowej wartości zamówienia. W razie późniejszej korekty oszacowania (por. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp) wysokość wadium nie ulega już zmianie. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach określa odpowiednią kwotę wadium dla każdej z części. W wypadku zaś zastrzeżenia zamówień uzupełniających udzielanych z wolnej ręki, wadium określa się jedynie dla wartości zamówienia podstawowego.

Zamknięty katalog dopuszczalnych form wadium określa art. 45 ust. 6 Pzp. Wprawdzie wszystkie mają charakter pieniężny, lecz poręczenia i gwarancje wadialne jako formy zastępcze względem wadium kaucyjnego (bezpośrednio pieniężnego) stanowią w istocie zabezpieczenie zapłaty określonej sumy wadialnej. Do aktualizacji zobowiązania zapłaty dochodzi w wyniku uchylecia się zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy finalnej. W rezultacie zamawiający wzywa do zapłaty poręczyciela lub gwaranta jako odpowiedzialnego za cudzy dług.

Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy, wskazany przez zamawiającego. Zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym (tzw. konto depozytowe). Są to środki w zasadzie do zwrotu, a zatem pozabudżetowe, nie podlegają zagospodarowaniu. Dopiero w związku z ewentualnym odstąpieniem od obowiązku połączonym z zatrzymaniem wadium zamawiający przejmuje je na rachunek bieżący. Zamawiający zwraca je uprawnionemu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym były przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

Poręczenia pieniężne: bankowe, spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej albo udzielone przez podmioty wspierające przedsiębiorców, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości¹³, mają podobną naturę prawną. Poręczyciel zobowiązuje się względem zamawiającego do zapłaty określonej sumy pieniężnej na wypadek, gdyby dłużnik-wykonawca jej nie zapłacił (art. 876 § 1 kc). Zobowiązanie poręczyciela jest zatem w pełni zawisłe od zobowiązania wadialnego wykonawcy. Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie, natomiast oświadczenie zamawiającego o przyjęciu poręczenia - w jakiegokolwiek formie, także w sposób dorozumiany, co uzasadnia się jednostronnie zobowiązującym charakterem umowy poręczenia¹⁴. W braku odmiennego zastrzeżenia poręczyciel odpowiada obok wykonawcy, jak współdłużnik solidarny.

Gwarancja bankowa funkcjonuje jako umowa nazwana, ponieważ została dostatecznie unormowana art. 81–83 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe¹⁵. Gwarancja ubezpieczeniowa natomiast

¹³ Dz. U. z 2007 r., Nr 42, poz. 275 ze zm.

¹⁴ Por. zwłaszcza Z. Radwański: System prawa prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. J. Panowicz-Lipska), s. 411.

¹⁵ Dz. U. Nr 140, poz. 939 ze zm.

z braku stosownej regulacji wynika z umowy nienazwanej, do której stosuje się odpowiednio przepisy o gwarancji bankowej, obok przepisów ogólnych kodeksu cywilnego¹⁶. Gwarancja wadialna polega na jednostronnym zobowiązaniu gwaranta, że po spełnieniu przez uprawnionego beneficjenta (zamawiającego) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do żądania zapłaty, gwarant wykona zastrzeżone świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. W przeciwieństwie do poręczenia gwarancja kreuje zobowiązanie niezależne od zobowiązania podstawowego. Ma charakter bezwarunkowy (warunki żądania zapłaty mają znaczenie formalno-dowodowe i nie dotyczą bezpośrednio zobowiązania gwaranta). Jest płatna na pierwsze wezwanie¹⁷. Zobowiązanie gwarancyjne utrzymuje się przez czas z góry określony. Przedwczesne jego wygaśnięcie może nastąpić w wyniku wypłaty sumy gwarancyjnej.

Zwrot wadium wszystkim wykonawcom następuje według art. 46 ust. 1 Pzp, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W istocie „wykonawcom” można zwrócić co najwyżej wadium wniesione bezpośrednio w pieniądzu, natomiast nie wydaje się, aby powyższy przepis obligował zamawiającego do przedwczesnego wypowiedzenia umów poręczycielskich lub gwarancyjnych, tym bardziej że zlecający udzielenie gwarancji wykonawca prawdopodobnie nie otrzyma zwrotu części uprzednio poniesionej opłaty. Na dodatek zasadne może być wezwanie do ponownego ustanowienia wadium. Za zwrot wadium nie może być uważany zwrot dokumentu poręczenia lub gwarancji, zwłaszcza jego wręczenie pośredniczącemu między stronami wykonawcy. Wcześniejszy zwrot wadium należy się także wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert (art. 46 ust. 2 Pzp). Zwycięskiemu oferentowi zaś zamawiający zwraca wadium dopiero po zawarciu umowy i wniesieniu wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania.

Konsekwencją konieczności przedwczesnego zwrotu wadium niektórym wykonawcom jest przepis art. 46 ust. 3 Pzp stanowiący, że zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium w wyznaczonym terminie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana w wyniku rozstrzygnięcia odwołania. To samo dotyczy sytuacji, gdy do powtórnego wyboru oferty dojdzie w wyniku unieważnienia czynności przez samego zamawiającego. Poza tym w świetle art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą dopuszcza się tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, a jeśli nie jest to możliwe - z wniesieniem nowego wadium. Jeśli do przedłużenia terminu dojdzie już po wyborze oferty, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przedłużenie zabezpieczenia wadialnego może być konieczne w związku ze zbyt długim okresem zawieszenia biegu terminu związania ofertą wywołanym wniesieniem odwołania (art. 182 ust. 6 Pzp). W rezultacie nasuwa się pogląd, że możliwa jest także zwykła zmiana wadium na dogodniejszą dla wykonawcy formę, z zachowaniem jednak zasady ciągłości zabezpieczenia wadialnego.

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli: a) wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy finalnej na warunkach określonych w ofercie (umowie przedwstępnej), b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub c) gdy z przyczyn leżących po jego stronie zawarcie umowy finalnej stało się niemożliwe. Te trzy oko-

¹⁶ Więcej o tym A. Koch: Gwarancja ubezpieczeniowa a umowa ubezpieczenia [w:] Umowa ubezpieczenia – aktualne problemy prawne, Bydgoszcz 2005, s. 32 i n.

¹⁷ Więcej G. Tracz: Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej, Kraków 1998, s. 107 i n., a także A. Koch: System prawa prywatnego, t. 8, prawo zobowiązań – część szczegółowa (red. J. Panowicz-Lipska), Warszawa 2004, s. 481 i n.

liczności należą do okoliczności, za które zwycięski wykonawca odpowiada w ramach stosunku z umowy przedwstępnej, wykreowanego wyborem i przyjęciem złożonej przez niego oferty. Nie jest to jednak odpowiedzialność oparta na zasadzie winy, lecz ryzyka, skoro uzasadniają ją jakiegokolwiek przyczyny po stronie wykonawcy. Z drugiej strony bezskuteczny wpływ terminu wyznaczonego na podpisanie umowy nie zawsze oznacza, że zwycięski wykonawca rzeczywiście uchyła się od jej zawarcia. Wprawdzie dwie pierwsze okoliczności zazwyczaj nie budzą wątpliwości, natomiast przypadek uchylenia się od zawarcia umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy wymaga wyjaśnienia, ponieważ na przeszkodzie mogą stać wyjątkowe przeszkody, za które żadna ze stron nie odpowiada, zwłaszcza noszące znamiona siły wyższej bądź związane z zachowaniem osób trzecich. Szczęśliwie do zatrzymania wadium nie dochodzi automatycznie, lecz w połączeniu z jednostronnym odstąpieniem od umowy przedwstępnej. Samo zatrzymanie wadium polega zatem na upadku obowiązku jego zwrotu, w wyniku rozwiązania obligu. W wypadku zaś ustanowienia poręczycielskiego bądź gwarancyjnego zabezpieczenia sumy wadialnej, wymagalne staje się roszczenie o jej zapłatę.

Zatrzymanie wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw jest natomiast połączone z rozwiązaniem stosunku proceduralnego z udziałem wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Wyjątkowo jednak wykluczeniu nie musi towarzyszyć zatrzymanie wadium, jeśli wykonawca udowodni, że niemożność uzupełnienia dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a Pzp). Wynika z tego, że zatrzymanie wadium jest obligatoryjne w razie jakiegokolwiek uchylenia się wykonawcy od wymagań dokumentacyjnych, także w razie przedłożenia zamawiającemu dokumentów niewłaściwych, nieważnych lub błędnych. Jedynie przeprowadzenie dowodu na przyczyny niezależne od wykonawcy wyłącza tę swoistą sankcję. Ciężar tego dowodu obciąża wykonawcę, a więc jeśli w porę nie zdoła go przeprowadzić – zamawiający zatrzymuje wadium. W orzecznictwie zaznaczyło się trafne stanowisko o potrzebie funkcjonalnej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp, zorientowanego przede wszystkim na zwalczanie następstw tzw. z umowy przetargowej. Stąd zamawiający powinien przedłużyć w razie konieczności termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów, zwłaszcza gdy wezwany wykonawca sygnalizuje wywiązanie się z tej powinności przesyłając kopię dokumentu faksem lub w drodze elektronicznej, natomiast okoliczności upoważniające do zatrzymania wadium zamawiający ustala z należytą ostrożnością, aby nie dochodziło do bezzasadnego operowania tą sankcją¹⁸.

Bezpodstawne zatrzymanie wadium albo naruszenie przez zamawiającego obowiązku bezzwłocznego jego zwrotu uzasadnia roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 410 § 2 w zw. z art. 405 kc), a wobec braku dostatecznych podstaw ustawowych dla szczególnej jurysdykcji KIO, właściwa jest droga sądowa¹⁹. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 23 ust. 3 Pzp), nie ma natomiast takiego prawa pojedynczy wykonawca, nawet sam lider konsorcjum²⁰. W odniesieniu do przedsiębiorcy termin przedawnienia roszczenia zwrotnego wynosi 3 lata²¹.

¹⁸ W wyroku z 7 lipca 2011 r. (II CSK-675/10, opubl. na stronach internetowych UZP) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wyjątkowego unormowania z art. 46 ust. 4a Pzp nie można interpretować rozszerzająco, zwłaszcza jeśli chodzi o konsekwencje wpływu terminu wyznaczonego przez zamawiającego na uzupełnienie brakujących dokumentów. Za dopuszczalne uznał przekazanie brakującego oświadczenia faksem w zakreślonym terminie, przy późniejszym doręczeniu oryginału pocztą. Por. też postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 9 maja 2012 r. (P – 47/11), OTK 2012, nr 5A, poz. 57.

¹⁹ Por. orzecznictwo powołane w przypisie poprzednim.

²⁰ Por. wyrok SN z 13 października 2011 r. (V CSK-475/10), Lex 1108492.

²¹ Por. wyrok SN z 16 lipca 2003 r. (V CSK-24/02), Orzecznictwo Sądu najwyższego Izba cywilna 2011, Nr 10, poz. 151.

Zapłatą podwójnego wadium albo obowiązkiem naprawienia szkody zagrożone jest uchylene się zamawiającego od zawarcia umowy finalnej, zwłaszcza jeśli przy braku przesłanek do unieważnienia postępowania nie złoży w terminie stosownego oświadczenia woli, niezbędnego do zawarcia umowy na żądanie zwycięskiego wykonawcy. W świetle art. 14 Pzp brak bowiem podstaw do wyłączenia art. 70⁴ § 2 zd. 3 kc.

5. Wstępne badanie ofert

Otwarcie ofert jest jawne²² i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania z tym, że dzień, w którym upływa termin składania ofert jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 Pzp). W istocie pod względem technicznym chodzi nie tyle o otwarcie ofert, ile przesyłek zawierających oferty. Same zaś oferty zwyczajowo podlegają prezentacji według kolejności wpływu, z zachowaniem wymagań ustawowych. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynikającą z należytego oszacowania wartości zamówienia, powiększoną o VAT, znajdującą dostateczne pokrycie w planie finansowym lub bezpośrednio w zasobach finansowych zamawiającego. Jest to wiążąca deklaracja zamawiającego stanowiąca dodatkowe postanowienie warunków zamówienia. Wiąże analogicznie jak licytacyjna cena wywoławcza, z tym że w procedurach przetargowych konkurenci nie muszą składać ofert z cenami niższymi pod rygorem odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy poszczególnych wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji (rękojmi) i warunków płatności zawartych w ofertach. Przepis ten jest już nieco przestarzały, nie oddaje w pełni istoty problemu. Tymczasem funkcje kontrolne otwarcia ofert wymagają ujawnienia co najmniej tych propozycji ofertowych, które objęte zostały kryteriami oceny ofert, tak aby można było zapobiegać późniejszym manipulacjom zamawiającego, a wykonawcy mogli prognozować wyniki postępowania. Informacje podawane w związku z otwarciem ofert przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli przy tym obecni, lecz tylko na ich wniosek.

W toku badania ofert zamawiający dokonuje wykładni zawartych w nich oświadczeń woli, zgodnie z dyrektywami art. 65 kc, która zapewnia sprawną kwalifikację i ocenę ofert. Każde bowiem oświadczenie woli jest skuteczne tylko na tyle, na ile jest zrozumiałe (art. 60 kc). W postępowaniu ofertowo-eliminacyjnym nie powinno być co do tego żadnych wątpliwości. Poza tym niedozwolone klauzule, a nawet niektóre błędy uzasadniają odrzucenie oferty. Zasadność faktycznych podstaw odrzucenia oferty także nie może być wątpliwa. Dlatego w toku badania ofert, a nawet jeszcze później w trakcie ich oceny, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w celu upewnienia się co do rzeczywistych intencji i zamiarów wykonawców w zakresie składanych propozycji ofertowych. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty, a także dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści (art. 87 ust. 1 Pzp). Są jednak dwa wyjątki. Pierwszy odnosi się do procedury dialogu konkurencyjnego, w której zamawiający może żądać od wykonawców „sprecyzowania i doprecyzowania treści ofert” oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań wynikających z warunków zamówienia (art. 87 ust. 1a Pzp). Odstępstwo od zasady niezmienności oferty podyktowane zostało tu naturą dialogu konkurencyjnego, zmierzającego (w pierwszym etapie postępowania) do poszukiwania rozwiązań, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia

²² Zwyczajowo odbywa się komisyjnie, pożądana jest co najmniej dwuosobowa reprezentacja zamawiającego, nawet gdy nie działa komisja przetargowa.

zaspokajającego potrzeby i wymagania zamawiającego. Drugi wyjątek łączy się z dopuszczalnymi korektami tzw. oczywistych omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 1–2 Pzp), a także z usuwaniem „innych omyłek” polegających na niezgodności oferty z warunkami zamówienia, nie powodującymi istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Oczywiste omyłki pisarskie (w tym terminologiczne) lub rachunkowe polegają na niewątpliwej niezgodności pojedynczego składnika oświadczenia woli z wolą rzeczywistą (zamiarem) osoby składającej ofertę. Dysonans ma charakter przypadkowy, a jego zakres i znaczenie dadzą się ustalić wprost w oparciu o analizę treści oferty, na podstawie wnioskowania z kontekstu. W istocie dysonans ten polega na niezamierzonym zniekształceniu samego przekazu oświadczenia woli. Korekta tego rodzaju omyłki usuwa niepewności i ewentualne nieporozumienia na przyszłość. Ma charakter deklaratywny w tym sensie, że nie prowadzi do żadnych zmian w oświadczeniu woli, ponieważ „przywraca” w istocie rzeczywistą jego treść, w zgodzie z zamiarem składającego ofertę, natomiast „oczywistość omyłki” sprawia, że okoliczności jej poprawienia są zobiektywizowane i nie mogą budzić wątpliwości. W wypadku poprawki rachunkowej należy jednak „uwzględnić konsekwencje rachunkowe”, jako zwykle następstwo operacji, które w istocie także mieści się w pojęciu korekty oczywistej omyłki. Ze względu na bezpieczeństwo i przejrzystość postępowania korekta dokonuje bezpośrednio sam zamawiający w formie opisowej (protokół). Zgoda wykonawcy jest zbędna, ponieważ korekta taka nie prowadzi do żadnej ingerencji w treść złożonego przez niego oświadczenia woli, lecz polega wyłącznie na sprostowaniu oczywistej niedokładności w wyniku zwyczajnej wykładni oświadczenia woli, choć można w tej kwestii wzywać do wyjaśnień. Wykonawca powinien być jednak niezwłocznie zawiadomiony o dokonanej korekcie. W razie pogwałcenia przez zamawiającego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 1–2 Pzp zainteresowanemu przysługuje możliwość wniesienia odwołania do KIO.

Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z wymaganiami warunków zamówienia mogą być korygowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w celu zapobieżenia odrzuceniu oferty z powodu sprzeczności z warunkami zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), jednak pod warunkiem, że ingerencja nie będzie znaczna i nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ten rodzaj korekty polega zatem wyłącznie na usunięciu sprzeczności pomiędzy treścią oferty a warunkami zamówienia, prowadzącym do nieistotnych zmian w ofercie. Wyjątkowy charakter przepisu sprzeciwia się jednak wykładni rozszerzającej. Każdy przypadek musi być traktowany indywidualnie, ponieważ decydujące znaczenie ma cel i konsekwencje poprawki, a także ratio legis unormowania, pozwalającego jedynie na takie usprawnienie kwalifikacji ofert, aby nie były one odrzucane z błahych powodów i drobnych usterek. W praktyce wykonawcy, tak jak i zamawiający, popełniają błędy, które nie mają istotnego znaczenia z punktu widzenia zasad realnego wykonania zamówienia oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych, stąd dyskwalifikacja oferty w takich okolicznościach nie ma większego sensu, a nawet może być szkodliwa z punktu widzenia reguł uczciwej konkurencji.

Powyższe rozwiązanie nawiązuje do tzw. modyfikacyjnego przyjęcia oferty, o którym mowa w art. 19 konwencji wiedeńskiej NZ z 11 kwietnia 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, ratyfikowanej w 1997 r. przez RP²³, dopuszczającego możliwość skutecznego przyjęcia oferty z zastrzeżeniami zawierającymi dodatkowe lub odmienne postanowienia, niezmienną jednak w istotny sposób treść oferty. Podobne rozwiązanie normatywne zastosowano także w art. 68¹ kc. W piśmiennictwie panuje zgodność, że skoro konwencja nie zawiera definicji modyfikacji „nie-

²³ Dz. U. z 1997 r., Nr 45, poz. 286.

zmieniających istotnie treści oferty”, pozostawia pole dla wykładni, która powinna być dokonywana zawsze z uwzględnieniem indywidualnego stanu faktycznego²⁴.

Ingerencja z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może być uznana za jednostronną czynność zamawiającego względem cudzego – skądinąd – oświadczenia woli, lecz stanowi dwustronny mechanizm prowadzący do zmiany oferty²⁵. Wynika to zresztą wyraźnie z samego przepisu ustawy, a konkretnie ze słów: „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, które wyraźnie wskazują, że ustawodawca z góry przesądził o dopuszczalności pewnych zmian w ofercie. W konwencji wiedeńskiej zawarto jednak co do tej kwestii pewne wskazówki (w ramach tzw. wykładni autentycznej), a mianowicie co do niedozwolonych modyfikacji zmieniających w sposób zasadniczy ofertę, za które uznano takie zmiany jak wysokość ceny, odstępowo od pierwotnie oferowanego terminu realizacji umowy, terminu płatności, a nawet od proponowanego uprzednio miejsca spełnienia świadczenia. Tymczasem prawo zamówień publicznych dopuszcza także i w tym zakresie zmiany, byleby nie były „istotne”. W ślad za przyjętą wykładnią art. 19 konwencji trzeba konsekwentnie postulować, aby w razie sporu co do „istotności” bądź „nieistotności” poprawek w ofercie - rozstrzygający był zobiektywizowany punkt widzenia, uwzględniający interes typowego zamawiającego i zbieżny z nim interes publiczny. O potrzebie korekty „nieistotnej omyłki” zamawiający zawiadamia niezwłocznie właściwego wykonawcę. Ten zaś może nie zgodzić się na proponowane modyfikacje. Jeśli wykonawca w terminie 3 dni nie zgodził się na poprawienie omyłki oferta jego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt 7 Pzp. Zakładając, że oferta zawiera jednostronne oświadczenie woli pochodzące wyłącznie od wykonawcy – o jej zmianie przesądza w istocie tylko oświadczenie korekcyjne, a mianowicie milcząca (lub wyraźna) zgoda wykonawcy. Doniosłe praktycznie działania zamawiającego mają tu jednak wyłącznie znaczenie deklaratywne i ewidencyjne. Tak zresztą jak i cała faza badania ofert, rozgrywająca się z zastosowaniem konstrukcji oświadczenia wiedzy, a nie woli²⁶. Decydujące znaczenie ma tu wola wykonawcy.

6. Podstawy odrzucenia oferty

Ocena ofert przetargowych przebiega dwuetapowo. Najpierw wyodrębnia się oferty odpowiadające wymaganiom prawa oraz warunków przetargu, a pozostałe – uchybiające tym wymaganiom – podlegają odrzuceniu. Następnie dochodzi dopiero do wartościującej oceny ofert, umożliwiającej wybór oferty najkorzystniejszej. Taka kolejność procedowania gwarantuje dotrzymanie obiektywnych przesłanek wyboru oferty, nie tylko najlepszej, lecz także zgodnej z prawem i dobrymi obyczajami, a ponadto zapobiega uchybieniom, ponieważ jej odwrócenie mogłoby nawet wpływać na końcowy wynik oceny obejmującej – skądinąd – oferty podlegające późniejszej dyskwalifikacji.

Charakteru prawnego skutków odrzucenia oferty prawo zamówień publicznych nie reguluje, co otwiera drogę do rozwiązań ogólnych. Odrzucenie oferty, podobnie jak i wystąpienie z kontrolną ofertą, uznaje się za oświadczenie woli oblaty skutkujące w cudzej sferze prawnej (art. 68 kc), powodujące ustanie stanu związania po stronie oferenta (wykonawcy), nawet wbrew jego woli oferta wygasa.

²⁴ Por. zwłaszcza J. Rajski; W. Kocot, K. Zaradkiewicz: *Prawo kontraktów handlowych*, Warszawa 2008, s. 159, A. Brzozowski: *Kodeks cywilny-komentarz*, t. I, Warszawa 2008, s. 380–381 oraz S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 343.

²⁵ Por. zwłaszcza R. Szostak: *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2008, nr 9, s. 8–10, J. Pieróg: *op. cit.*, s. 319–320 oraz W. Dzierżanowski: *op. cit.*, s. 395.

²⁶ Por. R. Szostak: *Przetarg ... op. cit.*, s. 92 i n. oraz A. Brzozowski: *op. cit.*, s. 380.

Na gruncie powszechnej procedury ofertowej odrzucenie oferty mieści się w nieskrępowanej kompetencji jej adresata (zamawiającego), choć w przetargu organizowanym na zasadach kodeksowych może dojść do samoograniczającego uzależnienia jego podstaw od dyspozycji warunków przetargu. W sferze zamówień publicznych natomiast ustawa nie tylko kształtuje podstawy odrzucenia oferty, lecz obciąża zamawiającego publicznoprawnym obowiązkiem dyskwalifikacji oferty dotkniętej nieprawidłowościami (art. 89 Pzp). Oświadczenie woli w sprawie odrzucenia oferty zamawiający doręcza zainteresowanemu wykonawcy dopiero wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty (aby nie stwarzać przedwczesnych podstaw odwoławczych) wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, pozostałym konkurentom należy się tylko informacja z uzasadnieniem (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp). Wprawdzie skutki odrzucenia oferty następują dopiero z chwilą doręczenia stosownego oświadczenia woli zainteresowanemu, jednak przystępując do wartościującej oceny ofert zamawiający wyłącza z niej – rzecz jasna – ofertę podlegającą odrzuceniu. W razie bezzasadnego odrzucenia oferty zamawiający ubezskutecznia swoją wadliwą czynność z własnej inicjatywy albo tytułem wykonania wyroku KIO uwzględniającego odwołanie pokrzywdzonego konkurenta, a następnie powtarza wartościującą ocenę ofert z udziałem oferty uprzednio bezpodstawnie odrzuconej, oczywiście o ile wpływa to lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Ustawa wskazuje 8 podstaw odrzucenia oferty. Katalog okoliczności unormowanych w art. 89 ust. 1 Pzp jest zamknięty. Wyjątkowo przy udzielaniu zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zamawiający może odrzucić ofertę także na podstawie innych przesłanek, pod warunkiem określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i w warunkach zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca może wtedy zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie tych dodatkowych przesłanek. Niektóre dyspozycje art. 89 ust. 1 Pzp pokrywają się częściowo ze sobą, co uzasadnia potrzebę operowania wykładnią funkcjonalną. W szczególności wyodrębniony jako pierwszy przypadek odrzucenia oferty z powodu „niezgodności z ustawą” nosi znamiona formuły generalnej, co najmniej względem dwóch innych przypadków jako szczególnych: złożenia oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji lub zawierającej nieważne oświadczenie woli.

Przypadek niezgodności oferty z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp to każda kolizja z prawem nieobjęta dalszymi dyspozycjami art. 89 ust. 1 pkt 2-8 Pzp. W szczególności oferta podlega odrzuceniu, jeśli bezpodstawnie sporządzono ją w języku obcym (art. 9 ust. 1 Pzp), odbiega od wymagań umowy ramowej (art. 101 ust. 3 Pzp) bądź dynamicznego systemu zakupów (art. 109 ust. 2 Pzp) albo gdy ten sam wykonawca złożył kilka ofert (art. 82 ust. 1 Pzp).

Jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta podlega odrzuceniu nie tylko z uwagi na ochronę interesu publicznego, lecz także ze względu na zasady przejrzystości i równego traktowania konkurentów oraz uczciwej konkurencji. Chodzi tu jednak wyłącznie o sprzeczność samego oświadczenia woli z wymaganiami warunków zamówienia, a nie o uchybienia o charakterze formalnym, co do sposobu przygotowania oferty lub nawet co do towarzyszących jej dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych. Z drugiej strony niektóre elementy treści oferty są zawarte w załącznikach integralnie z nią związanych, np. w kosztorysie ofertowym. Dyskwalifikujących sprzeczności nie można też pojmować czysto werbalnie. Niedopuszczalne są jedynie realne niezgodności merytoryczne, ustalone w drodze prawidłowej wykładni oświadczenia woli (art. 65 kc). Obowiązek odrzucenia oferty upada jednak w wyniku dopuszczalnego „poprawienia omyłki” w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji stanowi czyn godzący bezpośrednio w eliminacyjną naturę postępowania. Według ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej kon-

kurencji²⁷ czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3). Wprawdzie stosunek konkurencji zachodzi wyłącznie między wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, a zamawiający-organizator z nikim zaś nie konkuruje (biernie korzysta z konkurencji), nie wolno mu jednak tolerować żadnych aktów naruszających reguły uczciwej konkurencji w relacjach między wykonawcami. Nie tylko sam zamawiający, lecz również działająca w trybie odwoławczym KIO samodzielnie dokonuje oceny znamion zarzucanej wykonawcy nieuczciwości. Pogląd przeciwny, zwłaszcza wskazujący na potrzebę uprzedniego rozstrzygnięcia sądowego nie znajduje dostatecznego oparcia w ustawie. Pewne wątpliwości budzi natomiast co innego, a mianowicie to, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczy w zasadzie tylko zachowań związanych z działalnością gospodarczą, podczas gdy o zamówienie publiczne mogą ubiegać się także osoby nie będące przedsiębiorcami. Brak wyraźnych wskazówek ustawowych, a z drugiej strony względ na podmiotowy element kwalifikacyjny nakazują ostrożność przy wykładni art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Poza nielicznymi wyjątkami (np. podburzanie pracowników lub klientów, rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji albo naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa) czynu nieuczciwej konkurencji dopuścić się może wyłącznie przedsiębiorca²⁸. W odniesieniu zaś do innych osób istnieje możliwość dyskwalifikacji oferty z odwołaniem się do reżimu odpowiedzialności deliktowej, na podstawie „niezgodności z ustawą”. Za sprzeczne z prawem uważać należy czyny zakazane ustawą, umową międzynarodową, rozporządzeniem itd., prawem karnym, administracyjnym, a nawet cywilnym (np. z art. 358, 538, 809 kc), natomiast sprzeczność zachowania z dobrymi obyczajami łączyć trzeba z kolizją z normami etyczno-moralnymi i ustalonymi standardami postępowania w stosunkach zarobkowo-gospodarczych²⁹. Szczególnie dotkliwe w praktyce są czyny rzutujące na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ubiegający się o zamówienie wykonawcy powinni rzeczywiście konkurować. Wykluczona jest zatem nie tylko wszelka przestępcza zмова przetargowa bądź inne uzgodnione stawianie do przetargu przez rzekomo konkurujących wykonawców (wspólników cywilnych, małżonków, podmiotów powiązanych kapitałowo), lecz także indywidualne zachowania utrudniające lub fałszujące mechanizm konkurencji bądź przejrzystość postępowania (np. deklarowanie wygórowanych parametrów jakościowych, naśladownictwo produktu, zastrzeganie rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa)³⁰.

Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia też jest aktem nieuczciwej konkurencji, ale o jego unormowaniu jako samodzielnej podstawy odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) przesądziła, w ślad za dyrektywami europejskimi, wyraźna specyfika połączona

²⁷ Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

²⁸ Więcej o tym W. Pyziół, A. Walaszek-Pyziół: Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia), „Przegląd Prawa Handlowego”, 1994, nr 10, s. 6 i n., J. Szwaja: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji-komentarz, Warszawa 2006, s. 3 i n. oraz B. Gadek: Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, Kraków 2003, s. 106 i n.

²⁹ Więcej o tym A. Kraus, F. Zoll: Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz, Poznań 1929, s. 171 i n, W. Fikentscher: O wspólnym rodowodzie konkurencji i umowy, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1993, nr 4, s. 487 oraz B. Godek: op. cit., s. ...

³⁰ Wprawdzie SN z 21 października 2005 r. (III CZP-74/05), OSNC 2006, nr 7–8, poz. 122 wyrażono zapatrywanie, że zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia xxx informacji. Ale w razie stwierdzenia bezskuteczności tego zastrzeżenia, wyłącza jedynie zakaz ujawniania informacji powstrzymując się z odrzuceniem oferty. Trudno zgodzić się z tym stanowiskiem, tym bardziej, że w sprawie Sąd ocenił dopuszczalność odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą, podczas gdy posłużenie się zastrzeżeniem rzekomej tajemnicy to zachowanie naruszające dobre obyczaje. Więcej o tym R. Szostak: Zastrzeżenie tajemnicy przy składaniu oferty na przetarg o zamówienie publiczne, Glosa 2006, nr 3, s. 119 i n.

z koniecznością przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Pzp. Jego szkodliwość dla interesu publicznego jest wyjątkowa, ponieważ pozbawia uczciwych konkurentów (rzetelnie kalkulujących proponowane ceny) jakichkolwiek szans na uzyskanie zamówienia, a ponadto pociąga jeszcze ujemne skutki dla samego zamawiającego. Wykonawca dążąc do ograniczenia straty transakcyjnej dopuszcza się zazwyczaj nadmiernych oszczędności, uszczuplając ilość i jakość przedmiotu zamówienia. Na tle art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w praktyce utrzymują się – niestety – niepewności co do pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie zawsze są one w pełni zasadne, zwłaszcza gdy formułuje się zarzut pod adresem ustawodawcy, że uchylił się od definicji rażąco niskiej ceny. Odwiecznym remedium na niezbyt jasny przepis jest rzetelna jego wykładnia, zwłaszcza funkcjonalna. W sporach dotyczących art. 15 ust. 1 pkt 1 Pzp ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomiędzy indywidualnymi przedsiębiorcami co do analogicznego „prowadzenia sprzedaży lub świadczenia usług poniżej kosztów” nie ma większych trudności interpretacyjnych³¹. Podobnie zresztą jak i na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³², który zakazuje praktyk polegających na uzgadnianiu warunków składanych ofert przetargowych, zwłaszcza co do zakresu prac lub wysokości oferowanej ceny³³. Tymczasem w sferze zamówień publicznych zamawiający zbyt łatwo ulegają różnym naciskom sytuacyjnym, potęgującym się w warunkach ogólnego pogorszenia koniunktury gospodarczej, zwłaszcza gdy jedynym kryterium udzielenia zamówienia jest wysokość oferowanej ceny. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wyraźnie łączy podstawę odrzucenia oferty z zaniżoną ceną względem wartości przedmiotu zamówienia, natomiast z art. 90 Pzp poświęconego wyjaśnieniom dotyczącym czynników cenotwórczych wprost wynika, że chodzi tu o koszty realizacji zamówienia. Na tle powyższego oraz ogólnego zakazu zaniżania cen w obrocie gospodarczym, a także w świetle samego celu odrzucenia oferty z tego powodu nasuwa się oczywisty wniosek, że oferowana cena (brutto) jest rażąco niska, jeśli nie pokrywa ona w pełni kosztów realizacji zamówienia. Nie tylko nie gwarantuje ona wykonawcy jakiegokolwiek zysku transakcyjnego, lecz naraża na stratę. Zamawiający powinien zawczasu dysponować wiarygodnym oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia, z wyodrębnionym w razie potrzeby zyskiem transakcyjnym (marżą), w oparciu o które decyduje się na wszczęcie postępowania wyjaśniającego³⁴. Sama zaś weryfikacja wysokości oferowanej ceny w stosunku do kosztów ma wymiar indywidualny, w tym sensie że nie bierze się już pod uwagę „uśrednionego” oszacowania, lecz rzeczywiste koszty spełnienia świadczenia (zamówienia) ponoszone przez konkretnego wykonawcę, proponującego jego realizację po zaniżonej cenie³⁵. Praktyki oferowania świadczeń po rażąco niskich cenach muszą być rzetelnie weryfikowane i surowo zwalczane. Orzecznictwo zaś z założenia powinno zapewniać dostateczne oparcie dla znajdujących się w trudnym położeniu zamawiających. Z kolei zamawiający muszą być zdolni do weryfikacji rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę, ponieważ ostatecznie nie bierze się pod uwagę przeciętnych cen ustalonych w ramach oszacowania wartości zamówienia, lecz faktyczne rozmiary kosztów jego realizacji w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.

³¹ Por. T. Skoczny: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji-komentarz (red. J. Szwaja), Warszawa 2006, s. 553 i n.

³² Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

³³ Por. B. Wilczyńska: Glosa do wyroku KIO z 27 września 2011 r., „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, nr 3, s. 115.

³⁴ Więcej o tym w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, pn. Rażąco niska cena, a także w Informatorze UZP nr 11/2013, s. 26, zamieszczonych na stronach internetowych Urzędu.

³⁵ Por. w tym zakresie Orzeczenia Trybunału UE z 15 maja 2008 r. (C_147/06 i C-148/06, Consiglio di Stato) oraz z 29 marca 2012 r. (C-599/10, SAG ELV Slovensko), a także opinię Urzędu Zamówień Publicznych: op. cit., dostępne na stronach internetowych Urzędu.

Zgodnie z art. 90 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty (tzw. czynników cenotwórczych) mających wpływ na wysokość ceny. Do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zamawiający wzywa wykonawcę w zasadzie tylko raz, nie dotyczy to jednak przypadków szczególnych, zwłaszcza gdy wezwanie nie było dostatecznie jasne albo przedłożone wyjaśnienia nie pozwalają zamawiającemu na zdecydowane zajęcie stanowiska. Oceniając te wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej legalnie udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W praktyce wykonawcy powołują się na ulgi fiskalne, niskie koszty materiałowe, dostęp do własnych surowców lub materiałów bądź ich nabycie z rabatem, niskie koszty pracy itd... Jednakże rabaty w sprzedaży otwartej mogą być udzielane tylko z zachowaniem zasady równości, a obniżanie kosztów pracy nie może prowadzić do naruszenia przepisów o minimalnej płacy, która na zasadzie argumentum a fortiori jest miarodajna także przy ocenie kosztów zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia bądź innej umowy cywilnoprawnej. Ciężar dowodu w powyższym zakresie obciąża wykonawcę, co wynika wyraźnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten ma charakter *lex specialis* względem ogólniejszej dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jeżeli wartość zamówienia sięga europejskiego progu kwotowego, zamawiający zawiadamia Prezesa UZP oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp) stanowi konsekwencję braku zdolności do utrzymania się w stosunku proceduralnym z uwagi na niespełnianie warunków ubiegania się o zamówienie publiczne, zwłaszcza związanych z wiarygodnością wykonawcy. Dysonans werbalny pomiędzy tą dyspozycją a przepisem art. 24 ust. 4 Pzp, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, wymaga interwencji legislacyjnej.

Konieczność odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert (art. 89 ust. 1 pkt 5 *in fine* Pzp) wynika z ograniczonego charakteru procedury (np. przetargu ograniczonego lub zapytania o cenę), w której mogą wziąć udział wyłącznie zaproszeni wykonawcy.

Podstawa odrzucenia oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) krzyżuje się w znacznej mierze z dwiema innymi, a mianowicie w postaci „niezgodności z ustawą” lub „sprzecznością z wymaganiami warunków zamówienia”. W pozostałym zakresie, jako zbyt rygorystyczna, stwarza często okazję do „zaczepienia” oferty z błahego powodu. Stąd w praktyce od dawna postuluje się skreślenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Obecnie uzasadnia on właściwie tylko odrzucenie oferty ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT. Tymczasem problem ten budzi nieustające kontrowersje w orzecznictwie³⁶. Ostatnio jednak Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (III CZP-52/11)³⁷ stwierdził, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług może stanowić błąd w obliczeniu ceny, uzasadniający odrzucenie oferty, jeśli brak ustawowych przesłanek

³⁶ Por. zwłaszcza przegląd orzecznictwa dokonany przez S. Babiarza: *op. cit.*, c. 484-491.

³⁷ Prawo Zamówień Publicznych 2011, nr 4, s. 129, z częściowo krytyczną glosą R. Szostaka.

do jego skorygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niewyrażenie zgody wykonawcy na poprawienie nieistotnej omyłki w ofercie, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, uzasadnia odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jeśli jednak celem korekty jest usunięcie sprzeczności z warunkami zamówienia, podstawę odrzucenia oferty konsekwentnie powinno się łączyć z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Normatywne wyodrębnienie tego przypadku podyktowane zostało zapewne troską o prawidłowe jego postrzeganie w praktyce. Tymczasem nieoczekiwanie ujawniły się trudności odnośnie do formy powyższej zgody na tle 3-dniowego terminu przewidzianego ustawowo na jej wyrażenie. Dlatego niektórzy zamawiający z ostrożności dopuszczają z góry w zawiadomieniu wykonawcy możliwość dorozumianego jej wyrażenia poprzez milczenie przekraczające 3-dniowy termin. W świetle zasad ogólnych milczenie drugiej strony nie może być pochytywane za oświadczenie woli (zmieniające ofertę)³⁸. Zakładając jednak, że wprost na podstawie ustawy (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp) milcząca zgoda wykonawcy na poprawienie oferty stanowi dorozumiane oświadczenie woli, rozwiązanie powyższe można by uznać za wyjątkowe³⁹.

Odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp) polega w istocie nie tyle na jej ubezskutezczeniu, ile na zwykłym wyłączeniu z dalszej oceny, ponieważ oferta bezwzględnie nieważna od razu staje się bezskuteczna. W szczególności nieważność czynności prawnej może wynikać z wady oświadczenia woli (art. 82 i n. kc), braku własnoręcznego podpisu uprawnionego do złożenia oferty (art. 78 kc) albo ze sprzeczności z ustawą (art. 58 kc).

7. Wartościująca ocena ofert

Ofertę najkorzystniejszą wybiera się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych z góry w warunkach zamówienia (art. 31 ust. 1 Pzp). Rzetelny wybór wymaga oceny wartościującej, opartej na zobiektywizowanych miernikach, ponieważ w przeciwnym wypadku zazwyczaj w ogóle nie dałoby się stwierdzić, która z ofert jest rzeczywiście najkorzystniejsza dla zamawiającego. Z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp pośrednio wynika, że przy ocenie ofert należy posługiwać się metodą punktacji. Jeśli dopuszczono dwa kryteria lub więcej, konieczne jest ustalenie właściwych proporcji między nimi (tzw. znaczenia, zwanego też wagą), takich, aby dopuszczone kryteria łącznie przedstawiały „najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia” (art. 2 pkt 5 Pzp). W rezultacie o kryteriach zastosowanych in casu, jak i o ich znaczeniu przesądzają względy ekonomiczne, leżące po stronie zamawiającego. Stąd wysokość ceny (wynagrodzenia) zawsze musi stanowić kryterium oceny ofert: wyłączone albo w połączeniu z innymi kryteriami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. W tym drugim wypadku chodzi o odzwierciedlenie natury umowy dwustronnie zobowiązującej, w której wysokość świadczenia pieniężnego stanowi odpowiednik wartości świadczenia niepieniężnego. W rezultacie układ kryteriów powinien odpowiadać prostej zasadzie: lepszy przedmiot zamówienia – wyższa cena, gorszy przedmiot – niższa cena. Wyklucza się zatem kryteria dotyczące właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 Pzp), które odgrywają istotną rolę przy wstępnej selekcji wykonawców. Wyjątek dotyczy jednak zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe (art. 5 ust. 1 Pzp).

Przykładowe wyliczenie pozacenowych kryteriów zawarto w art. 91 ust. 2 Pzp, wskazując na jakość, funkcjonalność lub parametry techniczne przedmiotu zamówienia, zastosowanie najlepszych

³⁸ Tak też na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp W. Dzierżanowski: op. cit., s. 405.

³⁹ Tak J. Sadowy: Odformalizowanie procedur „otwartych” w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., UZP 2008, s. 118, a także Informator UZP Nr 7/2010, J. Pieróg: op. cit., s. 405, S. Babiarczyk: op. cit., s. 491.

dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacyjne, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Wyliczenie to ma charakter ogólnorodzajowy, podczas gdy in casu każde z kryteriów musi być w miarę możliwości odpowiednio doprecyzowane, aby wyłączyć uznaniowość przy jego zastosowaniu. Kryterium wartościujące, jak każdy miernik wartości powinno posiadać wystarczające zdolności pomiarowe (tzw. wyostrzenie) oraz wyraźne odniesienie do rzeczywistych, a nie pozornych korzyści transakcyjnych przypadających zamawiającemu. Każde z nich łączy się z inną wartością, związaną pod względem ekonomicznym z powinnościami wykonawcy. Dlatego jakość przedmiotu sama przez się nie nadaje się na kryterium. Zamawiający bowiem zawsze opisuje wyczerpująco przedmiot zamówienia, w tym jego właściwości jakościowe. Dopuszczając jednak polepszenie wybranej właściwości może objąć ją stosownym kryterium oceny. To samo dotyczy terminu wykonania zamówienia, który podlega wyznaczeniu z góry w warunkach zamówienia, choć można dopuścić jego skrócenie tytułem jednego z kryteriów oceny ofert. Z kolei w ramach „kosztów eksploatacyjnych” trzeba się zdecydować na punktację konkretnego nakładu (np. na zużywaną paliwo lub energię). Według zasady: im niższy koszt tym lepszy. Podobnie enigmatycznie określony „serwis” łączyć trzeba z warunkami odpowiedzialności za wady, zwłaszcza z wydłużeniem ustawowego okresu rękojmi (art. 568 kc). Proporcje pomiędzy kryteriami powinny być odpowiednie, zależą one wprost od rzeczywistego znaczenia ekonomicznego każdego z nich, które powinno być rzetelnie ustalone (wyliczone). Każde polepszenie warunków świadczenia niepieniężnego pociąga dodatkowe koszty związane z podniesieniem jakości, skróceniem terminu realizacji zamówienia, wydłużeniem serwisu itd. Odniesienie tych dodatkowych kosztów do szacunkowej wartości zamówienia pozwala na rzetelne ustalenie znaczenia każdego z kryteriów pozacenowych. Na ogół kryterium cenowe ma rozstrzygające znaczenie, choć niekiedy przy transakcjach oderwanych od zasady ekwiwalentności świadczeń stron – wysokość ceny schodzi na dalszy plan (np. wysokość prowizji za sprawowanie obsługi bankowej), liczą się zaś inne korzyści (np. oprocentowanie depozytu albo stopa kredytu w rachunku bieżącym). Pewną korektę przewiduje art. 91 ust. 3a Pzp stanowiący, że jeśli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów (odmienne obciążenie VAT), zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wezwanie do ofert dodatkowych jest konieczne, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty do złożenia w wyznaczonym terminie ofert dodatkowych (art. 91 ust. 5–6 Pzp). W ofercie dodatkowej wykonawca nie może zaproponować ceny wyższej od uprzednio zaoferowanej pod rygorem odrzucenia oferty. W istocie chodzi tu nie tyle o złożenie nowej oferty, ile o zmianę uprzednio złożonej oferty wyłącznie pod względem wysokości ceny. Jeżeli zaś nie można wybrać oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.

Niezgodne z ustawą określenie kryteriów oceny ofert, a także wadliwe operowanie nimi są karalne w ramach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Chodzi zwłaszcza o zastrzeganie kryteriów dyskryminacyjnych, w ogóle niezwiązanych z przedmiotem zamówienia, pozbawionych dostatecznych zdolności pomiarowych (uchybiają ustawowemu pojęciu kryterium) albo o nierzetelne zastosowanie kryterium, które miało wpływ na wynik postępowania. Zwalczanie utrzymujących się patologii przez organy kontroli bywa niestety okazją do szerzenia poglądu o rzekomym niebezpieczeństwie płynącym ze stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert przetargowych, przyczyniającym się do tego, że w praktyce aż ponad 90% postępowań ofertowych

wych dopuszcza się tylko jedno kryterium: w postaci wysokości ceny⁴⁰. Znikome zainteresowanie innymi kryteriami wynika też zapewne z trudności związanych z kryteriami jakościowymi, zwłaszcza towarzyszących egzekwowaniu wyższej jakości świadczenia przyrzeczonego przez zwycięskiego wykonawcę. W większym stopniu trzeba zatem preferować kryteria zastępcze w postaci wydłużenia terminu odpowiedzialności z rękopisami za jakość świadczenia, obniżenia standardowych kosztów eksploatacyjnych, skrócenia ustalonego w przeciętnym rozmiarze terminu wykonania zamówienia itd.

8. Aukcja elektroniczna

Aukcję, a właściwie przetarg uzupełniający, można zorganizować w oparciu o art. 91a Pzp z zastosowaniem formy elektronicznej, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu zwyczajnej oceny ofert pisemnych złożonych w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem przeprowadzonych na podstawie art. 95 ust 1 pkt 1 Pzp. Ponowne wezwanie do konkurencji ma na celu zwiększenie efektywności postępowania zmierzającego do polepszenia warunków transakcji na rzecz zamawiającego oczekującego jeszcze korzystniejszych ofert. Stanowi ono wyjątek od zasady niezmienności oferty przetargowej. Praktykowane dawniej w postaci przetargu ustnego (tzw. dogrywka) zostało potem zakazane z uwagi na wzrastające naruszenia reguł uczciwej konkurencji. Sytuacja uległa zmianie wraz z rozwojem nowoczesnych środków przekazywania informacji drogą elektroniczną, pozwalających na uruchomienie dodatkowego przetargu ofert z zachowaniem jedności miejsca i czasu, lecz bez obciążeń charakterystycznych dla tradycyjnej licytacji. Zakazem objęto jednak udzielanie zamówień z zakresu działalności twórczej lub naukowej. Aukcją uzupełniającą są objęte oferty wiążące równoległe⁴¹. Kojarzący się z tradycyjnym pojęciem „aukcji” mechanizm licytacyjny, że oferta złożona przestaje wiązać, gdy inny konkurent złoży ofertę korzystniejszą, jest tu wyłączony. W istocie każdy z uczestników aukcji uzupełniającej może, lecz nie musi, złożyć propozycję korzystniejszą dla zamawiającego, polepszającą warunki wyłącznie własnej, poprzednio złożonej oferty. Jedyne zatem odstępstwo od zwyczajnego mechanizmu przetargowego polega na możliwości zmiany oferty, jednorazowo bądź wielokrotnie. Jeżeli jednak wykonawca nie zdecyduje się na zmianę swojej pierwotnej oferty, utrzymuje się ona aż do końca procedury.

Warunki przetargu uzupełniającego powinny wynikać już z ogłoszenia (dopuszczalność) oraz z warunków zamówienia, udostępnianych wykonawcom na początku postępowania, aby umożliwić każdemu oszacowanie ryzyka wdania się w taką hybrydową procedurę. Doniosłe znaczenie, z punktu widzenia minimalnej konkurencyjności ma ustawowy wymóg, aby na przetarg podstawowy wpłynęły co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W przeciwnym wypadku przetarg ten podlega rozstrzygnięciu na ogólnych zasadach. Z kolei ze względu na specyfikę dodatkowego otwarcia na konkurencję aukcja elektroniczna może być tylko jednoetapowa. Poza tym, istotne są wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urzędów informatycznych, a także wiążąca deklaracja co do tego, które spośród kryteriów oceny ofert dopuszczonych w pierwszym etapie przetargu będą następnie stosowane w toku dodatkowej aukcji elektronicznej. Zgodnie bowiem art. 91 a ust. 3 Pzp kryteriami oceny ofert w toku aukcji mogą być wyłącznie kryteria umożliwiające automatyczną ocenę ofert bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji

⁴⁰ Por. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2011 roku, Warszawa 2012, s. 30.

⁴¹ Więcej o tym R. Szostak: Elektroniczne zamówienia publiczne, [w:] Administracja – prawne zagadnienia informatyzacji administracji (red. D. Szostek) Wrocław 2009, s. 112 i n.

uzupełniającej. Wysokość oferowanej ceny nie musi być jedynym kryterium ostatecznego wyboru wykonawcy. Jeżeli dopuszczono dwa lub więcej kryteriów, dla automatycznej oceny ofert konieczne jest wskazanie stosownego algorytmu wyrażającego właściwe proporcje między nimi. Dodatkowe warunki zamawiający podaje w zaproszeniu do udziału w aukcji, a zwłaszcza minimalne wartości postąpień, termin otwarcia aukcji, termin i warunki jej zamknięcia oraz sposób oceny ofert (art. 91b Pzp). Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia. Sposób oceny ofert w toku aukcji powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem dodatkowych eliminacji.

Przebieg aukcji uzupełniającej w znacznej mierze zdeterminowany jest ustawowo (art. 91 c). Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W toku aukcji wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającą wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Możliwość ich cofnięcia lub zmiany jest wykluczona. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym. Komunikacja odbywa się wyłącznie drogą elektroniczną. Zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą propozycję w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu. Przepisy o otwarciu i badaniu ofert, a także o podstawach ich odrzucenia zostały wyłączone z mocy art. 91c ust. 1 zd. 2 Pzp. W razie zatem naruszenia minimalnej wartości postąpienia w ogóle nie zostanie ono sklasyfikowane. Dopuszczalne jest jednak odrzucenie już wybranej oferty z nadmiernie zaniżoną ceną, jeśli ostatecznie okaże się ona rażąco niska⁴². Zamawiający zamyka aukcję uzupełniającą w z góry wyznaczonym terminie albo gdy w ustalonym czasie nie zostaną złożone nowe postąpienia.

9. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej

Wybór oferty najkorzystniejszej następuje w oparciu o wyniki wartościującej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty o najwyższej wartości punktowej. Sam wybór jest oświadczeniem wiedzy podlegającym stosownej ewidencji w protokole postępowania, a także zakomunikowaniu wszystkim konkurentom. Jednakże dla osiągnięcia ostatecznego celu postępowania niezbędne jest jeszcze przyjęcie oferty najkorzystniejszej, notyfikowane zwycięskiemu wykonawcy jako oświadczenie woli w związku z zawiadomieniem o wyborze oferty. W ten właśnie sposób wykreowany zostaje obowiązek zawarcia umowy, o którym mowa w art. 94 Pzp. Nie można tu bowiem zakładać samego działania ustawy (obowiązku *ex lege*), ponieważ trzeba właściwie rozliczyć dalsze losy prawne wybranej oferty, a ponadto każdy obowiązek zawarcia umowy, oprócz indywidualizacji treści umowy finalnej, powinien mieć przypisany odpowiedni mechanizm dochodzenia roszczeń. Stąd sięgnięcie do przepisów art. 390 kc w zw. z art. 70³ § 3 zd. 2 kc o umowie przedwstępnej jest naturalną koniecznością, wobec braku odrębnej regulacji prawnej. Oceny ofert dokonuje na ogół komisja przetargowa lub osoba upoważniona, do której zgodnie z art. 20 ust. 3 Pzp należy obowiązek przedstawiania kierownikowi zamawiającego propozycji wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza

⁴² Por. W. Łysakowski: *op. cit.*, s. 317 oraz R. Szostak: *Elektroniczne zamówienia ... op. cit.*, s. 118 a także W. Dzierżanowski: *op. cit.*, s. 428.

to, że na wybór oferty w sensie prawnym składają się dwa oświadczenia (propozycja i jej zatwierdzenie), co ma istotne znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności za wadliwy wybór. Kierownik jest związany złożoną propozycją w tym sensie, że nie może samodzielnie wybrać innej oferty, w oderwaniu od przedłożonej mu propozycji. Jeśli jest ona wadliwa powinien przekazać sprawę komisji przetargowej do ponownej oceny ofert. W ostateczności może też zmienić skład komisji.

O wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadamia niezwłocznie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, ze wskazaniem wykonawców wykluczonych oraz tych, których oferty odrzucono wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, a także terminu, po upływie którego umowa o zamówienie publiczne może być zawarta (art. 92 Pzp). Poza tym niezwłocznie zamieszcza informację o wyborze oferty na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Zawiadomienie (informacja) o wyborze oferty powinna wskazywać dane personalne wykonawcy, którego ofertę wybrano wraz z uzasadnieniem wyboru, dane personalne pozostałych wykonawców, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny i łączną punktację z tytułu wszystkich kryteriów oceny ofert. Umożliwia to każdemu z konkurentów oszacowanie sytuacji, pod kątem ewentualnego zaskarżenia rezultatu postępowania.

10. Konsekwencje uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy

Zawarcie umowy o zamówienie publiczne następuje dopiero po bezskutecznym upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania, choć wyjątkowo może nastąpić wcześniej w przypadkach wskazanych w art. 94 ust. 2 Pzp, w których odwołanie jest bezprzedmiotowe. W razie wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia kończącego proces odwoławczy przed KIO, chyba że zakaz ten zostanie uchylony w trybie art. 183 Pzp. Jeśli otworzą się możliwości zawarcia umowy inicjatywa należy do zamawiającego, który powinien wezwać zwycięskiego wykonawcę do podpisania umowy, wyznaczając mu w tym celu stosowny termin (por. dalej uwagi o zawarciu umowy).

Uchylenie się zwycięskiego wykonawcy od obowiązku zawarcia umowy finalnej jest sankcjonowane przypadkiem wadium albo żądaniem odszkodowawczym, natomiast zamawiający zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny albo unieważnia postępowanie, jeśli zachodzą przesłanki z art. 93 ust. 1 Pzp. Brak możliwości innego sposobu zakończenia postępowania, zwłaszcza na tle zasady z art. 2 pkt 7a Pzp.

Uchylenie się zamawiającego od obowiązku zawarcia umowy, właściwie praktycznie nie wchodzi w rachubę, z uwagi na zagrożenie odpowiedzialnością karną osoby działającej na szkodę instytucji zamawiającej (art. 296 kk), skoro doszło do wyboru oferty, a nie było dostatecznych podstaw do zamknięcia postępowania poprzez jego unieważnienie. Jeśli bowiem wystąpią jakieś realne przeszkody prawne sprzeciwiające się zawarciu umowy - wyczerpują się one zazwyczaj w podstawach unieważnienia postępowania. Gdyby jednak zamawiający zwlekał z podpisaniem umowy w terminie wyznaczonym przez drugą stronę, może ona od obliżu odstąpić domagając się zapłaty podwójnego wadium albo odszkodowania. Może też pozostając przy zobowiązaniu żądać przymusowego zawarcia umowy przed sądem w oparciu o art. 70² § 3 w zw. z art. 70⁴ § 3 zd. 2 kc. Prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie (art. 64 kc).

§ 13. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

1. Pojęcie i charakter prawny unieważnienia postępowania

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej oraz wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa finalna, a w przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie optymalnych warunków umowy (art. 2 pkt 7a Pzp). Zamawiający nie może zatem wykorzystywać wszczętej procedury do innych celów (np. sondowania rynku), ani też dowolnie kierować jej przebiegiem, zwłaszcza popadać w bezczynność lub zamykać pod byle jakim pretekstem. Musi wyczerpać w sposób uporządkowany ustalony ciąg czynności pod rygorem zastosowania środków korygujących, odpowiedzialności odszkodowawczej lub nawet karno-administracyjnej. Konsekwencje te wynikają z wiążącego (obligacyjnie) charakteru procedury udzielenia zamówienia. Nie dotyczą one jednak udzielania zamówień z wolnej ręki, opartego wyłącznie na czynnościach faktycznych, które nie są finalizowane obowiązkiem zawarcia umowy.

Dopuszczalność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od zasady celowości. Następuje z mocy cywilnoprawnego oświadczenia woli zamawiającego, a nie automatycznie (*ex lege*) w wyniku ziszczenia się ustawowo określonych przesłanek. Chodzi tu o wyłączne uprawnienie zamawiającego. Unieważnienia nie może dokonać KIO ani sąd skargowy¹, z uwagi na brak przepisu upoważniającego do wydania konstytutywnego orzeczenia rozwiązującego stosunek proceduralny. Właściwy organ władzy publicznej może co najwyżej nakazać tytułem korekty unieważnienie poszczególnych czynności, pewnego ich ciągu, a nawet całego postępowania². Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego możliwość unieważnienia uprzednio dokonanej czynności prawnej lub zniesienia wykreowanego nią stosunku przysługuje tylko stronie. Do niej należy też wyłączna inicjatywa w wypadku, gdy o wzruszalności orzeka wyjątkowo sąd (por. np. art. 70⁵ oraz art. 388 kc)³. Ustawowe przesłanki dopuszczalnego unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 Pzp wskazujące wprost na jego bezcelowość (brak wystarczającej liczby ofert, brak dostatecznego pokrycia finansowego, niemożliwość prawidłowego wyboru oferty, zmiana okoliczności czyniąca zamówienie zbędnym lub wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy), z założenia limitują zamawiającego, zwłaszcza z punktu widzenia ochrony interesu publicznego.

W wyniku unieważnienia obligacyjny stosunek proceduralny sam wygasa, skoro przesłanki uzasadniające unieważnienie łączą się z obiektywną koniecznością jego zamknięcia (art. 475 kc). Alternatywna konstrukcja mogłaby polegać na rozwiązaniu stosunku proceduralnego przez zamawiającego w drodze odstąpienia (ustawowego), lecz niepotrzebnie zmuszałaby do poszukiwania dodatkowego elementu w postaci aktu woli. Poza tym o wiele ważniejszy jest skutek oświadczenia zamawiającego znoszący z mocą wsteczną wszystkie zapadłe w postępowaniu czynności prawne. Czynności

¹ Przejściowo, na gruncie poprzednio obowiązujących art. 191-192 Pzp, było to możliwe. Por. w tym względzie interesującą uchwałę Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2005 r. (III CZP-78/04), z krytyczną glosą R. Szostaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 6, poz. 68.

² Por. też W. Łysakowski: op. cit., s. 553, P. Wiśniewski, G. Wicik: op. cit., s. 813 oraz S. Babiarz: op. cit., s. 513 i n.

³ Por. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska: System prawa cywilnego, t. I, część ogólna, Ossolineum, 1985, s. 712 i n. oraz Z. Radwański: System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne - część ogólna, Warszawa 2002, s. 440.

faktyczne zaś, zwłaszcza związane z otwarciem ofert, nie wymagają ubezskutecznienia, ponieważ bezpośrednio nie wywołują żadnych następstw prawnych⁴. W ramach procedur ofertowych niezbyt jasno przedstawia się status złożonych ofert (w licytacji ostatniej oferty), stanowiących jedynie przedmiot unieważnianego postępowania. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby pozostawały one w mocy, aż do czasu swojego zwyczajnego wygaśnięcia w wyniku upływu terminu związania ofertą, tym bardziej, że niezwłocznie (w braku zaskarżenia), w związku z samym unieważnieniem postępowania, wymagalny jest zwrot wadium (art. 46 ust. 1 Pzp). Od razu też wykonawcy czują się wolni. Tymczasem zamawiający nie ma legitymacji do unieważniającego ubezskutecznienia ofert, zawierających cudze oświadczenia woli. Pozostaje jedynie konstrukcja odrzucenia wszystkich ofert przez zamawiającego, praktykowana dawniej w związku z zamknięciem bezprzedmiotowego przetargu. W rezultacie jednostronny akt zamawiającego o unieważnieniu postępowania podjęty w przepisanej formie (art. 27 ust. 2 Pzp) ma mieszany charakter - wywołuje bowiem dwojakie skutki prawne: zniesienie zapadłych uprzednio w ramach postępowania czynności prawnych oraz odrzucenie wszystkich ofert, jeśli takie utrzymują się jeszcze w tym postępowaniu. Następują one jednak definitywnie dopiero w związku z równoczesnym zawiadomieniem konkurentów w trybie art. 93 ust. 3 Pzp, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Ustawa nie przewiduje zaś specjalnego ogłoszenia o zakończeniu postępowania w wyniku jego unieważnienia.

Bezpodstawne unieważnienie postępowania może być podważane na drodze odwoławczej. To samo dotyczy niedopuszczalnego zaniechania unieważnienia połączonego z wadliwym wyborem oferty. W świetle zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp unieważnienie postępowania staje się obligatoryjne, co wzmacnia dodatkowo konstrukcję o niemożliwości prawnej wykonania stosunku proceduralnego jako przyczyny jego wygaśnięcia (art. 475 kc). Wyjątek dotyczy jednak fakultatywnego unieważnienia z braku dostatecznego pokrycia kosztów zamówienia finansowanego ze środków europejskich (art. 93 ust. 1 Pzp). Podstawowe znaczenie ma rzetelna ocena przesłanek unieważniającego zamknięcia procedury. W praktyce nierzadko zdarza się, że zamawiający nie chcąc dopuścić do umowy z niewygodnym wykonawcą, decyduje się na bezprawne zakończenie przetargu bez wyboru oferty. Orzekająca o dopuszczalności unieważnienia KIO może, uznając je za bezskuteczne, nakazać zamawiającemu podjęcie koniecznych czynności postępowania. Nadużycie wyjątkowego unieważnienia procedury jest karalne, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych w grę wchodzi częściowe unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 3 Pzp, przy odpowiednim zastosowaniu art. 93 ust. 1 Pzp. Przesłanka unieważnienia może bowiem odnosić się tylko do pojedynczej części zamówienia (zwłaszcza w braku ofert lub pokrycia bądź zaistnienia nieusuwalnej wady postępowania), czyli do niektórych ofert zawierających propozycję wykonania określonego fragmentu zamówienia. Stanowi to konsekwencję założenia o połączeniu kilku zamówień do wspólnego postępowania, uzasadnionego podzielnością przedmiotu zamówienia (art. 32 ust. 4 Pzp)⁵. W wyniku częściowego

⁴ Dlatego unieważnienie jakiegokolwiek czynności proceduralnej nie może odnosić się do trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki, który w razie konieczności podlega zwykłemu zamknięciu poprzez skierowanie sprawy ad acta. Odmienne jednak S. Babiarz: op. cit., s. 514. Każda ze stron może bowiem wycofać się z negocjacji, gdyż nawet w związku z ich zakończeniem nie powstaje obowiązek zawarcia umowy. Jednakże strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy (art. 72 § 2 kc).

⁵ Zob. więcej o tym S. Babiarz: op. cit., s. 514 oraz wyrok KIO z 18 listopada 2008 r. (KIO/UZP-1228/08), Lex Polonica nr 2308219.

unieważnienia postępowania stosunek proceduralny rozwiązuje się jedynie względem wybranych konkurentów, upadają też odnoszące się bezpośrednio do nich czynności proceduralne, a skuteczność czynności „wspólnych”, właściwych dla całego postępowania, ulega stosownemu ograniczeniu. W rezultacie możliwe jest częściowe ubezskutecznienie oferty przetargowej poprzez ograniczone jej odrzucenie.

Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym czasie, gdy wyjdzie na jaw niemożliwość prawna udzielenia zamówienia w ujęciu art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp. Powinno nastąpić niezwłocznie, aby konkurenci od razu stali się wolni. Jednakże nie później niż do czasu podpisania umowy, której zawarcie konsumuje całą procedurę. Można zatem unieważnić postępowanie już po wyborze oferty, lecz przed zawarciem umowy, pod warunkiem dopuszczalnego ubezskutecznienia obowiązku zawarcia umowy związanego z błędnym wyborem oferty. Jeśli zaś doszłoby do unieważnienia wadliwie zawartej umowy finalnej, na mocy orzeczenia wydanego przez KIO lub sąd powszechny, automatyczny powrót do postępowania następuje tylko wtedy, gdy będące jego przedmiotem oferty jeszcze nie wygasły wskutek upływu terminu związania ofertą. Konsekwentnie trzeba tu bowiem przyjąć, że postępowanie ulega zwyczajnemu wyczerpaniu tylko w wyniku zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.

W przypadku udzielania nowego zamówienia (w następstwie unieważnienia postępowania) zamawiający, na wniosek wykonawcy, który uprzednio ubiegał się o zamówienie, zawiadamia go o wszczęciu kolejnego postępowania, bez względu na rodzaj trybu, pod warunkiem, że dotyczy ono tego samego przedmiotu zamówienia. Przyczyna unieważnienia postępowania nie ma tu żadnego znaczenia.

2. Przesłanki unieważnienia postępowania

Okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania są wskazane w sposób wyczerpujący w art. 93 ust. 1 oraz 1a Pzp. Zamawiający nie może zatem wykraczać poza ten katalog, a nawet ustalać kolejnej przesłanki w formie dodatkowego zastrzeżenia w warunkach zamówienia. Wyjątkowo jednak przy udzielaniu zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zamawiający może unieważnić postępowanie także na podstawie innych przesłanek, pod warunkiem uprzedniego określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i w warunkach zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca może wtedy zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie tych dodatkowych przesłanek. Nadzwyczajny charakter unieważnienia postępowania sprawia, że przesłanek, zwłaszcza z art. 93 ust. 1 Pzp nie można interpretować rozszerzająco⁶. W razie ich braku zachodzi konieczność wyboru oferty i zawarcia umowy finalnej.

Brak wystarczającej liczby ofert lub wniosków stanowi stosunkowo częstą w praktyce przyczynę unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1-3). Podstawa ta nie jest jednak jednorodna. Po pierwsze, postępowanie unieważnia się, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym z ogłoszeniem bądź bez albo w dialogu konkurencyjnym. Po drugie, odmienne przesłanki przewidziano w odniesieniu do unieważnienia procedury zapytania o cenę (gdy nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu), a także dla licytacji elektronicznej (gdy nie wpłynęły co najmniej dwa wnioski

⁶ Por. zwłaszcza W. Łysakowski: op. cit., s. 320.

albo nie została złożona żadna oferta). Z powyższego wynika, że nawet przetarg może toczyć się z udziałem tylko jednego wykonawcy. Jest to wprawdzie rozwiązanie zgodne z minimalnym wymogiem dyrektyw europejskich, lecz nasuwa wątpliwości natury logicznej, zwłaszcza gdy operuje się „wyborem” oferty najkorzystniejszej. Wystarczy zatem, gdy zamawiający otrzyma co najmniej jedną ofertę spełniającą wszystkie wymagania umożliwiające jej przyjęcie. Warunek ten nie zostanie spełniony, jeśli wprawdzie wpłynę więcej ofert, ale pochodzących od wykonawców podlegających wykluczeniu, których oferty muszą być odrzucone. Zamawiający powinien powstrzymać się z unieważnieniem do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania lub korzystnego rozpatrzenia odwołania. Do unieważnienia postępowania w analizowanych okolicznościach może dojść zatem już na samym jego początku, jeszcze przed fazą składania ofert. Przesłanka z art. 93 ust. 2 pkt 4 Pzp nie obejmuje jednak przypadku niemożliwego wyboru oferty w razie wygaśnięcia wszystkich ofert wskutek upływu terminu związania, zwłaszcza w razie braku zgody na jego przedłużenie (por. art. 85 ust. 2 Pzp). To samo dotyczy wypadku, gdy jedyny utrzymujący się w przetargu wykonawca uchylił się od zawarcia umowy lub od ustanowienia jej zabezpieczenia (art. 94 ust. 2 Pzp). Postępowanie powinno być wtedy unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z zastosowaniem wykładni funkcjonalnej, w obliczu braku szczególnej podstawy ustawowej. Zaostrzony wymóg niezbędnej liczby ofert w trybie zapytania o cenę jest motywowany koniecznością ochrony interesu publicznego w warunkach ograniczonej konkurencji, zachodzącej wyłącznie z udziałem indywidualnie zaproszonych konkurentów⁷. Z kolei swoisty tryb licytacji elektronicznej uzasadnia rozwiązanie nietypowe, skoro najpierw odbywa się wstępna kwalifikacja konkurentów o dopuszczenie do eliminacji, a dopiero potem w ramach samej licytacji oczekuje się sukcesywnego składania ofert. Tylko zatem przy zachowaniu minimum dwóch zainteresowanych można sensownie rozpocząć licytację, natomiast w jej toku aktualna jest tylko jedna (ostatnia) oferta, stąd wystarczy, gdy zostanie złożona choćby pojedyncza oferta, gwarantująca jedno minimalne postąpienie w stosunku do ceny wywoławczej.

Brak dostatecznego pokrycia finansowego uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Rozwiązanie to ma na celu przede wszystkim ochronę interesu publicznego, zwłaszcza w obliczu przyjęcia oferty o zawyżonej wysokości świadczenia pieniężnego. Łączy się wprost z potrzebą zachowania efektywności wydatków ze środków publicznych⁸, która w odniesieniu do zamówień publicznych wyraża się koniecznością przestrzegania wymogu, że zamówień udziela się wyłącznie wiarygodnym wykonawcom na warunkach ekwiwalentności świadczeń. W odniesieniu do jednostek obciążonych administracyjnym obowiązkiem planowania rzeczowo-finansowego chodzi także o niedopuszczenie do zaciągania zobowiązań pieniężnych prowadzących do przekroczenia ustalonego planu wydatków. Wprawdzie samo wszczęcie przetargu bądź innej procedury nie kreuje jeszcze zobowiązania definitywnego, lecz jedynie przygotowawcze, które może jednak doprowadzić do powstania dwustronnego obowiązku zawarcia umowy finalnej o zawyżonej wysokości świadczenia pieniężnego. Stąd ustawowy przymus unieważnienia postępowania z braku dostatecznego pokrycia finansowego. Jest zatem pożądane, aby unieważnienie nastąpiło przed wyborem oferty, nawet od razu, gdy tylko okaże się, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, co pozwala uniknąć pracochłonnej oceny ofert. W przeciwnym wypadku dochodzi do niedogodnej sytuacji prawnej, uzasadniającej obalenie obowiązku zawarcia umowy, którą zwiącający wykonawca może wykorzystać zarzucając zamawiającemu unieważnienie

⁷ Por. zwłaszcza W. Dzierżanowski; op. cit., s. 435.

⁸ Por. w tym zakresie art. 44 ust. 3 ustawy f.p.

postępowania w warunkach obejścia prawa, dla ukrycia rzeczywistego uchylecia się od obowiązku zawarcia umowy finalnej. W praktyce takie spóźnione unieważnienie postępowania zdarza się zbyt często, zwłaszcza w związku z odmową kontrasygnaty zobowiązania finalnego przez głównego księgowego. Niepotrzebnie zamawiający naraża się na spór, uzasadniający niekiedy dodatkowe żądanie odszkodowawcze z art. 93 ust. 4 Pzp. W rezultacie trzeba założyć, że zamawiający powinien dysponować dostatecznym pokryciem, od momentu samego wszczęcia postępowania, skoro późniejsze jego unieważnienie obarczone zostaje odszkodowaniem, jeśli doszło do niego nie tyle z winy, ile z jakichkolwiek przyczyn leżących po stronie zamawiającego⁹. Odstępstwo od tego założenia wiąże się jedynie z wszczęciem postępowania bez wystarczającego pokrycia na udzielenie zamówienia finansowanego ze środków europejskich (art. 93 ust. 1a Pzp).

W praktyce, pomimo niedawnej nowelizacji art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, utrzymują się wątpliwości co do tego, jaką konkretnie kwotę zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza, że nie może być ona swobodnie ujmowana, lecz wyłącznie w sposób zobiektywizowany. Niewątpliwie chodzi tu o kwotę, którą zamawiający wiążąco deklaruje bezpośrednio przed otwarciem ofert w trybie art. 86 ust. 3 Pzp, wynikającą z rzetelnego oszacowania wartości zamówienia, powiększoną o podatek od towarów i usług, mającą jednak dostateczne zabezpieczenie w planie wydatków jednostki zamawiającej¹⁰. W piśmiennictwie zaznaczył się trafny pogląd, że także w odniesieniu do zamawiającego niepodlegającego obowiązkowi planowania wydatków kwota powyższa powinna mieć realne pokrycie w jego zasobach finansowych¹¹. W obu przypadkach odpowiedzialność odszkodowawcza nie wynika z nierzetelnej deklaracji pokrycia finansowego, lecz z konieczności unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, choćby przez niego niezawinionych. Na tym tle doniosłe znaczenie przewencyjne ma nowy art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹² przewidujący osobistą sankcję karno-administracyjną za nierzetelne ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

Ustawa dopuszcza wyraźnie możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego „do ceny oferty najkorzystniejszej”. Swobodne zwiększenie tej kwoty trzeba jednak wykluczyć z uwagi na efektywność wydatku publicznego, tym bardziej że w praktyce nierzadko zdarzają się oferty z cenami nadmiernie wygórowanymi, a niekiedy także samo planowanie bywa dotknięte błędami w zakresie przewidywanych limitów wydatkowych. Dlatego bezpośrednią podstawą „zwiększenia kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej” musi być rzetelnie zweryfikowana szacunkowa wartość zamówienia, znajdująca dostateczne pokrycie w planie wydatków jednostki zamawiającej. Nie zawsze wymaga on korekty, ponieważ każdy z wydatków określa się jedynie rodzajowo, a nie indywidualnie, wskazując na jego maksymalny limit kwotowy. Poza tym wykładnia przeciwna łącząca zwiększenie pokrycia z samą korektą planu w oderwaniu od weryfikacji oszacowania grozi niedopuszczalnym rozstrzygnięciem przetargu w kierunku oferty z wygórowaną ceną.

⁹ W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III KKN-1320/00), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2004, Nr 7–8, poz. 112) zamawiający odpowiada odszkodowawczo (obok odsetek) za niemożliwość następczą świadczenia pieniężnego, jeśli nie zachował należytej staranności w ocenie sytuacji finansowej, chyba że co innego wynika ze szczególnego przepisu ustawy lub z czynności prawnej.

¹⁰ Więcej o tym R. Szostak: Zakaz udzielania ... op. cit., s. 157–158.

¹¹ Por. zwłaszcza S. Babiarz: op. cit., s. 463.

¹² tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168.

Wątpliwości może nasuwać nowy art. 93 ust. 1a Pzp zezwalający zamawiającemu na zastrzeżenie z góry w ogłoszeniu (zaproszeniu) możliwości unieważnienia przetargu lub innej procedury, jeżeli środki z budżetu UE (lub EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane. W istocie chodzi tu o dopuszczalność wszczęcia warunkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez pokrycia finansowego¹³. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby na podstawie samego wniosku o dofinansowanie przy braku choćby promesy, zamawiający mógł skutecznie wprowadzić wnioskowaną kwotę do swojego planu finansowego, skoro zgodnie z art. 52 ufp dochody planuje się według należytej prognozy ich wielkości. U podstaw tego rozwiązania leży zapewne względy związane z przyspieszeniem wyboru wykonawcy zamówienia, dokonywanego „równolegle” z przeciagającym się w czasie konkursowym przydziałem środków europejskich¹⁴. To szczególnie, zapewne przejściowe, rozwiązanie odbiega nieco od zasady celowości postępowania w ujęciu art. 2 pkt 7a Pzp¹⁵, a wynikające z niego korzyści dla interesów publicznych nie są zbyt wielkie, obciążone natomiast ryzykiem. Bardziej zasadne wydaje się usprawnienie i przyspieszenie procedur przyznawania środków europejskich¹⁶. Poza tym, jeśli wnioskowane przez zamawiającego dofinansowanie nie zostanie przyznane z przyczyn leżących po jego stronie (np. ze względu na odrzucenie wniosku), wszyscy wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe oferty mogą żądać odszkodowań w oparciu o art. 93 ust. 4 Pzp.

Niemożliwość dokonania prawidłowego wyboru oferty w przypadku złożenia ofert dodatkowych, o takiej samej cenie stanowi bardzo wyjątkową przyczynę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 5 Pzp). Jeśli dwukrotnie padły oferty o takiej samej cenie postępowanie powinno być unieważnione, choćby kolejne wezwanie do konkurencji stwarzało nadzieję na jego rozstrzygnięcie. Nie można bowiem przekształcać procedury ofertowej w *sui generis* postępowanie zmierzające do trybu negocjacyjnego.

Istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym uzasadnia unieważnienie postępowania, jeśli nie można było tego wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp). Chodzi o taką zmianę okoliczności, która pociąga bezcelowość samego postępowania zmierzającego – jak wiadomo – do zawarcia umowy (odpada potrzeba zawarcia transakcji) albo w ogóle bezprzedmiotowe stało się zamawiane świadczenie. Rozgraniczenie to ma sens zwłaszcza wtedy, gdy zamawiający nie może zawrzeć umowy z uwagi na inny sposób zaspokojenia potrzeb (własnym staraniem, w wyniku przyjęcia darowizny). W praktyce zazwyczaj chodzi o upadek zasadności samej umowy, jak i jej przedmiotu. Ocena doniosłości zmiany okoliczności, a przede wszystkim zaistnienie interesu publicznego w unieważnieniu postępowania, powinna być zobiektywizowana. Interes publiczny należy pojmować w kategoriach interesu zbiorowego (społecznego, grupowego), a nie w kategoriach rzekomego interesu zamawiającego, który jedynie zaspokaja potrzeby publiczne i nie może mieć w tym żadnych własnych korzyści. Z oczywistych względów liczą się tu interesy ekonomiczne (niebezpieczeństwo szkody, rachunek

¹³ Por. więcej o tym w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, pn. „Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a Pzp”, zamieszczonej na stronach internetowych tego Urzędu.

¹⁴ Bariery mają jednak charakter organizacyjny, a nie prawny. Por. ustawę z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712).

¹⁵ Por. zwłaszcza na gruncie prawa niemieckiego A. Boesen: Vergaberecht Kommentar zum 4 Teil des GWB, Köln 2000, a. 549 i n. oraz W. Daub, H. Eberstein: Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht – Rechtschutz, Düsseldorf 2000, s. 799–800.

¹⁶ Ustawa z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 ze zm.).

kosztów, niemożliwość świadczenia)¹⁷, ale nie jest to warunek konieczny. W piśmiennictwie dopuszcza się jednak unieważnienie postępowania z uwagi na brak uzasadnienia dla zbędnego – wskutek zmian okoliczności – wydatku finansowego¹⁸. Brak możliwości wcześniejszego przewidzenia zmiany okoliczności bądź upadku potrzeby umowy (świadczenia) stanowi dodatkową przesłankę zorientowaną na ochronę interesów wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, zawężającą wyraźnie granice zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Liczą się tylko takie niespodziewane okoliczności, których nikt działający racjonalnie nie byłby w stanie przewidzieć w chwili przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia.

Nieusuwalna wada postępowania uzasadnia jego unieważnienie, jeśli uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp). Celem postępowania jest bowiem zawarcie w pełni ważnej umowy finalnej. Zwyczajna ekonomika wymusza zniesienie bezprzedmiotowego postępowania zmierzającego do zawarcia wadliwej umowy, wymagającej unieważnienia, a tym bardziej bezwzględnie nieważnej (argumentum a fortiori). Unieważnienie postępowania na podstawie powyższego przepisu staje się wymagalne w wypadku nieusuwalnej wady proceduralnej z tym, że pojęcie tego rodzaju wady nie wyczerpuje się bynajmniej w zakresie nieprawidłowości wskazanych w art. 146 § 1, 5 lub 6 Pzp. Jest nieco szersze. Obejmuje wszelkie uchybienia proceduralne wymuszające późniejszą konieczność unieważnienia umowy (tzw. nieważność względna) albo stwierdzenia jej nieważności bezwzględnej. Ustalenie kwalifikowanego charakteru wady postępowania nie następuje trudności, ponieważ sankcji nieważności umowy finalnej nie wolno domniemywać, wynika wprost z ustawy. Skrajne nieprawidłowości wiążą się z naruszeniem ustawy wpływającym na wynik postępowania, uzasadniającym unieważnienie umowy przez sąd powszechny na żądanie Prezesa UZP (art. 146 ust. 6 Pzp). Poza ujemnymi okolicznościami wskazanymi w art. 146 Pzp możliwe są jeszcze co najmniej trzy kategorie uchybień proceduralnych. Na pierwszy plan wysuwa się przypadek zastosowania procedury nieprzewidzianej w ustawie, pociągającej bezwzględną nieważność umowy o zamówienie publiczne (art. 58 § 1 kc w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp)¹⁹. W razie zaś przedwczesnego zawarcia umowy, przed zakończeniem obowiązkowej kontroli przedniej udzielenia zamówienia finansowanego ze środków europejskich przez Prezesa UZP (art. 171 ust. 4 Pzp), zamawiający naraża się na bardziej dotkliwą korektę finansową. W praktyce zdarzają się też przypadki niedozwolonych klauzul wprowadzanych do wiążącego – skądinąd – proceduralnie projektu umowy, stanowiącego integralną część warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp), które mogą być pominięte w umowie finalnej, gdy dotyczą kwestii drugorzędnych. Za miarodajny bowiem trzeba uznać tu art. 58 § 3 kc, zgodnie z którym jeśli nieważnością jest dotknięta tylko część umowy, pozostaje ona w mocy

¹⁷ Ujawnienie się możliwości alternatywnego zakupu przedmiotu zamówienia po niższych cenach nie stanowi zagrożenia interesu publicznego (wyrok KIO z 27 maja 2008 r., KIO/428-458/08, Lex Polonica nr 2118952), podobnie jak i zorganizowanie strajku w kopalni (wyrok SO w Gliwicach z 11 kwietnia 2008 r., XGa-45/08, Lex Polonica nr 2056744). Ponadto długotrwałość postępowania o zamówienie publiczne grożąca utratą środków finansowych z upływem roku budżetowego nie stanowi istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że postępowanie lub świadczenie nie leżą w interesie publicznym (wyrok Zespołu Arbitrów z 16 maja 2006 r. UZP/ZO/0-1343/06, Lex Polonica nt 1872129).

¹⁸ Por. zbliżone okoliczności sprawy rozstrzygniętej wyrokiem SN z 28 czerwca 2000 r. (IV KKN-70/2000) „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, Nr 5, poz. 71 z aprobowaną glosą W. Kubiak.

¹⁹ Tak SN w wyroku z 13 września 2001 r. (IV KKN-381/00), OSNC 2002, Nr 6, poz. 75. W świetle znowelizowanego art. 146 § 1 Pzp bezpodstawne zastosowanie dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem, czy nawet przekroczenie progu kwotowego przewidzianego dla licytacji elektronicznej nie pociąga unieważnienia umowy finalnej, skoro ustawodawca zdecydował się w ten sposób sankcjonować jedynie nadużycie procedury z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia oraz zapytania o cenę.

co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa w ogóle nie zostałaby projektowana (zawarta).

Obok nasuwającej się sankcji nieważności umowy, drugą okolicznością wyczerpującą analizowaną podstawę unieważnienia postępowania jest nieusuwalny charakter wady. Chodzi o całkowity brak możliwości zasadnego jej skorygowania przez organizatora, zaistniały od samego początku (niewłaściwy tryb lub przedmiot zamówienia) albo powstały w trakcie postępowania. W przeciwnym wypadku zamiast unieważnienia postępowania zamawiający powinien dokonać stosownej jego korekty. Jednakże nieprawidłowości nie zagrażające ważności umowy finalnej, zwłaszcza pozostające bez wpływu na wynik postępowania (najlichniesze w praktyce), nie tylko nie muszą być korygowane po wyborze oferty (chyba że sam wybór podlega ubezskuteczeniu), ale jeśli są drobne – w ogóle nie mogą być podstawą unieważnienia postępowania.

3. Roszczenie odszkodowawcze

Związane z unieważnieniem postępowania roszczenie odszkodowawcze unormowano w oderwaniu od tradycyjnej przesłanki winy (art. 93 ust. 4 Pzp), w zgodzie z europejskimi tendencjami w zakresie zaostrzenia odpowiedzialności za szkody wyrządzone wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne²⁰. Jeśli tylko do unieważnienia doszło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Roszczenia odszkodowawcze z innych tytułów - wobec braku szczególnej podstawy - mogą być dochodzone przeciwko zamawiającemu na zasadach ogólnych²¹. Podobnie także sam zamawiający może dochodzić naprawienia poniesionych szkód z winy wykonawców, zwłaszcza nadużywających środków ochrony prawnej²². Wprawdzie dla roszczenia z art. 93 ust. 4 Pzp nie ma znaczenia czy unieważnienie postępowania zostało zaskarżone w trybie odwoławczym do KIO, czy też stało się w zwykłym toku niepodważalne, ale jeśli zostało ostatecznie obalone - odpada podstawa prawna żądania odszkodowawczego. W razie sporu właściwy będzie sąd powszechny, ponieważ według ustawy szczególna jurysdykcja KIO nie obejmuje roszczeń odszkodowawczych. Uzasadniające roszczenie odszkodowawcze unieważnienie postępowania „z przyczyn leżących po stronie zamawiającego” odbiega wyraźnie od kodeksowej formuły „niewykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność” (art. 471 kc), także co do charakteru związku przyczynowo-skutkowego. Po stronie zamawiającego leżą wszelkie zależne od niego zdarzenia (zawinione i niezawinione), a także zdarzenia zależne od jego pełnomocników (pracowników, zleceńbiorców) i wyręczyeli, za których ponosi odpowiedzialność, tak jak za siebie samego (art. 474 kc), a ponadto nawet zdarzenia od niego niezależne, byle związane były z jego działalnością. Poza reżimem odpowiedzialności z art. 93 ust. 4 Pzp pozostają zatem tylko zdarzenia z przyczyn zupełnie zewnętrznych, nieleżących po czyjejkolwiek stronie (np. utrata pokrycia finansowego wskutek cofnięcia promesy dotacji lub dofinansowania), a także przyczyny leżące wyłącznie po stronie

²⁰ W świetle dyrektywy 89/665 oraz 92/13 odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego powinna być skuteczna i niezależna od winy, nawet domniemanej. Takiej wykładni dyspozycji dyrektyw dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE, zwłaszcza w wyrokach: z 14 października 2004 r. (C-275/03, Komisji, Portugalia), z 30 września 2010 r. (C-314/09, S. Graz v. Strabag AG) oraz 9 grudnia 2010 (C-568/089, Komisja-Spijker).

²¹ Por. R. Szostak: Z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorcy za nadużycie środków ochrony procesowej, PPH 2011, nr 2, s. 45 i n.

²² Por. R. Szostak: Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10, s. 46 i n.

uczestników postępowania, zwłaszcza wymuszające odrzucenie wszystkich ofert przetargowych. W razie sporu na zamawiającym ciąży dowód, że do unieważnienia postępowania musiało dojść z innych przyczyn niż leżące po jego stronie, z uwagi na całkowity brak ofert, fałszywe oświadczenie wykonawcy, nadzwyczajną zmianę okoliczności pociągającą upadek interesu publicznego w udzieleniu zamówienia itd. Należy tu dodać, że skoro o odpowiedzialności zamawiającego przesądza nie tyle jego zachowanie, ile same przyczyny, za które odpowiada, liczący się związek przyczynowo-skutkowy (przyczyna – szkoda) musi być niekiedy oderwany od osoby zamawiającego. Poza tym skoro naprawienia szkody może żądać nie tylko ten konkurent, który miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, lecz także pozostali konkurenci, którzy złożyli prawidłowe oferty (nawet ten, kto w ogóle nie miał żadnych szans na zamówienie, a koszty uczestnictwa w postępowaniu i tak poniósłby nadaremnie), wyłączeniu ulega konstrukcja przyczynowości adekwatnej na rzecz normatywnego związku przyczynowo-skutkowego²³. W prawie polskim dopuszczalny jest wyjątkowo, gdy ustawa łączy obowiązek naprawienia szkody wprost z określoną kategorią zdarzeń, bez względu na towarzyszące im okoliczności, jak np. w ramach odpowiedzialności prowadzącego hotel (art. 846 § 1 kc).

Rozmiar żądania z art. 93 ust. 4 Pzp ograniczony został wyłącznie do żądania zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Roszczenie to nie pełni jednak swoistej „kary za zawód”, lecz realizuje zwyczajną funkcję kompensacyjną. Chodzi zatem tylko o wyrównanie strat, jakie poniósł wykonawca przez to, że wdał się w bezwzględny przetarg (inną procedurę), licząc na zawarcie umowy. W rezultacie możliwe odszkodowanie wyczerpuje się w granicach tzw. ujemnego interesu umowy, co pozostaje w zgodzie z generalnym stanowiskiem polskiego ustawodawcy w zakresie stosunków przedkontraktowych (por. art. 72 § 2, 103 § 3, 387 § 2 oraz 390 § 1 kc). Dyrektywy nie zawierają natomiast żadnych przeciwwskazań do ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej tylko do rozmiarów negatywnego interesu umownego. Na gruncie prawa krajowego wynikają z tego co najmniej trzy konsekwencje. Po pierwsze, ustawa krajowa może wykluczać pośrednio dopuszczalność żądania zwrotu utraconych korzyści. Po drugie, tym bardziej może ona wyłączać możliwość wysuwania dalej idących roszczeń na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej, zwłaszcza żądania naprawienia szkody w granicach dodatniego interesu umownego na rzecz wykonawcy, któremu udałoby się udowodnić, że gdyby nie doszło do unieważnienia postępowania, dysponowałby roszczeniem o zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Po trzecie, wyraźne nawiązanie do „uzasadnionych kosztów” w polskim prawie wymusza posłużenie się obiektywną metodą obliczenia odszkodowania, utożsamianego tylko z rzeczywistą wartością celowo poniesionych wydatków. Są to przede wszystkim koszty niezbędne dla zapewnienia prawidłowego uczestnictwa konkurenta w postępowaniu. W szczególności wydatki poniesione z tytułu wadium, na przygotowanie oferty, wyjazdy, ewentualne wizje lokalne itd. Nie mieszczą się tu zaś wydatki przekraczające granicę „wydatków koniecznych”, zwłaszcza na wyspecjalizowane doradztwo, tym bardziej że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie powinien dysponować niezbędną wiedzą i doświadczeniem co do udzielanego zamówienia. Zasadniczo więc powinien być zdolny do samodzielnego opracowania oferty. Z pojęcia „uzasadnione koszty” wynika, że muszą być one udokumentowane lub w inny sposób należyście wykazane.

²³ Por. R. Szostak: Odpowiedzialność organizatora przetargu ... op. cit., s. 56-57.

§ 14. SZCZEGÓLNE PROCEDURY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Umowa ramowa

Umowa ramowa nie stanowi zamówienia publicznego, ponieważ ze względu na swój przygotowawczy charakter, podobnie jak umowa przedwstępna, nie kreuje zobowiązania o bezpośredniej doniosłości gospodarczej na dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zastosowanie umów przygotowawczych w sferze zamówień publicznych wprawdzie jest dopuszczalne, ale nie może prowadzić do obejścia rygorów ofertowo-eliminacyjnego zamawiania świadczeń na cele publiczne, na warunkach oferty najkorzystniejszej. W szczególności zwyczajne nawiązanie umowy przedwstępnej z pominięciem tych rygorów uzasadniałoby potem obowiązek zawarcia umowy przyrzeczonej na oznaczonych warunkach, a w konsekwencji uniemożliwiło realizację ustawowo nakazanej procedury¹. Konstrukcja umowy przedwstępnej jest natomiast doniosłym elementem przetargowego mechanizmu zawarcia umowy (art. 94 Pzp). Umowa ramowa swobodnie zawierana w celu ustalenia warunków przyszłych umów (zamówień) o bezpośredniej doniosłości gospodarczej także może prowadzić do kolizji z wymaganiami ofertowo-eliminacyjnego sposobu udzielenia zamówień. Wprawdzie nie kreuje ona obowiązku zawarcia umowy definitywnej, ale z góry przesądza wiążąco o jej warunkach. Dlatego granice, a także zasady dopuszczalnego zastosowania obu tych konstrukcji w sferze zamówień publicznych są ustawowo reglamentowane. W Polsce umowa ramowa nie była szczegółowo normowana, aż do czasu wejścia w życie prawa zamówień publicznych z 2004 r. Nikt jednak jej nie kwestionował z uwagi na ogólną swobodę kontraktową². W niektórych państwach od dawna umowę ramową reguluje się w kodeksie cywilnym (por. np. art. 1341–1342 k. włoskiego) albo w przepisach odrębnych (por. § 2 ust. 2 niemieckiej ustawy o ogólnych warunkach umów z 1976 r.). Ostatnio pod wpływem dyrektyw europejskich stała się trwałą instytucją prawa zamówień publicznych na obszarze UE.

Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania ofertowo-eliminacyjnego przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o przetargu nieograniczonym bądź ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem (art. 99 Pzp). W zasadzie umowę ramową w sferze zamówień publicznych zawiera się z większą liczbą wykonawców (porozumienie dwustronne jest

¹ W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 16 września 2009 r. (II CSK-104/09) z aprobowaną glosą R. Szostaka „Glosa” 2011, nr 1, s. 34 i n., umowa przedwstępna zobowiązująca do przeniesienia praw z pominięciem procedury wynikającej z prawa zamówień publicznych jest nieważna.

² Por. zwłaszcza S. Włodyka: Porozumienia gospodarcze, Warszawa 1978, s. 51 i n.; tenże: Umowy w obrocie gospodarczym [w:] Prawo gospodarcze i handlowe, t. 5, Prawo umów w obrocie gospodarczym, Warszawa 2001, s. 41; Z. Radwański: System prawa cywilnego, t. III/1, Prawo zobowiązań - część ogólna, Ossolineum 1981, s. 418; Cz. Żuławska: O umowach obrotu gospodarczego w nowym modelu gospodarczym (aspekt funkcjonalny), „Annales UMCS”, Lublin 1992, v. XXIX/9, s. 154 i n.; A. Koch: Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie, Poznań 1982, s. 192 i n.; G. Domański: Umowa ramowa na tle niektórych państw EWG i Polski, Warszawa 1989, s. 60 i n.; A. Olejniczak: O koncepcji umów ramowych, „Państwo i Prawo” 1990, nr 1, s. 69 i n.; R. Szostak: Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7, s. 51 i n. oraz G. Wicik: Umowa ramowa w zamówieniach publicznych – główne problemy interpretacyjne oraz postulaty de lege ferenda, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2008, nr 4, s. 258 i n.

wyjątkiem), jako czynność wiążącą wielostronnie³, ustalającą warunki przyszłych zamówień publicznych, udzielanych każdorazowo w miarę potrzeb w oparciu o wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych zamawiającemu przez jej sygnatariuszy. Z mocy wyraźnego zakazu ustawowego zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczenia konkurencji (art. 100 ust. 4 Pzp). Przy takim założeniu zastosowanie umowy ramowej nie zagraża ekonomicznej efektywności zamówień publicznych, nie godzi w zasadę równego dostępu do nich, ani też nie narusza reguł uczciwej konkurencji.

Umowa ramowa kreuje długoterminową więź prawną o charakterze trwałym, zwłaszcza ustalone w niej warunki udzielania i wykonywania zamówień jednostkowych wiąże w ciągu z góry określonego czasu. Z uwagi na niebezpieczeństwo istotnych zmian okoliczności, niekorzystnie rzutujących na długoterminową więź prawną, umowę ramową zawiera się na czas nie dłuższy niż 4 lata (art. 100 Pzp). Tylko wyjątkowo ze względu na stabilny przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy. Przesłanka ta podlega kontroli urzędowej. Stąd o zawarciu umowy na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający zawiadamia niezwłocznie Prezesa UZP, podając wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.

Powody uzasadniające zawarcie umowy ramowej są zróżnicowane. Decydujące znaczenie mają potrzeby po stronie zamawiającego, zainteresowanego powtarzalnymi dostawami, usługami lub robotami budowlanymi. Nie chodzi tu bynajmniej o samo odroczenie na przyszłość obligacyjnego związania stron (tak jak przy umowie przedwstępnej), lecz o uproszczenie procesu kontraktowania w określonym zakresie z udziałem pozytywnie zweryfikowanych pod względem wiarygodności wykonawców. Nie nakłada ona jednak na wykonawców żadnego obowiązku zawarcia umowy definitywnej ani też nie stwarza żadnej tymczasowej więzi prawnej, wygasającej w wyniku nawiązania umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, lecz obowiązuje w ustalonym czasie. Umowa ramowa określająca warunki udzielania wielokrotnych zamówień jednostkowych zapewnia przede wszystkim wydatne oszczędności biurokratyczne, a ponadto przyczynia się do znacznej obniżki cen. Nie bez znaczenia są także inne korzyści wynikające ze stabilizacji prawnej stron w dłuższym horyzoncie czasu. W praktyce zastosowanie umów ramowych bywa uzasadnione zwłaszcza specyfiką działalności sektorowej w dziedzinie energetyki, gospodarki wodnej, transportu publicznego itd., wymuszającą zamawianie powtarzalnych świadczeń większej wartości, których rozmiarów i częstotliwości nie da się z góry przewidzieć⁴. Stosowna umowa przygotowawcza pozwala na znaczne przyspieszenie i uproszczenie procesu udzielania zamówień jednostkowych, odpowiednio do ujawniających się sukcesywnie potrzeb zamawiającego.

Powtarzalne świadczenia można też zamawiać w oparciu o długoterminową umowę definitywną. W zwykłej bowiem umowie o zamówienie publiczne wolno przecież zastrzec, że spełnienie zamówieniowego świadczenia niepieniężnego będzie następować częściami w ciągu określonego czasu, z dostosowaniem do bieżących potrzeb, według jednostronnej dyspozycji zamawiającego co do rozmiaru i terminu świadczeń częściowych (por. np. art. 456 i 654 kc). Umowa definitywna może być też wzbogacona o klauzulę dopuszczającą na rzecz zamawiającego możliwość ograniczenia ilości zamówionego przedmiotu w razie zmniejszenia się jego potrzeb, z zastosowaniem częściowego odstąpienia od umowy, prawa opcji lub nawet działającego automatycznie warunku rozwiązującego. Zasadniczo zaś wykluczone są klauzule adaptacyjne dopuszczające możliwość renegotjacji umowy

³ Por. też P. Pełczyński [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 543. Odmienne jednak J. Baehr [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (red. T. Czajkowski), Warszawa 2007, s. 341 (teza 7), uważając tego rodzaju porozumienie za prostą sumę umów dwustronnych.

⁴ Por. R. Szostak: *Umowa ramowa w sektorowych zamówieniach publicznych*, „Finanse Komunalne” 2005, nr 3, s. 35 i n.

o zamówienie publiczne (por. ograniczenia z art. 140 i 144 Pzp), grożące destabilizacją kontraktu ze szkodą dla interesu publicznego, a także obejściem wyników przetargu lub innej procedury z naruszeniem zasad równości i uczciwej konkurencji. Tymczasem umowa ramowa w ogóle nie kreuje żadnych zobowiązań wykonawczych, stanowiących dopiero przedmiot przyszłych umów o zamówienie jednostkowe. Stwarza ona zatem dogodniejszą sytuację dla zamawiającego, który ma większą swobodę w zakresie przewidywania ilości oraz zamawiania potrzebnych dostaw, usług lub robót budowlanych, a także wyznaczenia okoliczności ich realizacji. Nie wiąże też bezwzględnie co do cen jednostkowych. Według bowiem definicyjnego art. 2 pkt 9a Pzp celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą, lecz nie muszą, zostać udzielone w zastrzeżonym okresie, w szczególności cen maksymalnych i, jeśli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości świadczenia.

Odnosnie do stopnia szczegółowości umowy ramowej, zwłaszcza co do tego na ile powinna ona przesądzać o warunkach zamówień jednostkowych, za miarodajną trzeba uznać wskazówkę interpretacyjną zawartą w preambule dyrektywy 2004/18/WE (pkt 11), zgodnie z którą w oparciu o porozumienie ramowe dotyczące zwłaszcza zaproszeń, terminów i warunków składania ofert można udzielić zamówień w okresie jego obowiązywania, a jeśli nie wszystkie warunki zostały z góry dostatecznie ustalone - poprzez ponowne otwarcie eliminacji z udziałem jego sygnatariuszy w odniesieniu do brakujących warunków, z poszanowaniem ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych: równości i uczciwej konkurencji⁵. Ustalenie niektórych warunków planowanych zamówień może zatem nastąpić później, bezpośrednio w związku z ich udzielaniem, pod warunkiem zastosowania przetargu z udziałem wszystkich sygnatariuszy porozumienia ramowego. Stąd w art. 32 ust. 3 tej dyrektywy zastrzeżono, że gdy umowę ramową zawarto tylko z jednym wykonawcą, zamówień jednostkowych udziela się tylko na warunkach w niej określonych. Jednakże stosownie do art. 32 ust. 2 dyrektywy przy udzielaniu zamówień na podstawie wielostronnej umowy ramowej strony nie mogą, pod żadnym pozorem, odstępować od istotnych warunków w niej przewidzianych. W rezultacie nasuwa się stanowisko o możliwym odstępstwie jedynie co od nieistotnych dyspozycji wielostronnej umowy ramowej i to pod warunkiem ponownego objęcia ich mechanizmem przetargowym. Tymczasem według art. 101 ust. 2 Pzp zamawiający może dokonać nieistotnej zmiany warunków zamówienia jednostkowego w stosunku do ustalonych w umowie ramowej, także w przypadku pozostawania w stosunku ramowym tylko z pojedynczym wykonawcą. Z drugiej strony według art. 101 ust. 1 Pzp zamówienia jednostkowego udziela się na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. W odniesieniu zaś do wielostronnych umów ramowych wprowadzono bezwzględny zakaz odstępowania od zastrzeżonych w umowie ramowej kryteriów oceny ofert składanych na zamówienia jednostkowe. Dopuszczalność jednostronnego odstępstwa od warunków umowy ramowej budzi jednak wątpliwości, które nasuwają wniosek o potrzebie choćby dorozumianej aprobaty ze strony wykonawcy.

Umowa ramowa wiążąco ustala proceduralne i merytoryczne warunki udzielania planowanych zamówień jednostkowych, zwłaszcza tryb postępowania i towarzyszące mu wymagania, a także warunki przyszłych umów o te zamówienia. Pełni zatem rolę podobną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ujęciu art. 36 Pzp, z tym, że stanowi akt wielokrotnego zastosowania. Wiąże na wypadek udzielania zamówienia nią objętego w ten sposób, że strony muszą przestrzegać wymagań w niej ustalonych⁶. Wyjątek dotyczyć może jedynie sygnalizowanych powyżej odstępstw w zakresie drugoplanowych wymagań proceduralnych lub ubocznych postanowień umowy jed-

⁵ Por. A. Sołtysińska: Europejskie prawo zamówień publicznych – Komentarz, Kraków 2006, s. 269 i n.

⁶ Więcej o tym R. Szostak: Charakter prawny porozumień... op. cit., s. 59 i n.

nostkowej. Nie jest jednak dostatecznie jasne to, czy zamawiający powinien zaspokajać swoje potrzeby wyłącznie w oparciu o zamówienia udzielane na podstawie umowy ramowej, czy też może zwracać się także do osób trzecich. Przygotowawczy charakter umowy ramowej przemawia raczej za pierwszym z tych rozwiązań, choć w świetle znowelizowanego art. 2 pkt 9a Pzp zamówienia jednostkowe nie muszą, lecz mogą być udzielane na podstawie umowy ramowej. Dopiero więc wtedy, gdy zamawiający podejmuje czynności zmierzające do udzielenia zamówienia przewidzianego w umowie ramowej, powinien zastosować się do jej warunków. Nie ma zaś obowiązku „wyczerpania” świadczeń nią objętych. Naruszenie warunków proceduralnych ustalonych w umowie ramowej pociąga analogiczne konsekwencje jak w przypadku pogwałcenia dyspozycji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności popełnione w tym zakresie uchybienia mogą uzasadniać unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jednostkowego (art. 93 ust. 1 Pzp) lub umowy finalnej (art. 146 ust. 1 Pzp).

Odpowiednie stosowanie przepisów o procedurach przetargowych do zawarcia umowy ramowej poddyktowane zostało koniecznymi modyfikacjami w toku każdej z tych procedur. Przy odpowiednim stosowaniu bowiem jedne przepisy mogą okazać się bezprzedmiotowe, niektóre trzeba stosować wprost, a inne mogą wymagać zastosowania z modyfikacjami⁷. Ponadto sama ustawa przesądza też o pewnych odrębnościach. W szczególności szacunkową wartość umowy ramowej ustala się w oparciu o łączną wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej (art. 32 ust. 7 Pzp); w specyfikacji istotnych warunków umowy ramowej trzeba wskazać z góry maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową (art. 36 ust. 2 pkt 2 Pzp); o zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zawiadamia się Prezesa UZP (art. 10 ust. 2 Pzp), chyba że dotyczy ona zamówień sektorowych (art. 133 ust. 3 Pzp).

Tytułem czynności przygotowawczych zamawiający przede wszystkim konstruuje specyfikację warunków umowy ramowej przy odpowiednim zastosowaniu art. 36 Pzp. W pierwszej kolejności powinien z góry zdecydować o formule umowy ramowej: czy będzie ona zawarta tylko z jednym (układ dwustronny), czy też z kilkoma – co najmniej z trzema – wykonawcami (układ wielostronny), chyba że na złożenie ofert zdecyduje się mniejsza liczba wykonawców (art. 100 ust. 3 Pzp). Na dalszym planie pozostaje opis przedmiotu umowy ramowej i okresu jej obowiązywania. Wymagania wadialne w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy ramowej są zazwyczaj odmienne względem zastrzeżonych na przyszłość na przetarg o zamówienie jednostkowe. Poza tym odróżnić trzeba kryteria wyboru oferty (dopuszczenia wykonawcy) do umowy ramowej od kryteriów udzielania zamówień jednostkowych na podstawie wielostronnej umowy finalnej. Podobnie w zakresie istotnych postanowień umowy (art. 36 ust. 1 pkt 1 b Pzp) rozróżniać trzeba dyspozycje umowy ramowej wskazujące na warunki udzielania i wykonywania zamówień jednostkowych od stałych postanowień umów na te zamówienia (praktykuje się dwa odrębne formularze).

Regułą jest umowa ramowa wielostronna, natomiast umowę z jednym wykonawcą (dwustronną) dopuszcza się wyjątkowo, gdy z przyczyn technicznych lub organizacyjnych jej zawarcie z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne. W praktyce ograniczenie to uważa się za zasadne, zwłaszcza w sytuacji, w której nie jest wskazana zbyt częsta zmiana wykonawcy w zakresie realizacji poszczególnych zamówień jednostkowych, np. co do powtarzalnych usług serwisowych lub ochroniarskich albo w odniesieniu do dostaw specjalistycznego sprzętu. Postępowanie zmierzające do zawarcia wielostronnej umowy ramowej przy znikomym zainteresowaniu może ostatecznie zakończyć się umową z jednym wykonawcą. Zamawiający powinien określić

⁷ Por. w tym zakresie J. Nowacki: *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 148 i n.

warunki proceduralne udzielania zamówień jednostkowych. Stosownie do art. 101 ust. 1 Pzp zamawiający w oparciu o dwustronną umowę ramową może udzielać zamówień realizacyjnych jednemu wykonawcy na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej, w drodze odpowiedniego stosowania art. 68 ust. 1 Pzp, a zatem w trybie negocjacji uruchamianych każdorazowo na podstawie zaproszenia zawierającego niezbędne informacje, w tym istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy finalnej (wstępny projekt umowy). Jeśli zaś umowa ramowa ma charakter wielostronny zamówień jednostkowych udziela jej sygnatariuszom w trybie wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert przez nich złożonych na indywidualne zaproszenie zamawiającego, a więc w trybie przetargu ograniczonego. Potwierdza to zresztą sam ustawodawca nakazując odpowiednie stosowanie art. 60 ust. 2 Pzp co do o treści zaproszenia do składania ofert.

Przedmiotem umowy ramowej są jedynie same warunki zawierania i wykonywania umów jednostkowych, a nie bezpośrednio dostawy, usługi lub roboty budowlane. Pomimo że zamówienia są wielokrotne, przedmiot zobowiązań z nich wynikający jest stabilny (jeden i ten sam przedmiot) stąd nie może być on zmieniany. Ustawodawca używając wyraźnie liczby pojedynczej operuje bowiem „przedmiotem” zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej. W rezultacie odpowiednie zastosowanie przepisów art. 29–31 Pzp regulujących zasady opisu przedmiotu zamówienia, a także art. 32–35 Pzp o szacowaniu wartości łącznej zamówień częściowych nie nastręcza trudności. Nieco inaczej przedstawia się problem terminu wykonania zamówienia, którego bynajmniej nie można łączyć z harmonogramem udzielania zamówień jednostkowych (jest zbędny, gdy zostają uzależnione wprost od potrzeb zamawiającego) ani ze standardowym terminem realizacji tych zamówień (każdemu towarzyszyć może uzależniony od indywidualnych okoliczności odrębny termin), lecz z okresem obowiązywania umowy ramowej.

Zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą odbywa się na warunkach uprzednio wybranej oferty najkorzystniejszej, która rzutuje pośrednio także na warunki zamówień jednostkowych, zwłaszcza co do ceny (wynagrodzenia) należnej wykonawcy. Do podpisania umowy ramowej stosuje się odpowiednio art. 94 Pzp. Udzielanie zamówień jednostkowych nie odbywa się z wolnej ręki, lecz bezpośrednio na podstawie umowy ramowej (w trybie wycinkowych negocjacji, a nie całego postępowania w ujęciu art. 66 Pzp) na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej, pod rygorem nieważności umowy finalnej. Jeśli jedyny wykonawca uchyli się od negocjacji lub od podpisania umowy realizacyjnej, brak roszczenia sądowego o zawarcie umowy może zmusić zamawiającego do nawiązania transakcji z osobą trzecią. Nie pociąga to jednak automatycznego rozwiązania umowy ramowej.

Zawarcie wielostronnej umowy ramowej poprzedza się wyborem nie jednej, lecz kilku ofert, w liczbie uprzednio zastrzeżonej, a mianowicie tych, które otrzymały kolejno najwyższe oceny w ramach oceny wartościującej. Jeżeli którykolwiek z wybranych konkurentów uchyli się od zawarcia umowy ramowej – dopuszcza się kolejnego spośród pozostałych wykonawców (art. 94 ust. 2 Pzp). W rezultacie umowa ramowa nie wiąże jednakowo poszczególnych wykonawców-sygnatariuszy. W zakresie postanowień objętych kryteriami oceny ofert, zwłaszcza co do wysokości ceny jednostkowej, każdy z nich jest związany odrębnie według oferowanych warunków, mimo że umowa ramowa jest jedna – wielostronna. Dlatego późniejsza oferta składana przez każdego z nich na zamówienie jednostkowe nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej (art. 101 ust. 3 Pzp) pod rygorem odrzucenia z uwagi na sprzeczność z ustawą. W szczególności cena zaproponowana wstępnie przez każdego sygnatariuszy umowy ramowej nabiera charakteru ceny maksymalnej.

Udzielenie zamówienia jednostkowego następuje w trybie przetargu ograniczonego. Zamawiający zaprasza wszystkich sygnatariuszy umowy ramowej do składania ofert, informując o miejscu i terminie ich składania oraz otwarcia, ewentualnym obowiązku wniesienia wadium, a także terminie związania ofertą. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Wraz z zaproszeniem przekazuje specyfikację istotnych warunków udzielanego zamówienia jednostkowego. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej na zamówienie jednostkowe następuje według dyspozycji art. 92 Pzp. Sygnatariusze umowy ramowej nie mają obowiązku składania ofert, ponieważ nie są obciążeni jakimkolwiek obowiązkiem kontraktowania. Żądanie od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w art. 26 Pzp, zostało wyłączone przez art. 101 ust. 4 Pzp. Stanowi to konsekwencję braku wstępnej kwalifikacji wykonawców z możliwością wyłączeń. Jeśli jednak in casu ujawnią się przeszkody w ubieganiu się o zamówienie jednostkowe w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców, powinien być on pominięty przy zapraszaniu do składania ofert. W razie zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jednostkowego podlega unieważnieniu.

Umowa ramowa wygasa z upływem zastrzeżonego okresu, ponieważ kreuje trwałą więź prawną. Zgodnie z ogólną zasadą, jako umowa terminowa, a także w imię ochrony interesu publicznego, nie może być ona przedwcześnie rozwiązana za zgodnym porozumieniem stron ani w drodze jednostronnego wypowiedzenia (zastrzeżenia przeciwne są nieważne). Tylko wyjątkowo przy odpowiednim zastosowaniu art. 145 Pzp dopuścić można jej rozwiązanie w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że jej dalsze obowiązywanie koliduje z interesem publicznym. To samo dotyczy innych przypadków wypowiedzenia umowy na podstawie upoważnienia ustawowego.

2. Konkurs

Konkurs jest otwartą procedurą związaną z przyrzczeniem publicznym nagrody za najlepsze dzieło (art. 110 Pzp w zw. z art. 921 kc). W zamówieniach publicznych odpada praktykowany w obrocie powszechnym konkurs na najlepszą czynność lub dorobek osobisty. W zasadzie konkursu nie uznaje się za sposób udzielenia zamówienia publicznego, ponieważ nie zmierza on bezpośrednio do zawarcia umowy. Na ogół stanowi jedynie etap selekcyjny, zapewniający wyłonienie najlepszego wykonawcy, któremu następnie można udzielić zamówienia z wolnej ręki na szczegółowe rozwinięcie nagrodzonej pracy (art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp) albo kilku wiarygodnych wykonawców, z którymi można przeprowadzić negocjacje, a po ich wyczerpaniu udzielić jednemu z wykonawców zamówienia na szczegółowe opracowanie dzieła (art. 62 ust. 1 pkt 2 Pzp). Jednakże konkurs z przyrzczeniem nagrody pieniężnej lub rzeczowej za wykonanie i przeniesienie praw do wybranej pracy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej prowadzi jednak do ostatecznego nabycia świadczenia w trybie umownym (art. 111 ust. 1 pkt 1 Pzp). Przedmiotem konkursu w sferze zamówień publicznych może być wyłącznie opracowanie dzieła autorskiego. Z chwilą rozstrzygnięcia konkursu zamawiający-organizator nabywa prawa do nagrodzonej pracy, zwłaszcza z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego lub architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Tradycyjnie konkurs na koncepcję architektoniczno-budowlaną stwarza zamawiającemu dogodną pozycję przy poszukiwaniu oryginalnych rozwiązań projektowych, w rozsądnym czasie, z zachowaniem stosunkowo niskich kosztów. Rywalizacja konkursowa w naturalny sposób pobudza pomysłowość, wymusza optymalizację projektowanych rozwiązań, a nawet racjonalizację nakładów na planowane przedsięwzięcie inwestycyjne, zapewniając wybór najlepszej koncepcji projektowej,

a w dalszej perspektywie profesjonalnie wykonanego projektu, przystającego do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Zwalnianiu zamawiającego od trudności koncepcyjnych i innych niedogodności biurokratycznych. Alternatywna procedura przetargowego zamawiania prac projektowych, wymaga natomiast gruntownego przygotowania warunków, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiające sporządzenie porównywalnych ofert. W świetle polskiego prawa zamówień publicznych konkurs ma jednak charakter fakultatywny.

Organizatorem konkursu jest zamawiający. Przy odpowiednim zastosowaniu art. 15 ust. 2 Pzp może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania konkursowego osobie trzeciej, ale za przygotowanie i przeprowadzenie procedury odpowiada organ zarządzający zamawiającego (art. 112 Pzp). W szczególności sprawuje on nadzór nad przebiegiem konkursu według zgodności z ustawą i regulaminem. Podstawowe czynności weryfikacyjno-oceniające oraz rozstrzygnięcie konkursu należą jednak do sądu konkursowego, obligatoryjnie powoływanego przez jednostkę zamawiającą.

Sąd konkursowy to co najmniej 3-osobowy zespół pomocniczy, powoływany do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych (art. 113 Pzp). W szczególności sporządza informacje o każdej z prac, przygotowuje uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, a także występuje z ewentualnym wnioskiem o nieważnienie konkursu. W zakresie swoich kompetencji jest niezależny. Tryb pracy sądu konkursowego określa zamawiający⁸. Członkami sądu konkursowego mogą być wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje i predyspozycje umożliwiające rzetelną ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym, że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu (w tym jego przewodniczący) powinno posiadać wymagane uprawnienia. Członek sądu konkursowego podlega wyłączeniu z powierzonej funkcji (na zasadzie odpowiedniego stosowania art. 17 Pzp), zwłaszcza jeśli wyjdzie na jaw, że pozostaje z którymkolwiek z konkurentów w takim stosunku, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Z tego lub innych powodów zmiany w składzie sądu konkursowego są zatem dopuszczalne, wymuszają jednak konieczność powtórzenia czynności weryfikacyjno-oceniających z udziałem nowego składu.

Rodzaj nagrody przesądza w znacznym stopniu o formie konkursu. Konkurs stanowi samodzielną procedurę, jeśli przyrzeczono nagrodę pieniężną lub rzeczową. Jego cel ograniczony zostaje wtedy wyłącznie do nabycia praw do wybranej pracy, choć samo ich przejście wymaga dodatkowej umowy pisemnej (zob. dalej). Konkurs taki organizuje się zazwyczaj na drobne prace projektowe (pomniki, tablice pamięci, aranżacje wnętrz lub zieleni) albo artystyczne, które z uwagi na niewielki zakres nadają się do finalnego przygotowania w czasie trwania konkursu. Podstawowym typem konkursu jest jednak postępowanie na wyłonienie pracy koncepcyjnej z nagrodą w postaci zaproszenia zwycięskiego konkurenta do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest szczegółowe opracowanie (rozwińnięcie) pracy konkursowej⁹. Wyjątkowo organizowany konkurs z nagrodą w postaci zaproszenia do negocjacji co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych praktykuje się zazwyczaj przy projektowaniu większych przedsięwzięć inwestycyjnych. W ramach konkursu składane są prace koncepcyjne, a zwycięski konkurent otrzymuje zamówienie na ostateczne rozwinięcie swojej koncepcji.

⁸ Por. A. Sołtysińska: Europejskie prawo...op. cit., s. 479 i n.

⁹ Więcej o tym G. Wicik (w): Prawo zamówień publicznych – Komentarz, Warszawa 2007, s. 542 i n.

Wartość nagród przesądza o wartości konkursu. W wypadku konkursu z nagrodą pieniężną lub rzeczową wartość ta nie powinna przekraczać wartości praw majątkowych do zwycięskiej pracy. Jakkolwiek nagrody dodatkowe o charakterze materialnym są wykluczone. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia oraz wartość ewentualnych nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody.

Każdy z konkursów może być organizowany jako jednoetapowy lub dwuetapowy. W konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie (art. 117 Pzp).

Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (art. 121 Pzp). Jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi z uprawnieniami. Uczestnicy konkursu mogą też wspólnie ubiegać się o nagrodę konkursową.

Ogłoszenie o konkursie zamawiający publikuje w BZP, a jeżeli wartość konkursu sięga europejskiego progu kwotowego - przekazuje ogłoszenie Urzędowi Publikacji UE. Ponadto zamieszcza je w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W ogłoszeniu określa się co najmniej przedmiot konkursu, wymagania stawiane konkurentom, kryteria oceny prac konkursowych wraz z ich znaczeniem, termin składania prac konkursowych, rodzaj i wysokość nagród oraz sposób uzyskania regulaminu konkursu.

Warunki konkursu wynikają z regulaminu konkursu, ustalonego z góry przez zamawiającego. W przeważającej mierze spełniają one znamiona oświadczenia woli. Zgodnie z art. 116 Pzp wyznaczają one wymagania i tok konkursu (warunki proceduralne), a także rodzaj i wysokość nagród oraz postanowienia dotyczące przejścia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy (warunki merytoryczne). Zamawiający udostępnia każdemu zainteresowanemu regulamin konkursu w ciągu 5 dni od dnia zgłoszenia wniosku, w formie pisemnej, faksem lub elektronicznie. Obok danych identyfikacyjnych zamawiającego oraz składu sądu konkursowego w warunkach konkursu określa się w szczególności: formę konkursu, opis jego przedmiotu, maksymalny łączny koszt przedsięwzięcia realizowanego na podstawie pracy konkursowej, zakres zamówienia udzielonego w trybie negocjacji pokonkursowych, wymagania stawiane wykonawcom i sposób ich udokumentowania, miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej, miejsce i termin składania prac, kryteria oceny prac konkursowych wraz z ich znaczeniem, rodzaj i wysokość nagród, termin spełnienia nagrody, postanowienia dotyczące przejścia autorskich praw majątkowych wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacyjnych wybranej pracy, a także istotne postanowienia umowy finalnej o zamówienie publiczne, sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu, sposób udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu, porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych (jednakowo zryczałtowanych), jeśli zamawiający przewiduje ich zwrot, a także pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu.

Forma konkursu to jego kształt prawny wynikający z zastosowania in casu wariantów konstrukcyjnych postępowania, zwłaszcza z punktu widzenia rodzaju nagrody, wielości etapów, ograniczeń podmiotowych itd.

Szczegółowy opis przedmiotu konkursu jest konieczny dla powstania prac konkursowych porównywalnych i spełniających oczekiwania zamawiającego-organizatora. W odniesieniu do koncepcji architektoniczno-budowlanej niezbędny jest opis potrzeb i wymagań inwestycyjnych zamawiającego wraz z uwarunkowaniami przestrzennymi, najlepiej w formie programu funkcjonalno-użytkowego.

Określenie maksymalnego planowanego łącznego kosztu przedsięwzięcia, jakie ma być realizowane na podstawie pracy konkursowej, jest związane z planowaniem finansowym. Limit kosztów rzutuje bezpośrednio na rozwiązania koncepcyjne, a także na późniejsze rozwinięte projektowanie wykonawcze. W szczególności projektowane rozmiary, funkcje, technologia wykonania, rozwiązania materiałowe i wyposażenie obiektu budowlanego zależą od możliwości finansowych zamawiającego-organizatora.

Do warunków wymaganych od konkurentów stosuje się odpowiednio art. 22 Pzp. Oznacza to, że liczą się tu zwłaszcza uprawnienia zawodowe do opracowania dzieła konkursowego (jeśli tak wynika z przepisów odrębnych), niezbędna wiedza i doświadczenie w określonym zakresie projektowania, dostateczny potencjał techniczny oraz kadrowy, zadowalająca sytuacja ekonomiczna i finansowa umożliwiająca prawidłowe wykonanie zamówienia oraz brak podstaw do wykluczenia, z uwagi na okoliczności negatywne wskazane w art. 24 Pzp. Potwierdzenie tych wymagań odbywa się przez dołączenie do wniosku pisemnego oświadczenia oraz takich dokumentów, jakich żąda organizator, pod rygorem niedopuszczenia do konkursu.

Kryteria oceny prac konkursowych to mierniki obiektywne lub co najmniej zobiektywizowane, związane bezpośrednio z interesami zamawiającego, pozwalające na wybór najlepszego dzieła odpowiadającego jego potrzebom i wymaganiom. Kryteria powinny być zorientowane na walory merytoryczne prac konkursowych, a nie na objęte warunkami dopuszczającymi wymagania dotyczące zakresu i formy opracowania dzieła. W odniesieniu do koncepcji architektoniczno-budowlanej liczą się przede wszystkim: oryginalna forma architektoniczna planowanego obiektu, jego funkcjonalność, trwałość, polepszenie technologii wykonania oraz pomniejszenie szacunkowych kosztów przedsięwzięcia.

Przejęcie na zamawiającego autorskich praw majątkowych do wybranej pracy konkursowej w świetle art. 41 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁰ wymaga stosownej umowy pisemnej. Brak jest bowiem dostatecznej podstawy do konstruowania przejścia ex lege, w związku ze spełnieniem nagrody konkursowej. Dlatego zamawiający z góry musi wskazać dostatecznie sprawny mechanizm zapewniający przejście praw w ramach dodatkowego stosunku umownego¹¹. Jak się zdaje, najlepszym rozwiązaniem praktycznym jest wymóg, aby każdy z konkurentów przedkładający pracę konkursową od razu składał na piśmie oświadczenie woli o przeniesienie praw

¹⁰ Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.

¹¹ Por. zwłaszcza F. Longchamps de Berier: Zobowiązania (w oprac. J. Górskiego), Poznań 1948, s. 207, K. Zawada: Przyrzeczenie publiczne w polskim prawie cywilnym, Kraków 1987, s. 206 i n oraz R. Szostak: Charakter prawny konkursu na dzieło projektowe w zamówieniach publicznych, „Państwo i Prawo” 2004, nr 6, s. 74. Odmienne jednak J. Gudowski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2007, s. 860, powołujący się na wyrok SN z 1 czerwca 1978 r. (IV PR-114/78), OSNC 1979, nr 1, poz. 13.

autorskich (wynalazczych) z nią związanych na zamawiającego, natomiast oświadczenie woli zamawiającego o przyjęciu tych praw zapada tradycyjnie wraz z rozstrzygnięciem konkursu. Nabycie praw do pozostałych prac konkursowych (nienagrodzonych) odpada, stąd podlegają zwrotowi. Wyjątkowo jednak, zwłaszcza gdy zamawiający zamierza urządzić wystawę pokonkursową, niezbędne są prawa do (wystawienia) każdej z prac dopuszczonych do wartościującej oceny. Autorskie prawa majątkowe do wybranej pracy konkursowej przechodzą nieodpłatnie, surogatem wynagrodzenia pozostaje bowiem wyłącznie sama nagroda. Poza tym konieczne jest wskazanie z góry w warunkach konkursu, a następnie indywidualizacja w oświadczeniu o przeniesieniu praw tzw. pól eksploatacji (wykorzystania) nagrodzonego dzieła, przede wszystkim w zakresie jego utrwalenia, zwielokrotniania, rozpowszechniania, a także praktycznego wdrażania w postaci corpus mechanicum.

Przebieg konkursu następuje trójfazowo. Najpierw w wyznaczonym w ogłoszeniu 7-dniowym terminie (21-dniowy przy konkursach większej wartości) zainteresowani reflektanci składają wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami. Organizator przeprowadza wstępną kwalifikację reflektantów, zapraszając do składania prac konkursowych tylko tych, którzy spełniają warunki określone w regulaminie konkursu, niespełniający warunków podlegają wykluczeniu (art. 120 Pzp). Potem uczestnicy konkursu – w z góry ustalonym terminie – składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych kosztach wykonania przedsięwzięcia realizowanego na podstawie pracy konkursowej. Organizator zapewnia, że do czasu rozstrzygnięcia konkursu niemożliwe jest zidentyfikowanie autorów poszczególnych prac. Następnie odbywa się wartościująca ocena prac i rozstrzygnięcie konkursu, po czym dokonuje się identyfikacji wszystkich prac konkursowych (art. 122 Pzp). Niezwłocznie po ustaleniu wyników zamawiający zawiadamia o nich konkurentów wraz z otrzymanymi ocenami. Z przebiegu prac sądu konkursowego sporządza się protokół.

Na ocenę prac konkursowych składa się weryfikacja formalna (ze względu na zakres rzeczowy lub formę opracowania albo inne wymagania dopuszczające możliwa jest dyskwalifikacja) oraz wartościująca ocena zaproponowanych rozwiązań, przeprowadzona zgodnie z góry zastrzeżonymi kryteriami, pozwalająca na wybór najlepszej pracy (prac)¹².

Rozstrzygnięcie konkursu wiąże jako oświadczenie woli wszystkich konkurentów. Przesądza bowiem nie tylko o wyborze pracy, lecz i o przyznaniu nagrody. Stanowczy charakter uzyskuje jednak dopiero po zatwierdzeniu przez zamawiającego. Ewentualne unieważnienie konkursu także należy do zamawiającego, choć może nastąpić na wniosek sądu konkursowego. Ustawa nie określa bliżej przesłanek dopuszczalnego unieważnienia konkursu. Niewątpliwie liczą się tu tylko okoliczności powodujące, że konkurs stał się bezprzedmiotowy (brak dostatecznego zainteresowania, dyskwalifikacja wszystkich prac), bądź wady postępowania rzutują bezpośrednio na jego wynik, zwłaszcza w postaci istotnego naruszenia prawa lub warunków konkursu przez sąd konkursowy. Rozstrzygnięcie konkursu podlega zaskarżeniu w trybie odwoławczym. Konsekwencją pozytywnego rozstrzygnięcia konkursu jest roszczenie o spełnienie nagrody w z góry zastrzeżonym terminie, które może być dochodzone na drodze sądowej. Publicznoprawnego obowiązku udzielenia zwycięskiemu konkurentowi zamówienia z wolnej ręki albo zaproszenia do negocjacji w trybie art. 62 ust. 1 pkt 2 Pzp nie można jednak utożsamiać z obowiązkiem zawarcia oznaczonej umowy (art. 64 kc). Pokrzywdzonemu pozostają zatem jedynie roszczenia odszkodowawcze.

¹² Więcej o tym R. Szostak: Charakter prawny konkursu ... op. cit., s. 70–71.

3. Dynamiczny system zakupów

Dynamiczny sposób dokonywania zakupów ma być jednym z rozwiązań proceduralnych ułatwiających bieżące zaopatrzenie jednostek sektora publicznego. Jako w pełni zautomatyzowany, elektroniczny proces przygotowania i udzielania wielokrotnych zamówień tego samego rodzaju, w dłuższym horyzoncie czasu, oparty na wykazie uprzednio zweryfikowanych pod względem wiarygodności dostawców towarów i usług powszechnie oferowanych na rynku, ma gwarantować szybkie i sprawne zawieranie transakcji. U jego podstaw legły korzyści dostrzeżone w dyrektywach europejskich w związku z elektronicznymi sposobami przygotowania transakcji, upowszechniającymi się ostatnio gwałtownie w obrocie powszechnym, którym towarzyszy nadzieja wykorzystania ich także do usprawnienia i poszerzenia handlowych możliwości wyboru kontrahenta w zamówieniach publicznych. Liczy się przede wszystkim znaczna oszczędność czasu i środków (obniżka cen) oraz wolność od zakłóceń wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach nasilonej konkurencji.

Procedura udzielenia zamówienia jednostkowego w ramach tego szczególnego sposobu kontraktowania w znacznym stopniu opiera się na konstrukcji przetargu ograniczonego, z udziałem uprzednio zweryfikowanych konkurentów, indywidualnie zapraszanych przez zamawiającego. Dopuszczany w przeszłości tego rodzaju przetarg został jednak ostatecznie zepchnięty na margines zamówień publicznych (vide: przedwojenny przetarg ustny lub praktykowane aktualnie tzw. zapytanie o cenę), ze względu na łatwe możliwości jego nadużywania, niebezpieczeństwo faworyzowania wybranych wykonawców oraz zagrożenia korupcyjne z wykorzystaniem tendencyjnego kształtowania kręgu zapraszanych wykonawców. Groźbę nadużycia procedury ograniczonej można radykalnie wyeliminować poprzez wprowadzenie – na wzór europejski – obowiązku publikacji ogłoszenia, połączonego z powinnością przeprowadzenia wstępnej kwalifikacji konkurentów. W odniesieniu do dynamicznego sposobu dokonywania zakupów dodatkowym elementem zwiększającym przejrzystość i ogólne bezpieczeństwo transakcji ma być jego wyłączna dopuszczalność w sferze zamówień na dobra powszechnie oferowane na rynku, o ustalonych standardach. Zastosowanie dynamicznego sposobu dokonywania zakupów w dotychczasowej praktyce okazało się jednak bardzo znikome (vide sprawozdania z funkcjonowania zamówień sporządzane w ostatnich latach przez UZP). Z jednej bowiem strony rozwiązania szczególnie z natury spotykają się z ograniczonym zainteresowaniem, a z drugiej – w polskich warunkach elektroniczna zamawianie publicznych znajduje się ciągle w swoim początkowym stadium rozwoju.

Obligacyjne związanie stron w ramach powyższego sposobu kontraktowania wynika z wielostronnego porozumienia przedkontraktowego¹³, zawartego w formie elektronicznej, określającego warunki powtarzalnego przetargu ograniczonego, organizowanego na miarę bieżących potrzeb zamawiającego z udziałem uprzednio zakwalifikowanych (zarejestrowanych) konkurentów¹⁴. Bez porozumienia cywilnoprawnego nie może być mowy o wiążącej technice kontraktowania, o jakichkolwiek powinnościach przedkontraktowych, ani tym bardziej o odpowiedzialności za ich naruszenie. Komputerowa rejestracja oświadczeń woli i zawiadomień zastępuje pisemne akty przygotowawcze. Według art. 102 Pzp zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać

¹³ O rozmaitych porozumieniach przedkontraktowych zob. zwłaszcza J. Rajska: *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2000, s. 112, Z. Radwański: *System ... op. cit.*, s. 354, P. Machnikowski: *Zmiany przepisów kc o zawieraniu umów w trybie ofertowym i rokowańowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 1, s. 12 oraz R. Szostak: *Charakter prawny porozumień ... op. cit.*, s. 51.

¹⁴ Por. R. Szostak: *Udzielanie zamówień publicznych w trybie powtarzalnego przetargu elektronicznego - dynamiczny sposób dokonywania zakupów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 27 a także P. Wiśniewski (w.): *Prawo zamówień publicznych – Komentarz*, Warszawa 2007, s. 527 i n.

zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy normujące tryb przetargowy. Ten szczególny sposób kontraktowania ustanawia się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego dopuszcza się wyjątkowo dłuższy okres. Zamawiający zawiadamia wtedy jednak Prezesa UZP (w terminie 3 dni), który może uruchomić kontrolę administracyjną. Realne jest bowiem niebezpieczeństwo nadużycia powyższego sposobu kontraktowania, zwłaszcza do celowego ograniczenia konkurencji. Żadna bowiem przedkontraktowa więź prawna nie może zmierzać do wyłączenia, ograniczania lub choćby tylko zakłócania uczciwej konkurencji (art. 33 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE)¹⁵.

W związku z wyłącznością drogi elektronicznej zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną. Oferty finalne powinny być jednak składane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznym (art. 103 ust. 2 Pzp). Zapewnienie powyższych wymagań zmusza zamawiającego do zainstalowania wyspecjalizowanego, wielofunkcyjnego oprogramowania, umożliwiającego automatyczną kwalifikację i rejestrację konkurentów, odpowiedni sposób zapraszania do konkurencji, a także szybką i rzetelną obsługę przetargów na pojedyncze transakcje.

Ogłoszenie o ustanowieniu dynamicznego sposobu dokonywania zakupów zamieszcza się w BZP lub przekazuje Urzędowi Publikacji UE, a także zamieszcza na stronie internetowej. Od dnia ogłoszenia udostępnia się też (za pośrednictwem strony internetowej) specyfikację istotnych warunków dynamicznego sposobu dokonywania zakupów, odpowiadającą ogólnym wymaganiom z art. 36 Pzp, wraz z warunkami dodatkowymi, o których mowa w art. 104 Pzp. W ramach oznaczenia „trybu udzielenia zamówienia” konieczne jest wskazanie na przygotowawczy charakter postępowania, a także na istotę dynamicznego sposobu kontraktowania. Opis przedmiotu zamówienia wielokrotnego powinien odpowiadać wymogom z art. 29–31 Pzp. Wprawdzie nie musi to być przedmiot jednorodny, ale kontraktowanie świadczeń różnych rodzajów w dłuższym horyzoncie czasowym zagraża uczciwej konkurencji. Całkowite ilościowe ujęcie zamawianego przedmiotu jest niezbędne, choć brak podstaw do tego, aby wymagać ustalenia z góry ilości przedmiotu przypadającego na poszczególne zamówienia jednostkowe. Niezbędne jest też określenie sposobu obliczenia ceny ofertowej, a także kryteriów oceny ofert składanych na zamówienia jednostkowe (oferty wstępne nie są porównywane).

Szczególny charakter procedury wymaga zachowania kilku nietypowych warunków¹⁶. Po pierwsze, konieczne jest wskazanie czasu trwania dynamicznego sposobu dokonywania zakupów, a także przewidywanych terminów udzielania zamówień jednostkowych. Terminy ich realizacji mogą być wyznaczane później, na bieżąco, w związku z ich udzielaniem. Po drugie, doniosłe znaczenie ma ustalenie podmiotowych warunków udziału w dynamicznym systemie zakupów. Powinny być one przestrzegane przez cały okres jego obowiązywania, ponieważ są to zarazem warunki ubiegania się o poszczególne zamówienia jednostkowe. Po trzecie, odrębnie trzeba określić wymagania co do tzw. ofert orientacyjnych, przesądzających o przystąpieniu do wielostronnego porozumienia proceduralnego, które należy odróżnić od wymagań dotyczących ofert składanych w późniejszym czasie na zamówienia jednostkowe. Pierwsze mogą być składane przez kolejnych reflektantów, przez cały okres trwania systemu, natomiast odpowiedni termin składania ofert finalnych na zamówienie jednostkowe wyznacza się dopiero w zaproszeniu do ubiegania się o jego udzielenie (art. 108 Pzp). Po czwarte, w ramach warunków dopuszczenia do analizowanego porozumienia wykluczona się

¹⁵ Por. też A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...* op. cit., s. 228.

¹⁶ Por. też R. Szostak: *Udzielanie zamówień...* op. cit., s. 30 i n. oraz A. Sołtysińska: *Europejskie prawo...* op. cit. s. 277 i n.

możliwość składania ofert częściowych bądź wariantowych, a także wadium. Odpada też sformalizowany tryb otwarcia ofert. Po piąte, doniosłe znaczenie praktyczne ma wskazanie wymagań technicznych dotyczących urządzeń teleinformatycznych i towarzyszącego im oprogramowania.

Warunki zamówienia wielokrotnego powinny być dostępne na stronie internetowej zamawiającego przez cały okres obowiązywania dynamicznego sposobu dokonywania zakupów, ponieważ w każdym czasie mogą przystąpić do niego kolejni wykonawcy. Przed udzieleniem zamówienia jednostkowego zamawiający może jednak zmodyfikować ich treść w granicach art. 106 ust. 3 Pzp, o czym powinien poinformować niezwłocznie wszystkich sygnatariuszy porozumienia.

Zainteresowani wykonawcy składają oferty wstępne zwane orientacyjnymi w celu dopuszczenia ich do udziału w przetargowo-elektronicznym sposobie udzielania zamówień. Wraz z tego rodzaju ofertą każdy z reflektantów przedkłada oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uczestnictwa - także te dokumenty. Przed każdorazowym udzieleniem zamówienia jednostkowego zamawiający powtarza wezwanie do konkurencji, zamieszczając na swojej stronie internetowej oraz w BZP uproszczone ogłoszenie informacyjne (art. 106 ust.1 Pzp.). Ma to na celu zainteresowanie kolejnych wykonawców przystąpieniem do funkcjonującego już porozumienia. Zgodnie z art. 105 ust. 3 Pzp oferta orientacyjna może być w każdym czasie uaktualniona, co oznacza możliwość skorygowania oferowanych propozycji w celu dostosowania do zmieniających się warunków rynkowych. Inaczej niż w typowym przetargu, oferty orientacyjne nie są jednak porównywane. Każdego zainteresowanego zamawiający indywidualnie informuje o dopuszczeniu do dynamicznego sposobu dokonywania zakupów albo o odmowie dopuszczenia. Ustala się elektroniczny wykaz wykonawców zainteresowanych przewidywanymi zamówieniami jednostkowymi.

Oferta wstępna zawiera w istocie dwa oświadczenia woli. Pierwszoplanowe znaczenie ma oświadczenie zmierzające do adhezyjnej akceptacji warunków elektronicznego-przetargowego postępowania (noszące cechy zgłoszenia), na dalszym planie zaś występuje oświadczenie kreujące wstępną propozycję warunków umowy o jednostkowe zamówienia publiczne¹⁷. Oba oświadczenia stanowią składniki wielostronnego porozumienia proceduralnego. Oświadczenie proponujące warunki umowy finalnej rzeczywiście stanowi długoterminowo wiążącą ofertą wstępną, ale nie podlegającą przyjęciu przez zamawiającego, stąd dopuszcza się jej późniejszą zmianę. Relacja tego rodzaju oferty wstępnej do oferty (ostatecznej) opiera się na działaniu warunku prawnego (*conditio iuris*), a mianowicie oferta złożona przez dostawcę (wykonawcę) na zamówienie jednostkowe nie może być gorsza od jego wstępnej propozycji, w przeciwnym wypadku podlega ona odrzuceniu. W szczególności cena jednostkowa zaproponowana w ofercie wstępnej to cena maksymalna. Brak bowiem podstaw do odmiennego wniosku, zwłaszcza takiego, że w razie niedopuszczalnej różnicy pomiędzy ofertą wstępną a ofertą ostateczną na niekorzyść zamawiającego - pierwszeństwo miałyby postanowienia wstępnej propozycji. W konsekwencji oświadczenie wyrażające tzw. ofertę orientacyjną nie jest jeszcze stanowczą propozycją objęcia zamówienia, lecz odzwierciedla jedynie (niekompletne zresztą) warunki tego zamówienia wraz z dodatkowymi propozycjami kreowanymi z woli konkurenta.

Przedkontraktowe porozumienie w sprawie dynamicznego sposobu dokonywania zakupów wiąże zamawiającego co najmniej w zakresie trzech powinności. Jak się zdaje nie może on udzielać zamówień nim objętych innym osobom (trzecim), z pominięciem sygnatariuszy porozumienia, pod rygorem odszkodowania, chyba że wyjątkowo uprzednio rozpisany przetarg został unieważniony wskutek

¹⁷ Tamże, s. 31.

nadzwyczajnych okoliczności wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp. Dlatego ma obowiązek każdorazowego zapraszania wszystkich zakwalifikowanych (według elektronicznego wykazu) konkurentów do udziału w przetargu na zamówienie jednostkowe. Nie ma wszakże żadnych podstaw do utożsamiania tej powinności z obowiązkiem właściwym dla umowy przedwstępnej, z uwagi na odmienny przedmiot więzy obligacyjnej. Chodzi bowiem wyłącznie o powinność samego „przystąpienia do kontraktowania”, a nie o obowiązek zawarcia oznaczonej (co do treści) umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej. Zamawiający-organizator musi też przestrzegać deklarowanych reguł postępowania, zwłaszcza w zakresie oceny ofert przetargowych i rzetelnego wyboru oferty najkorzystniejszej, zmierzającego do indywidualizacji drugiej strony kontraktu o zamówienie jednostkowe.

Porozumienie powyższe generuje wielostronną więź prawną o charakterze ciągłym. Zawierane jest bowiem na czas oznaczony (do 4 lat), w którym utrzymuje się podstawowa powinność kontraktowania według z góry ustalonych warunków (sposobu) i realizowane są związane z nią czynności proceduralne. Wygasa samoczynnie z upływem przewidzianego okresu. Dlatego zamawiający-organizator nie może popadać w bezczynność, zaprzestając udzielania zamówień jednostkowych. Analogicznie jak w przypadku umowy ramowej przedwczesne rozwiązanie tego rodzaju porozumienia jest w zasadzie wykluczone (zawarte na czas oznaczony), a jego wyjątkowe wypowiedzenie wymaga podstawy ustawowej.

Zamawiający zaprasza wszystkich konkurentów objętych elektronicznym wykazem do składania ofert na zamówienie jednostkowe, niezwłocznie po zakończeniu dodatkowej rekrutacji (oceny dalszych ofert orientacyjnych), wyznaczając termin z uwzględnieniem czasu niezbędnego na prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty (art. 108 Pzp). Złożone na przetarg jednostkowy oferty w postaci elektronicznej otwiera się w jednakowym czasie, bez podawania kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 Pzp jest wyłączony).

Ocena ofert złożonych na zamówienie jednostkowe jest dwufazowa. Weryfikacja każdej z nich obejmuje przede wszystkim sprawdzenie zgodności z uprzednio złożoną ofertą wstępną, pod rygorem odrzucenia. W ramach oceny wartościującej stosuje się wyłącznie kryteria z góry zastrzeżone.

O wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a także zamieszcza stosowną informację na własnej stronie internetowej. Jednakże w razie wystąpienia okoliczności z art. 93 ust. 1 Pzp przetarg na zamówienie jednostkowe podlega unieważnieniu. Umowę finalną o zamówienie jednostkowe zawiera się na zasadach ogólnych (art. 94 Pzp).

§ 15. ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

1. Zagadnienia podstawowe

Zasady udzielania zamówień sektorowych zostały uregulowane w rozdziale 5 ustawy Pzp i mają w swoim zamierzeniu tworzyć system zamówień sektorowych jako odrębny reżim udzielania zamówień. Rynek zamówień publicznych w UE można generalnie podzielić na rynek zamówień klasycznych – udzielanych przez podmioty sektora finansów publicznych lub inne związane z państwem i wykonujące zadania publiczne, rynek zamówień sektorowych – udzielanych przez podmioty działające w sektorze energetycznym, wodnym, transportu i usług pocztowych oraz rynek zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zamówienia sektorowe mają na tyle odrębną specyfikę, że od samego początku były regulowane przez instytucje UE w odrębnym akcie prawnym.

Rynek zamówień sektorowych jest regulowany obecnie przez Dyrektywę 2004/17/WE Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 31 marca 2004 roku koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 roku, s. 1 i następane). System zamówień sektorowych opiera się na odmiennych założeniach systemowych, a jego odrębność wynika z odmienności całokształtu otoczenia prawnego, w jakim funkcjonują zamawiający sektorowi. W przypadku zamawiających klasycznych uzasadnieniem dla obowiązku udzielania zamówień publicznych jest potrzeba efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz po części umożliwienie wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu do osiągnięcia określonych celów społecznych. Natomiast uzasadnieniem dla regulacji zakupów dokonywanych w wymienionych sektorach gospodarki jest specyfika rynku wodnego, energetyki, transportu i usług pocztowych. Po pierwsze są to rynki, na których nie panuje konkurencja albo jest ona w znacznym stopniu ograniczona, co wynika często ze szczególnej pozycji zajmowanej przez zamawiających, którzy wykorzystują szczególne uprawnienia uzyskane od państwa, co oznacza, że ich dominująca pozycja na rynku nie jest wynikiem działalności gospodarczej lecz arbitralnej decyzji państwa. Brak konkurencji jest również spowodowany szczególną formą prowadzenia działalności – przy wykorzystaniu sieci lub obszaru geograficznego. Wyłączny dostęp do sieci lub określonego obszaru geograficznego uniemożliwia innym podmiotom prowadzenie działalności w wymienionych sektorach gospodarki. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że sposób prowadzenia działalności jest niezwykle istotny z punktu widzenia określenia kręgu podmiotów obowiązanych do udzielania zamówień sektorowych – jeśli dany podmiot prowadzi działalność w sektorze energetycznym, lecz dostarcza gaz nie poprzez sieć, ale w butlach lub działa w sektorze wodnym, lecz dostarcza wodę lub odbiera ścieki w inny sposób niż z wykorzystaniem sieci nie będzie obowiązany do udzielania zamówień sektorowych.

Jednym z celów prawa unijnego jest zagwarantowanie realnego otwarcia rynków dla swobodnego przepływu osób, towarów, usług i przedsiębiorczości. Rozwój konkurencji w poszczególnych sektorach spowoduje uzyskanie zwolnienia od obowiązku udzielania zamówień sektorowych, a w przyszłości może doprowadzić do wyłączenia danego sektora w ogóle spod regulacji dyrektywy tak jak to się stało z sektorem telekomunikacji, który przed 2004 rokiem był objęty obowiązkiem udzielania zamówień sektorowych, lecz z uwagi na znaczny rozwój konkurencji odpadła podstawa do nakładania takich obowiązków na podmioty działające w wymienionym sektorze.

Regulacje reżimu zamówień sektorowych z dyrektywy 2004/17 są znacznie bardziej liberalne niż w przypadku zamówień klasycznych – zamawiający mają do wyboru więcej trybów podstawowych i większą swobodę w określaniu warunków podmiotowych i dokumentów potwierdzających zdolność do realizacji zamówienia. Zamawiający mogą nawet wprowadzać własne systemy kwalifikacji. Takie podejście jest związane z faktem, że wśród zamawiających sektorowych są również przedsiębiorstwa prywatne, które jedyną więź z państwem zachowały wskutek uzyskania praw szczególnych lub wyłącznych.

Zakres podmiotowy dyrektywy 2004/17/WE jest znacznie szerszy niż to przewiduje ustawa Pzp, ponieważ zezwala na udzielenie zamówień sektorowych wszystkim zamawiającym klasycznym, jeśli prowadzą działalność sektorową i zamówienie jest udzielane w celu jej wykonywania. Ustawodawca polski przesądził jednak, że ze znacznie liberalniejszego systemu mogą skorzystać obok zamawiających „typowo” sektorowych z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tylko tzw. podmioty prawa publicznego, zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, pozostające pod określonym wpływem jednostek sektora finansów publicznych lub innych jednostek nieposiadających osobowości prawnej. Dodatkowo zamówień sektorowych mogą udzielać związki zamawiających wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Sektorowy reżim udzielania zamówień publicznych nie może być stosowany przez innych zamawiających klasycznych niż podmioty prawa publicznego i ich związki, choćby nawet prowadzili działalność sektorową.

Jak wyżej wspomniano – obok podmiotu prawa publicznego lub ich związków – zamówienia sektorowe są udzielane przez zamawiających „typowo” sektorowych, którzy zostali określani w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako:

- a) podmioty wykonujące działalność sektorową na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (niezależnie od ich statusu formalnoprawnego), albo
- b) tzw. przedsiębiorstwa publiczne, czyli podmioty wykonujące działalność sektorową i pozostające w zależności od innych zamawiających klasycznych lub od jednego takiego zamawiającego, co przybiera postać dominującego wpływu bezpośredniego lub pośredniego przez inny podmiot, w szczególności poprzez:
 - finansowanie w ponad 50%, lub
 - posiadanie ponad połowy udziałów lub akcji, lub
 - posiadanie ponad połowy głosów wynikających z udziałów lub akcji, lub
 - sprawowanie nadzoru nad organem zarządzającym, lub
 - dysponowanie prawem do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

Pojęcie „finansowania” zostało zdefiniowane przez TSUE w wyrokach z dnia 3 października 2000 roku w sprawie C-380/98, *University of Cambridge* i z dnia 13 grudnia 2007 roku w sprawie C-337/06, *GEWA* jako przekazanie środków bez ekwiwalentu w postaci wzajemnego świadczenia ze strony zamawiającego sektorowego.

Definicja przedsiębiorstwa publicznego powinna być interpretowana w nawiązaniu do unijnej wykładni art. 2 dyrektywy 2004/17 i art. 106 TFUE. Przedsiębiorstwem może być każda jednostka, która prowadzi działalność gospodarczą, niezależnie od tego, w jakiej formie prawnej funkcjonuje – czy jest nastawiona na osiąganie zysków, czy też nie. W świetle prawa unijnego dla uznania danej jednostki za przedsiębiorstwo nie ma również znaczenia sposób jej finansowania oraz rodzaj statusu przyznanego jej przez przepisy prawa krajowego. Dla uznania danej jednostki za przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa unijnego nie ma znaczenia jego klasyfikacja w systemie krajowego prawa gospodarczego czy podatkowego. Wyznacznikiem jest jedynie zaangażowanie w jakąkolwiek działalność o charakterze ekonomicznym. Fakt, że organizacja nie kieruje się chęcią osiągnięcia zysku lub nie została utworzona w celu prowadzenia działalności gospodarczej nie ma znaczenia, jeśli w rzeczywistości prowadzi jakąkolwiek komercyjną lub ekonomiczną działalność. Przedsiębiorstwami publicznymi w rozumieniu art. 106 TFUE są natomiast przedsiębiorstwa zależne od organów władzy publicznej w związku z przysługującym tym drugim prawem własności, udziałem finansowym lub sposobem zarządzania. W przedsiębiorstwach publicznych państwo posiada większość kapitału, większą liczbę głosów niż pozostałe podmioty oraz może desygnować większą liczbę członków w organach zarządzających lub nadzorczych.

2. Pojęcie działalności sektorowej

Zgodnie z treścią art. 132 ustawy Pzp działalnością sektorową są następujące rodzaje działalności:

- 1) poszukiwanie, rozpoznawanie lub wydobywanie gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
- 2) zarządzanie lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianie przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczanie energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami;
- 4) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczanie wody pitnej do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) świadczenie usług pocztowych.

Zamawiający udzielający zamówień w sektorze wodnym są zobowiązani do udzielania zamówień sektorowych również w celu zakupów związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz działalnością związaną z pozyskiwaniem wody pitnej.

Zamawiający udzielający zamówień w sektorze usług pocztowych są zobowiązani do udzielania zamówień sektorowych również do zakupów związanych ze świadczeniem usług: zarządzania

usługami pocztowymi, przesyłania zakodowanych dokumentów za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji, zarządzania bazami adresowymi, przesyłania poleconej poczty elektronicznej, finansowych, filatelistycznych i logistycznych w szczególności przewozu przesyłek towarowych oraz ich konfekcjonowania i magazynowania.

3. Pojęcie zamówień sektorowych

Zamówienie sektorowe jest zawsze udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności wymienionej w art. 132 ustawy Pzp.

W orzeczeniu z dnia 16 czerwca 2005 roku w sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03 *Strabag AG, Kostmann GmbH* TSUE wyraźnie podkreślił, że zasadniczą kwestią decydującą o podleganiu dyrektywie 2004/17/WE jest rodzaj działalności wykonywanej przez zamawiającego oraz związek pomiędzy tą działalnością a planowanym przez zamawiającego zamówieniem. Jeśli podmiot zamawiający wykonuje działalność zdefiniowaną jako sektorowa i planuje w ramach wykonywania takiej działalności udzielić zamówienia, to będą tutaj miały zastosowanie przepisy dyrektywy sektorowej 2004/17/WE.

Sformułowanie „w celu wykonywania działalności sektorowej” nie może być interpretowane w celu obejścia przepisów ustawy Pzp. W wyroku z dnia 11 lipca 1991 roku w sprawie C-247/89 *Komisja WE v. Portugalia*, TSUE orzekł, że pojęcie świadczenia usług w zakresie transportu publicznego nie może być interpretowane w zawężający sposób. Powinno ono obejmować również i inne usługi nierozdzielnie związane z sektorem transportu. Wydaje się, że orzeczenie to może posłużyć również do interpretacji pojęcia „w celu wykonywania działalności sektorowej” przyjmując, że obejmuje ono wszystkie czynności nierozdzielnie związane z tego rodzaju działalnością gospodarczą np. umowy ubezpieczenia, ochrony, sprzątnięcia, zarządzania itp. Wykładnia pojęcia „zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej” powinna mieć charakter funkcjonalnej i precyzować, że zakresem zamówień powinny być wszystkie zakupy, które służą do prowadzenia takiej działalności, nawet jak są z nią związane pomocniczo.

Zastosowanie przepisów unijnych i ustawy Pzp do zamówień niezwiązanych z prowadzeniem działalności sektorowej będzie zależeć od kategorii zamawiającego. W przypadku podmiotów prawa publicznego z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którzy też są zamawiającymi klasycznymi w rozumieniu dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, zakupy dokonywane w celu prowadzenia działalności innej niż „sektorowa”, będą podlegać bardziej restrykcyjnemu reżymowi klasycznemu. W odniesieniu do zamawiających nieobjętych dyrektywą klasyczną, a w ustawie Pzp ujętych w art. 3 ust. 1 pkt 4 – zamówienia niepozostające w związku z działalnością sektorową w ogóle nie są objęte regulacjami zawartymi w dyrektywach i w ustawie Pzp.

Obowiązek udzielania zamówień sektorowych powstaje tylko w wypadku, gdy ich wartość przekracza progi kwotowe właściwe dla zamówień unijnych: w przypadku zamówień na dostawy i usługi 400 000 euro natomiast dla robót budowlanych 5 000 000 euro. Zwrócić jednak należy uwagę, że przepis zawarty w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp ustanawiający wspomnianą regułę wyraźnie odnosi się do „ustawy”, a nie tylko do „przepisów zawartych w rozdziale 5” – zamawiający udzielający zamówienia sektorowego, którego wartość nie jest równa, ani nie przekracza progów unijnych, nie jest objęty reżimem systemu zamówień publicznych, nawet jeśli należy do kategorii podmiotów prawa publicznego wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Obowiązek udzielenia zamówienia sektorowego powstaje tylko w sytuacji, gdy działalność sektorowa jest wykonywana przy pomocy sieci lub z wykorzystaniem określonego obszaru geograficznego.

Ustawodawca wyróżnia pojęcia „tworzenie sieci” oraz „obsługa sieci”. Zamówieniem sektorowym objęte będą zakupy związane z budową sieci energetycznej, gazowniczej, ciepłej oraz wodnej, ale już nie tworzenie sieci transportowej, a jedynie obsługa już istniejącej infrastruktury w postaci sieci transportowej.

Zamówienia udzielane przez podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 132 ustawy Pzp powinny podlegać procedurom przewidzianym w rozdziale 5 ustawy Pzp. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez taki podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom „klasycznym”¹.

Przepisów z rozdziału 5 ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności sektorowej w sytuacji określonej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

- a) jeśli ponad 50% wartości danego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty opisane w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy Pzp, oraz
- b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, oraz
- c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

4. Zamówienia mieszane – reguły kolizyjne

W przypadkach kolizyjnych, gdy zamawiający planuje udzielenie zamówienia częściowo w celu prowadzenia działalności sektorowej, a częściowo w innym celu pomocne mogą być rozwiązania przewidziane w prawie unijnym. Artykuł 9 dyrektywy 2004/17/WE zawiera postanowienia dotyczące wyboru trybu postępowania w przypadku zamówień dotyczących różnego rodzaju działalności. Dyrektywa 2004/17/WE przyjmuje zasadę, że zamówienie, które w założeniu ma obejmować kilka rodzajów działalności, będzie podlegało zasadom mającym zastosowanie w odniesieniu do działalności głównej. W przypadku zamawiających, takich jak podmioty działające na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych ujętych w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oznacza to, że zamówienie dotyczące działalności spoza sektorów nie będzie objęte dyrektywą 2004/17/WE i ustawą Pzp. Natomiast w sytuacji pozostałych podmiotów ujętych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – jeśli zamówienie będzie przeznaczone na działalność sektorową, podlegać będzie dyrektywie 2004/17/WE i rozdziałowi 5 ustawy Pzp, natomiast jeśli będzie dotyczyło przede wszystkim innej działalności, objęte będzie reżimem dyrektywy 2004/18/WE i trybem „klasycznym” w ustawie Pzp.

Artykuł 9 dyrektywy 2004/17/WE przewiduje, iż wybór między udzieleniem jednego zamówienia a kilku odrębnych zamówień nie może być dokonany w celu wyłączenia zamówienia z zakresu

¹ Wyrok TSUE z dnia 10 kwietnia 2008 roku, C-393/06, *Fernwärme Wien GmbH*.

dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli ma ona zastosowanie w tym przypadku. Znacznie surowsze reguły obowiązują w przypadku „obiektywnej” niemożności określenia, który rodzaj działalności (sektorowy czy klasyczny) stanowi główny przedmiot zamówienia – w takiej sytuacji zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp będzie podlegał dyrektywie 2004/18/WE i „klasycznym” trybom z ustawy Pzp. Intencja tego przepisu jest wyraźna – ustawodawca unijny starał się uniemożliwić zamawiającym „klasycznym”, prowadzącym dodatkowo działalność sektorową, obejście przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Podobnie w sytuacji, gdy jeden z rodzajów działalności prowadzonej przez zamawiającego ujętego w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, które mają stanowić przedmiot zamówienia, podlega dyrektywie 2004/17/WE i rozdziałowi 5 ustawy Pzp, a inne nie podlegają – i nie jest możliwe obiektywne określenie, który rodzaj działalności stanowi główny przedmiot zamówienia – będzie ono podlegało dyrektywie 2004/17/WE i rozdziałowi 5 ustawy Pzp.

Norma kolizyjna z art. 9 dyrektywy 2004/17/WE będzie miała zastosowanie, gdy zamawiający z przyczyn technicznych lub ekonomicznych zdecyduje się na udzielenie jednego zamówienia. Przykładowo, jeśli podmiot określony w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zajmuje określone budynki, służące zarówno do wykonywania zadań publicznych, jak i do świadczenia usług sektorowych, zasadne może być udzielenie jednego kontraktu na sprzątanie wszystkich powierzchni. Dopiero analiza zakresu planowanej umowy zdecyduje o tym, czy zamówione usługi będą potrzebne przede wszystkim w celu prowadzenia działalności sektorowej czy „klasycznej”.

5. Pojęcie praw szczególnych lub wyłącznych

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 2 ustawy Pzp prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania.

Cytowany przepis ustawy Pzp stanowi implementację art. 2 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE określającego, że prawa takie mogą być przyznane przez właściwy organ państwa w drodze jakichkolwiek przepisów ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, których wynikiem jest zastrzeżenie wykonywania działalności sektorowej dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania wspomnianej działalności przez inne podmioty.

Dokonując wykładni art. 3 ust. 2 ustawy Pzp w świetle art. 2 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE oraz celu wprowadzonej regulacji należy przyjąć, że prawa szczególne lub wyłączne:

- a) mogą być przyznane w jakiegokolwiek formie: w drodze ustawy, rozporządzenia, decyzji administracyjnej, jak również poprzez zawarcie umowy czy porozumienia;
- b) są przyznawane w sposób całkowicie arbitralny - z treści preambuły do dyrektywy 2004/17/WE wynika, że prawa przyznane przez państwo członkowskie w jakiegokolwiek formie, w tym udzielenie koncesji, ograniczonej liczbie podmiotów na podstawie obiektywnych, proporcjonalnych i nie dyskryminacyjnych kryteriów, które umożliwiają jakiegokolwiek zainteresowanej jednostce spełnienie powyższych kryteriów korzystania z praw, nie mogą być uważane za prawa szczególne lub wyłączne;

- c) swoim zakresem obejmują uprawnienie do prowadzenia działalności sektorowej;
- d) uprawniając jeden lub kilka podmiotów do prowadzenia danej działalności jednocześnie eliminują lub w znacznym stopniu ograniczają konkurencję na danym rynku.

W kontekście wymienionych powyżej przesłanek pojawia się zagadnienie sytuacji prawnej podmiotów, które zostały wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne w przeszłości i z tego tytułu zobowiązane były do udzielania zamówień sektorowych, lecz w chwili obecnej działają na rynku konkurencyjnym o tyle, że obecnie przyznawane prawa do wykonywania tej samej działalności sektorowej nie są uznawane za „prawa szczególne lub wyłączne”. Wydaje się, że takie podmioty będą nadal zobowiązane do udzielania zamówień sektorowych, jeśli przyznane wcześniej prawa szczególne lub wyłączne nadal rzutują na sytuację danego podmiotu, dając mu przewagę rynkową i uprzywilejowując w stosunku do pozostałych podmiotów działających na tym samym rynku. Jeśli przyznane prawo szczególne lub wyłączne nadal oddziałuje na sytuację rynkową danego przedsiębiorcy wiążąc go pośrednio z państwem, to będzie on nadal zobowiązany do udzielania zamówień publicznych.

6. Szczególne regulacje dotyczące procedur udzielania zamówień sektorowych

1. Zamawiający udzielając zamówienia sektorowego ma do wyboru trzy tryby podstawowe: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem. Ponadto, po spełnieniu przewidzianych w ustawie przesłanek, zamawiający może stosować tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki.

Zgodnie z treścią art. 134 ust. 5 ustawy Pzp zamówienia sektorowego można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia jeżeli:

- a) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp,
- b) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z powodu niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Stosownie do treści art. 134 ust. 6 ustawy Pzp zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

- a) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1–5 i pkt 8–9 ustawy Pzp,
- b) w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych,
- c) udziela się, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy 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.

zonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w nim określonego,

- d) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego – przesłanka nie obejmuje zamówień na usługi.

- 2. Zamawiający sektorowy może co najmniej raz w roku wypełnić okresowe ogłoszenie informacyjne i przekazać je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Okresowe ogłoszenie informacyjne jest odpowiednikiem wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach i umowach ramowych, przewidzianego dla zamawiających klasycznych.

Wspólną cechą charakterystyczną tych dwóch typów ogłoszeń jest to, że nie są to ogłoszenia obowiązkowe. Ich odrębność polega natomiast m.in. na tym, że ogłoszenie dotyczące zamówień sektorowych (okresowe ogłoszenie informacyjne) jest zamieszczane „co najmniej raz w roku”, przy czym niekoniecznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego (czyli niekoniecznie „na początku roku”), natomiast ogłoszenie dotyczące zamówień „klasycznych” (wstępne ogłoszenie informacyjne) jest zamieszczane co do zasady po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego. Różnica ta jest o tyle nieistotna, że trudno sobie wyobrazić, aby ogłoszenie dotyczące zamówień sektorowych zostało zamieszczone przed uchwaleniem jakiegoś planu udzielania zamówień, również w przypadku podmiotów ustawowo niezobowiązanych do sporządzania takiego planu.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający co najmniej raz w roku może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić w profilu okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych, których wartość dla:

- a) robót budowlanych – jest równa lub przekracza kwotę 5 000 000 euro,
- b) dostaw o wartości 400 000 euro – zsumowana w ramach danej grupy Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro,
- c) usług o wartości 400 000 euro – zsumowana w ramach kategorii 1–16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

Należy zauważyć, że w przypadku planowanych zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe wymienione w ustawie Pzp w art. 5, a także zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w trybie

innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony lub negocjacje z ogłoszeniem – zamawiający w ogóle nie zamieszcza informacji w okresowym ogłoszeniu informacyjnym o planowanych zamówieniach.

Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może zawierać zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. Wówczas, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawców, którzy w odpowiedzi na to ogłoszenie okresowe informacyjne zgłosili zainteresowanie udziałem w postępowaniu, zamawiający zaprasza do potwierdzenia zainteresowania, informując jednocześnie o terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaproszenie to zawiera informacje odpowiadające zawartości ogłoszenia o przetargu ograniczonym (tj. z uwzględnieniem treści art. 48 ust. 2 ustawy Pzp).

3. Zgodnie z treścią art. 138c ustawy Pzp zamawiający może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa Pzp nie precyzuje, jakiego rodzaju informacje mogą być uznane przez zamawiającego za poufne i czy koniecznie muszą one mieć charakter chociażby tajemnicy przedsiębiorstwa. Wydaje się, że to w gestii samego zamawiającego leży określenie jakiego rodzaju informacje mają charakter poufnych, a skoro będą one dostępne wszystkim zainteresowanym wykonawcom nie może być mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Wydaje się naturalne, że zamawiający sektorowi, którzy funkcjonują na rynku, mogą być zainteresowani zastrzeżeniem i poufnością niektórych informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Treść art. 138c ustawy Pzp wyraźnie stwierdza, iż chodzi o informacje przekazywane wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia – zamawiający powinien w dokumentacji przetargowej zastrzec obowiązek zachowania poufnego charakteru określonych informacji i uzyskać w tym celu zobowiązanie uczestników przetargu do przestrzegania tego wymogu. Niezależnie od treści art. 138c ustawy Pzp zamawiający może również żądać zachowania w tajemnicy pewnych informacji w trakcie realizacji zamówienia, jeśli jest to uzasadnione np. wymogami bezpieczeństwa, ale wówczas takie zobowiązanie będzie po prostu jednym z postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców przedstawienia także innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

Przepis należy interpretować w świetle art. 54 dyrektywy 2004/17, który zezwala zamawiającym sektorowym na znaczną swobodę w zakresie ustanawiania kryteriów kwalifikacji przyjmując, że zamawiający sektorowi samodzielnie opisują warunki podmiotowe zgodnie z obiektywnymi zasadami i podają je do wiadomości wszystkich zainteresowanych wykonawców. W przypadku zamawiających sektorowych reguła zamkniętego katalogu dokumentów podmiotowych nie ma zastosowania, jednak żądanie dokumentów niewymienionych w rozporządzeniu jest limitowane poprzez wymóg niezbędności do oceny spełniania warunków. Określenie warunków podmiotowych zależy od rodzaju postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych umiejętności i wiadomości. Zamawiający sektorowy nie jest uprawniony do stawiania innych warunków niż określone w art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, a jedynie do żądania dodatkowych dokumentów, które pozwoliłyby na udowodnienie spełnienia kryteriów podmiotowych. Zamawiający

sektorowy nie jest również zwolniony z obowiązku opisywania warunków udziału proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Dodatkowe dokumenty mogą być żądane przez zamawiającego sektorowego tylko w przypadku, gdy stawia on wykonawcom określone warunki podmiotowe. Jednym z warunków podmiotowych wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest doświadczenie – zamawiający sektorowy może samodzielnie określić zakres wymaganego doświadczenia oraz okres, w jakim doszło do jego nabycia. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów wymienia wykazy robót budowlanych oraz usług i dostaw jako dokumenty potwierdzające spełnienie warunku doświadczenia, lecz precyzuje, że w przypadku robót budowlanych muszą to być prace wykonane w okresie ostatnich pięciu lat, natomiast odnośnie usług i dostaw powinny być one zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat. Należy przyjąć, że ograniczenia terminami z rozporządzenia nie mają zastosowania wobec zamawiających sektorowych – skoro mają oni uprawnienie do żądania innych dokumentów, to tym bardziej mogą wnioskować o przedstawienie dokumentów wymienionych w rozporządzeniu, ale dostosowanych do własnych potrzeb. Treść art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie determinuje sposobu określenia warunku podmiotowego w postaci doświadczenia i jeśli tylko będzie on sprecyzowany proporcjonalnie i związany z przedmiotem zamówienia, pozwalając zamawiającemu na sprawdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia to będzie on dopuszczalny, nawet jeśli zamawiający odmiennie określi okres uzyskiwania doświadczenia.

5. Zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
6. Zamawiający może zastosować preferencje unijne i w przypadku zamówienia na dostawy odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Warunkiem skutecznego odrzucenia oferty jest obowiązek zastrzeżenia preferencji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O ile zastosowanie preferencji unijnych zależy od decyzji zamawiającego, to ustawodawca przewidział pewne wiążące regulacje na wypadek niemożności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z treścią art. 138c ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzegł możliwości odrzucenia oferty z uwagi na preferencje unijne, a nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający jest obowiązany wybrać ofertę, która nie mogłaby być odrzucona, gdyby takie preferencje zastrzegł. Ceny przedstawione w ofertach należy uznać za takie same, jeżeli różnica pomiędzy ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone uwzględniając wymogi preferencji, nie przekracza 3%. W opisanej sytuacji zamawiający nie odrzuca ofert z uwagi na brak spełnienia wymogów preferencji unijnych, lecz mając do wyboru dwie lub więcej ofert spełniających kryteria oceny w takim samym stopniu (przy uwzględnieniu ustawowych 3%) wybiera jako najkorzystniejszą tę ofertę, w której udział towarów z państw UE lub państw związanych stosownymi umowami wynosi co najmniej 50%. Z uwagi na fakt, że preferencje unijne mogą być zastrzeżone tylko odnośnie zamówień na dostawy, to regulacja z art. 138c ust. 2 ustawy Pzp może również mieć zastosowanie tylko w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia mają być dostawy. Preferencje unijne i regulacje dotyczące wyboru oferty nie mogą być wspólnie zastosowane – obowiązek odrzucenia ofert zgodnie z zastrzeżonymi preferencjami unijnymi uniemożliwia preferencyjną ocenę ofert.
7. Zamawiający może odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 ustawy

Pzp, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uprawnienie do modyfikacji podstaw wykluczenia jest konsekwencją implementacji art. 54 ust. 1 i 4 dyrektywy 2004/17/WE – ustawodawca unijny przewidział, że zamawiający sektorowy może samodzielnie określać warunki podmiotowe i tylko od niego zależy, czy podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawców z powodu niespełnienia kryteriów dotyczących wiarygodności i cech zawodowych przedsiębiorców, takich jak właśnie pozostawanie w stanie upadłości czy zaleganie z należnościami publicznoprawnymi. Jedynie zamawiający klasyczni, którzy z uwagi na prowadzoną działalność sektorową i udzielane w związku z jej wykonywaniem zamówienia mają obowiązek wykluczania wykonawców na podstawie przesłanki dotyczącej karalności za określone przestępstwa wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE. Dodatkowo art. 133 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, iż do zamówień sektorowych nie stosuje się podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, dotyczących prawomocnego skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 roku o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium RP.

8. Zamawiający może ustanowić i stosować system kwalifikowania wykonawców, który polega na dopuszczeniu zainteresowanych wykonawców do składania wniosków o zakwalifikowanie w ramach systemu, jako potencjalnych oferentów w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia sektorowego, prowadzonych przez danego zamawiającego. Przyjęty system kwalifikowania wykonawców pozwala zamawiającym na znaczne uproszczenie procesu udzielania zamówień. Zamawiający, który planuje ustanowić system kwalifikowania wykonawców powinien opracować warunki podmiotowe, których spełnienia wymaga od wykonawców w odniesieniu do określonej kategorii zamówień sektorowych. Ustanawiane warunki podmiotowe powinny być proporcjonalne i adekwatne w stosunku do danej kategorii zamówienia sektorowego – zamawiający może zatem ustanowić kilka systemów kwalifikowania wykonawców, odrębnie dla każdej kategorii zamówienia sektorowego, jakich w przyszłości będzie udzielał. Przyjmując stosowne warunki podmiotowe zamawiający wskazuje również wymagane dokumenty podmiotowe, które mają potwierdzać spełnienie warunków. Po opracowaniu warunków podmiotowych, zamawiający przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Dodatkowo zamawiający jest obowiązany do udostępnienia ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców na stronie internetowej przez cały okres trwania systemu. System kwalifikowania wykonawców powinien być ustanowiony na czas oznaczony, ale w sposób umożliwiający wykonawcom składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie i ich aktualizację przez cały okres trwania systemu. System kwalifikowania wykonawców jest bowiem z założenia systemem „otwartym” przez cały okres jego stosowania, począwszy od publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, aż do czasu jego zamknięcia. W przypadku systemu kwalifikowania ustanowionego na okres dłuższy niż 3 lata ogłoszenie o ustanowieniu systemu podlega publikacji w Dzienniku Urzędowym UE co roku.

Wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania składają wnioski wraz z oświadczeniem o spełnianiu warunków określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również i te dokumenty. Określenie warunków podmiotowych i żądanych oświadczeń oraz dokumentów następuje na zasadach ogólnych dotyczących sprawdzania zdolności wykonawców do realizacji zamówień sektorowych. System kwalifikowania ma charakter „otwarty” co powoduje, iż wykonawcy mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału przez cały okres trwania systemu. Wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania mogą również aktualizować potwierdzenie spełniania warunków przez cały czas

trwania systemu kwalifikowania. Przygotowując system kwalifikowania zamawiający powinien opracować zasady aktualizowania składanych wcześniej dokumentów oraz weryfikacji zdolności zakwalifikowanych wykonawców, zwłaszcza w sytuacji ustanowienia systemu długoterminowego. Przykładowo, jeśli jednym z warunków podmiotowych jest warunek odnoszący się do zdolności finansowej wykonawcy (dysponowanie określonymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w takim zakresie), zamawiający powinien określić termin aktualizacji takiego warunku – dosyć ryzykowne byłoby przyjmowanie, że jeśli wykonawca został zakwalifikowany jako spełniający warunek odnośnie zdolności finansowej w danym terminie, to pozostaje zdolny przez cały okres trwania systemu kwalifikowania. Z przyczyn oczywistych terminy aktualizacji spełniania warunków będą związane albo z terminem ważności składanych dokumentów albo z rodzajem i specyfiką stawianego warunku podmiotowego. Zaleca się również, by zamawiający określił zasady postępowania w sytuacji braku aktualizacji danych ze strony wykonawcy pierwotnie zakwalifikowanego do systemu, a zwłaszcza czy będzie on wzywany do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający, nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku, wybiera wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie kwalifikowania. Po sprawdzeniu zdolności wykonawców zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawcę o dopuszczeniu albo odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wpisywani są do wykazu zakwalifikowanych wykonawców, do odpowiednich kategorii zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 134d ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców nie są zobowiązani do składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone dokumenty są aktualne w rozumieniu odrębnych przepisów. Skutkiem decyzji dopuszczającej do udziału w systemie kwalifikacji jest uproszczenie procesu sprawdzania zdolności do realizacji zamówienia – wykonawca wpisany do wykazu zakwalifikowanych wykonawców biorąc udział w postępowaniu przetargowym, którego przedmiotem jest zamówienie objęte wykazem w określonej kategorii, nie musi składać ponownie tych samych dokumentów podmiotowych, ponieważ są one „zastępowalne” przez fakt udziału w systemie kwalifikacji.

Zgodnie z art. 53 dyrektywy 2004/17/WE zamawiający sektorowi ustanawiają i stosują systemy kwalifikowania wykonawców według swojego uznania, co oznacza, iż system taki może obejmować różne etapy i różny zakres warunków podmiotowych. W zależności od potrzeb zamawiającego może on utworzyć przykładowo najprostszy z systemów kwalifikowania przyjmując jako wymóg wpisu jedynie konieczność spełnienia kryteriów wiarygodności z art. 24 ustawy Pzp² i określając, że system obejmuje wszystkie kategorie zamówień sektorowych. W przypadku tak prostego systemu kwalifikacji wykonawców zamawiający powinien jeszcze tylko określić zasady przedkładania i aktualizacji oświadczeń i dokumentów podmiotowych w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji – ustanowienie systemu kwalifikacji wykonawców nie może bowiem prowadzić do obejścia przepisów ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż zamawiający kwalifikując wykonawców w celu wpisania ich do systemu powinien żądać przedłożenia co najmniej takich dokumentów i oświadczeń, jakich dostarczenie jest obowiązkowe przy prowadzeniu postępowania

² W zakresie obowiązującym zamawiających sektorowych.

nia o udzielenie zamówienia sektorowego objętego takim systemem. Zamawiający może również ustanowić bardziej skomplikowane systemy kwalifikowania wykonawców, dzieląc je na kategorie odnośnie rodzajów zamówień sektorowych i żądając spełnienia nie tylko kryteriów wiarygodności, ale również warunków podmiotowych adekwatnych do przedmiotu zamówienia, czyli warunków odnośnie potencjału technicznego i zdolności finansowej oraz sytuacji ekonomicznej wykonawców. Cytowany przepis art. 53 dyrektywy 2004/17/WE pozwala wykonawcom ubiegającym się o wpis do systemu kwalifikacji na powoływanie się na zasoby innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań pomiędzy nimi a tymi podmiotami.

Systemy kwalifikacji nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji, co oznacza, że zamawiający nie może ograniczyć kręgu wykonawców tylko do tych, którzy już zostali wpisani do wykazu. Pozostali zainteresowani wykonawcy powinni jednak wykazać swoją zdolność do realizacji zamówienia albo ubiegając się o wpis do wykazu albo przedkładając dokumenty podmiotowe tylko do konkretnego postępowania przetargowego.

Przygotowując system kwalifikacji wykonawców zamawiający powinien nie tylko opracować zasady funkcjonowania takiego systemu, ale również zastanowić się nad regułami udzielania zamówień z kategorii objętych systemem. Planując udzielenie zamówienia objętego systemem w danej kategorii zamawiający może:

- a) poprzestać na warunkach podmiotowych wymaganych przy sprawdzaniu zdolności wykonawców ubiegających się o wpis do systemu kwalifikacji – w tej sytuacji wykonawcy wpisani do wykazu niejako „automatycznie” są uznawani za spełniających warunki podmiotowe, a zadaniem zamawiającego jest tylko sprawdzenie, czy przedłożone podczas procesu wpisywania do systemu dokumenty podmiotowe zachowują swoją aktualność zgodnie z przepisami i stosownie do reguł rządzących takim systemem; wykonawcy spoza systemu powinni wówczas przedłożyć takie same dokumenty, jak wymagane od wykonawców podlegających wpisowi do wykazu, albo
- b) zamawiający może wprowadzić dodatkowe warunki podmiotowe w stosunku do wymaganych przy sprawdzaniu zdolności wykonawców ubiegających się o wpis do systemu kwalifikacji – w tym przypadku wykonawcy wpisani do wykazu są uznawani za spełniających warunki podmiotowe tylko w części, a w zakresie dodatkowych warunków podmiotowych muszą wykazać ich spełnienie za pomocą dokumentów podmiotowych żądanych przez zamawiającego; wykonawcy spoza systemu powinni wówczas przedłożyć takie same dokumenty, jak wymagane od wykonawców podlegających wpisowi do wykazu oraz dokumenty odrębnie określone przy warunkach dodatkowych.

Inna sytuacja została przewidziana w art. 134e ustawy Pzp – zamawiający może bowiem wszczęć konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem przez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców w Dzienniku Urzędowym UE. W takim przypadku za dopuszczonych do udziału w postępowaniu uważa się wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców w określonej kategorii zamówień sektorowych. Ogłoszenie o systemie kwalifikacji może zatem spełniać rolę ogłoszenia o zamówieniu.

9. Udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej i określić sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność

udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywanie czynności oraz przejrzystość prac.

7. Wyłączenia od obowiązku udzielania zamówień sektorowych

Podmioty zależne powiązane – art. 136 ustawy Pzp

Ustawa Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane, a w przypadku gdy wykonawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp, również na dostawy, jeżeli są udzielane podmiotom:

- a) z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,

Skonsolidowane sprawozdanie finansowe zgodnie z przepisami o rachunkowości (por. art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości, tekst jedn.: Dz. U. z 2002 roku, Nr 76, poz. 694 z późn. zm.) sporządza się dla grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Sprawozdanie to sporządza jednostka dominująca. Obejmuje ono dane jednostki dominującej i jednostek od niej zależnych wszystkich szczebli. Przepisy o rachunkowości przez jednostkę dominującą rozumieją spółkę handlową, sprawującą kontrolę lub współkontrolę nad inną jednostką, czyli posiadającą zdolność do kierowania polityką finansową i operacyjną innej jednostki, w celu osiągnięcia korzyści ekonomicznych z jej działalności (sprawowanie kontroli), lub zdolność na równi z innymi udziałowcami lub współnikami do kierowania polityką finansową i operacyjną innej jednostki, w celu osiągnięcia wspólnych ekonomicznych korzyści z jej działalności (sprawowanie współkontroli).

Jednostką dominującą jest w szczególności jednostka:

- posiadająca bezpośrednio lub pośrednio przez udziały większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym innej jednostki (zależnej), także na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu, wykonującymi swe prawa głosu zgodnie z wolą jednostki dominującej, lub
- uprawniona do kierowania polityką finansową i operacyjną innej jednostki (zależnej) w sposób samodzielny lub przez wyznaczone przez siebie osoby lub jednostki na podstawie umowy zawartej z innymi uprawnionymi do głosu, posiadającymi, na podstawie statutu lub umowy spółki, łącznie z jednostką dominującą, większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym, lub
- uprawniona jako udziałowiec do powoływania albo odwoływania większości członków organów zarządzających lub nadzorczych innej jednostki (zależnej), lub
- będąca udziałowcem jednostki, której członkowie zarządu w poprzednim roku obrotowym, w ciągu bieżącego roku obrotowego i do czasu sporządzenia sprawozdania finansowego za bieżący rok obrotowy, stanowią jednocześnie więcej niż połowę składu zarządu tej jednostki (zależnej) lub osoby, które zostały powołane do pełnienia tych funkcji w rezultacie wykonywania przez jednostkę dominującą prawa głosu w organach tej jednostki (zależnej), lub
- będąca udziałowcem lub współnikiem innej jednostki współzależnej, nie będącej spółką handlową i sprawującą współkontrolę nad tą jednostką wspólnie z innymi uprawnionymi do głosu (art. 3 pkt 37 ustawy o rachunkowości).

Jednostką zależną jest natomiast spółka handlowa, która jest kontrolowana przez jednostkę dominującą.

- a) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- b) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,
- c) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w punkcie c) wpływowi innego przedsiębiorcy – w tym przypadku zamawiający i wykonawca nie pozostają ze sobą w stosunku dominacji lub zależności, jednakże są zależni od innego podmiotu, przykładem mogą tutaj być tzw. spółki siostrzane,
 - jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia ich na rzecz zamawiającego lub podmiotów wymienionych w pkt a) – d); w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

Dla obliczenia procentowego przychodów należy brać pod uwagę jedynie przychody uzyskiwane ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych, z pominięciem innych źródeł przychodów. Podmiot, któremu zamawiający planuje udzielić zamówienia z pominięciem ustawy Pzp nie musi osiągać przychodów ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego, który udziela zamówienia – wystarczające jest uzyskanie wymaganego poziomu przychodów z usług świadczonych na rzecz innych przedsiębiorstw powiązanych w ramach danej grupy kapitałowej. Poziom przychodów potencjalnego wykonawcy powinien być odnoszony do danego rodzaju zamówień, które ma być mu udzielone – nie jest dopuszczalne udzielenie zamówienia na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli jego przedmiotem mają być usługi, a przychody danego wykonawcy pochodzą z wykonywania robót budowlanych.

Nie jest wymagane, by podmiot, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia, prowadził działalność przez okres trzech lat – jeżeli dany podmiot prowadzi działalność krócej, to do obliczenia poziomu jego przychodów przyjmuje się także planowane obroty, które można wyliczyć np. na podstawie zawartych już umów.

Wyłączenie dotyczy tylko zamówień sektorowych – zakupy nie związane z działalnością sektorową powinny być dokonywane zgodnie z ogólnymi zasadami.

Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej:

- a) jednemu z tych zamawiających lub

- b) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób określony w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia ich na rzecz podmiotów powiązanych.

Ustawy Pzp nie stosuje się również do zamówień sektorowych udzielanych podmiotowi utworzonemu przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności „sektorowej”, przez jednego z tych zamawiających, pod warunkiem, że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie. W opisanym przypadku dla zwolnienia z obowiązku stosowania ustawy Pzp nie jest wymagane, by utworzony przez zamawiających podmiot spełniał warunki „powiązania” określone w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyłączenia przewidziane w art. 136 ustawy Pzp mają na celu stworzenie zamawiającym sektorowym możliwości wydzielania z zakresu prowadzonej działalności różnych działań ubocznych lub pomocniczych (przykładowo usługi księgowości, rekrutacji, zarządzania) i przekazywania ich do prowadzenia odrębnym podmiotom, często tylko w tym celu utworzonym. W takim przypadku podział grupy ekonomicznej na odrębne prawnie jednostki nie podważa jej gospodarczej jedności³.

Wyłączenie dotyczące przedsiębiorstw powiązanych uregulowane w art. 136 ustawy Pzp stanowi implementację art. 23 dyrektywy 2004/17. Ustawodawca unijny uznał, że należy wyłączyć określone zamówienia udzielane przedsiębiorstwom powiązanym, których podstawowa działalność obejmuje raczej realizowanie takich dostaw, usług lub robót budowlanych na rzecz grupy, której jest członkiem niż oferowanie ich na rynku. Taka szczególna regulacja podyktowana jest między innymi okolicznością, że zamawiający sektorowi zwykle prowadzą działalność w ramach większych struktur gospodarczych np. grup kapitałowych. Idea wyłączenia z zakresu unijnych regulacji tego typu zamówień wiąże się również z przyjmowaną koncepcją tzw. samodzielności organizacyjnej. Zamawiający oraz wykonawcy mogą samodzielnie decydować o strukturze organizacyjnej, w ramach której funkcjonują i wykonują działalność lub zlecone im zadania, jeśli tylko nie sprzeciwia się to zasadzie uczciwej konkurencji, równego traktowania i podstawowym zasadom określonym w TFUE. Wspomniana koncepcja została wyrażona przez ustawodawcę unijnego m. in. w przepisie art. 4 dyrektywy 2004/18, który zezwala grupie wykonawców na składanie oferty bez obowiązku przybrania określonej formy prawnej, co umożliwia im dowolne ukształtowanie wzajemnych stosunków. Podobnie TSUE kilkakrotnie wyraził opinię, iż przyjęcie określonej formy prawnej dla funkcjonowania zamawiającego lub wykonawcy jest dopuszczalne w świetle prawa unijnego – przykładem mogą być wyroki: z dnia 13 stycznia 2005 roku, w sprawie C-84/03, *Komisja w. Królestwu Hiszpanii*, z dnia 13 października 2005 roku w sprawie C-458/03, *Parking Brixen GmbH* czy z dnia 10 listopada 2005 roku w sprawie C-29/04, *Komisja v. Republice Austrii*, w których TSUE wyłączył z zakresu przedmiotowego dyrektyw tzw. zamówienia bezpośrednie udzielane przez zamawiającego podmiotowi zależnemu przyjmując, że zamawiający ma prawo do samodzielnego określenia sposobu wykonywania zadań publicznych – w ramach własnej struktury lub poprzez utworzenie podmiotu w celu przekazania mu części zadań. Innym przykładem może być wyrok z dnia 19 czerwca 2008 roku w sprawie C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii, APA-OTS Originaltext-Service GmbH*, w którym TSUE dopuścił możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, która miała polegać

³ A. Kowalczyk, A. Szymańska, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych w: *Zamówienia sektorowe*, 2011 rok, s. 187.

na tym, że wykonawca utworzył podmiot zależny, któremu przekazał do realizacji część zamówienia, ale na zasadach odpowiedzialności solidarnej.

Zaakceptowane wyłączenia dotyczące zmian współpracy z przedsiębiorstwami powiązаныmi nie mogą jednak powodować ograniczania konkurencji na korzyść przedsiębiorstw powiązanych lub utworzonych przez zamawiających. Skorzystać z tego zwolnienia mogą wszyscy zamawiający sektorowi, niezależnie od ich statusu formalnoprawnego, jednak należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do zamówień na usługi oraz roboty budowlane wyłączenie ma charakter całkowity, natomiast do udzielania zamówień na dostawy może zostać zastosowane o ile wykonawca sam będzie posiadał status zamawiającego.

Opisane wyłączenie związane z istnieniem grup przedsiębiorców powiązanych kapitałowo umożliwia zamawiającym sektorowym wykorzystanie podległych sobie przedsiębiorstw lub utworzonych w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej. Należy jednak zwrócić uwagę, że omawiane przepisy stanowiące wyjątek od obowiązku stosowania ustawy Pzp powinny być interpretowane jak każde odstępstwo w sposób zawężający, uwzględniając uzasadnienie takiego wyłączenia. Przepis art. 136 ustawy Pzp nie może być wykorzystywany w celu obejścia ustawy Pzp. Należy podzielić opinię UZP, że zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest instrumentalne wykorzystanie wyłączenia z art. 136 ustawy Pzp polegające na tworzeniu przez zamawiających spółek zależnych, nie wykonujących działalności sektorowej, którym następnie zleca się realizację umów z pominięciem ustawy Pzp, lecz umowy te nie są wykonywane przez spółki powiązane lecz przez podmioty trzecie, które zawierają z takimi spółkami umowy o podwykonawstwo. Opisane postępowanie zmierza bowiem do obejścia ustawy Pzp, ponieważ faktycznie dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a podmiotem trzecim, gdzie spółka powiązana lub utworzona jest tylko instrumentem pozwalającym na wykorzystanie wyjątku z art. 136 ustawy Pzp, a takie zaplanowane zachowanie powinno być oceniane jako niedopuszczalne w świetle cytowanego wyżej wyroku TSUE w sprawie C-29/04, *Komisja v. Republice Austrii* ponieważ stanowi nadużycie uprawnień wynikających z koncepcji samodzielności organizacyjnej.

Wyjątek z art. 136 ustawy Pzp powinien być interpretowany również w świetle motywu 32 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE, zgodnie z którym „należy wyłączyć określone zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielane przedsiębiorstwom powiązany, których podstawowa działalność obejmuje realizowanie tego rodzaju usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz grupy, której jest członkiem, a nie oferowanie ich na rynku”. Udzielenie zamówienia sektorowego przedsiębiorstwu powiązanemu, które samo nie jest w stanie zrealizować powierzonego zadania i musi je zlecać podmiotom trzecim (nawet pozostającym w bezpośredniej zależności), nie będąc przy tym zobowiązane do stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień sektorowych stanowi obejście ustawy Pzp i zagraża skuteczności dyrektywy 2004/17/WE.

W przypadku współpracy w ramach jednostek „powiązanych” nie ma potrzeby „otwierania” zakupów na konkurencję, ponieważ transakcje mają charakter wewnętrzny - są dokonywane w ramach grupy kapitałowej bądź w ramach realizacji wspólnego przedsięwzięcia. „Powiązanie” jednostek powoduje, iż nie ma tu potrzeby ochrony zasad rynkowych, nie ma bowiem otwarcia na rynek. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo nie jest w stanie zrealizować transakcji o wewnętrznym charakterze, to zawarcie z nim umowy stoi w sprzeczności z celem, jaki leży u podstaw wyłączeń z art. 136 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający sektorowy korzysta z przedsiębiorstwa powiązanego jedynie w celu „wyprowadzenia” transakcji poza system zamówień.

8. Wykorzystanie sieci dla własnych potrzeb

Zgodnie z treścią art. 137 ustawy Pzp jej przepisów nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczeniu gazu lub ciepła do sieci, jeżeli:

- a) produkcja gazu lub ciepła stanowi niezbędną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż „sektorowa” oraz
- b) dostarczanie gazu lub ciepła ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 205 przeciętnych obrotów wykonawcy.

Podobnie ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci, jeżeli:

- a) produkcja energii elektrycznej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż „sektorowa” oraz
- b) dostarczanie energii elektrycznej jest uzależnione wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.

Przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu wody pitnej do sieci, jeżeli:

- a) produkcja wody pitnej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż „sektorowa” oraz
- b) dostarczanie wody pitnej uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.

Przedstawione wyłączenie dotyczy generalnie sytuacji, w których dany podmiot prowadzi działalność sektorową niesamoistnie, lecz niejako z konieczności jako uboczny efekt innej działalności. Ocena, czy zwolnienie przysługuje danemu podmiotowi, zależy od wielkości produkcji.

9. Dalsza odsprzedaż lub wynajem

Zgodnie z treścią art. 138 ust. 1 ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem, że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający. Dla potrzeb interpretacji przedmiotowego wyłączenia pojęcie praw szczególnych lub wyłącznych należy rozumieć w kontekście art. 3 ust. 2 ustawy Pzp i art. 2 dyrektywy 2004/17.

Przepis art. 138 ust. 1 ustawy Pzp nastrocza trudności interpretacyjne – zamówienie udzielane w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim może być też zamówieniem udzielanym w innym celu niż prowadzenie działalności sektorowej, a zatem i tak nie byłoby objęte

regulacją z rozdziału 5 ustawy Pzp. Należy zatem przychylić się po części do poglądu wyrażonego przez J. Jerzykowskiego, że jest to szczególny rodzaj wyłączenia, skutkujący odpadnięciem podstawy do stosowania prawa zamówień publicznych przez zamawiających sektorowych⁴. Precyzując to stanowisko wydaje się jednak, że jeśli będzie to podmiot określony w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a takie zamówienie nie będzie zamówieniem w celu prowadzenia działalności sektorowej, to będzie on zobowiązany do udzielenia zamówienia klasycznego jako tzw. podmiot prawa publicznego.

Ustawodawca w art. 138 ust. 1 ustawy Pzp posługuje się pojęciem zamówień „udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu”. Zasadny wydaje się więc pogląd, zgodnie z którym powyższe sformułowanie wskazuje na to, że zamiar odsprzedaży lub wynajmu musi istnieć już w chwili udzielania zamówienia, jak również, że przedmiot zamówienia powinien być przekazany nabywcy w takiej postaci, w jakiej go nabył zamawiający, tj. bez poddawania go obróbce lub przetworzeniu⁵.

10. Koncesja

Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych mających na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, jeżeli koncesje takie są udzielane w celu wykonywania działalności „sektorowej”. Zamawiający sektorowi opisani w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zawierając umowy koncesji na roboty budowlane w innym celu niż prowadzenie działalności sektorowej, nie podlegają reżimowi ustawy Pzp, natomiast zamawiający opisani w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji koncesji na roboty budowlane udzielane w innym celu niż działalność sektorowa, zostają objęci regulacjami stosownymi dla zamawiających klasycznych. Przepis art. 138 ust. 2 ustawy Pzp stanowi implementację art. 18 dyrektywy 2004/17/WE.

11. Prowadzenie działalności poza Unią Europejską

Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych, jeżeli są udzielane w celu wykonywania działalności „sektorowej” poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej. Istotne znaczenie dla możliwości skorzystania z przedmiotowego wyłączenia ma miejsce prowadzenia działalności sektorowej, a nie miejsce udzielenia zamówienia – zamówienie udzielone poza obszarem UE, jeśli dotyczy wykonywania działalności na jej obszarze będzie objęte regulacjami ustawy Pzp.

Przepis art. 138 ust. 3 ustawy Pzp stanowi implementację art. 20 dyrektywy 2004/17/WE wpływającego na określenie zakresu stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień sektorowych. Dyrektywa 2004/17/WE ma zastosowanie do procedur udzielania zamówień przez zamawiających prowadzących działalność sektorową, określoną w art. 3–7 dyrektywy 2004/17/WE, jeśli tylko zamówienie jest udzielane w związku z tą działalnością, prowadzoną na terytorium jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej. W przypadku gdy zamawiający, mający swoją siedzibę w jednym z państw członkowskich, prowadzi działalność określoną w art. 3–7 dyrektywy 2004/17/WE wyłącznie poza granicami UE, nie jest on obowiązany do udzielania zamówień w tym zakresie. Jeśli jednak prowadzona działalność ma charakter transgraniczny i pociąga za sobą fizyczne wykorzystanie sieci

⁴ J. Jerzykowski, Komentarz do art. 138 ustawy Pzp, system informacji prawnej Lex Omega 18/2012.

⁵ A. Kowalczyk, A. Szymańska, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych w: Zamówienia sektorowe, 2011 rok, s. 208.

lub obszaru geograficznego w ramach UE, zamawiający będzie obowiązany do udzielania zamówień publicznych. Artykuł 20 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE odnosi się do wykorzystywania sieci związanej z doprowadzeniem wody, gazu, prądu, ciepła czy świadczeniem usług transportowych. Wszystkie zatem podmioty, które dostarczają wymienione produkty lub usługi kontrahentom w państwach trzecich za pomocą sieci utworzonej na terytorium UE, są obowiązane do udzielania zamówień publicznych również w odniesieniu do działalności prowadzonej poza granicami UE.

Pojęcia „sieć” i „obszar” zastosowane w art. 138 ust. 3 ustawy Pzp powinny być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2004/17/WE, które używają przytoczonych pojęć dla zobrazowania sposobu prowadzenia działalności sektorowej – albo przy użyciu sieci (np. energetycznej), albo przy wykorzystaniu określonego obszaru geograficznego (np. port lotniczy).

12. Zamówienia na dostawy

Zgodnie z treścią art. 138a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający prowadzący działalność w sektorze energetyki nie stosują ustawy do udzielania zamówień sektorowych na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii. Zakresem wyłączenia objęte są dostawy energii elektrycznej niezależnie od sposobu jej wytwarzania oraz wszystkie paliwa do wytwarzania takiej energii – tradycyjne i niekonwencjonalne. Podobnie, stosownie do treści art. 138a ust. 2 ustawy Pzp zamawiający prowadzący działalność w sektorze wodnym nie mają obowiązku stosowania ustawy do udzielania zamówień na dostawy wody. Wymienione przepisy ustawy Pzp stanowią implementację art. 26 dyrektywy 2004/17/WE. Przedmiotowe wyłączenia zostały wprowadzone z uwagi na potrzebę umożliwienia zamawiającym zakupu wody lub paliw z lokalnych źródeł, które nie zawsze są najtańsze, ale mają duże znaczenie z uwagi na realizację celów związanych z rozwojem regionalnym lub ochroną środowiska. Ponadto treść preambuły do dyrektywy 2004/17 wskazuje, że zasady udzielania zamówień publicznych nie są właściwe dla zamówień dotyczących zaopatrzenia w wodę, ponieważ w tym przypadku występuje potrzeba czerpania wody ze źródeł znajdujących się w pobliżu jej wykorzystania. Za wprowadzeniem omawianego wyjątku mogą też w pewnych sytuacjach przemawiać względy techniczne i geograficzne, jak również specyfika rynku tego typu dostaw.

Wyłączenie obejmuje tylko zamówienia na zakup wody lub energii, które pozostają w związku z prowadzoną stosowną działalnością sektorową. Należy przy tym zwrócić uwagę na rodzaj prowadzonej działalności i przedmiot zamówienia – przykładowo zamawiający działający w sektorze energetyki nie będzie zwolniony z obowiązku udzielenia zamówienia na dostawę wody w celu prowadzenia działalności sektorowej. Pozostałe zamówienia na zakupy wody lub energii niezwiązane z działalnością sektorową w ogóle podlegają wyłączeniu z zakresu regulacji rozdziału 5 ustawy Pzp.

13. Sektor transportu autobusowego

Zamawiający, który prowadzi działalność na podstawie praw szczególnych w sektorze transportu autobusowego, nie ma obowiązku stosowania ustawy, jeżeli przewozy regularne mogą być świadczone także przez innych przewoźników na tym samym obszarze i na tych samych warunkach. Zgodnie z ogólną koncepcją rezygnacji z obowiązku udzielania zamówień w sytuacji zaistnienia zjawiska konkurencji na danym rynku polski ustawodawca zwolnił zamawiających sektorowych działających na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych spod zakresu reżimu ustawowego w przypadku, gdy usługi transportu na danym obszarze są dostępne konsumentom na takich samych zasadach

również u innego przewoźnika, chociaż trasy przejazdu i miejsca postojowe nie muszą być identyczne. Analizując istnienie konkurencji na rynku tego typu usług należy brać pod uwagę całokształt warunków świadczenia takich usług. Z treści przepisu art. 138a ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przedmiotowe przewozy regularne „mogą być świadczone także przez innych przewoźników” a nie „są świadczone także przez innych przewoźników” – ustawa Pzp zdaje się nie wymagać, by na danym obszarze faktycznie była prowadzona tego rodzaju działalność, a wystarczającym dla zwolnienia jest potencjalna możliwość świadczenia usług przez innych przewoźników. W tym ostatnim przypadku będzie jednak trudno udowodnić istnienie konkurencji – aby skorzystać z wyłączenia należałoby wykazać, że usługi mogą być świadczone na takich samych warunkach nie tylko w świetle istniejących regulacji prawnych, ale również faktycznie biorąc pod uwagę warunki panujące na rynku usług na określonym obszarze. Taki dowód będzie trudny do przeprowadzenia w sytuacji, gdy żaden inny przewoźnik poza zamawiającym takich usług nie świadczy pomimo braku zakazu prawnego.

Ze zwolnienia nie mogą skorzystać zamawiający zakwalifikowani jako podmioty prawa publicznego z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

14. Decyzja Komisji Europejskiej

Zgodnie z treścią art. 138f ust. 1 ustawy Pzp decyzja Komisji Europejskiej zwalnia zamawiających działających na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, od obowiązku udzielania zamówień sektorowych.

Możliwość zwolnienia z obowiązku udzielania zamówień sektorowych w związku z powstaniem zjawiska konkurencji na danym rynku reguluje art. 30 dyrektywy 2004/17/WE, który określa przesłanki i tryb postępowania w celu wyłączenia podmiotów prowadzących określoną działalność sektorową spod obowiązku udzielania zamówień publicznych w sytuacji, gdy na danym rynku panują warunki w pełni konkurencyjne. Ustawodawca unijny stwierdził bowiem, że skoro objęcie określonych jednostek obowiązkiem udzielania zamówień publicznych jest efektem prowadzenia przez nie działalności na rynkach z ograniczoną konkurencją, to konsekwentnie – stworzenie warunków pełnej konkurencji powinno oznaczać zwolnienie z takiego obowiązku, jako nie mającego swojego uzasadnienia faktycznego. Rozstrzygnięcie w przedmiocie istnienia pełnej konkurencji na danym rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, musi uwzględniać kryteria zgodne z przepisami TFUE w dziedzinie prawa konkurencji, takie jak cechy szczególne towarów lub usług, dostępność produktów zamiennych, ceny oraz rzeczywiste lub potencjalne funkcjonowanie więcej niż jednego dostawcy przedmiotowych dóbr.

Artykuł 30 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE przewiduje domniemanie istnienia rzeczywistej konkurencji na danym rynku w sytuacji, gdy państwo członkowskie UE implementowało i stosuje przepisy prawa unijnego w zakresie określonym w załączniku XI: w dziedzinie transportu i dystrybucji gazu lub ciepła, w dziedzinie produkcji, przekazywania oraz dystrybucji prądu, w dziedzinie usług pocztowych oraz w sektorze wydobywania i poszukiwania ropy oraz gazu ziemnego. Odnosnie do pozostałych sektorów załącznik XI nie zawiera żadnych pozycji, co oznacza, że państwa członkowskie i zamawiający nie mogą w takich przypadkach skorzystać z domniemania istnienia konkurencji. Unijne regulacje rynku energetyki i usług pocztowych mają zagwarantować istnienie konkurencji na obejmowanych rynkach sektorowych przede wszystkim poprzez ich otwarcie i zastąpienie praw szczególnych i wyłącznych prawami wynikającymi z zezwoleń lub koncesji, wydanych na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów. W sytuacji, gdy państwo członkowskie nie może

się powołać na domniemanie istnienia konkurencji oparte na prawidłowym wdrożeniu unijnych dyrektyw jest obowiązane wykazać, że dostęp do danego rynku jest wolny *de facto* i *de iure*. Wniosek o wyłączenie zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE powinno złożyć państwo członkowskie lub jednostki zamawiające, jeśli uprawnienie takie jest przewidziane przez przepisy prawa krajowego. Rada Ministrów w rozporządzeniu z dnia 1 sierpnia 2006 roku określiła organy właściwe do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony⁶.

Artykuł 30 ust. 5 dyrektywy 2004/17/WE przewiduje również możliwość wszczęcia postępowania z urzędu przez Komisję. O wszczęciu takiego postępowania Komisja informuje dane państwo członkowskie.

Wnioski dotyczące stosowania art. 30 dyrektywy 2004/17/WE muszą zawierać informacje dotyczące wszystkich istotnych faktów w zakresie praktyki i istniejących przepisów prawnych, ważnych dla ustalenia, czy dana działalność sektorowa jest wystawiona na bezpośrednią konkurencję. Wnioski powinny zawierać przynajmniej informacje przewidziane w załączniku I do decyzji Komisji z dnia 7 stycznia 2005 roku w sprawie szczegółowych zasad stosowania procedury przewidzianej w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W przypadku złożenia wniosku przez zamawiających Komisja zwraca się o konieczne informacje do samego państwa członkowskiego.

Wyłączenie przewidziane w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE nie ma skutku automatycznego i nie wynika z samych przepisów prawa unijnego, ale jest zależne od zachowania i decyzji Komisji. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy istnieje – przewidziane w art. 30 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE – domniemanie wolnego dostępu do danego rynku, a ponadto została wydana pozytywna opinia przez niezależny organ, właściwy dla danego rodzaju działalności. W takiej sytuacji zamówienia nie będą podlegać przepisom dyrektywy, jeżeli Komisja nie stwierdziła niezgodności z przyjętym domniemaniem w decyzji przyjętej zgodnie z art. 30 ust. 6 dyrektywy 2004/17 w przewidzianym czasie.

⁶ Dz. U. z 2006 roku, Nr 147, poz. 1063.

§ 16. ZAMÓWIENIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Zamówienia publiczne dla potrzeb armii zawsze znajdowały się w sferze szczególnych zainteresowań państwa. W okresie tworzenia państwa polskiego, po pierwszej wojnie światowej, wśród pierwszych regulacji prawnych, obok tworzących Urząd Rozdzielczy¹, była ustawa powołująca Główny Urząd Zaopatrywania Armji². Państwo uznało za bardzo istotne uregulowanie prawne zasad i sposobów zaopatrywania armii³.

W regulacjach ustawowych z zakresu zamówień publicznych w 1994 r. pojawiły się również przepisy dotyczące zamówień publicznych na rzecz wojska⁴. Ustawa wprowadziła możliwość prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia na zasadach szczególnych, między innymi, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy⁵. Rada Ministrów⁶ określając szczególne zasady udzielania tychże zamówień publicznych wskazała na niestosowanie przepisów dotyczących jawności protokołu postępowania i dokumentacji podstawowych czynności związanych z postępowaniem, ogłoszeń o postępowaniu i jego wynikach, terminów, protestów i odwołań oraz zatwierdzania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyboru innego trybu niż przetarg nieograniczony. O wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach szczególnych rozstrzygają każdorazowo ministrowie, kierownicy centralnych organów administracji państwowej lub wojewodowie w ramach swojego zakresu działania. Właściwy organ wszczynając postępowanie został zobowiązany do każdorazowego przekazania informacji Prezesowi UZP, o wszczętym postępowaniu. Organy prowadzące postępowania na zasadach szczególnych zostały również zobowiązane do składania rocznych sprawozdań o udzielanych zamówieniach na zasadach szczególnych, dla prowadzenia których mogli ustalić, w porozumieniu z Prezesem UZP, wewnętrzne regulaminy⁷. Podobny zakres regulacji miało zmienione rozporządzenie z 1996 roku⁸, również na podstawie tych przepisów Mini-

¹ Dekret z dnia 7 grudnia 1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz. U. Nr 19, poz. 55). Dekretem tym utworzono przy Ministerstwie Przemysłu i Handlu Urząd Rozdzielczy, którego celem było dokonywanie zamówień na wyroby przemysłowe dla potrzeb wszystkich organów rządowych.

² Ustawa z dnia 11 kwietnia 1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armji (Dz. U. Nr 32, poz. 265).

³ Na temat ewolucji regulacji prawnych zamówień publicznych, w tym zamówień dla potrzeb armii, zobacz rozdział I w niniejszej publikacji.

⁴ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz. U. Nr 76, poz. 344).

⁵ Art. 4b ustawy.

⁶ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 1994 r. w sprawie określenia szczególnych zasad udzielania zamówień publicznych ze względu na ochronę bezpieczeństwa narodowego, ochronę tajemnicy państwowej, stan kłeski żywiołowej lub inny ważny interes państwa (Dz. U. Nr 140, poz. 775).

⁷ Na podstawie tego upoważnienia Minister Obrony Narodowej wydał Zarządzenie nr 35/MON z dnia 14 września 1995 r. w sprawie ustalenia wewnętrznego regulaminu udzielania zamówień publicznych na zasadach szczególnych (akt wewnętrzny MON).

⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 1996 r. w sprawie określenia szczególnych zasad udzielania zamówień publicznych ze względu na ochronę bezpieczeństwa narodowego, ochronę tajemnicy państwowej, stan kłeski żywiołowej lub inny ważny interes państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 524).

ster Obrony Narodowej ustalił regulamin wewnętrzny udzielania zamówień publicznych⁹. Aktualnie obowiązujące regulacje dotyczące udzielania zamówień publicznych, na zasadach szczególnych, w Ministerstwie Obrony Narodowej określa Decyzja¹⁰ nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z 2006 roku. Podstawą prawną takiego uregulowania zamówień publicznych w dziedzinie obronności jest rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Obrony Narodowej¹¹ oraz przepis art. 4 pkt 3 lit. f. ustawy Prawo zamówień publicznych¹² wyłączający stosowanie przepisów tej ustawy do zamówień na dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską¹³ (obecnie, po zmianach wprowadzonych przez Traktat z Lizbony, jest to przepis art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

1. Zamówienia publiczne jako element Europejskiej Polityki Wyposażenia Obronnego

Przed przejściem do omawiania samej tzw. dyrektywy obronnej, tj. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE (tzw. dyrektywę sektorową) i 2004/18/WE (tzw. dyrektywę klasyczną), należy przedstawić tło prawne oraz polityczne przyjęcia tej dyrektywy. Zbyt często bowiem patrzymy tylko na regulacje dotyczące *stricte* zamówień publicznych, zapominając o fakcie, że *ratio legis* proponowanych przez Komisję Europejską zmian najczęściej kształtowane jest przez wiele czynników, niekoniecznie związanych z materią będącą przedmiotem reformy *per se*. Taką sytuację obserwujemy w przypadku dyrektywy obronnej (ang. *defence procurement directive*, chociaż podkreśla się, że *de iure* jest to *defence and security procurement directive* – dyrektywa dotycząca zamówień w sektorze obrony i bezpieczeństwa, jako że sektor bezpieczeństwa nie był wcześniej poddany jakimkolwiek regulacjom), która została przyjęta jako element większego pakietu.

W 2009 r. Unia Europejska przyjęła tzw. *defence package* (pakiet obronny), który umożliwić ma otwarcie krajowych rynków obronnych i stworzenie jednolitego i transparentnego rynku wyposażenia obronnego na szczeblu supranacjonalnym – rynku unijnego.

Przyjęcie pakietu obronnego zostało ocenione jako kamień milowy na drodze do utworzenia Europejskiego Rynku Obronnego (ang. *European Defence Market*), w ramach którego rozwija się tzw. Europejska Polityka Wyposażenia Obronnego (ang. *European Defence Equipment Policy*).

Prawdą jednak jest, że pakiet obronny nie jest pierwszą inicjatywą w zakresie przeniesienia części ciężaru działań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na szczebel ponadnarodowy. Pierwszym takim krokiem była Europejska Wspólnota Obronna (*European Defence Community*), której idea

⁹ Zarządzenie nr 32/MON z dnia 21 lipca 1997 r. w sprawie ustalenia regulaminu wewnętrznego udzielania zamówień publicznych na zasadach szczególnych (akt wewnętrzny MON).

¹⁰ Decyzja Nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. MON nr 14, poz. 179 ze zm.).

¹¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 lipca 1996 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Obrony Narodowej (Dz. U. Nr 94, poz. 426).

¹² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

¹³ Dz. U. 2004 r. Nr 90 strona 864/2.

powstała na początku lat 50. XX w. W lutym 1951 r. w Paryżu odbyło się spotkanie, mające na celu utworzenie Europejskiej Wspólnoty Obronnej. W spotkaniu wzięli udział przedstawiciele Belgii, Francji, Włoch, Luksemburga i Niemiec oraz sześciu krajów obserwatorów (USA, Kanady, Danii, Norwegii, Wielkiej Brytanii i Holandii), którzy rozmawiali o możliwości pewnej integracji militarnej państw-sygnatariuszy traktatu, która polegałaby na stworzeniu sił zbrojnych, reagujących w razie zagrożenia. Po trwających ponad rok rokowaniach, w dniu 27 maja 1952 r. Belgia, Francja, Niemcy, Włochy, Luksemburg i Holandia podpisują w Paryżu traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Obronną (EWO). Warto o tym wspomnieć, że traktat zakładał standaryzację produkcji zbrojeniowej¹⁴. Niestety, 30 sierpnia 1954 r. Zgromadzenie Narodowe Francji odrzuciło ten traktat, a tym samym idea stworzenia supranacjonalnej wspólnoty obronnej legła w gruzach. Obawiano się domniemanej likwidacji armii francuskiej¹⁵, chociaż nie były to jedyne przyczyny upadku koncepcji Europejskiej Wspólnoty Obronnej. Musimy bowiem pamiętać, że po II wojnie światowej państwa wołały działać samodzielnie i utrzymywać suwerenność w sektorze obronnym, nie będąc pewnymi przyszłości politycznej regionu. Jeśli rozwijał się przemysł obronny, to wiele państw wołało bazować na współpracy z USA wiedząc, że nie są w stanie odbudować samotnie przemysłu zbrojeniowego. Bazowano na licencjach produkcyjnych i transferach technologii, co umożliwiło państwom europejskim odbudowanie przemysłu zbrojeniowego.

W 1958 r. owa samodzielność państw członkowskich została scementowana, gdy w ramach tworzonej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej uzgodniono, że przepisy dotyczące konkurencji oraz swobodnego przepływu towarów nie będą miały zastosowania do wyposażenia wojskowego i bezpieczeństwa, jeśli ważny interes związany z bezpieczeństwem będzie tego wymagał. To uzgodnienie przybrało postać przepisu art. 223 Traktatu Rzymskiego, który po poprawkach wprowadzonych przez Traktat Amsterdamski uzyskał numer art. 296 (1999 r.), a po Traktacie z Lizbony - art. 346 (2009 r.)

Od tego czasu państwa członkowskie traktowały kwestie bezpieczeństwa i obrony jako sprawy krajowe, będące co najwyżej przedmiotem ustaleń międzyrządowych, jednakże bez jakiegokolwiek chęci, czy raczej przy dużej niechęci do tworzenia porozumień ponadnarodowych na szerszą skalę, szczególnie takich, które wiązałyby się ze zrzeczeniem jakichś kompetencji w tych dziedzinach. Historycznie rzecz ujmując, kwestie związane z obronnością i bezpieczeństwem były traktowane jako swoista emanacja niezależności i suwerenności państw. Stąd też, państwa powoływały się na *raison d'état* (*rację stanu*), tworząc ze sfery obrony i bezpieczeństwa obszar zastrzeżony (*domain réservé*) dla państw, nie objęty procesami integracyjnymi. Co prawda upadek traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Obronną dał zielone światło dla wprowadzenia poprawek do tzw. Traktatu Brukselskiego z 1948 r. (Traktat o współpracy oraz wspólnej samoobronie) i utworzenia Unii Zachodnioeuropejskiej, ale to już zupełnie inna historia, nie mieszcząca się w ramach niniejszego opracowania. Upadek EWO miał też konsekwencje polityczne - do dymisji podał się jeden z ojców założycieli wspólnoty, Jean Monnet.

Idea europeizacji sektora obrony i bezpieczeństwa nie umarła jednak na zawsze. Od początku lat 60. XX w. w Europie można było zauważyć rozwój przemysłu obronnego, który powoli zaczął się usamodzielniać i produkował towary bez korzystania z amerykańskich licencji czy transferów

¹⁴ Zob. C. Mik, Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I, Warszawa 2000, C.H. Beck, s. 36.

¹⁵ Szerzej EWO, a także przyczyn jej upadku zob.: M. Szreffel, Niepowodzenia integracji europejskiej: Europejska Wspólnota Obronna, Europejska Wspólnota Polityczna i Konstytucja dla Europy. Studium przypadku, [w:] T. Wasilewski (red.), Unia Europejska: od Traktatów Rzymskich do Traktatu Lizbońskiego, Toruń 2008, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, str. 28-29.

technologii. Państwa europejskie zaczęły działać wspólnie (na pewną, ograniczoną skalę) i nawet konkurować z USA. Niestety nadal istniała tendencja do ostrego protekcjonizmu krajowych przemysłów zbrojeniowych, co było znaczącą barierą w rozwoju tego rynku. Okres ten trwał przez prawie 30 lat, przełom nadszedł bowiem dopiero w latach 90. XX w.

Początek lat 90. XX w. oznaczał duże zmiany dla przemysłu zbrojeniowego. Zakończenie Zimnej Wojny spowodowało redukcję produkcji i obcinanie kosztów sektora obrony i bezpieczeństwa. Okres ten charakteryzowały liczne prywatyzacje oraz fuzje przedsiębiorstw działających w sektorze obronnym, a także pojawiające się inicjatywy na szczeblu ponadnarodowym zmierzające do przyspieszenia europeizacji sektora obronnego i bezpieczeństwa. Przykładowo, w 1996 r. utworzono OCCAR – organizację ds. wspólnej współpracy zbrojeniowej, którą założyły Francja, Niemcy, Włochy i Wielka Brytania, oraz WEAG – Zachodnioeuropejską Grupę Zbrojeniową (rozwiązaną w 2004 r.). Przedmiotowe inicjatywy były odpowiedzią m.in. na prestiżową porażkę wojsk państw członkowskich wspólnoty w Kosowie, gdzie zdecydowanie odstawały pod względem uzbrojenia od standardów amerykańskich.

W 1998 r. sześciu głównych producentów zbrojeniowych z UE (Francja, Niemcy, Włochy, Hiszpania, Szwecja i Wielka Brytania) podpisały tzw. List Intencyjny w sprawie utworzenia ram współpracy zmierzającej do restrukturyzacji europejskiego przemysłu obronnego. List Intencyjny był *de facto* początkiem olbrzymich zmian strukturalnych w zakresie obronności i bezpieczeństwa, które dopiero miały nadejść. W 2000 r. przekształcił się w porozumienie ramowe, w ramach którego ww. państwa ustaliły, że harmonizacja jest potrzebna w celu uniknięcia niepotrzebnego dublowania się nakładów na rozwój i produkcję w sektorze obronnym. Państwa, które razem by współpracowały, mogły razem prowadzić badania nad niezbędnymi technologiami, redukując koszty prowadzenia takich badań osobno. Wartością dodaną takiego założenia byłyby również innowacyjne rozwiązania, dostępne dla państw objętych porozumieniem.

Z dniem 12 lipca 2004 r. Rada powołała Europejską Agencję Obronną (*European Defence Agency* – EDA). Celem EDA był rozwój możliwości obronnych w dziedzinie zarządzania kryzysowego oraz wspieranie rozwoju Europejskiej Polityki Bezpieczeństwa i Obronności¹⁶.

Z dniem 1 lipca 2006 r. Javier Solana (*EU High Representative for the Common Foreign and Security Policy and Head of the European Defence Agency*) ogłosił rozpoczęcie nowej ery dla zamówień publicznych w dziedzinie obronności. W dniu tym zaprezentowano nowe rozwiązania prawne mające na celu zwiększenie transparentności i konkurencji w ramach Europejskiego Rynku Wyposażenia Obronnego, które miały zagwarantować spełnianie zasady „*value for money*”, rozszerzenie szans biznesowych dla przedsiębiorstw działających w sektorze obronnym, a także wzmocnienie globalnej konkurencyjności przemysłu unijnego w tej dziedzinie. Jak stwierdził J. Solana, „po raz pierwszy państwa europejskie zgodziły się udzielać zamówień w sektorze obronnym sobie nawzajem, jeśli uzyskają najkorzystniejszą ofertę, zamiast udzielać zamówień tylko dostawcom krajowym”.

Uregulowania opierały się na dwóch elementach:

- 1) *Code of Conduct on Defence Procurement* – zatwierdzony w dniu 21 listopada 2005 r. przez Ministrów Obrony Państw Członkowskich EDA, dotyczący zakupów wyposażenia obronnego, które podlegają wyłączeniu z unijnych zamówień publicznych zgodnie z przepisem art. 346 TFUE (wcześniej art. 296 TWE)¹⁷,

¹⁶ Szerzej: www.eda.europa.eu.

¹⁷ Szerzej: <http://www.eda.europa.eu/projects/projects-search/code-of-conduct-on-defence-procurement>.

- 2) *Code of Best Practice in the Supply Chain*¹⁸ – zatwierdzony przez Ministrów Obrony w dniu 15 maja 2006 r., który przede wszystkim promował zasady przedstawione w *Code of Conduct on Defence Procurement*, dążąc do zwiększenia konkurencyjności postępowań, równego traktowania oferentów oraz poprawy pozycji małych i średnich przedsiębiorstw jako ewentualnych dostawców.

Problem powyższych przepisów polegał jednak na tym, że nie obowiązywały one wszystkich zamówień w dziedzinie obronności, a także pomijały zamówienia w sektorze bezpieczeństwa. Członkostwo w obu instrumentach było dobrowolne i niezobowiązujące.

Rok 2009 był kamieniem milowym w drodze tworzenia Europejskiego Rynku Obronnego (ang. *European Defence Market*). Unia Europejska przyjęła wspomniany już wcześniej pakiet obronny, który umożliwić ma otwarcie krajowych rynków obronnych i stworzenie jednolitego i transparentnego rynku wyposażenia obronnego na szczeblu supranacjonalnym – rynku unijnego.

Pakiet obronny składa się z trzech elementów:

- 1) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie (tzw. dyrektywa transferowa),
- 2) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna),
- 3) Komunikatu Komisji Europejskiej „*A Strategy for a stronger and more competitive European Defence Industry*” (COM 2007/746).

Przepisy dyrektywy transferowej implementuje do polskiego porządku prawnego ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Dyrektywa transferowa ma zapewnić odpowiednie rozwiązania dotyczące kontroli obrotu uzbrojeniem, przy jednoczesnym uproszczeniu tego obrotu, a jej implementacja ma zagwarantować zgodność regulacji krajowych z przepisami unijnymi (uzbrojenie i tzw. towary podwójnego zastosowania, ang. *double use goods* – towary mające zastosowanie zarówno do celów wojskowych, jak i cywilnych – należą do towarów strategicznych, jednakże towary podwójnego zastosowania są uregulowane w rozporządzeniu Rady UE nr 428/2009 o zasadach obrotu produktami podwójnego zastosowania). Dyrektywa transferowa wprowadza wiele nowych rozwiązań, m.in. dotyczących tzw. transferu wewnątrzunijnego uzbrojenia, zezwoleń generalnych i globalnych na obrót uzbrojeniem z krajami członkowskimi Unii Europejskiej, a także świadectw wiarygodnego odbiorcy uzbrojenia. Wspólnie z dyrektywą obronną, dyrektywa transferowa ma zapewnić konkurencyjny i transparentny obrót w ramach Europejskiej Polityki Wyposażenia Obronnego, umożliwiając podnoszenie siły militarnej wszystkich państw członkowskich UE.

Całość pakietu uzupełnia Komunikat Komisji Europejskiej, dotyczący tworzenia silniejszego i bardziej konkurencyjnego Europejskiego Przemysłu Obronnego, gdzie komisja podkreśla, iż m.in. otwarcie

¹⁸ Tekst dostępny pod adresem: http://www.eda.europa.eu/docs/documents/CoBPSC_final.pdf.

krajowych rynków zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zagwarantuje odpowiedni rozwój Europejskiej Polityki Wyposażenia Obronnego, a także zapewni funkcjonowanie wielu przedsiębiorstwom, które zajmują się przemysłem zbrojeniowym.

2. Dyrektywa obronna i jej implementacja

Jak już wspomniano w dniu 13 lipca 2009 r. przyjęto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE¹⁹. Dyrektywa ta następnie została zmieniona Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień²⁰. Jedną z podstawowych przesłanek wydania dyrektywy obronnej było zbyt częste wprowadzanie do systemów prawa państw członkowskich przepisów przewidujących wyłączenia obowiązku stosowania unijnych uregulowań z zakresu zamówień publicznych. Państwa członkowskie wprowadzały, niespójne z dyrektywami oraz Traktatem, przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych naruszające takie kwestie jak równe traktowanie, uczciwą konkurencję czy przejrzystość postępowań²¹. Jedną z przyczyn wprowadzenia dyrektywy obronnej było orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²², które wskazywało na nadużywanie przez państwa członkowskie dyspozycji art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (będącego odpowiednikiem obecnego art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Państwa członkowskie wprowadzając własne regulacje w zakresie zamówień obronnych czyniły je niespójnymi lub wręcz niezgodnymi z podstawowymi regulacjami UE, w tym z podstawowymi zasadami, takimi jak równe traktowanie, uczciwa konkurencja, przejrzystość postępowań wobec wykonawców z państw członkowskich.

Przed przystąpieniem do analizy wybranych przepisów dyrektywy, w związku z koniecznością transpozycji tegoż aktu prawnego do systemu prawa krajowego, należy zwrócić uwagę na postanowienia dyrektywy dotyczące jej implementacji. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do wprowadzenia przepisów dyrektyw do dnia 21 sierpnia 2011 roku, w tym wydania i opublikowania przepisów ustawowych oraz wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do jej wykonania. Zgodnie z przyjętymi procedurami w UE państwa członkowskie zostały zobowiązane do przekazania tych przepisów komisji²³.

Z punktu widzenia prawodawcy polskiego powstał podstawowy problem „systemowy” dotyczący sposobu wprowadzenia tychże przepisów do polskiego systemu prawa zamówień publicznych.

¹⁹ Dz. Urz. WE nr L.216/76 z dnia 20.08.2009 r. zwana dalej „Dyrektywą obronną”.

²⁰ Dz. Urz. WE nr L.314/64, rozporządzenie w art. 3 wprowadziło zmiany w wysokości kwot, od których należy stosować przepisy dyrektywy obronnej (w art. 8 dyrektywy w lit. a) kwotę „412 000 EUR” zastępuje się kwotą „387 000 EUR”; w lit. b) kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „4 845 000 EUR”), zmienione kwoty obowiązują od dnia 1 stycznia 2010 r.

²¹ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (przedstawiony na posiedzeniu Rady Zamówień Publicznych w dniu 4 października 2010 r.) s. 2.

²² Obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

²³ Art. 72 dyrektywy 2009/81/WE.

Przy czym pod pojęciem prawa zamówień publicznych²⁴, dla potrzeb niniejszej analizy, autorzy identyfikują zarówno akty prawa krajowego, jak i akty prawne Unii Europejskiej odnoszące się do zamówień publicznych oraz umowy międzynarodowe odnoszące się do zamówień publicznych²⁵, których stroną jest UE. Niezależnie od charakteru tych aktów prawnych (Unii Europejskiej) ich treść będzie bezpośrednio bądź pośrednio kształtować sytuację prawną podmiotów uczestniczących w zamówieniach publicznych realizowanych w Polsce. Przepisy również kształtują sytuację prawną polskich uczestników zamówień publicznych realizowanych w ramach europejskiego (unijnego) rynku zamówień obronnych. Konsekwencją implementacji dyrektywy obronnej jest zmiana funkcjonowania rynku zamówień publicznych w Polsce, który obecnie funkcjonuje w oparciu o nowe przepisy Prawa zamówień publicznych. Warto bowiem podkreślić, iż państwa członkowskie UE nie muszą wcale tworzyć nowych aktów prawnych w celu implementacji dyrektywy obronnej, wystarczy bowiem, że wprowadzą zmiany (o ile jest to możliwe) do istniejących już regulacji w zakresie zamówień publicznych²⁶. Jest to konsekwencją samego charakteru dyrektywy jako źródła prawa Unii Europejskiej, która wiąże państwo co do celu, jaki ma być osiągnięty, pozostawiając mu przy tym swobodę wyboru środków i formy realizacji²⁷.

3. Dotychczasowe regulacje w zakresie zamówień obronnych

Dotychczasowo obowiązującą regulacją prawną w Polsce dotyczącą zamówień obronnych była decyzja nr 291/MON ministra obrony narodowej z 2006 roku. Celem powyższej regulacji było zapewnienie prawidłowego przebiegu zawierania przez komórki organizacyjne Ministerstwa Obrony Narodowej oraz jednostki organizacyjne podległe ministrowi obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy. Decyzja wprowadzała zasady i tryb zawierania umów na przedmiotowy sprzęt, jak również wyjątki dotyczące zamówień realizowanych na podstawie odrębnych decyzji ministra oraz przez jednostki wojskowe przebywające poza granicami kraju. Szczegółowe warunki realizacji zamówień zawarte były w załączniku: wytyczne ministra obrony narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy. Wytyczne wraz z wzorami poszczególnych dokumentów stanowiły *sui generis* „prawo zamówień publicznych” dla zamówień w dziedzinie obronności. Wytyczne określały sposób przygotowania i przeprowadzenia postępowania mającego na celu zawarcie umowy, której przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, natomiast podmiotami zobowiązanymi do stosowania wytycznych były komórki organizacyjne Ministerstwa Obrony Narodowej oraz jednostki organizacyjne podległe ministrowi obrony narodowej. Do zasad prowadzonych postępowań wytyczne zaliczały legalność, gospodarność, celowość i rzetelność oraz równe traktowanie wykonawców. Prowadząc postępowanie zamawiający miał dążyć do unifikacji oraz kompatybilności Sił Zbrojnych z jednoczesnym

²⁴ Na temat pojęcia prawa zamówień publicznych zob. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji, [w:] H. Nowicki, J. Sadowy (red.) XV-lecie Systemu Zamówień Publicznych w Polsce, Toruń-Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych, s. 87 i nast.

²⁵ Przykładem mogą być umowy: 1) Porozumienie w sprawie zamówień publicznych zawarte 15 kwietnia 1994 r. w ramach Światowej Organizacji Handlu (Dz.U.U.E.L.94.336.273 z dnia 23 grudnia 1994 r.), 2) Umowa między Wspólnotą Europejską a Państwem Izrael w sprawie zamówień udzielanych przez operatorów telekomunikacyjnych (Dz.U.U.E.L.97.207.74 z dnia 30 lipca 1997 r.), 3) Umowa między Wspólnotą Europejską a Państwem Izrael w sprawie zamówień publicznych (Dz.U.U.E.L.97.202.85 z dnia 30 lipca 1997 r.).

²⁶ Szerzej: A. Georgopoulos, The New Defence Procurement Directive Enters into Force, Public Procurement Law Review 2010, Vol. 19, s. 2.

²⁷ Zob. J. Galster [w:] J. Galster (red.), Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu, Toruń 2010, TNOiK, s. 328.

racjonalizowaniem kosztów eksploatacji zakupionych dostaw, usług lub robót budowlanych. Tak więc wytyczne zawierały pewne szcztatkowe regulacje dążące do zapewnienia *value for money*. Procedurami, które mogli stosować zamawiający były: przetarg, negocjacje z kilkoma wykonawcami, negocjacje z jednym wykonawcą, aukcja elektroniczna i dwa tryby szczególne w ramach FMS oraz przystąpienia do międzynarodowego programu (w szczególności NAMS0). Sama decyzja określała warunki i procedurę prowadzenie postępowania w ramach poszczególnych trybów, z tym jednak zastrzeżeniem, że procedury prowadzone są na podstawie odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego²⁸, a nie Prawa zamówień publicznych. Konsekwencją przyjęcia takiej regulacji prawnej jest kształtowanie sytuacji prawnej zamawiającego oraz wykonawców przez przepisy prawa prywatnego, a nie przez przepisy (w pierwszej kolejności) Prawa zamówień publicznych. W literaturze występują odmienne próby zaliczenia przepisów Prawa zamówień publicznych do prawa prywatnego czy też do prawa publicznego²⁹. Przepisy ustawy w sposób jednoznaczny wskazują na publicznoprawny charakter unormowań. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 13 września 2001 r.³⁰, w którym to wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawnych. Trudno zresztą uznać za poważny argument, wskazujący na cywilnoprawny charakter tej ustawy, fakt odesłania w ustawie do odpowiedniego stosowania w relacjach zamawiający – wykonawca kodeksu cywilnego³¹. Bezpośrednio z treści ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika uzupełniający charakter odwołań do innych aktów prawnych „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

4. Podstawowe pojęcia i regulacje zawarte w dyrektywie obronnej

Dyrektywa definiuje szereg pojęć³² mających istotne znaczenie zarówno dla jej implementacji, jak i dla przyszłego stosowania tych pojęć w funkcjonującym systemie zamówień publicznych. Do pojęć tych należy zaliczyć definicję: sprzętu wojskowego, sprzętu newralgicznego, newralgicznych robót budowlanych, newralgicznych usług, informacji niejawnych, sytuacji kryzysowej, badań i rozwoju oraz zakupów cywilnych. Definiując sprzęt wojskowy dyrektywa wskazuje, że to sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne, natomiast newralgiczny sprzęt, roboty budowlane lub usługi oznaczają sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Pod pojęciem informacji niejawnych dyrektywa rozumie wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które – w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie

²⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

²⁹ Zob. J. Sadowy, Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu, Wszechnica Polska, Szkoła Wyższa TWP, Warszawa 2007, s. 10; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych, Wprowadzenie, Zakamycze 2004, s. 15; R. Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 7–8.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r. (IVCKN 381/00), w: OSNC 2002r. nr 6, poz. 75, wyrok dotyczył przepisów ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, należy jednak stwierdzić, że pogląd wyrażony w tym wyroku jest również aktualny w stosunku do ustawy Prawo zamówień publicznych.

³¹ Odmienne poglądy zob. np. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 77 i 78.

³² Art. 1 dyrektywy obronnej.

członkowskim – wymagają ochrony³³. W literaturze wskazuje się, że takie zdefiniowanie pojęcia newralgicznego sprzętu, robót budowlanych lub usług, rozszerzyło zakres dyrektywy obronnej o zamówienia w sektorze bezpieczeństwa o niekoniecznie wojskowym charakterze³⁴. Przepisy dyrektywy dokonują również określenia szeregu pojęć mających istotne znaczenie dla procesu jej wdrożenia i stosowania już implementowanych przepisów³⁵. Dyrektywa definiując „instytucję” lub „podmiot zamawiający”, czy też definiując „centralną jednostkę zakupującą” odwołuje się do pojęć zawartych w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE³⁶. Przy czym przepisy dyrektywy będą miały zastosowanie³⁷ do zamówień publicznych³⁸, których przedmiotem są: dostawy wyposażenia wojskowego (w tym części, komponenty lub podzespoły); dostawy newralgicznego wyposażenia (w tym części, komponenty lub podzespoły); roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane dostawami wyżej określonymi; roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi. W okresie poprzedzającym implementację zakładano, że podmiotami zobowiązanymi do stosowania implementowanych przepisów dyrektywy w zakresie zamówień dotyczących bezpieczeństwa i obronności, będą zamawiający określani przepisami art. 3 ust. 1 pkt. 1–4 Prawa zamówień publicznych. Polski prawodawca przyjął jednak, zgodnie z wymaganiami określonymi w dyrektywie 2004/18/WE, zastosowanie procedur uproszczonych do zamówień obronnych, których wartość będzie niższa od tzw. progów unijnych.

5. Implementacja dyrektywy obronnej do polskiego porządku prawnego

Państwa członkowskie zostały zobowiązane do dokonania implementacji przepisów dyrektyw do dnia 21 sierpnia 2001 roku, w tym wydania i opublikowania przepisów ustawowych oraz wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do jej wykonania. Zgodnie z przyjętymi procedurami w UE państwa członkowskie zostały zobowiązane do przekazania tych przepisów komisji³⁹.

Implementacja postanowień dyrektywy obronnej do polskiego porządku prawnego została dokonana przepisami ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴⁰, które weszły w życie w dniu 20 lutego 2013 r.

Nowelizacja dodała w dziale III ustawy Pzp rozdział 4a o tytule „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”, którego przepisy stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających, jeżeli przedmiotem zamówienia są:

³³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

³⁴ Szerzej: T. Briggs, *The New Defence Procurement Directive*, *Public Procurement Law Review* 2009, Vol. 18, s. 132.

³⁵ Do tych pojęć można zaliczyć, między innymi, pojęcie: władze publiczne, sytuacja kryzysowa, badania i rozwój, zakupy cywilne.

³⁶ Art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004.18/WE oraz art. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

³⁷ Art. 2 dyrektywy obronnej.

³⁸ Dyrektyw wprowadza również zamówienia, które zostały objęte wyłączeniem, do których zaliczono zamówienia udzielane na podstawie procedur międzynarodowych oraz wyłączenia szczególne – art. 12 i 13 dyrektywy.

³⁹ Art. 72 dyrektywy 2009/81/WE.

⁴⁰ Dz. U. poz. 1271.

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów,
- 2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów,
- 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2 powyżej, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu,
- 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Przepisy omawianego rozdziału mają również zastosowanie do zamówień obejmujących jednocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych⁴¹. Z tych samych przyczyn przepisy Pzp nie znajdują jednak zastosowania do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie ustawy, przy czym zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur określonych przepisami Pzp łączyć innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Wreszcie, zgodnie z przepisem art. 131b ustawy Pzp, nie stosuje się jej przepisów do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Oznacza to, że przepisy ustawy stosuje się jedynie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których przedmiotem są dostawy lub usługi, jeśli wartość zamówienia jest równa bądź przekracza tzw. progi unijne.

6. Udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Podstawowymi trybami udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są przetarg ograniczony albo negocjacje z ogłoszeniem. Zamawiający może również udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, jednakże jedynie spełniając przesłanki przewidziane przepisami rozdziału 4a działu III Pzp.

Jeśli zamawiający zechce wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w jednym z ww. trybów, podstawą będą odpowiednie przepisy ustawy, tzn. art. 47-53 (dot. przetargu ograniczonego) oraz art. 54-60 (dot. negocjacji z ogłoszeniem), z modyfikacjami wprowadzonymi w rozdziale dotyczącym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przykładem jest przepis art. 131j ust. 1, który wprowadza zmianę w stosunku do art. 51 ust. 1 oraz art. 57 ust. 2 Pzp, stanowiąc, że zamawiający udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, zaprasza do składania odpowiednio ofert, ofert wstępnych albo udziału w dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. W ramach „klasycznych” procedur, liczba tych wykonawców powinna nie być

⁴¹ Szerzej: E. Zglińska, Zakres przedmiotowy i podmiotowy stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, [w:] Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, pod redakcją J. Sadowego i B. Brańko, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych, s. 73-89.

mniejsza niż 5 (w przypadku przetargu ograniczonego zawsze, natomiast w przypadku negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego 5 wykonawców jest wymaganych w postępowaniach o wartości powyżej tzw. progów unijnych).

Zamawiający, po przeprowadzeniu postępowania, może również zawrzeć z wykonawcami umowę ramową, co do zasady, na okres nie dłuższy niż 7 lat⁴². Okres ten może być dłuższy, jeżeli jest to konieczne ze względu na wystąpienie nadzwyczajnych okoliczności, przy uwzględnieniu oczekiwanego okresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana wykonawcy. Ponadto, zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykorzystując dialog techniczny oraz aukcję elektroniczną⁴³.

Możemy więc zauważyć, iż w zakresie trybów udzielania zamówień rysują się duże różnice pomiędzy zamówieniami klasycznymi a zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Podstawowymi trybami w zamówieniach klasycznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, natomiast w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są to przetarg ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem. W przypadku zamówień klasycznych możliwość korzystania z trybu negocjacji z ogłoszeniem jest jednak ograniczona, ponieważ wymaga spełnienia określonych warunków⁴⁴.

Nowelizacja wprowadziła całkiem nową instytucję zawieszenia postępowania, którą może zastosować zamawiający, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest zbyt niska, aby zagwarantować rzeczywistą konkurencję. Stanowi o tym przepis art. 131j ust. 2 Pzp. Warto w tym miejscu podkreślić, iż przepis ten nie mówi o zagwarantowaniu konkurencji, czy też, w ślad za art. 7 ust. 1 Pzp, uczciwej konkurencji, lecz o „rzeczywistej konkurencji”. Wydaje się, że jest to raczej błąd językowy ustawodawcy niż próba stworzenia jakiejś „kwalifikowanej” formy konkurencji. W sytuacji opisanej powyżej, zamawiający może zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, albo unieważnić postępowanie i wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Kryteriami oceny ofert w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, takie jak koszt cyklu życia produktu, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne. Zamawiający może również skorzystać z kryteriów oceny ofert wymienionych w art. 91 ust. 2 Pzp, takich jak jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Ustawa zdefiniowała także cykl życia produktu, wskazując, że należy przez to rozumieć wszelkie możliwe kolejne fazy istnienia danego produktu, to jest: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie⁴⁵.

⁴² Art. 131i ust. 1 Pzp.

⁴³ Zob.: J. Czarnecka, Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, [w:] Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, op. cit., s. 117.

⁴⁴ Tak również: J. Czarnecka, op. cit., s. 127.

⁴⁵ Art. 2 pkt 1a Pzp.

Udzielanie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa podlega wielu ograniczeniom, których występowanie jest uzasadnione specyfiką omawianych zamówień publicznych. Ograniczenia te można chociażby zaobserwować w katalogu podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z przepisem art. 131d ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień, jednakże zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw. Istotnym elementem udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa jest bezpieczeństwo dostaw, a w szczególności ochrona informacji niejawnych⁴⁶, która rzutuje na warunki udziału w postępowaniu, zobowiązania wykonawców i podwykonawców w tym zakresie, możliwości ingerencji zamawiającego w kwestię doboru pracowników wykonawcy, zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia czy też uzasadnianie pewnych decyzji zamawiającego. Obowiązki wynikające z konieczności zapewnienia ochrony informacji niejawnych spoczęły również na Krajowej Izbie Odwoławczej, która musi się dostosować do konieczności orzekania w sprawach dotyczących zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Z bardziej interesujących rozwiązań wynikających z implementacji dyrektywy obronnej, warto wymienić konstrukcję dopuszczania podwykonawców w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Na potrzeby ww. zamówień ustawa zdefiniowała nawet pojęcie „umowy o podwykonawstwo”, przez które należy rozumieć umowę o charakterze odpłatnym, zawieraną w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem⁴⁷. Zgodnie z przepisem art. 131m ust. 1 Pzp zamawiający może zobowiązać wykonawcę do zawarcia umowy o podwykonawstwo, określając w ogłoszeniu o zamówieniu przedział wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który ma być przedmiotem umowy o podwykonawstwo, przy czym ustawowo zostało określone, że łączna wartość umów o podwykonawstwo, które wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć, nie może przekroczyć 30% wartości zamówienia udzielonego wykonawcy. Jeśli zamawiający skorzysta z opisywanego uprawnienia, wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy o podwykonawstwo w zakresie procentowej wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jakiej wymaga od niego zamawiający. Najistotniejszy jest fakt konieczności wyboru podwykonawców z zastosowaniem konkurencyjnej procedury, rozpoczynającej się ogłoszeniem o zamówieniu na podwykonawstwo. Jak wskazuje A. Kowalski, *ratio legis* omawianego przepisu art. 131n Pzp sprowadza się do stworzenia ułatwień w dostępie do rynku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa małym i średnim przedsiębiorstwom, którym trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, przy jednoczesnym zagwarantowaniu wykonawcom z sektora MŚP równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego⁴⁸. Wybór podwykonawców w procedurze konkurencyjnej nie gwarantuje stu procentowo

⁴⁶ Szerzej: J. Niklewicz, Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne, [w:] Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, op. cit., s. 91–113.

⁴⁷ Art. 131m ust. 2 Pzp.

⁴⁸ A. Kowalski, Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, [w:] Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, op. cit., s. 136.

jednak ich udziału w postępowaniu, ponieważ zgodnie z przepisem art. 131r ust. 1 Pzp zamawiający, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę w przypadku niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia.

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stanowią jeden z kluczowych elementów prowadzenia polityki obronnej państwa. Ich prawidłowe udzielanie stanowi istotną gwarancję zapewnienia bezpieczeństwa państwa oraz ochrony jego obywateli. Z uwagi na przedmiot omawianych zamówień, ich specyficzny charakter i kompleksowość, a także konieczność wykorzystywania informacji niejawnych, odpowiednie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zapewnia nie tylko legalność procedur, lecz również ochronę podstawowych interesów państwa. Stąd też dobrze się stało, iż ustawodawca zdecydował się na tak dokładną implementację postanowień dyrektywy obronnej.

§ 17. UMOWA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

1. Kształtowanie treści umowy

Zamówienia publiczne to odpłatna umowa cywilnoprawna o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, mająca za przedmiot dostawy, usługi lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 Pzp). Dlatego zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp stosuje się do nich przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy stanowiące *lex specialis* prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Oznacza to, że zamówienia publiczne nie są objęte swoistym typem umowy¹, lecz funkcjonują w ramach ogólnej swobody kontraktowej, jako kontrakty nazwane, nienazwane lub mieszane, stąd na gruncie kodeksowej typologii umów przepisy kodeksu stosuje się wprost, a nie odpowiednio. Pomimo licznych ograniczeń swobody kontraktowej prawo zamówień publicznych nie przesądza jednak o tym, kiedy i jakie transakcje mogą zawierać instytucje zamawiające². W zasadzie autonomicznie decydują one o wyborze sposobu zaspokajania potrzeb publicznych (umownie lub bezumownie) oraz typu ewentualnej umowy. Nieliczne ograniczenia wynikają z przepisów odrębnych, zwłaszcza w sferze zaspokojenia potrzeb pożyczkowo-kredytowych. Podstawowe znaczenie w zamówieniach publicznych mają umowy obligacyjne. Nie można jednak wykluczyć zastosowania prawa zamówień publicznych do innych rodzajów kontraktów o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, zwłaszcza z zakresu stosunków prawno-rzeczowych wynikających z umów zastawniczych oraz użytkowania rzeczy ruchomych. Wprowadzony z uwagi na potrzebę zróżnicowania wymagań proceduralnych podział zamówień na trzy kategorie: dostawy, usługi i roboty budowlane nie przystaje do tradycyjnej typologii kontraktów. Powyższy trójpodział zamówień wyczerpuje się w sferze proceduralnej poprzedzającej udzielenie zamówienia, natomiast sama umowa podlega już bardziej szczegółowym rozwiązaniom kwalifikacyjnym charakterystycznym dla poszczególnych typów kontraktowych.

Przez dostawy rozumie się nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr (energii, zwierząt), zwłaszcza na podstawie umów sprzedaży, dostawy, kontraktacji produktów rolnych, o przeniesienie praw, a także najmu, dzierżawy, leasingu i licencji (art. 2 pkt 2 Pzp). Chodzi zatem nie tylko o umowy o przeniesienie własności rzeczy, energii bądź praw, lecz również o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw. W ramach tych „praw” wyróżnić trzeba także prawa związane z własnością intelektualną: autorskie i wynalazcze, udziałowe oraz prawa z papierów wartościowych. Robotami budowlanymi są prace polegające na wykonaniu (lub zaprojektowaniu i wykonaniu) obiektu budowlanego albo inne prace określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 3 grudnia 2013 r. w sprawie wykazu robót budowlanych³, natomiast obiekt budowlany to wynik całości robót budowlanych z zakresu budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 pkt 5d i 8 Pzp). W zakresie zamówień budowlanych, w zależności od okoliczności, w rachubę wchodzi co najmniej trzy typy umów: o roboty budowlane (art. 647

¹ Pogląd przeciwny wyraził SN w powołanym wyżej wyroku z 13 września 2001 r., odchodząc od niego w wyroku z 10 kwietnia 2003 r. (III KKN-1320/00), OSNC 2004, nr 7–8, poz. 112 podkreślił że udzielanie i realizacja zamówień publicznych następuje przy zastosowaniu instrumentów cywilnoprawnych, a wolą ustawodawcy nie było wyodrębnienie swoistego typu kontraktu, lecz jedynie selektywne ograniczenie swobody umownej.

² V. Emmerich: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 644.

³ Dz. U. 2012, poz. 1372.

kc), o dzieło (art. 627 kc) oraz koncesja budowlana. Za zamówienie budowlane uważa się umowę o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, choć takie zamówienie kwalifikować trzeba jako umowę mieszaną w oparciu o art. 647 kc (roboty) oraz art. 627 kc (projekt). Jeśli nie umówiono się inaczej, materiały i inne środki na wykonanie robót lub usług zapewnia wykonawca (materiał dzieli losy robocizny). Stąd w świetle art. 6 ust. 3 Pzp do zamówień obejmujących równocześnie roboty budowlane i dostawy niezbędne do ich wykonania stosuje się wyłącznie przepisy dotyczące robót budowlanych. Z kolei usługi to wszelkie prace albo inne świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane ani dostawy, lecz świadczenia objęte rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym⁴ (art. 2 pkt 10 Pzp). Ze względu na potrzebę uproszczeń pojęcie usług w zamówieniach publicznych oderwano od tradycyjnego ich ujęcia, jako prac i podobnych czynności spełnianych na rzecz innej osoby (od „usługi”). Dlatego do usług zalicza się też świadczenia z umów o przejęcie ryzyka lub szansy: z ubezpieczenia, poręczenia lub gwarancji. W ramach powyższego trójpodziału zamówień, pojęcie usług ma zatem charakter dopełniający. Konsekwencje tej systematyki zamówień mają jednak wyłącznie znaczenie proceduralne, ponieważ chodzi głównie o różnicowanie wymagań związanych z udzielaniem zamówień. Rygory przy zamawianiu dostaw są nieco łagodniejsze niż przy zamawianiu usług, natomiast wymagania z zakresu udzielania zamówień budowlanych są najsurowsze. W odniesieniu zaś do zawierania, a także do wykonywania umów o zamówienia publiczne, aktualna jest kodeksowa oraz pozakodeksowa typologia kontraktów cywilnoprawnych.

Ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych dotyczące przede wszystkim sposobu zawarcia umowy, jej formy oraz wyboru kontrahenta, bynajmniej nie przekreślają zupełnie wolności umów. W sprawach, które nie zostały odrębnie unormowane właściwe są przepisy ogólne. W rezultacie w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych przepisy kodeksu cywilnego stosuje się subsydiarnie (art. 14 Pzp). Nieliczne zaś ograniczenia swobody w sferze kształtowania treści umowy związane są bezpośrednio z jej celowym przeznaczeniem, zorientowanym na zaspokojenia potrzeb publicznych, a także z koniecznością ochrony interesu publicznego, aktualną zwłaszcza w razie kolizji z interesem prywatnym. Z tych właśnie względów zamawiającego obciąża ustawy obowiązek wiążącego zaprojektowania umowy (formularza) lub wykazu jej istotnych postanowień (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). Nawet w przypadku zastosowania odformalizowanego trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki zamawiający powinien dysponować wstępnym projektem umowy, stanowiącym podstawę negocjacji kontraktu finalnego (art. 68 ust. 1 Pzp). Wiążący charakter projektowanych postanowień umowy w procedurach ofertowych zbliża proces kontraktowania do zawierania umów adhezyjnych. Ubiegający się o zamówienie konkurenci są dopuszczani do indywidualnych negocjacji warunków umowy jedynie w przedprzetargowych fazach pertraktacji prowadzonych zwłaszcza w ramach dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem albo bez ogłoszenia. W toku przetargu negocjacje są wykluczone. Konkurentom pozostaje tylko zwalczanie krzywdzących klauzul umownych na drodze odwoławczej. Nie do przyjęcia jest spotykany niekiedy w praktyce pogląd jakoby jurysdykcja KIO była wyłączona w zakresie korygowania bezprawnych (dyskryminacyjnych) klauzul umownych. Projektowane warunki umowy stanowią przecież integralną część warunków zamówienia. Do standardowych należą takie klauzule jak określające: przedmiot zamówienia, termin jego wykonania, podstawy obliczenia wynagrodzenia, współdziałanie zamawiającego z wykonawcą, kary umowne itd. Stanowiące podstawę jurysdykcji KIO kryterium legalności uzasadnia zaskarżenie jedynie klauzul naruszających bezwzględnie wiążące przepisy ustawy (np. sprzecznych z ustawową definicją zobowiązania z art. 353 kc, skutkujących niemożliwością świadczenia w ujęciu art. 387 § 1 kc, przewidujących dłuższy niż 30-dniowy termin zapłaty bądź podwyższenie wynagrodzenia

⁴ Dz. U. Nr 12, poz. 68.

ryczałtowego z naruszeniem art. 632 kc, modyfikujących bieg terminu przedawnienia w sprzeczności z art. 119 kc), natomiast nie można zasadnie kwestionować projektowanych przez zamawiającego kar umownych (art. 483 kc), zbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia (art. 455 kc), czy zaostżenia odpowiedzialności z rękojmi za wady (art. 558 kc), jeśli nie prowadzi to do niemożliwości świadczenia.

Projektowana umowa powinna zawierać wszystkie istotne dla stron postanowienia (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp), a zatem elementy przedmiotowo istotne (konieczne), jak i elementy uzasadnione in casu interesami stron. W szczególności w imię ochrony interesu publicznego, w zgodzie z naturą zobowiązania (terminowego), a także w nawiązaniu do zasady obligatoryjnego dochodzenia roszczeń (art. 42 ust. 5 ufp) zamawiający powinien optymalnie kształtować postanowienia umowy, nie naruszając bezwzględnie wiążących przepisów ustawy. Rolą zaś przepisów dyspozytywnych (liczebnie dominujących) jest zapewnienie regulacji praw i obowiązków stron na wypadek ich pominięcia w umowie. Oczywiście zamawiający nie może zapominać o interesach wykonawcy, ich lekceważenie w ramach adhezyjnego mechanizmu związania obligacyjnego grozi spadkiem konkurencyjności postępowania. Poza tym z uwagi na stopień ochrony interesów stron umowa powinna być „symetryczna”. Przykładowo, gdy zamawiający zastrzega kary umowne obciążające wykonawcę powinien konsekwentnie dopuścić także karę umowną przeciwko sobie za uchylenie się od współdziałania z wykonawcą, choć obecnie zamawiający nie ma – niestety – ustawowego obowiązku zastrzegania jakichkolwiek kar umownych⁵.

Do koniecznych elementów umowy należy określenie przedmiotu zamówienia, wysokości ceny (wynagrodzenia) bądź podstaw do jej obliczenia oraz terminu wykonania zamówienia. Są one zdeterminowane treścią wybranej oferty. Stąd w celu przeciwdziałania (wywodzącym się jeszcze z poprzedniego okresu) praktykom wykraczania w umowie poza opis przedmiotu zamówienia ustalony w warunkach zamówienia przepis art. 140 ust. 1 Pzp stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Obowiązujący przejściowo art. 140 ust. 2 Pzp dopuszczający nieistotne odstępstwa od tego wymogu został skreślony w 2008 r. z inicjatywy Komisji Europejskiej, jako sprzeczny z europejskimi zasadami przejrzystości i równości oraz regułami uczciwej konkurencji. Sankcją naruszenia powyższego zakazu przy zawarciu umowy finalnej, a tym bardziej później w wyniku jej zmiany, jest unieważnienie umowy w części wykraczającej poza określenie jej przedmiotu zawarte w warunkach zamówienia.

Zgodnie z zasadą nominalizmu (art. 358¹ kc) także wysokość należnej wykonawcy ceny (wynagrodzenia) musi być stabilna, stąd wyklucza się możliwość jej podnoszenia pod rygorem unieważnienia. Zaniechanie ustalenia ekwiwalentu pieniężnego skutkuje nieważnością umowy (art. 58 § 1 kc). Udzielając zamówienia długoterminowego, zwłaszcza większej wartości zamawiający powinien z góry dopuścić stosowną indeksację ceny, zastrzegając w umowie wskaźnik automatycznej korekty na wypadek zmiany siły nabywczej pieniądza⁶. Wynikających z niej konsekwencji zamawiający nie może bowiem przerzucać na wykonawcę, który wobec niemożności żądania podwyżki należnego ekwiwalentu pieniężnego oraz w obliczu strat, zmuszony jest niekiedy porzucić zamówienie godząc się nawet na zapłatę mniej dotkliwych kar umownych, pozostawiając zamawiającego z trudnościami związanymi z niedokończonym zamówieniem. W sytuacjach szczególnych dopuszczalne jest powództwo o zmianę wysokości ceny (wynagrodzenia) lub o rozwiązanie umowy przez sąd na pod-

⁵ Obowiązek taki przewidywało przedwojenne rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego, a także ustawa z 1994 r. o zamówieniach publicznych. Por. B. Wilczyńska: Kara umowna w zamówieniach publicznych, PZP 2010, nr 4, s. 27 i n.

⁶ Ze względu na planowany charakter wydatków ze środków publicznych trzeba też wskazać maksymalną wartość zobowiązania pieniężnego.

stawie art. 357¹ kc⁷. Mniej rygorystyczne powództwo z art. 358¹ § 3 kc na ogół odpada, ponieważ nie przysługuje przedsiębiorcom. Obok niebezpieczeństwa zmiany siły nabywczej pieniądza wykonanie zobowiązania niepieniężnego mogą utrudniać także nieprzewidziane koszty realizacyjne. Powstrzymanie się z ustaleniem wysokości wynagrodzenia z góry w umowie, z zastrzeżeniem jego późniejszego obliczenia po wykonaniu świadczenia niepieniężnego, możliwe w stosunkach obrotu powszechnego (por. np. art. 628 kc) w zamówieniach publicznych odpada (art. 36 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp). Przede wszystkim z uwagi na celowy (planowy) charakter wydatków ze środków publicznych i generalną potrzebę ochrony interesu publicznego przez wyzyskiem.

Wynagrodzenie ryczałtowe albo kosztorysowe to dwie formy należnego wykonawcy wynagrodzenia za usługi lub roboty budowlane. Wysokość wynagrodzenia w zakresie obu jego form ustala się na podstawie stosownej kalkulacji ofertowej (tzw. kosztorys ofertowy) w ramach zastrzeżonego sposobu obliczenia ceny ofertowej. Różnice dotyczą wyłącznie sposobu korygowania wysokości umówionego wynagrodzenia. Aktualny w sferze zamówień budowlanych, a także co do niektórych umów dotyczących usługi art. 632 kc wyklucza zmianę wysokości umówionego ryczałtu, nawet w wypadku, gdy w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W rezultacie wykluczona jest także jakakolwiek indeksacja wynagrodzenia. Ryczałt pociąga zatem ryzyko dla obu stron, w tym również dla zamawiającego, gdyż może się okazać, że nawet oszczędności osiągnięte w trakcie realizacji zamówienia nie pozwalają na obniżkę ryczałtu. W polskiej praktyce zamawiający preferują – niestety – formę wynagrodzenia ryczałtowego, zazwyczaj z obawy przed wzrostem rzeczywistych kosztów zamówienia spowodowanych błędami w jego opisie. W zakresie zamówień budowlanych swoistą plagą stały się nagminne usterki w dokumentacji projektowej uzasadniające zbyt częste zamówienia dodatkowe. Formuła wynagrodzenia ryczałtowego pozwala na ograniczenie ich liczby oraz na przerzucenie kosztów niezbędnych korekt na wykonawcę, który z kolei zmuszony zostaje do poszukiwania nie całkiem zasadnych oszczędności, co w ostatecznym rozrachunku godzi w interesy publiczne. Jedynie wyraźne poszerzenie zakresu rzeczowego zamówień uzasadnia udzielenie zamówienia dodatkowego. Poprawę sytuacji należy łączyć z koniecznym zdyscyplinowaniem zamówień na prace projektowe (zaostreniem odpowiedzialności projektanta z tytułu kar umownych, egzekwowaniem odpowiedzialności za szkody wywołane wadami projektu, starannym odbiorem jakościowym przedłożonej zamawiającemu dokumentacji itd.). Z kolei bardziej sprawiedliwe wynagrodzenie kosztorysowe wymaga weryfikacji w związku z odbiorem przedmiotu co do rzeczywistych kosztów prac. Za nakłady nie poniesione wynagrodzenie podlega obniżeniu bez potrzeby zmiany umowy, co wynika z zasady ekwiwalentności ze świadczeń. Za wszelkie zaś czynności i inne nakłady dodatkowe, nawet gdy nie prowadzą do zwiększenia zakresu przedmiotowego zamówienia, należy się dodatkowe wynagrodzenie, pod warunkiem jednak, że prace te zostaną objęte zamówieniem dodatkowym (jednorazowym lub wielokrotnym), ponieważ żądanie wynagrodzenia odpada, jeśli prace dodatkowe zrealizowano bez zgody zamawiającego. Udzielanie zamówień dodatkowych temu samemu zamawiającemu w praktyce bywa uciążliwe, ponieważ nie zawsze są podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp). Naturalną cechą wynagrodzenia kosztorysowego jest możliwość jego indeksacji, nawet przy łącznym zastosowaniu wielu wskaźników w odniesieniu do poszczególnych jego składników.

⁷ Jest to jednak zagadnienie dyskusyjne w piśmiennictwie. Por. zwłaszcza T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia - zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 47. Praktyka jednak dopuszcza sądową waloryzację wynagrodzenia na podstawie art. 357¹ kc. Więcej o tym w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, pn. „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku ze zmianą stawki VAT”, zamieszczonej na stronach internetowych Urzędu.

Termin wykonania zamówienia to czas niezbędny na zrealizowanie świadczenia niepieniężnego obciążającego wykonawcę (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Przy dostawach jedнокrotnych jest on na ogół krótki, ponieważ przygotowanie dostawy nie wchodzi w zakres zobowiązania wykonawcy. Polega ono zazwyczaj jedynie na przeniesieniu własności przedmiotu zamówienia i jego wydaniu, na co wystarcza chwila lub czas nie przekraczający jednego dnia. Wyjątki dotyczą jednak dostaw sukcesywnych, produkcji na zamówienie (art. 605 kc), czy kontraktacji produktów rolnych (art. 613 kc). Zupełnie inaczej jest z robotami i większością usług, przy których zobowiązanie obejmuje cały proces czynnościowy, choćby przedmiotem odbioru był jedynie sam rezultat prac. Wykonawca staje się dłużnikiem już od początku, od momentu wymagalności czynności przygotowawczych, a zamawiającemu przysługuje prawo kontroli postępów prac. Przykładowo zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło bądź roboty budowlane, jeśli wykonawca spóźni się z rozpoczęciem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w umówionym czasie (art. 635 kc). Zamawiający wyznacza termin zamówienia jako rozmiar czasu niezbędnego wykonawcy, z uwzględnieniem charakteru zamawianego świadczenia. Nie powinien być on zbyt krótki (choć może uzasadniać prowadzenie prac poza normalnym czasem pracy, a nawet w niedzielę lub święta), ponieważ w przeciwnym wypadku staje się przyczyną niepotrzebnego sporu co do odpowiedzialności za spóźnienie wykonawcy.

Wyróżnia się dwa rodzaje terminów: termin „chwila” lub „data” albo termin „okres”. W każdym wypadku chodzi o zdarzenie przyszłe i pewne. Ten drugi termin wyznacza się w dniach, tygodniach, miesiącach itd. Nie ma jednak przeszkód, aby rozpoczęcie biegu sztywnego terminu-okresu odpowiednio uwarunkować. np. od dnia podpisania umowy albo od dnia przekazania wykonawcy placu budowy. Obok terminu wykonania zamówienia w umowie fakultatywnie określa się na ogół także inne terminy, np. odbioru przedmiotu zamówienia, zapłaty czy na podjęcie współdziałania z wykonawcą. Niekiedy też potrzeby zamawiającego wymagają stosownego „podziału” terminu wykonania zamówienia na mniejsze okresy. W szczególności ze względu na dopuszczenie możliwości odbioru przedmiotu w częściach stosuje się odpowiedni harmonogram albo gdy wymaga tego skuteczna kontrola stopnia zaawansowania prac.

Zamawiający tylko wyjątkowo może odstąpić od wyznaczenia terminu wykonania zamówienia, a mianowicie w odniesieniu do wskazanych w art. 143 ust. 1 Pzp zamówień o charakterze ciągłym, którym wolno nadać status zobowiązań bezterminowych, rozwiązywanych w drodze wypowiedzenia, na dostawy wody, gazu lub ciepła z sieci, świadczenie usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego, a także w zakresie licencji na oprogramowanie komputerowe. W obrocie powszechnym zaniechanie wskazania terminu wykonania zamówienia uzasadnia zastosowanie art. 455 kc (wymagalność świadczenia wynika z właściwości zobowiązania lub z wezwania dłużnika do jego wykonania), natomiast w odniesieniu do zamówień publicznych stanowi przyczynę bezwzględnej nieważności umowy (art. 58 § 1 kc).

Spośród klauzul dodatkowych w umowie o zamówienie publiczne doniosłe znaczenie ma zwłaszcza określenie: warunków zapłaty należności, warunków zaliczkowania wykonawcy, zasad współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy realizacji zobowiązania niepieniężnego, kar umownych, wydłużonego terminu rękojmi za wady oraz ewentualnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci kaucji gwarancyjnej, ponieważ pozostałe formy zabezpieczeń wymagają odrębnej czynności prawnej (zob. pkt 6). Obowiązuje wymóg rozliczeń bezgotówkowych, dopuszczalne formy zapłaty wynikają z prawa bankowego (polecenie przelewu, czek rozrachunkowy, akredytywa itd.). Zgodnie zaś z art. 5 ustawy z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych⁸, jeżeli

⁸ Dz. U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.

w umowie zastrzeżono termin dłuższy niż 30 dni wykonawca może żądać od zamawiającego odsetek ustawowych, poczynwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu faktury. Zastrzeżenie przeciwne jest nieważne, wykonawcy należą się odsetki po 30 dniach. Są jednak wyjątki. Osoby weryfikujące podstawy zapłaty w jednostkach sektora finansów publicznych ponoszą odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansowej za dopuszczenie do zapłaty tych odsetek. Dlatego istotne znaczenie mogą mieć też przejrzyste zasady odbioru przedmiotu zamówienia, zapobiegające nieporozumieniom co do rozpoczęcia biegu terminu zapłaty należności. Pozostałe sfery współdziałania zamawiającego z wykonawcą (por. art. 384 §2 kc) są również doniosłe, zwłaszcza w zamówieniach na usługi lub roboty budowlane. Jeśli bowiem do wykonania zobowiązania potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, którego brak, wykonawca może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym jego upływie odstąpi od umowy (art. 640 kc).

Zamawiający może udzielić wykonawcy zaliczki pieniężnej na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taką dopuścił z góry w ogłoszeniu lub siwz (art. 151a Pzp). Wprawdzie zaliczka stanowi przedmiot umowy dodatkowej, ale nie ma przeszkód żeby była zastrzeżona w umowie podstawowej (dwa zobowiązania w jednym akcie)⁹. Zaliczkowanie wykonawcy jest wyłączone w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki. Zamawiający spoza sektora finansów publicznych, a także działający w sferze samorządowej mogą udzielać zaliczek w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień, natomiast pozostali zamawiający tylko w zakresie zamówień finansowanych ze środków europejskich albo gdy ich przedmiotem są roboty budowlane. Na realizację dostaw zaliczek ze środków krajowych udzielać można jednak w zamówieniach z zakresu obronności lub bezpieczeństwa (art. 131w Pzp). Zaliczka jest celowa. Może być udzielona tylko na sfinansowanie kosztów wykonania zamówienia, które trzeba dokładnie określić w umowie. Sprzeniewierzenie zaliczki oraz jej wydatkowanie na inne cele jest karalne, a ponadto uzasadnia żądanie niezwłocznego zwrotu zaliczki. Rozliczenie zaliczki zazwyczaj w trybie potrącenia wierzytelności następuje w związku z odbiorem całkowitym lub częściowym przedmiotu zamówienia. W tym drugim wypadku udzielenie kolejnej zaliczki następuje pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że prawidłowo wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek. Zamawiający może żądać od wykonawcy ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia zwrotu zaliczki na zasadach właściwych dla zabezpieczeń kontraktowych, określonych w art. 148 ust. 1–2 Pzp. Jeżeli przewidywana wartość zaliczek sięga 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, ustanowienie zabezpieczenia jest obligatoryjne.

Kara umowna stanowi zryczałtowane odszkodowanie pieniężne, obok funkcji rekompensacyjnej spełnia także doniosłą funkcję prewencyjną (art. 483 kc). Można ją zastrzec na wypadek niewykonania lub którejkolwiek z postaci nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Odpada zaś w odniesieniu do zobowiązań pieniężnych. Od wieków stanowi atrakcyjne remedium na niedostatki działającej z mocy samego prawa odpowiedzialności odszkodowawczej, z licznymi przesłankami egzoneracyjnymi i wymogiem udowodnienia wysokości poniesionej szkody. Wprawdzie zależna od winy wykonawcy kara umowna została całkowicie oderwana od szkody i jej wysokości, jednak jej celem jest właśnie naprawienie szkody¹⁰. Ułatwia to znacznie dochodzenie pretensji „ucinając” dyskusję co do wysokości ewentualnego uszczerbku po stronie zamawiającego¹¹. W razie sporu jej

⁹ Więcej o charakterze prawnym zaliczki R. Szostak: Zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia, PZP 2009, nr 4, s. 63 i n.

¹⁰ Por. uchwałę 7 sędziów SN z 6 listopada 2003 r. (III CZP-61/03), OSNC 2004, nr 5, poz. 69.

¹¹ Więcej o przesłankach odpowiedzialności B. Wilczyńska: op. cit., s. 32 i n.

zasądzenie staje się nieuchronne, chyba że wykonawca zasadnie wystąpi o obniżenie umówionej stawki, w trybie tzw. miarkowania kary (art. 484 § 2 kc). Jeśli w umowie nie postanowiono inaczej, żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary (dodatkowego) nie jest dopuszczalne. Konstruując zatem klauzulę o karze trzeba dla każdej z nich wskazać: a) tytuł w postaci rodzaju nieprawidłowości, b) stawkę według spodziewanego uszczerbku majątkowego: kwotową, a przy braku możliwości jej ustalenia – procentową oraz konieczne w sferze zamówień publicznych, c) zastrzeżenie, że zapłata kary nie pozbawi zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, jeśli kwota kary nie pokryje doznanego uszczerbku.

Odpowiedzialność za wady przedmiotu zamówienia wynika z ustawowej rękojmi, a nie zastrzeżenia umownego. Jej reżim może być co najwyżej przez strony zastrzygnięty, złączenie zaś odpada z uwagi na publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń oraz wymóg dochowania szczególnej staranności w zarządzaniu majątkiem publicznym. Przewidziany na reklamowanie wad termin rękojmi wynosi jeden rok, a gdy chodzi o wady budynku – 3 lata (art. 568 kc). W odniesieniu do odpowiedzialności za wady publicznych obiektów budowlanych są to okresy niewystarczające (np. jeden rok w odniesieniu do mostu)¹², skoro w świetle prawa innych krajów UE jest to okres co najmniej 5-letni¹³. Do czasu usunięcia tego mankamentu legislacyjny regularnie zastrzegać trzeba przedłużenie terminu ustawowej rękojmi co najmniej do 5 lat, na podstawie art. 558 §1 kc¹⁴. W zakresie zamówień finansowanych ze środków europejskich ma to szczególne znaczenie z uwagi na wieloletni okres kontroli efektywności przedsięwzięcia.

Wydłużenie natomiast całkowitego okresu odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu poprzez żądanie udzielenia dodatkowej gwarancji jakości (art. 577 kc) stanowi obecnie przyczynę licznych nieporozumień. Gwarancja jakości jest teraz instytucją w pełni dobrowolną. Dlatego właśnie w 2009 roku skreślono zd. 2 w art. 147 ust. 2 Pzp stanowiące podstawę do żądania stosownego zabezpieczenia wynikających z niej roszczeń. Poza tym w warunkach obrotu rynkowego gwarancji jakości udzielają zazwyczaj wcześniejsze ogniwa obrotu: producenci lub importerzy, w celach promocyjnych¹⁵, a nie bezpośredni wykonawcy zamówień publicznych. Wykonawca zamówienia publicznego przenosi jedynie na zamawiającego zobowiązanie gwarancyjne, zawarte w stosownym dokumencie, umożliwiając w ten sposób nawiązanie stosunku gwarancyjnego między odległymi ogniwami obrotu. Nie ma przeszkód, aby doszło do tego na zasadzie dobrowolności. Zgodnie z art. 579 kc, zamawiający może wykonywać uprawnienia z ustawowej rękojmi przeciwko wykonawcy, niezależnie od uprawnień gwarancyjnych wobec producenta (importera). Wykonawca ma zaś swoisty interes w „przeniesieniu” gwarancji, licząc że zamawiający skieruje swoje pretensje na drogę serwisu gwarancyjnego i nie będzie w ogóle zainteresowany równoległą działającą rękojmią.

Indywidualnego projektu umowy nie można utożsamiać z nadającymi się do wielokrotnego zastosowania ogólnymi warunkami umowy, wzorem umowy czy innym wzorcem umownym (regulaminem taryfą) w rozumieniu art. 384 kc, który powinien być załączony do siwz oraz z góry udostępniony

¹² Przewidziany w kodeksie zobowiązań termin 5-letni został w 1964 roku skrócony z uwagi na mającą pierwszeństwo przed rękojmią odpowiedzialność z gwarancji jakości. Zniesieniu tej zależności w 1996 r. nie towarzyszyła jednak stosowna zmiana art. 568 kc.

¹³ Więcej o tym U. Walczak: O terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego, PZP 2008, nr 4, s. 52 i n.

¹⁴ Problem ten wyjaśnił SN w wyroku z 5 sierpnia 2005r. (II CK-28/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6, s. 101 i n.

¹⁵ O prawnej naturze gwarancji zob. zwłaszcza Cz. Żuławska: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2011, s. 107 i n.

konkurentom, jeśli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę finalną z uwzględnieniem warunków zawartych takim wzorcu (art. 36 ust. 16 Pzp)¹⁶. Stosowanie wzorców umownych przez instytucje zamawiające należy do rzadkości. Szerzej posługują się nimi natomiast niektórzy wykonawcy, jako przedsiębiorcy, w celu ułatwienia procesu zawierania szablonowych kontraktów (na takich samych warunkach) z licznymi klientami (dostawcy wody, gazu i elektryczności, banki i zakłady ubezpieczeniowe itd.). Ogranicza to niekiedy konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli wykonawcy nie są zainteresowani zawarciem umowy na warunkach odbiegających od stosowanych przez nich wzorców. Nie ma jednak przeszkód, aby zamawiający odzwierciedlił odpowiednio te warunki w indywidualnym projekcie (a nie wzorcu) umowy towarzyszącym siwz. Z kolei praktykowany wyjątkowo przez zamawiającego wzorec umowy wiąże drugą stronę tylko wtedy, gdy został jej wcześniej udostępniony. W razie sprzeczności treści indywidualnej umowy z wzorcem strony są związane umową (art. 385 kc).

2. Zakres umowy

Przez zakres umowy rozumie się podmiotowy oraz przedmiotowy zasięg wynikającego z niej zobowiązania, a także czasowe granice jej obowiązywania.

Z podmiotowego punktu widzenia zobowiązanie funkcjonuje pomiędzy dwiema stronami: zamawiającym i wykonawcą, których role (wierzycielska i dłużnicza) układają się odmiennie w zależności od tego czy chodzi o zobowiązanie niepieniężne, czy pieniężne. W przeciwieństwie do zamawiającego prowadzącego postępowanie przedumowne (może być nim także *stationes fisci* Skarbu Państwa bądź inna jednostka nie mająca osobowości prawnej), zamawiającą stroną umowy może być jedynie osoba prawna albo wyjątkowo osoba fizyczna, ponieważ tylko osoba w pojęciu prawa cywilnego może mieć zdolność do odpowiedzialności majątkowej. Za zobowiązania tzw. ułomnych osób prawnych, posiadających zdolność prawną (spółek osobowych, wspólnot mieszkaniowych, stowarzyszeń niezarejestrowanych) stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych (art. 33¹ kc). Po stronie wykonawcy działa zazwyczaj przedsiębiorca, ponieważ inne osoby rzadko ubiegają się o zamówienie z uwagi na brak zdolności do należytego wykonania zamówienia (wiarygodność). Wykonawca jako strona umowy o zamówienie publiczne może być jedno- albo wielopodmiotowy. W tym drugim wypadku jego status jest pochodną wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 Pzp. W praktyce chodzi na ogół o małżonków, wspólników spółki cywilnej oraz o konsorcjum. Ze względu na konieczność zachowania jednolitego stanowiska po stronie takiego wykonawcy, niezbędne jest ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania współpracujących ze sobą osób. Przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne powinni na żądanie zamawiającego udostępnić mu umowę o współpracę. W fazie obowiązku zawarcia umowy finalnej zamawiający nie może już niczego zmienić w treści nieuchronnego zobowiązania narzuconego warunkami wybranej oferty.

Współwykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania (art. 141 Pzp). Wprawdzie solidarność taką można utożsamiać wprost z solidarną odpowiedzialnością za zobowiązanie niepieniężne (bierną), lecz brak już podstaw do przyjęcia solidarności wierzycieli (czynnej) w zakresie należnej współwykonawcom zapłaty

¹⁶ Wprawdzie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wspomina jedynie o ogólnych warunkach oraz o wzorze umowy, ale z braku wyraźnego wyłączenia odnosi się także do innych wzorców, zgodnie z zasadą swobody umów. Przykładowo wyrokiem SN z 5 października 2006r. (IV, CSK-153/06), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2007, nr 10, poz. 120 rozstrzygnięto spór związany ze stosowaniem przez zamawiającego taryfy urzędowej.

od zamawiającego. Nawet jeśli zawarto w łączącej ich umowie o współpracę (spółki bądź konsorcjum) jakieś postanowienia dotyczące wzajemnych rozliczeń – nie skutkują one w stosunku do zamawiającego. Z braku dyspozycji ustawowej o solidarności czynnej przesądzić może tylko umowa podstawowa (art. 369 kc). Tymczasem w praktyce zdarzają się spory co do rozliczeń zwłaszcza między członkami doraźnych konsorcjów, ponieważ zamawiający uiszczają zapłatę tylko liderowi. Działają one destrukcyjnie na proces wykonywania bardziej uciążliwych zamówień, głównie budowlanych. W związku z tym trzeba się zgodzić z funkcjonującym w praktyce poglądem, że strony umowy o zamówienie publiczne mogą w razie potrzeby rozwinąć warunki płatności, wprowadzając nawet klauzulę o solidarności biernej wierzycieli, co nie może być poczytywane za „aneksowanie” sprzeczne z art. 144 ust. 1 Pzp.

Dopuszczenie osób trzecich do wykonywania zamówienia (np. pomocników lub innych podwykonawców albo osób posiłkowo odpowiedzialnych) nie narusza podmiotowej ani przedmiotowej tożsamości zamówienia. Może zaś mieć wpływ na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie. W szczególności podwykonawstwo w zamówieniach publicznych stanowi wyraz ogólnej zasady z art. 356 kc, że przy realizacji zamówienia wykonawcy wolno skorzystać z pomocy osoby trzeciej lub nawet powierzyć jej częściowe wykonanie zobowiązania, o ile nic innego nie wynika z ustawy (art. 738 lub 840 kc), właściwości świadczenia (twórczego, artystycznego lub innego zależnego od osobistych przymiotów wykonawcy), bądź uprzedniego zastrzeżenia umownego, zwłaszcza zastrzeżenia, o którym mowa w art. 35 ust. 5 Pzp. Wymóg obligatoryjnej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 22 Pzp) sprzeciwia się jednak możliwości całkowitego powierzenia realizacji zamówienia osobie trzeciej. Poza tym w zamówieniach publicznych liczy się tylko podwykonawstwo oparte na umowie zawartej pomiędzy wykonawcą a osobą trzecią, odpada zaś podwykonawstwo bezumowne. Umowa o podwykonawstwo nie jest samodzielnym (wyodrębnionym) typem kontraktu, lecz wyłączenie ogólną konstrukcją zobowiązania. O jej kwalifikacji na tle obowiązującej typologii kontraktów przesądza zwłaszcza treść świadczenia niepieniężnego - przyrzeczonego przez podwykonawcę. Może zatem odbiegać od typu umowy podstawowej, łączącej wykonawcę z zamawiającym. Do istotnych składników umowy o podwykonawstwo należy dodatkowy element zobowiązania zaciągniętego w celu wykonania świadczenia z innego stosunku – skądinąd - cudzego dla podwykonawcy. Brak takiego ukierunkowania świadczenia podwykonawcy na realizację zobowiązania podstawowego (zamówienia publicznego) uniemożliwia uznanie umowy z osobą trzecią za źródło stosunku podwykonawstwa, jak np. w przypadku nabycia przez wykonawcę budowlanego niezbędnych materiałów od producenta, który dostarczając te materiały nie operuje przecież wobec zamawiającego wierzyciela, w ogóle nie musi o nim wiedzieć, ani tym bardziej działać zwalniająco za dłużnika względem niekoniecznie znanego zamawiającego. W ramach podwykonawstwa wyróżnia się: pomocnictwo, gdy osoba trzecia pozostaje pod uzależniającym kierownictwem wykonawcy oraz powiernictwo wyręczyielskie, gdy zachowuje względną samodzielność, podlegając wszakże kontroli ze strony podwykonawcy i samego zamawiającego. Posłużenie się natomiast pełnomocnikiem, pośtańcem, dzierżycielem, pracownikiem lub innym podwładnym, a także osobą zatrudnioną jak podwładny na podstawie umowy cywilnoprawnej, mieści się w ramach osobistego działania wykonawcy. Stąd nawet przewoźnik lub operator pocztowy, funkcjonujący jako dzierżyciel przesyłki, nie może być uznawany za podwykonawcę. Dopuszczenie podwykonawstwa jest dobrowolne, w zasadzie zależy od woli wykonawcy. Są jednak dwa wyjątki. W sferze zamówień z zakresu obronności lub bezpieczeństwa zamawiający może zobowiązać wykonawcę do zawarcia umowy o podwykonawstwo na warunkach art. 131m Pzp. Z drugiej strony zamawiający może wykluczyć w całości lub w części podwykonawstwo, z góry w warunkach zamówienia, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 5 Pzp), zmuszając wykonawcę do osobistego spełnienia świadczenia. Wykonawca odpowiada za zachowanie osób trzecich, którymi się posługuje, jak za własne

działania lub zaniechania (art. 474 kc). Wyłom od zasady, że umowy skutkują tylko między stronami wprowadza jednak art. 647¹ kc, zgodnie z którym jeśli zamawiający zgodził się na podwykonawcę budowlanego, choćby w sposób dorozumiany (milcząco), odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane przez podwykonawców.

Stołość stron umowy o zamówienie publiczne wynika z jej funkcji. Zamawiający nie może skutecznie „przekazać” udzielonego zamówienia innemu zamawiającemu. Cesja wiarytelności związanej z przedmiotem zamówienia, czyli ze świadczeniem niepieniężnym sprzeciwiałaby się ustawie (problem pokrycia finansowego), a także właściwości zobowiązania służącego zaspokojeniu określonych potrzeb publicznych (art. 509§ 1 kc). Nie ma zaś przeszkód, aby jeden zamawiający wstąpił w prawa innego w drodze przekształcenia organizacyjnego ustawowo regulowanego. Podobnie wyklucza się zwalnijące przejęcie długu po stronie wykonawcy odnoszącego się do przedmiotu zamówienia (art. 519 kc). W świetle wyroku SN z 13 stycznia 2004 r. (V CK-97/03)¹⁷ zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony (trzeci), jest nieważną czynnością prawną. Dopuszczenie bowiem do zamówienia osoby trzeciej, która nie poddała się rygorom procedury udzielenia zamówienia narusza zasady przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji. Narusza to art. 7 ust. 3 Pzp, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy¹⁸. Nie bez znaczenia jest tu także niebezpieczeństwo pogorszenia stanu wypłacalności po stronie nowego wykonawcy, zwłaszcza co do jego zdolności do należytego wykonania zamówienia, weryfikowanego w ramach wstępnej kwalifikacji wykonawców z punktu widzenia spełniania wymaganych warunków¹⁹. Nie ma zaś przeszkód do wstąpienia osoby trzeciej w rolę wykonawcy zamówienia publicznego ex lege w trybie przekształcenia organizacyjnego, zwłaszcza w trybie transformacji przedsiębiorstwa państwowego w spółkę akcyjną albo jednej formy spółki handlowej w inną. Nie nasuwa też zastrzeżeń dopuszczalność przystąpienia osoby trzeciej do długu po stronie wykonawcy, w charakterze współdłużnika dodatkowego zobowiązania²⁰. Podobnie brak przeciwwskazań ustawowych dla dopuszczalności cesji należnego wykonawcy wynagrodzenia na osobę trzecią (art. 509 § 1 kc), zwłaszcza tytułem jej przelewu na zabezpieczenie kredytu bądź pożyczki, o ile w umowie o zamówienie publiczne nie zostanie ona wyłączona.

Za przedmiot zamówienia publicznego uważa się zazwyczaj tylko przedmiot zobowiązania niepieniężnego obciążającego wykonawcę (por. art. 29 Pzp), natomiast przedmiot zobowiązania pieniężnego wymyka się już z tego pojęcia, choć zachodzący między stronami stosunek obejmuje oba zobowiązania. Na przedmiot zamówienia składają się dwa elementy: świadczenie wykonawcy oraz sposób jego wykonania. Polegające na działaniu lub zaniechaniu świadczenie wykonawcy to zachowanie odpowiadające treści zobowiązania, mające na celu zadośćuczynienie interesom zamawiającego-wierzyciela. Dlatego właśnie zakres świadczeń wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem (przedmiotem zobowiązania), zawartym w złożonej uprzednio ofercie, która po przyjęciu przesądza o treści zobowiązania finalnego wykonawcy. Jednocześnie

¹⁷ Orzecznictwo Sądów Polskich 2005, nr 2, poz. 22, z aprobowaną glosą R. Szostaka.

¹⁸ Z tych samych przyczyn za bezskuteczną należy uznać także cesję roszczenia wykonawcy o zawarcie umowy finalnej. Por. wyrok SN z 27 czerwca 2003 r. (IV CKN-302/1), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 115.

¹⁹ Por. M. Kalina-Nowaczyk: Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne, PZP 2008, nr 4, s. 53 i n.

²⁰ Więcej o tym J. Baehr: Prawo zamówień publicznych – komentarz (red. T. Czajkowski), Warszawa 2007, s. 420–421 powołujący się na opinię UZP.

cel świadczenia wykonawcy zorientowany wprost na potrzeby zamawiającego-wierzyciela stanowi podstawę wykładni niejasnych postanowień umowy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Ilościowe ujęcie zakresu świadczenia zazwyczaj wyraża się miernikami liczbowymi, a wielkości fizyczne z zastosowaniem jednostek pomiarowych układu SI. Umówione właściwości przedmiotu świadczenia powinny odzwierciedlać wszystkie istotne dla zamawiającego cechy. W razie trudności interpretacyjnych trzeba odwoływać się do celu zobowiązania i przeznaczenia świadczenia.

W zamówieniach publicznych dominują świadczenia oznaczone co do gatunku, poprzez wskazanie cech rodzajowych, natomiast o wiele rzadziej zamawia się świadczenia oznaczone indywidualnie (co do tożsamości). Bardziej uogólniony opis przedmiotu zamówienia w pierwszym wypadku uzasadnia potrzebę dalszej jego konkretyzacji w fazie wykonania, co stwarza dla wykonawcy pewien margines swobody w wyborze niektórych (nieistotnych) jego właściwości. Przedmiot staje się zamienny. O wiele trudniejsza sytuacja prawna łączy się ze świadczeniem oznaczonym co do tożsamości, tak wyzerpująco, że wykonawca nie ma już wyboru żadnych właściwości, zwłaszcza w odniesieniu do niektórych usług i robót budowlanych. W praktyce od pewnego czasu postuluje się dopuszczenie tzw. nieistotnych odstępstw od umówionych właściwości na rzecz właściwości zamiennych, nie pojmowanych jednak w kategoriach spełnienia innego, lecz tego samego świadczenia. Pozwala to na uniknięcie kolizji z zakazem „wykraczania poza umówiony opis przedmiotu zamówienia” pod rygorem unieważnienia porozumienia na podstawie art. 140 ust. 3 Pzp, zwłaszcza gdy uprzednio umówione właściwości nieistotne nie przedstawiają się w pełni racjonalnie albo zgoła są niemożliwe do osiągnięcia²¹. W zakresie stosunków administracyjnych normowanych prawem budowlanym z powodzeniem funkcjonuje art. 36a ust. 5 zezwalający na nieistotne odstępstwo od projektu zatwierdzonego w trybie pozwolenia budowlanego. Oczywiście nie skutkuje on w sferze zamówień publicznych, a ponadto operuje szerszym pojęciem „nieistotnych odstępstw”. W analizowanej sytuacji chodzi zaś tylko o nieznaczne odstępstwa nie uzasadniające zmiany zakresu umowy, pogorszenia jakości świadczenia, ani podwyższenia umówionego wynagrodzenia, który podlegałby jednak ewidencji powykonawczej w ramach odbioru przedmiotu zamówienia od wykonawcy.

Status świadczenia pieniężnego spełnianego z tytułu zamówienia publicznego także podlega ustawowej reglamentacji, przede wszystkim na mocy przepisów wyznaczających reżim gospodarowania środkami publicznymi. Do podstawowych ograniczeń należą: zakaz przedpłat, uwarunkowanie dopuszczalnego zaliczkowania wykonawcy, obowiązkowa kontrola podstaw zapłaty, odpowiedzialność karno-administracyjna za spóźnienie w zapłacie należności wykonawcy pociągające uiszczenie odsetek oraz zakaz podwyższania należnego wykonawcy ekwiwalentu pieniężnego (zob. pkt 7).

3. Czas trwania umowy

Skuteczność umowy ustaje wraz z prawidłowym wykonaniem zobowiązań stron. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązanie przekształca się w stosunek odszkodowawczy bądź inne zobowiązanie surogacyjne, także wymagające wykonania. Losy zobowiązań stron (niepieniężnego i pieniężnego) mogą ułożyć się odmiennie. Dopuszczalna cesja wierzytelności pieniężnej nie pociąga wygaśnięcia ani nie zmienia zobowiązania obciążającego zamawiającego. Do szczególnych sposobów wygaśnięcia zobowiązania z zaspokojeniem zamawiającego-wierzyciela należą ponadto potrącenie wierzytelności pieniężnej (art. 499 kc) oraz złożenie świadczenia do depozytu

²¹ Zgodnie z zapadłym w związku z transakcją obrotu powszechnego wyrokiem SN z 12 grudnia 1980 r. (II CR-275/80), OSNC 1981, nr 9, poz. 172 niemożliwość spełnienia świadczenia o określonych właściwościach uzasadnia wydanie uprawnionemu przedmiotowi najbardziej zbliżonego.

sądowego (art. 486 kc), natomiast w zasadzie odpada świadczenie w miejsce wypełnienia (art. 453 kc), a także odnowienie (art. 506 kc), ponieważ na ogół pozostają w kolizji z zakazem zmiany umowy o zamówienie publiczne w ujęciu art. 140 ust. 2 lub art. 144 ust. 1 Pzp. Do wyjątkowych sposobów wygasania zobowiązań umownych bez zaspokojenia wierzyciela trzeba zaliczyć w szczególności: obiektywną niemożliwość świadczenia (art. 387 § 1 oraz 475 § 1 kc) oraz rozwiązanie umowy, także przez odstąpienie lub wypowiedzenie.

Wykonanie świadczenia niepieniężnego ma pierwszeństwo przed świadczeniem pieniężnym, spełnianym w drugiej kolejności. Wynika to z przepisów normujących gospodarkę finansową instytucji zamawiających. Stąd obowiązuje zakaz przedpłat, które w istocie stanowią formę przyspieszonej zapłaty (świadczenie definitywne), wynikająca natomiast z dodatkowej umowy zaliczka nie polega na zapłacie, lecz jest odrębnym przysporzeniem zwrotnym, które może być co najwyżej potrącone z zapłatą za przedmiot zamówienia. Dlatego za chybiony uznać trzeba spotykany – niestety – zbyt często w praktyce, pogląd jakoby umowa o zamówienie publiczne wygasła każdorazowo wraz z upływem czasu, na jaki została zawarta. W rezultacie wskazuje się niekiedy na rzekomą potrzebę prolongaty terminu wykonania umowy, aby do tego nie dopuścić. To wywodzące się zapewne z okresu „umów planowych” zapatrywanie nie ma obecnie żadnej podstawy normatywnej. Bezpodstawne są również argumenty z zakresu planowania finansowego, zwłaszcza jakoby ustalenie terminu końcowego obowiązywania umowy było niezbędne ze względu na pokrycie finansowe i jego upadek z końcem roku. Tymczasem jeśli umowa nie została wykonana przed zakończeniem roku finansowego, może być normalnie kontynuowana w kolejnym roku, o ile nie została wypowiedziana. Zamawiający powinien zaś uwzględnić wynikające z niej zobowiązanie pieniężne w nowym planie finansowym. Stosowna prolongata promesy finansowej dotyczącej środków „zewnętrznych” może być jednak niezbędna w odniesieniu do zewnętrznych źródeł finansowania zamówienia.

Do nieustających w praktyce trudności przyczynia się też częściowo niezbyt jasne brzmienie art. 142 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „umowę zawiera się na czas oznaczony”. Nie chodzi tu jednak o wyłączność umowy „na czas”, lecz jedynie o to, aby każda umowa o zamówienie publiczne wyposażona była w termin spełnienia świadczenia (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Jest to zrozumiałe w obliczu celu umowy o zamówienie publiczne, stanowiącej jeden z instrumentów zapewniających nieprzerwane zaspakajanie potrzeb publicznych. Generalny charakter dyspozycji zawartej w art. 142 ust. 1 Pzp sprzeciwia się natomiast odnoszeniu jej tylko do umów, w których czynnik czasu jest miernikiem ilości zamówionego świadczenia (np. najmu, leasingu, ubezpieczenia, obsługi bankowej itd.)²². Jego upływ przesądza o całkowitym spełnieniu świadczenia. Tymczasem w zamówieniach publicznych dominują umowy o świadczenia jednorazowe (a nie ciągłe, czy okresowe), dla których czynnik czasu łączy się jedynie z terminem wykonania a nie z rozmiarem świadczenia.

W ramach wyjątkowych świadczeń ciągłych czas jest wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia. Polegają one bowiem na stałym zachowaniu się wykonawcy, choć nie musi ono utrzymywać się bez przerwy (np. dostawa elektryczności lub gazu, obsługa bankowa). Z kolei przy świadczeniach okresowych (periodycznie powtarzalnych) czynnik czasu przesądza dodatkowo o liczbie zamawianych świadczeń i w końcowym rezultacie wpływa na globalny rozmiar sumy świadczeń (np. przy odbiorze śmieci)²³. Przedłużenie zaś ustalonego czasu trwania zobowiązania

²² Por. T. Dybowski: A. Pyrzyńska: System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s. 198.

²³ W przeciwieństwie do świadczenia jednorazowego spełnianego ratalnie każde ze świadczeń okresowych jest samodzielne. Por. T. Dybowski, A. Pyrzyńska: op. cit., s. 198 oraz 200.

o świadczenie ciągle bądź okresowe prowadzi w istocie do udzielenie zamówienia dodatkowego, co stanowi kolejny argument przeciwko upatrywaniu w art. 143 ust. 1 Pzp generalnej podstawy dla umów „na czas”.

W ustawie brak jednoznacznego określenia maksymalnej rozpiętości terminu wykonania świadczenia jednorazowego. Wyjątek dotyczy terminu zapłaty ceny należnej wykonawcy, limitowanego na mocy ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Najczęściej rozmiar terminu realizacji zamówienia uzależnia się wprost od potrzeb publicznych, zamykając w granicach jednego albo kilku (zamówienia budowlane) lat. W razie spóźnienia się wykonawcy z realizacją przedmiotu zamówienia (okoliczność obiektywna), zamawiający może żądać stosownej kary umownej lub odszkodowania bądź nawet odstąpić od umowy, chyba że spóźnienie powstało z powodu okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Przedłużenie upływającego terminu jest na ogół bezprzedmiotowe, trzeba zająć się rozliczeniem spóźnienia.

Ustawa limituje natomiast czasowy zasięg zobowiązań o świadczenia okresowe lub ciągle, który zasadniczo nie powinien przekraczać 4 lat (art. 142 ust. 2 Pzp). Tylko wyjątkowo zamawiający może udzielić takiego zamówienia na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacyjnych w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Jeżeli szacunkowa wartość zamówienia przekraczającego czteroletni okres realizacji sięga europejskiego progu kwotowego, zamawiający w ciągu 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne lub prawne. Ta administracyjna powinność odpada w odniesieniu do kredytu i pożyczki, obsługi bankowej lub ubezpieczeń zamawianych na czas do 5 lat oraz usług publicznego transportu zbiorowego (art. 142 ust. 3 Pzp).

Dopuszczane w kilku przypadkach wyraźnie wskazanych w art. 143 ust. 1 Pzp zamówienia na czas nieoznaczony, pomimo że są umowami zobowiązującymi do świadczeń o charakterze ciągłym, także muszą mieć swój koniec, nie mogą trwać wieczyście. Według art. 365¹ kc zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez wykonawcę lub zamawiającego z zachowaniem terminów umownych, ustawowych bądź zwyczajowych, a w razie braku takich – niezwłocznie po wypowiedzeniu.

4. Forma umowy

Wymóg zachowania formy pisemnej umowy o zamówienie publiczne został zastrzeżony w art. 139 ust. 2 Pzp. pod rygorem nieważności, o ile przepisy odrębne nie wymagają formy szczególnej. Konieczne odstępstwo od formy pisemnej ad solemnitatem należy do rzadkości, np. przy nabyciu przedsiębiorstwa (art. 71¹ kc) albo udziałów w spółce z o.o. (art. 180 ksh) niezbędne jest zachowanie formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi, a przy ustanowieniu zastawu na prawach – pisma z datą pewną (art. 329 §1 kc). Brak zakazu podwyższenia wymogu zwykłej formy pisemnej zezwala na zawarcie umowy na piśmie z podpisami stron notarialnie poświadczonymi, zwłaszcza w razie jej podpisania między nieobecnymi (korespondencyjnie). Umowa nie musi być bowiem zawarta przez złożenie podpisów na „wspólnym” dokumencie, wystarczy wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron. Poza tym oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne

z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 78 kc). Możliwe jest zatem zastosowanie formy mieszanej pisemno-elektronicznej. Wymóg zachowania formy pisemnej zostaje zachowany w wyniku złożenia własnoręcznego podpisu pod oświadczeniem woli przez osobę uprawnioną. Zastosowanie faksymile lub posłużenie się innym „wydrukem” podpisu nie wchodzi w rachubę. W razie złożenia podpisu przez nieuprawnionego czynność jest bezwzględnie nieważna, z braku przepisanej formy. Analizowany wymóg odnosi się do pisemnej osnowy umowy, bez której w ogóle nie będzie skuteczna. Stąd ewentualne późniejsze potwierdzenie na piśmie umowy zawartej uprzednio bez zachowania nakazanej formy nie spowoduje jej konwalidacji.

Następstwa zastosowania formy pisemnej ad solemnitatem są wielorakie²⁴. Podstawowe znaczenie dla art. 77 kc, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej samej formy, jaką ustawa przewidziała w celu jej zawarcia. Rozwiązanie umowy pisemnej za zgodą obu stron, jak również odstąpienie od niej albo jej wypowiedzenie powinno być co najmniej pismem stwierdzone. Poza tym w razie sporu obowiązują przewidziane w art. 246–247 kpc ograniczenia dowodowe przeciwko osnowie dokumentu, a mianowicie dowód ze świadków lub przesłuchania stron na fakt zawarcia umowy dopuszcza się tylko w wypadku zagubienia, zniszczenia lub zabrania dokumentu przez osobę trzecią. Z kolei dowód taki przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu sąd dopuści tylko w wypadkach, gdy nie doprowadzi to do obejścia przepisów o formie ad solemnitatem i gdy ze względu na szczególne okoliczności sprawy będzie to konieczne.

W odniesieniu do drobnych zamówień publicznych, wyłączonych z reżimu ustawy (o wartości do 14 tys. euro) wybór formy umowy jest swobodniejszy. Ze względu na ochronę interesu publicznego i ograniczenia zakresu publicznej gospodarki finansowej zamawiający często decydują się na formę pisemną ze względów dowodowych. Jedynie co do tzw. transakcji natychmiastowych, od razu wykonywanych, praktykuje się odstąpienie na rzecz formy ustnej lub elektronicznej, ponieważ niezbędną osłonę dowodową zapewniają dokumenty rozliczeniowe.

Jawność umów o zamówienia publiczne łączy się z pisemnością, ponieważ stosownie do art. 139 ust. 3 Pzp podlegają one udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej²⁵. Najprostszym sposobem udostępnienia jest podanie warunków umowy do wiadomości publicznej w drodze teleinformatycznej za pośrednictwem BIP. Każdy może żądać umożliwienia wglądu do umowy bez potrzeby wykazywania interesu prawnego, a odmowa wymaga uzasadnienia, ponieważ podlega zaskarżeniu. Wyjątki dotyczą wyodrębnionych wiadomości niejawnych²⁶.

5. Zawarcie umowy

Wykonanie obowiązku zawarcia umowy stanowi obligacyjne uzasadnienie jej podpisania, a jedynie w razie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki - umowa zachowuje w pełni dobrowolny charakter. Inicjatywa należy do zamawiającego, a gdy ten uchyli się od wyznaczenia terminu do podpisania umowy – przechodzi na wykonawcę. Z braku szczególnego przepisu wyznaczenie terminu podpisania umowy może nastąpić aż w ciągu roku (art. 389 §2 kc). W celu usunięcia ewentualnych nieporozumień strona uprawniona może wprost przedłożyć drugiej stronie projekt umowy finalnej

²⁴ Więcej o tym Z. Radwański; System ... op. cit., s. 122 in.

²⁵ Por. ustawę z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

²⁶ Więcej o tym M. Makowski: Jawność umów o zamówienia publiczne – zagadnienie xxxx Pzp 2011, nr 3, s. 38 i n.

do podpisu. Jeśli tekst umowy odbiega od treści oferty najkorzystniejszej nie może być mowy o zarzucie uchylenia się od jej podpisania z przyczyn, za które ponosi się odpowiedzialność. Do zawarcia umowy finalnej dochodzi zazwyczaj w trybie ofertowym, wprawdzie negocjacje nie są wykluczone, ale brak możliwości odstąpienia od treści wybranej oferty.

Termin podpisania umowy jest uwarunkowany kilkoma okolicznościami. Po pierwsze, zamawiający powinien go wyznaczyć w postaci co najmniej kilkudniowego okresu (a nie jako termin – „chwila”), aby nie stwarzać okazji do nieporozumień odnośnie uchylania się od podpisania umowy, tym bardziej, że jest to również termin na ustanowienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy). Wezwania do zawarcia umowy nie można uważać za złożenie oferty zawarcia umowy finalnej²⁷. Po drugie, zamawiający nie może dopuścić do przedwczesnego zawarcia umowy z naruszeniem terminu przewidzianego dla wykonawców na wniesienie odwołania. Powinien powstrzymać się na co najmniej 10 dni (5 dni co do zamówień mniejszej wartości), licząc od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty. Są jednak wyjątki (art. 94 ust. 1–2 Pzp). Okres zawieszenia nie dotyczy udzielenia zamówienia z wolnej ręki, choć z logicznego punktu widzenia, jeśli zdecydował się na ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, powinien oczekiwać na upływ terminu odwołania. Po trzecie, wyznaczony termin nie może przekroczyć ogólnego terminu związania ofertą, dotyczącego utrzymujących się w przetargu ofert (wybrana przekształca się w umowę przedwstępną). W razie bowiem uchylenia się zwycięskiego wykonawcy od podpisania umowy, zamawiający nie może przecież utracić możliwości wyboru kolejnej oferty (art. 94 ust. 3 Pzp.). W razie potrzeby powinien zabiegać o stosowne przedłużenie okresu związania, choćby tylko co do drugiej w rankingu oferty. Nie ma przeszkód, aby wyznaczony jednostronnie zwycięskiemu wykonawcy termin podpisania umowy został następnie przedłużony w wyniku porozumienia stron²⁸, nawet z przekroczeniem terminu związania obowiązującego względem pozostałych wykonawców²⁹. Brak bowiem jakichkolwiek podstaw do unieważnienia umowy zawartej w warunkach takiego spóźnienia, nawet jeśli doprowadziło do przekroczenia okresu związania co do pozostałych ofert. Jednakże w razie uchylenia się zwycięskiego wykonawcy od podpisania umowy (ustanowienia jej zabezpieczenia) wybór kolejnej oferty nie będzie już możliwy, a zamawiający zmuszony zostanie do unieważnienia postępowania, zagrożonego odpowiedzialnością z art. 93 ust. 4 Pzp. W praktyce bywa niekiedy, że przedłużające się oczekiwanie na podpisanie umowy, połączone z przekonywaniem drugiej strony, prowadzi w końcu do zadowalającego rezultatu. Przypadek wadium połączony z rozwiązaniem stosunku, nie następuje przecież automatycznie, lecz wymaga równoległego odstąpienia od obligu, z którym zamawiający może zwlekać przez pewien czas, choć nie wolno mu dopuścić do wygaśnięcia zabezpieczenia wadialnego (poręczenie i gwarancje są terminowe).

6. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest nie tylko usprawienie ściągalności roszczeń potencjalnie przysługujących zamawiającemu, lecz także prewencyjne wzmocnienie zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 kc). W przeciwieństwie do zamawiającego zobowiązaniego do zapłaty wynagrodzenia, a także współdziałania przy spełnianiu świadczenia niepienięż-

²⁷ Por. M. Krajewski: *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2000, s. 122–123.

²⁸ Por. zwłaszcza wyrok SN z 7 października 1999 r., (I KKN-262/98), OSNC 2000, nr 4, poz. 71.

²⁹ Por. stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze UZP nr 11/2013, s. 30, a także J. Piéróg: *op. cit.*, s. 350. Na gruncie poprzednio obowiązującego brzmienia art. 94 ust. 3 Pzp zapadła jednak nietrafna uchwała SN, z 24 listopada 2005 r. (III CZP-85/05) OSNC 2006, nr 10, poz. 161, doszukująca się w tej prolongacie podstawy do nieważności umowy zawartej po terminie związania ofertą.

nego, wykonawcę obciążają o wiele bardziej ryzykowne powinności realizacyjne. Nie bez znaczenia są tu także różne ułomności w zakresie nadzoru właścicielskiego po stronie zamawiającego. Po zmianie art. 147 Pzp żądanie zabezpieczenia w odniesieniu do wszelkich rodzajów zamówień jest fakultatywne, co niewątpliwie podyktowane zostało poprawą przewidywalności ryzyka kontraktowego i organizacyjnego zabezpieczenia się przed jego skutkami (nadzór). Zamawiający swobodnie ustala zatem z góry w warunkach zamówienia wymagania dotyczące zabezpieczenia w połączeniu z formalnościami zawarcia umowy (art. 36 ust. 1 pkt 14–15 Pzp).

Roszczenia podlegające zabezpieczeniu nie zostały wprawdzie wyraźnie wskazane w ustawie, ale z formuły odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależytego wykonania umowy wynika, że chodzi co najmniej o roszczenia z trzech tytułów: a) kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych (art. 471 kc), w tym niemożliwości świadczenia oraz zwłoki wykonawcy, b) uprzednio zastrzeżonych kar umownych (art. 483 kc) oraz c) rękojmi za wady świadczenia niepieniężnego (art. 556 kc). Jak już podkreślono żądanie zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji jakości odpada z uwagi na jej dobrowolny charakter.

Pieniężna wartość zabezpieczenia stanowi konsekwencję z art. 150 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym ustala się je w stosunku procentowym do całkowitej ceny ofertowej zaproponowanej przez zwycięskiego wykonawcy albo maksymalnej wartości zobowiązania wynikającego z umowy - jeśli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Zabezpieczenie kształtuje się w granicach od 2% do 10% ceny całkowitej w ofercie albo maksymalnej wartości zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Ostateczną wysokość zabezpieczenia in casu podaje się w warunkach zamówienia wraz z innymi wymaganiami jego ustanowienia. W przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki konsekwentnie procentową wysokość zabezpieczenia należy odnosić do umownej wartości zamówienia.

Formę zabezpieczenia wybiera w zasadzie wykonawca, lecz w granicach wyznaczonych unormowaniem art. 148 ust. 1 Pzp, a mianowicie może się on zdecydować na jedną lub kilka spośród następujących form: pieniądź, poręczenie bankowe lub poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancja bankowa bądź ubezpieczeniowa albo poręczenie udzielane przez podmioty wspierające przedsiębiorców, wskazane w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości³⁰. Ponadto za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone także w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, poprzez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego bądź zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym. Powyższy katalog zabezpieczeń jest zamknięty. Inne formy zostały wykluczone (np. zastaw zwykły, przewłaszczenie rzeczy na zabezpieczenie, przelew wierzytelności), zapewne z uwagi na słabsze znaczenie dla ochrony interesu publicznego. Ustawa nie określa sposobu ustanowienia poszczególnych rodzajów zabezpieczeń, otwierając drogę do stosowania ogólnych przepisów o poręczeniu, gwarancji, wekslu itp. Wyjątek dotyczy jednak zabezpieczenia w pieniądzu polegającego na ustanowieniu odpowiedniej kaucji, pozbawionej regulacji ogólnej.

Zabezpieczenie kaucyjne wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (art. 148 Pzp). Wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia (porozumienie dodatkowe). Zabezpieczenie kaucyjne zamawiający przechowuje na oprocentowanym rachunku bankowym. Po ustaniu zabezpieczenia, zamawiający

³⁰ Dz. U. z 2007, Nr 42, poz. 275 ze zm.

zwraca sumę kaucji wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, pomniejszoną o koszt prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy. Według art. 150 ust. 3 Pzp, jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok kaucja gwarancyjna, za zgodą zamawiającego, może być tworzona sukcesywnie poprzez „potrącenia” z należności za fragmentarycznie wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, polegające na częściowym zatrzymaniu zapłaty. Jednakże w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść na rzecz zamawiającego co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Zamawiający zaś wpłaca zatrzymane kwoty na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. Ustanowienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa finalna. Zamawiający dysponuje uprawnieniami właścicielskimi do przedmiotu kaucji, ale jedynie o charakterze powierniczym, ponieważ kaucja co do zasady obciążona jest obowiązkiem zwrotu.

Pozostałe formy zabezpieczenia ściągłości roszczeń mają charakter pośredni, uzasadniają jedynie żądanie zapłaty, niekiedy od osoby trzeciej (banku) odpowiadającej za cudzy dług. Przyspieszają zaspokojenie zamawiającego-wierzyciela, nie eliminując zupełnie potrzeby egzekucji sądowej. Z reguły zatem najpierw zamawiający zmuszony jest dochodzić roszczenia podstawowego, a dopiero gdy żądanie jego okaże się bezskuteczne – skorzystać z zastępczego roszczenia o charakterze zabezpieczającym, choć w niektórych przypadkach (np. gwarancji bankowej) od razu może domagać się zaspokojenia, które powinno nastąpić na pierwsze żądanie.

Znaczenie prawne zastrzeżenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie wynika wprost z ustawy, choć można o nim wnioskować z art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym jeśli zwycięski wykonawca uchylił się od ustanowienia wymaganego zabezpieczenia – zamawiający zatrzymuje wniesione przez niego wadium. Oznacza to, że zastrzeżenie zabezpieczenia stanowi warunek prawny (*conditio iuris*) zawarcia skutecznej umowy, wiążący jednakowo wszystkich konkurentów. Tak jak inne warunki prawne zawarte w warunkach zamówienia wiąże z woli stron na wypadek zawierania umowy finalnej, ustawa zaś jedynie reguluje, a nie kreuje, tak ukierunkowany warunek (art. 56 kc). W rezultacie formalności (tryb) zawarcia umowy finalnej nie mogą być dokonane odmiennie, z pominięciem tego warunku. Stronom nie wolno też uchylić związanych z nim konsekwencji ani nawet ich złagodzić, np. obniżyć wysokość z góry zastrzeżonego zobowiązania, tym bardziej że po upływie terminu składania ofert definitywnie upada możliwość zmiany jakichkolwiek warunków zamówienia³¹. Przedwojenne rozporządzenie o zamówieniach publicznych nie pozostawiało co do tego żadnych wątpliwości, ponieważ według § 40 ust. 4 wymagane zabezpieczenie powinno być złożone przez wykonawcę przed podpisaniem umowy. W rezultacie umowa zawarta bez wymaganego zabezpieczenia była bezwzględnie nieważna. Obecnie w braku jednoznacznego stanowiska ustawodawcy problem sankcji z tytułu dopuszczenia do zawarcia umowy bez zabezpieczenia budzi wątpliwości. Od razu odpada żądanie unieważnienia umowy finalnej przez sąd z powództwa Prezesa UZP, ponieważ w świetle art. 146 ust. 6 Pzp może on wystąpić z takim żądaniem tylko w razie dokonania przez zamawiającego wyboru oferty z naruszeniem ustawy, podczas gdy do zawarcia umowy bez zabezpieczenia dochodzi już po wyborze oferty. To samo dotyczy powództwa przysługującego zamawiającemu na podstawie art. 70⁵kc w zw. z art. 146 ust. 5 Pzp. Wątpliwości nieco ustępują, gdy od ustanowienia zabezpieczenia uchyli się jednostronnie zwycięski wykonawca, ponieważ zamawiający jest zobligowany do odstąpienia od obligu w połączeniu z zatrzymaniem wadium (art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp), a jeśli wadium nie było wymagane lub wygasło – z żądaniem stosownego

³¹ Jedynie przy udzieleniu zamówienia z wolnej ręki strony mają pełną zdolność negocjacyjną, a każda z nich aż do momentu podpisania umowy może się wycofać z procedury, wolno im zatem – wbrew wcześniejszej intencji – odstąpić ostatecznie od konieczności ustanowienia zabezpieczenia umowy.

odszkodowania. Do tego dochodzi jeszcze konieczność wyboru kolejnej oferty w trybie art. 94 ust. 3 Pzp. Zobowiązanie finalne w ogóle nie zostaje wykreowane, choćby doszło do podpisania umowy, której w porę nie zdołano zabezpieczyć. Jeśli natomiast zamawiający nie zastosuje sankcji odstąpienia od zobowiązania przedwstępного, oczekując na ustanowienie zabezpieczenia po podpisaniu umowy, powinno być ono wniesione najpóźniej przed upływem terminu przewidzianego łącznie dla zawarcia umowy i jej zabezpieczenia (por. art. 94 ust. 3 Pzp). W razie bezowocnego upływu tego terminu – podpisana umowa musi być uznana za bezskuteczną. Dlatego trzeba zgodzić się z racjonalnym stanowiskiem niektórych praktyków, że z inicjatywy zamawiającego umowę finalną powinno się zawierać dopiero po ustanowieniu wymaganego zabezpieczenia. Dopuszczenie tu sankcji nieważności bezwzględnej nie ma dostatecznego umocowania ustawowego, natomiast sankcja bezskuteczności jest charakterystyczna dla nieukończonego stanu konstytuującego czynność prawną (vide: umowy realne, zadatek, wpis do księgi wieczystej). Podstawową trudność stwarza zbyt krótki termin na uzupełnienie zabezpieczenia. Sprawa jeszcze bardziej ulega skomplikowaniu w przypadku przedwczesnego wygaśnięcia zabezpieczenia w trakcie realizacji umowy albo bezpodstawnego jego uwolnienia. Konsekwentnie należy zakładać tu bezskuteczność umowy, ale wtedy odpada możliwość reaktywowania (uzupełnienia) zabezpieczenia, co najmniej po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Brak jednoznacznego unormowania tej kwestii nasuwa potrzebę interwencji legislacyjnej.

Zmiana formy zabezpieczenia w trakcie realizacji zamówienia jest możliwa na żądanie wykonawcy, a w odniesieniu do form wskazanych w art. 148 ust. 2 Pzp – w drodze porozumienia stron (art. 149 Pzp). Oznacza to, że w pierwszej sytuacji zamawiający ma ustawowy obowiązek wyrażenia zgody na zawarcie umowy zabezpieczającej i uwolnienie pierwotnego zabezpieczenia, co nie może jednak nastąpić wcześniej zanim nie zostanie ustanowione zastępcze zabezpieczenie. Zmiana formy zabezpieczenia wymaga zatem zachowania ciągłości zabezpieczenia i jego wysokości (art. 149 ust. 3 Pzp). W razie obstrukcji, zamawiający naraża się na przymusową zmianę zabezpieczenia w trybie sądowym (art. 64 kc), niezależnie od odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zaspokojenie roszczeń zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia następuje bez potrzeby ingerencji sądowej, zazwyczaj w trybie potrącenia wierzytelności (art. 498 kc). Umożliwia to finansowa natura zabezpieczeń. Nawet przy zastawie wymagającym wyjątkowo zajęcia zastawianego przedmiotu lub papierów wartościowych i egzekucyjnej sprzedaży dochodzi do pośredniego zaspokojenia wierzyciela z uzyskanej sumy pieniężnej. Roszczenia zamawiającego są na ogół pieniężne (odszkodowanie, kara umowna, roszczenia zwrotne), a jedynie niektóre uprawnienia z rękojmi za wady mają niepieniężny charakter, a mianowicie żądanie naprawy lub wymiany wadliwego przedmiotu. Jeśli wykonawca nie spełni ich dobrowolnie – pozostaje wykonanie zastępcze, aby następnie zamawiający mógł zaspokoić swoją pretensję (już pieniężną) z przedmiotu zabezpieczenia, żądając zwrotu kosztów wykonania zastępczego. Tymczasem wykonanie zastępcze, jako surogat świadczenia, wymaga upoważnienia sądowego. Według bowiem art. 480 § 1 kc w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia nie wymagającego osobistego działania, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd (orzeczenie konstytutywne) do wykonania czynności na koszt zobowiązanego. Wykonanie zastępcze nie może jednak dotyczyć czynności prawnej, a zatem odpada co do ewentualnej wymiany przedmiotu na wolny od wad, wymagającej przeniesienia własności rzeczy na zamawiającego³². W tym zakresie pozostaje jedynie droga egzekucyjna i odszkodowanie. Samodzielne zastosowanie wykonania zastępczego jest wykluczone, ponieważ może być spór co do tego czy w ogóle zobowiązany popadł w zwłokę

³² Por. zwłaszcza T. Wiśniewski: op. cit., s. 791.

lub zbyt pochopnie naraził dłużnika na nadmierne koszty. O upoważnienie sądowe można wystąpić w trybie odrębnego powództwa bądź we wniosku egzekucyjnym, o przyznanie odpowiedniej kwoty na pokrycie wykonania zastępczego³³. Tylko wyjątkowo, w nagłych wypadkach (sytuacje awaryjne, niebezpieczeństwo szkód) dopuszczalne jest wykonanie bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co wbrew zobowiązaniu uczynił, zwłaszcza rozebrać wadliwie wykonane elementy obiektu budowlanego (art. 480 § 3 kc). Strony mogą jednak z góry porozumieć się co do warunków możliwego wykonania zastępczego czynności obciążających dłużnika, bez potrzeby uciekania się do upoważnienia sądowego. W zamówieniach publicznych oznacza to wprowadzenie zawczasu stosownego zastrzeżenia do warunków zamówienia. Kluczową rolę odgrywa tu określenie przesłanek wykonania zastępczego (naprawy przedmiotu) oraz wskazanie podstaw ustalenia maksymalnych jego kosztów. Nie ma przeszkód do odwołania się w tym zakresie do cennika osoby trzeciej.

Zamawiający zwraca (uwalnia) zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane (art. 151 Pzp). W tym terminie zamawiający powinien więc uporać się z odbiorem przedmiotu umowy i z ewentualnymi roszczeniami, z takim skutkiem, aby późniejsze poszukiwanie zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia nie było konieczne. Brak podstaw do odbioru przedmiotu, zwłaszcza w razie wad jawnych, wyklucza uwolnienie zabezpieczenia.

Zabezpieczenie roszczeń z rękojmi za wady powinno się utrzymywać przez cały jej okres, a wielkość zabezpieczenia zatrzymanego w tym celu nie może przekraczać 30% całkowitej wysokości zabezpieczenia. Taka wysokość powinna być wystarczająca, pod warunkiem sprawnego odbioru zmierzającego m.in. do wykrycia braków ilościowych tzw. wad jawnych, których stwierdzenie uniemożliwia przyjęcie przedmiotu umowy. Zabezpieczenie w powyższej wysokości jest uwalniane nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady, co budzi zastrzeżenia, ponieważ nierzadko wady są reklamowane w ostatniej fazie biegu terminu rękojmi, a roszczenia w związku z tym wymagalne przedawniają się o wiele później. Piętnastodniowy termin na ich „rozliczenie” i ewentualne zaspokojenie jest zbyt krótki.

7. Ograniczona dopuszczalność zmiany lub rozwiązania umowy

Zasada realnego wykonania umowy wymaga od wykonawcy spełnienia zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 § 1 kc). W sferze zamówień publicznych cel zobowiązania zorientowany jest bezpośrednio na statutowe zadania zamawiającego, związane z koniecznością nieprzerwanego zaspokajania potrzeb publicznych. Nie może on zatem godzić się na łagodzenie powinności wykonawcy ze szkodą dla interesu publicznego, w drodze zmiany umowy, czy też poprzez przyjęcie świadczenia z brakami ilościowymi lub z wadami. Prowadziłoby to także do naruszenia wymogu zachowania należytej staranności przy prowadzeniu majątkowych spraw publicznych. Podobnie w zakresie zobowiązania pieniężnego brak podstaw do odstępstwa od zasady nominalizmu, zgodnie z którą spełnienie takiego świadczenia następuje przez zapłatę jego sumy nominalnej (art. 358¹ § 1 kc). Dopuszcza się jednak zastrzeżenie indeksacji ceny z góry w warunkach zamówienia oraz

³³ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 1968 r. (III CZP-37/68), Orzecznictwo Sądu Najwyższego-Izba Cywilna” 1969, nr 1, poz. 9.

w umowie, zobiektywizowanego i związanego bezpośrednio z przewidywaną zmianą siły nabywczej pieniądza w stosunkach danego rodzaju³⁴.

Zmiana umowy prowadząca do wykroczenia poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w warunkach zamówienia (rozszerzenie zakresu lub wprowadzenie rozwiązań zamiennych) jest niedozwolona, podlega unieważnieniu, ponieważ zmierza do obejścia wyniku przetargu (innej procedury) w warunkach naruszenia zasad równości i uczciwej konkurencji. Rozszerzenie przedmiotu zamówienia stanowi w istocie udzielenie zamówienia dodatkowego poza wymaganiami ustawowymi. Nie ma zaś przeszkód w dopuszczeniu porozumienia ograniczającego przedmiotowy zakres zamówienia, na podstawie wniosku a fortiori z art. 145 ust. 1 Pzp, w granicach nim przewidzianych. W konsekwencji jeśli u zamawiającego wystąpiły zwiększone potrzeby świadczenia, powinien on rozważyć udzielenie dalszego zamówienia, natomiast gdy zamówienie podstawowe nie leży już w interesie publicznym, może on ograniczyć umówiony zakres umowy w oparciu o art. 145 ust. 1 Pzp, a następnie wypełnić lukę nowym zamówieniem, zwłaszcza udzielonym z wolnej ręki temu samemu wykonawcy, jeśli spełnione są przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zmiana innych postanowień umowy podlega ograniczeniu z art. 144 ust. 1 Pzp, wobec którego art. 140 ust. 3 Pzp stanowi *lex specialis*. Zakazuje się, pod rygorem unieważnienia, istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający z góry przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub siwz oraz określił jej warunki. Niedopuszczalne są zmiany istotne, natomiast inne (nieistotne) zmiany lub uzupełnienia wolno wprowadzać do umowy w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ kc). Do zakazanych zmian istotnych zaliczyć trzeba w szczególności zmiany polegające na podwyższeniu ceny lub wynagrodzenia należnego wykonawcy, prolongacie terminu wykonania zamówienia oraz dotyczące tych wszystkich postanowień, które stanowią wynik zastosowania kryteriów oceny ofert³⁵. Istotność innych zmian należy łączyć przede wszystkim z faktycznymi rozmiarami ich następstw. W konsekwencji dopuszczalne zmiany nieistotne mogą dotyczyć tylko kwestii ubocznych, zwłaszcza niektórych elementów współdziałania zamawiającego z wykonawcą, a także wszelkich klauzul pozbawionych funkcji regulacyjnych, zazwyczaj o charakterze deklaratywnym lub informacyjnym, np. wskazujących na kierownika budowy umocowanego w ramach odrębnego stosunku. Ograniczenie z art. 144 ust. 1 nie dotyczy jednak zamówienia udzielonego z wolnej ręki, chyba że zmiany prowadziłyby do upadku podstawy uprzedniego zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia, np. do obejścia „przyczyn technicznych” lub odroczenia terminu realizacji zamówienia.

Zastrzeżenie w warunkach zamówienia wyjątkowo dopuszczalnych zmian umowy nie ma większego praktycznego znaczenia, ponieważ ustawa wymaga ich przewidzenia i określenia zakresu oraz trybu wprowadzenia (warunków), podczas gdy potrzeba zmian umowy podyktowana jest zazwyczaj okolicznościami nadzwyczajnymi. Od razu z tego wyłączyć trzeba zastrzeżenie indeksacji ceny lub wynagrodzenia, która nie wymaga jakiegokolwiek zmiany umowy. Zobowiązanie pieniężne podlega

³⁴ Więcej o tym w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, pn. „Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne”, zamieszczonej na stronach internetowych Urzędu.

³⁵ W praktyce urzędowej podkreśla się, że zmiana umowy w czasie jej trwania może zostać uznana za istotną, jeśli wprowadza ona warunki, które gdyby były ujęte przy udzielaniu zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż tych, którzy brali udział w postępowaniu lub wybór innej oferty bądź gdy modyfikuje równowagę ekonomiczną świadczeń na niekorzyść zamawiającego, por. zwłaszcza opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki VAT, zamieszczona na stronach internetowych Urzędu.

bowiem samoczynnej korekcie na podstawie pierwotnej woli stron wyrażonej w umowie, a ewentualne późniejsze ich oświadczenia w tej sprawie nie są oświadczeniami woli, lecz co najwyżej wiedzy. Z kolei zastrzeżenie możliwości przedłużenia terminu wykonania umowy na ogół mija się z celem, ponieważ umowa nie wygasa w wyniku spóźnienia wykonawcy. Zamawiający zaś powinien się zająć rzetelnym rozliczeniem spóźnienia, skoro grozi mu odpowiedzialność karno-administracyjna za niedochodzenie roszczeń majątkowych.

8. Unieważnienie umowy

Podstawy unieważnienia umowy przez KIO lub sąd powszechny reguluje art. 146 Pzp, który został gruntownie zmieniony w 2009 r. w wyniku implementacji dyrektywy 2007/66/WE, znoszącej między państwowe różnice w sposobie unormowania sankcji zawarcia umowy w następstwie wadliwie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Funkcjonująca wcześniej surowsza sankcja w postaci nieważności bezwzględnej zastąpiona została łagodniejszym ubezskutechnieniem, charakterystycznym od dawna dla nieprawidłowości popełnianych w stadiach przedkontraktowych, zwłaszcza w postaci złożenia oświadczenia w następstwie wadliwej motywacji lub przewidywalności (błędu lub groźby bezprawnej – art. 88 kc). Bez zmian pozostawiono natomiast sankcję nieważności bezwzględnej z tytułu nieprawidłowości popełnionych bezpośrednio w związku z zawarciem umowy, zwłaszcza z powodu niezachowania wymaganej formy umowy (art. 139 ust. 2 Pzp) lub dopuszczenia do sprzeczności jej treści z ustawą (art. 58 kc). Z drugiej jednak strony nie w pełni konsekwentnie umowa podlega unieważnieniu częściowemu z powodu jej zmiany lub uzupełnienia z naruszeniem ograniczeń z art. 140 lub 144 Pzp.

Według art. 146 ust. 1 Pzp umowa finalna podlega unieważnieniu przez KIO, jeżeli zamawiający udzielił zamówienia w wyniku bezpodstawnie zastosowanego trybu z wolnej ręki, zapytania o cenę albo negocjacji bez ogłoszenia, a także gdy nie zamieścił urzędowego ogłoszenia o zamówieniu w BZP bądź nie przekazał takiego ogłoszenia do publikacji w Dzienniku UE. W tych wypadkach związek pomiędzy zachowaniem zamawiającego a wadliwością umowy ma charakter czysto normatywny. Należy zatem założyć, że np. zaniechanie wymaganego ogłoszenia miało wpływ na wynik postępowania. Szczególne znaczenie ma kolejna podstawa w postaci przedwczesnego zawarcia umowy, z naruszeniem okresu zawieszenia przewidzianego na wniesienie odwołania, a także oczekiwania na wydanie rozstrzygnięcia przez KIO (art. 94 ust. 1 i 183 ust. 1 Pzp), której nadano charakter warunkowy. Umowa podlega bowiem unieważnieniu tylko wtedy, gdy jej zawarcie blokuje Izbie uwzględnienie odwołania. Oznacza to, że jeśli odwołanie zostało odrzucone lub oddalone – przedwcześnie zawarta umowa pozostaje w mocy, natomiast urzędnikom zamawiającego grozi co najwyżej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Pośrednio zatem rozwiązanie z art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazuje na podstawę unieważnienia umowy w postaci istotnego naruszenia ustawy w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie (zob. dalej), skoro KIO uwzględni odwołanie tylko wtedy, gdy stwierdzi naruszenie ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Pozostałe dwie podstawy unieważnienia umowy schodzą na dalszy plan, ponieważ dotyczą takich uchybień zamawiającego, które uniemożliwiły składanie ofert orientacyjnych lub stanowczych w postępowaniach prowadzonych w ramach tzw. dynamicznego systemu zakupów albo polegały na przedwczesnym zawarciu jednostkowej umowy o zamówienie publiczne na podstawie wielostronnej umowy ramowej. Unieważnienie umowy przez KIO następuje z urzędu, w stosunkowo krótkim terminie, przy okazji rozpoznania odwołania, ponieważ wszystkie podstawy odwoławcze są związane z naruszeniami przez zamawiającego

ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie umowy finalnej³⁶. Wyjątkowo jednak umowa nie podlega unieważnieniu, mimo naruszenia przepisów o zastosowaniu trybu wolnej ręki albo negocjacji bez ogłoszenia, jeśli zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a podpisanie umowy zostało poprzedzone ogłoszeniem o zamiarze jej zawarcia, połączonym z zachowaniem właściwego terminu zawieszenia przewidzianego na wniesienie odwołania (art. 146 ust. 2 Pzp).

Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, jako rzecznik interesu publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp). Przez wynik przetargu bądź innej procedury rozumieć trzeba tylko pierwszą pozycję ofertową, warunkowo liczy się także dalsza pozycja, jeśli zwycięski wykonawca uchylił się od zawarcia umowy. Ponadto Prezes może żądać unieważnienia umowy z powodu tych samych okoliczności, które uzasadniają jej unieważnienie przez KIO, co ma istotne znaczenie na wypadek braku zaskarżenia postępowania w drodze odwoławczej. Powództwo o unieważnienie poprzedza się kontrolą doraźną lub inną weryfikacją podstawy faktycznej i prawnej, wymuszonej na ogół stosownym zawiadomieniem złożonym przez niezadowolonego konkurenta, wcześniej ubiegającego się o zamówienie, pozbawionego możliwości wytoczenia własnego powództwa. Dlatego uprawnienie Prezesa UZP wygasa dopiero po upływie 4 lat od dnia zawarcia umowy. To samo dotyczy żądania unieważnienia zakazanej zmiany umowy z pogwałceniem ograniczeń z art. 140 lub 144 Pzp.

Zamawiający może żądać unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ kc, co wynika z odesłania zawartego w art. 146 ust. 5 Pzp. W procesie przed KIO żądać tego nie może, ponieważ nie jest w nim wnioskodawcą, lecz pozwanym. Sam też nie może stwierdzić nieważności umowy, skoro nie ma ona bezwzględniego charakteru i wymaga konstytucyjnego orzeczenia właściwego organu władzy publicznej. Tymczasem zdarza się, że wadliwa umowa finalna istotnie narusza interesy zamawiającego. Z powołaniem się na art. 70⁵ kc może on zatem wnosić o jej unieważnienie, jeśli strona tej umowy, inny uczestnik procedury lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami³⁷. Uprawnienie to wygasa jednak z upływem miesiąca od dnia, w którym zamawiający dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy (prekluzja).

Charakter unieważnienia umowy w rozumieniu przepisów art. 146 Pzp jest szczególny. Następuje bowiem w wyniku wykonania przez uprawnionego prawa kształtującego³⁸. Z przyczyn objętych powyższym unormowaniem nie można zatem żądać stwierdzenia nieważności umowy w drodze ogólnego powództwa z art. 189 kpc (por. art. 146 ust. 4 Pzp). Konstytucyjne unieważnienie umowy skutkuje ono erga omnes, na orzeczenie KIO bądź właściwego sądu może się powoływać każdy kto ma w tym interes prawny. Działa z mocą wsteczną, odnosi bowiem skutek od momentu zawarcia umowy. Powstaje zatem taka sytuacja, jakby w ogóle jej nie zawierano. Z mocy prawa strony mają wzajemny obowiązek zwrotu ewentualnie spełnionych świadczeń na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jeśli zaś nie byłoby to możliwe rozliczenie następuje w pieniądzu, choć KIO w takiej sytuacji może unieważnić umowę jedynie częściowo, w zakresie zobowiązań jeszcze

³⁶ Więcej o tym R. Szostak: Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 1, s. 26.

³⁷ Ibidem, s. 32.

³⁸ Por. Z. Radwański: System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna (Suplement), Warszawa 2004, s. 72.

nie wykonanych i nałożyć na zamawiającego stosowną karę finansową (art. 192 ust. 3 pkt 2b Pzp). Wyjątkowo Izbie wolno też, na podstawie szczególnego art. 192 ust. 3 pkt 2c Pzp, orzec „o skróceniu okresu obowiązywania umowy” w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

9. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego

Niewłocznie po podpisaniu umowy zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP, a gdy wartość zamówienia sięga europejskiego progu kwotowego – przekazuje takie ogłoszenie do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE (art. 95 Pzp). Obowiązek ten łączy się z jawnością zamówień publicznych. Ma charakter uniwersalny, dotyczy nawet zamówień z wolnej ręki. Jedynie w odniesieniu do zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej ma wymiar fakultatywny. Jego realizację ułatwiają urzędowe formularze.

§ 18. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

1. Środki ochrony prawnej

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje dwa rodzaje środków ochrony prawnej w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz konkursach:

- 1) odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej¹ oraz
- 2) skarga do Sądu Okręgowego².

Środki te pozostają ze sobą w związku proceduralnym i instancyjnym, polegającym na tym, że czynność lub zaniechanie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega zaskarżeniu odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej (I instancja), od której wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przysługuje skarga do Sądu Okręgowego (II instancja).

W postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych oraz konkursach o wartościach mniejszych od kwot, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wykonawca lub uczestnik konkursu może poinformować zamawiającego o podjęciu przez niego niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechaniu podjęcia czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na które nie przysługuje odwołanie³. Poinformowanie zamawiającego o nieprawidłowościach w prowadzonej przez niego procedurze udzielenia zamówienia publicznego lub konkursie nie zalicza się do środków ochrony prawnej, pomimo tego, że analogicznie jak odwołanie może służyć zapewnieniu zgodności działań zamawiającego z ustawą i posiada pewne cechy wnoszonego bezpośrednio do zamawiającego protestu⁴. Poinformowanie o nieprawidłowościach nie stanowi środka ochrony prawnej, gdyż nieodniesienie się do zasadnych zarzutów wykonawcy nie pociąga za sobą negatywnych konsekwencji dla zamawiającego⁵, a tym samym nie zapewnia skutecznego eliminowania naruszeń przepisów o zamówieniach publicznych, w następstwie zastosowania tego środka prawnego przez uczestników postępowania o zamówienie publiczne lub konkursu, którzy są bezpośrednio zainteresowani jego wynikiem.

¹ Art. 180–198 Pzp.

² Art. 198a–198f Pzp.

³ Art. 181 Pzp.

⁴ Który uprzednio obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych, tj. sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. oraz dyrektywa odwoławcza 2007/66/WE uznają za środek odwoławczy.

⁵ Nie licząc poniesienia odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w wyniku ewentualnego podzielenia stanowiska wykonawcy przez instytucję kontrolującą prawidłowość udzielenia zamówienia publicznego oraz zastosowania wobec zamawiającego przewidzianych przepisami prawa sankcji.

Nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia orzeczeń sądowych wydawanych w sprawach zamówień publicznych jest – przysługująca wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych – skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego⁶.

Środki ochrony prawnej służą zapewnieniu zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych i konkursów, a tym samym eliminowaniu niezgodnych z tymi przepisami czynności zamawiającego albo nakazywaniu zamawiającemu podjęcia czynności, których bezprawnie zaniechał w prowadzonej procedurze zamówieniowej lub konkursowej. Zapewnienie zgodności z przepisami prawa dotyczy czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, które mają lub mogą mieć wpływ na jego wynik, a więc związanych z prawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej⁷ albo zwycięzcy konkursu (pracy konkursowej). W konsekwencji środki ochrony prawnej służą ochronie interesu wykonawcy (uczestnika konkursu) w uzyskaniu zamówienia lub wygraniu konkursu, ale również ochronie interesu publicznego w zakresie legalności udzielania zamówień publicznych i rozstrzygania konkursów. Możliwość zastosowania środków ochrony prawnej i związanych z nimi sankcji służy również zapobieganiu naruszaniu przez zamawiających przepisów Prawa zamówień publicznych (prewencji szczególnej w stosunku do prowadzącego postępowanie zamawiającego oraz ogólnej w stosunku do innych zamawiających udzielających zamówień w analogicznych okolicznościach faktycznych lub prawnych) i z tego powodu prowadzi do promowania zachowań, zapewniających prawidłowe w aspekcie prawnym udzielanie zamówień publicznych, a tym samym działanie systemu zamówień publicznych. Z powyższych powodów, funkcjonowanie systemu rozpoznawania środków odwoławczych istotnie przyczynia się do realizacji celów zapisanych w krajowych i unijnych przepisach o zamówieniach publicznych, dotyczących niedyskryminacji i równego traktowania potencjalnych wykonawców, transparentności postępowań, eliminacji udzielania zamówień w procedurach zamkniętych oraz wykorzystania mechanizmów konkurencji dla efektywnego, oszczędnego i celowego wydatkowania środków w systemie zamówień publicznych.

System odwoławczy jest jednakowy dla odwołań i skarg wnoszonych w postępowaniach prowadzonych przez wszystkie kategorie zamawiających (jednostki sektora finansów publicznych, podmioty prawa publicznego, zamawiający sektorowi, beneficjenci funduszy publicznych, koncesjonariusze koncesji na roboty budowlane), we wszystkich rodzajach zamówień (klasycznych, sektorowych, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, wynikających z wykonywania koncesji na roboty budowlane) oraz niezależnie od ich przedmiotu (roboty budowlane, dostawy lub usługi) oraz wartości (z zastrzeżeniem ograniczonego katalogu czynności zamawiającego, podlegających zaskarżeniu, w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych). Odwołania i skargi, przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych nie przysługują w przypadku braku obowiązku stosowania przepisów ustawy, m.in. z takich powodów, jak: nieposiadanie statusu zamawiającego przez podmiot prowadzący postępowanie lub konkurs, niespełnianie wymagań definicji legalnej „zamówienia publicznego” przez planowaną do zawarcia umowę, np. z uwagi na jej nieodpłatny charakter albo wyłączenie danego zamówienia publicznego spod zakresu zastosowania przepisów ustawy, np. z uwagi na wartość nieprzekraczającą tzw. progu bagatelności w przypadku zamówień klasycznych albo progów unijnych w przypadku zamówień sektorowych.

⁶ Art. 198g Pzp.

⁷ A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski „Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”, UZP, Warszawa 2006, s. 6.

Polski system środków ochrony prawnej został ukształtowany w wyniku implementacji dyrektyw odwoławczych⁸ i w konsekwencji realizuje następujące cele⁹ wynikające z prawa unijnego:

- 1) określenia minimalnych wymagań dotyczących możliwości odwoływania się przez wykonawców od decyzji zamawiających, jakie muszą zapewniać procedury odwoławcze przewidziane w systemach prawnych każdego z państw członkowskich Unii Europejskiej (przy zachowaniu autonomii w zakresie kształtowania systemu odwoławczego, w szczególności w zakresie instytucjonalnym),
- 2) uniemożliwienia udzielania zamówień publicznych po przeprowadzeniu niezgodnego z prawem postępowania, zwłaszcza jeżeli jego przyznanie nie zostało poprzedzone publikacją ogłoszenia o zamówieniu albo nastąpiło w wyniku zastosowania zamkniętego na konkurencję trybu postępowania o udzielenie zamówienia,
- 3) zapewnienie tzw. klauzuli lub okresu zawieszenia typu *standstill*, polegającej na zawieszeniu możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne: (1) w określonym terminie po przesłaniu wykonawcom zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej albo (2) w przypadku wniesienia w tym okresie środka odwoławczego, do czasu jego rozstrzygnięcia przez właściwy organ w pierwszej instancji,
- 4) zapewnienie wykonawcom minimalnych terminów wnoszenia środków ochrony prawnej,
- 5) wprowadzenie sankcji bezskuteczności umowy o zamówienie publiczne, podpisanej przed upływem okresu zawieszenia dopuszczalności jej zawarcia lub zawartej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 6) przewidzenie kar alternatywnych w stosunku do unieważnienia umowy, tj. kar finansowych uiszczanych przez zamawiającego lub skrócenia okresu obowiązywania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz
- 7) zapewnienia szybkich i efektywnych procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, tj. zapewniających możliwie szybkie wyeliminowanie naruszeń przepisów o zamówieniach publicznych, które mają wpływ na udzielenie zamówienia lub rozstrzygnięcie konkursu.

Procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych powinny być zgodne nie tylko z dyrektywami unijnymi dotyczącymi zamówień publicznych, ale również z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności zasadami traktatowymi odnoszącymi się do zamówień

⁸ Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246, z późn. zm.), dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315, z późn. zm.) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. UE L 335 z 20.12.2007 s. 31).

⁹ D. Piasta, red. „Dyrektywy dotyczące procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych”, Warszawa 2008 r., s. 5.

publicznych, np. niedyskryminacji, równego traktowania, swobodnego przepływu usług, towarów, pracowników, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, wzajemnego uznawania, przejrzystości i proporcjonalności, orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz postanowieniami Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dotyczących prawa do sądu.

System środków ochrony prawnej zapewnia wykonawcy i uczestnikowi konkursu szybki, efektywny, przejrzysty oraz oparty na zasadach niedyskryminacji i równego traktowania przegląd postępowań o udzielenie zamówień publicznych i konkursowych, co do zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych, na skutek i w zakresie zastosowanych przez jego uczestników środków odwoławczych.

Uregulowania dotyczące środków ochrony prawnej z natury rzeczy stanowią kompromis pomiędzy interesem publicznym i interesami poszczególnych wykonawców (uczestników konkursu) oraz dążeniem do osiągnięcia celów, którym powinny służyć procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych, m.in. zapewnieniu szybkiego i efektywnego postępowania, umożliwieniu wykonawcom skutecznego dochodzenia swych praw, eliminowaniu w jak największym stopniu i z udziałem jak najszerszego kręgu zainteresowanych podmiotów naruszeń prawa w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego lub konkursach na etapie poprzedzającym zawarcie umowy lub rozstrzygnięcie konkursu oraz zapobieganiu wykorzystywaniu procedur odwoławczych do blokowania lub odwlekania kontraktowania i realizacji zamówień publicznych.

Celem systemu środków ochrony prawnej jest również zapobieżenie wyrządzeniu szkody wykonawcom lub uczestnikom konkursu w związku z niezgodnym z prawem rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu. Z uwagi na fakt, że szkoda może wystąpić pomimo zastosowania środków odwoławczych, np. w następstwie uchylecia orzeczenia Izby przez sąd po zawarciu umowy przez zamawiającego, uzupełnienie systemu odwoławczego przewidzianego w ustawie Prawo zamówień publicznych stanowi możliwość dochodzenia odszkodowań przez wykonawców i uczestników konkursu przed sądami powszechnymi w procedurze cywilnej oraz na zasadach określonych w kodeksie cywilnym. Odszkodowanie przysługuje z tytułu szkody wyrządzonej w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym z naruszeniem przepisów w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub konkursach, w następstwie których ich uczestnicy zostali niezgodnie z prawem pozbawieni korzyści z tytułu realizacji zamówienia publicznego lub wygrania konkursu.

Skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej jest uzależniona od łącznego spełnienia wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych poniżej opisanych przesłanek¹⁰.

1.1. Przesłanka podmiotowa

Środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie określonym ustawowo kategoriom podmiotów: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innym podmiotom.

Wykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o zamówienie publiczne, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Na początku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego status wykonawcy przysługuje w trybach otwartych nieograniczonej liczbie podmio-

¹⁰ Art. 179 Pzp.

tów, potencjalnie zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia, samodzielnie albo w konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie i realizację zamówienia publicznego. W trybach wszczynanych zaproszeniem do udziału w postępowaniu, wykonawcami są podmioty, które otrzymały zaproszenie do składania ofert albo udziału w negocjacjach. Katalog ten ulega na kolejnych etapach postępowania – w zależności od trybu, w którym jest ono prowadzone – zawężeniu do wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, wzięli udział w negocjacjach lub dialogu, a w końcu złożyli oferty. Podmioty, które nie wzięły udziału w określonej fazie postępowania, w szczególności nie złożyły wniosku, oferty lub nie uczestniczyli w negocjacjach lub dialogu z zamawiającym, tracą bezpowrotnie status wykonawcy¹¹. Na ostatnim etapie postępowania wykonawcą jest wyłącznie strona zawartej z zamawiającym umowy o zamówienie publiczne. Może to być jeden podmiot, jak również kilka, w przypadku uzyskania zamówienia publicznego przez konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. W przypadku konsorcjum, do momentu złożenia wniosku lub oferty przez konsorcjum, status wykonawcy przysługuje każdemu potencjalnemu konsorcjantowi, następnie wykonawcą stają się wspólnie wszyscy uczestnicy konsorcjum, a z tego statusu nie mogą korzystać samodzielnie poszczególni jego członkowie.

Uczestnikiem konkursu mogą być wszystkie kategorie podmiotów prawa cywilnego (osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, ale mające zdolność prawną), chyba że przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej¹². W takim przypadku, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia (np. w zakresie projektowania architektonicznego). Analogicznie, jak w przypadku kształtowania się katalogu wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zakres podmiotowy uczestników konkursu ulega ograniczeniu w trakcie przebiegu konkursu. Po publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, uczestnikami konkursu są wszyscy, którzy są potencjalnie zainteresowani ubieganiem się o nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej. Po upływie terminu określonego w ogłoszeniu, uczestnikami zostają tylko te podmioty, które złożyły wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie. W końcu krąg uczestników konkursu zostaje ograniczony wyłącznie do tych, którzy złożyli pracę konkursową. Na ostatnim etapie procedury konkursowej, uczestnikiem konkursu jest wyłącznie podmiot, który otrzymał nagrodę pieniężną lub rzeczową albo zostanie zaproszony do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki. Podobnie, jak może mieć to miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może to być jeden podmiot, jak również konsorcjum uczestników wspólnie biorących udział w konkursie, ale – odmiennie aniżeli w procedurach udzielania zamówień publicznych – również kilku konkurujących ze sobą uczestników konkursu, w przypadku przewidzenia przez organizatora konkursu więcej niż jednej nagrody pieniężnej lub rzeczowej albo zaproszenia do udziału w negocjacjach w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych.

Najbardziej pojemną i jednocześnie niedookreśloną kategorią podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej stanowią „inne podmioty”. Status ten może potencjalnie przysługiwać każdemu podmiotowi prawa cywilnego (osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej wyposażonej przez przepisy prawa w zdolność prawną). Przewidzenie tej kategorii podmiotów

¹¹ G. Wicik, P. Wiśniewski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, Warszawa 2007 r., s. 744–745.

¹² Art. 118 Pzp.

legitymowanych do wnoszenia środków odwoławczych nie oznacza jednak przyznania uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej każdemu, w formie szczególnego rodzaju *action popularis*, gdyż status podmiotowy jest jedną z kilku przesłanek dopuszczalności ich zastosowania. „Innymi podmiotami” są z pewnością podmioty, którym nie przysługuje status wykonawcy albo uczestnika konkursu, ale nie są nimi byli wykonawcy lub uczestnicy konkursu, którzy w postępowaniu uczestniczyli albo mieli możliwość uczestniczyć, ale przez własne zaniechanie dokonania czynności służących dalszemu udziałowi w postępowaniu, np. złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, oferty, pracy konkursowej, pozbawili się możliwości uzyskania zamówienia albo wygrania konkursu. Kategoria „innych podmiotów” uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej ma szczególne znaczenia w przypadku kwestionowania dopuszczalności zastosowania trybów niekonkurencyjnych: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniach zakończonych już zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Bez przewidzienia tej kategorii uprawnionych do stosowania środków ochrony prawnej nie byłoby bowiem możliwe zaskarżenie przez podmioty nie zaproszone np. do negocjacji bez ogłoszenia, dopuszczalności zastosowania tego trybu, z uwagi na niespełnienie przesłanek określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych w okolicznościach faktycznych i prawnych, w których zamawiający się nim posługuje w celu udzielenia zamówienia publicznego. Status wykonawcy w trybach zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę przysługuje bowiem wyłącznie wykonawcom zaproszonym przez zamawiającego do udziału w postępowaniu. Po podpisaniu umowy, nie mógłby również odwoływać się były wykonawca, którego oferta bezprawnie nie została wybrana jako najkorzystniejsza oraz który nie został o tym fakcie zawiadomiony przez zamawiającego, gdyż po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, status wykonawcy posiada wyłącznie podmiot, z którym została ona zawarta. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wszczynanych publikacją ogłoszenia o zamówieniu, na etapie po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub otwarciu ofert, interes będzie przysługiwał wyłącznie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, którzy złożyli wnioski lub oferty oraz w konsekwencji interesem do wnoszenia środków ochrony prawnej nie będą mogły się wykazać żadne „inne podmioty”.

1.2. Przesłanka ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego

Interes w uzyskaniu zamówienia publicznego dotyczy zarówno prawnej, jak i faktycznej¹³, rzeczywistej albo potencjalnej możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne oraz zawarcia umowy w sprawie jego udzielenia. Może on objawiać się zarówno w konkretnym postępowaniu zamówieniowym lub konkursowym w formie dążenia wykonawcy do wyeliminowania niezgodnych z prawem działań lub zaniechań zamawiającego, mających przełożenie na jego możliwość uzyskania zamówienia lub wygrania konkursu, jak również do kwestionowania przez potencjalnie lub faktycznie zainteresowanego realizacją określonej kategorii zamówień publicznych, niezgodnego z Prawem zamówień publicznych zastosowania do jego udzielenia trybu niekonkurencyjnego, uniemożliwiającego zainteresowanemu podmiotowi ubiegania się o zamówienie. Interes przysługuje również po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W tym przypadku, analogicznie jak przy kwestionowaniu legalności zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę, interes nie dotyczy możliwości uzyskania konkretnego zamówienia, będącego przedmiotem aktualnie prowadzonego postępowania, w którym odwołujący nie uczestniczy z powodu niewystosowania do niego zaproszenia do udziału, lecz spowodowania unie-

¹³ W związku z zastąpieniem w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych kategorii „interesu prawnego” – „interesem”, w wyniku nowelizacji, która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r.

ważnienia umowy, a w konsekwencji potencjalnego umożliwienia ubiegania się o nie w przypadku ponownego jego udzielania przez zamawiającego z zastosowaniem trybu zgodnego z przepisami Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym, obecne pojęcie „interesu” konsumuje zarówno interes prawny *sensu stricte*, rozumiany jako doznanie przez podmiot, który się nim legitymuje uszczerbku w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczy, polegający na utracie możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, jak również interes prawny *sensu largo*¹⁴, polegający na dopuszczalności wnoszenia środków ochrony prawnej w celu wyeliminowania nieprawidłowości związanych z postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych, w których skarżący nie uczestniczy, tak aby nie doszło w ich wyniku do zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Przy czym, w tym drugim przypadku, nieuczestnictwo wykonawcy w kwestionowanym postępowaniu nie może być następstwem zaniechania wykonawcy w zakresie dokonania czynności służących ubieganiu się o zamówienie, np. zakwestionowania niekorzystnych postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożenia wniosku lub oferty albo uczestniczenia w negocjacjach. Tym samym, w przypadku wygaśnięcia interesu *sensu stricte* nie jest możliwe powoływanie się na interes *sensu largo*, którego istnienie może być rozważane wyłącznie w okolicznościach, gdy wcześniej wykonawcy interes *sensu stricte* nie tylko nie przysługiwał, ale nie mógł przysługiwać. Ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala powoływać się wyłącznie na interes istniejący w momencie wnoszenia środków odwoławczych. Posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia w konkretnym postępowaniu, oznacza, że podmiot nim dysponujący (wykonawca lub uczestnik konkursu w toczących się procedurach zamówieniowych lub konkursowych) ciągle może uzyskać zamówienie lub wygrać konkurs, a jego interes służy zapewnieniu zgodności toczącego się postępowania z ustawą Prawo zamówień publicznych. Okoliczność, że dany podmiot miał interes dotyczy najczęściej sytuacji innego podmiotu (aniżeli wykonawca lub uczestnik konkursu) oraz faktycznie służy do zakwestionowania trybu toczącego się postępowania, w którym podmiot dysponujący interesem nie uczestniczy albo unieważnieniu zawartej umowy (ewentualnie zastosowania innej sankcji alternatywnej w postaci kary finansowej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy). Podmioty te należy uznać za posiadające wcześniej, ale nie mające aktualnie interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, bowiem w momencie wnoszenia środka ochrony prawnej nie mogą uzyskać konkretnego zamówienia w trwającym postępowaniu, gdyż nie zostali zaproszeni do udziału w nim (np. w trybie zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę) albo umowa w sprawie udzielenia tego zamówienia została już zawarta po przeprowadzeniu postępowania, w którym z przyczyn przez nich niezawinionych zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Interes w uzyskaniu zamówienia może skutecznie wygasnąć w wyniku zaniechania przez wykonawcę podjęcia na określonym etapie postępowania działań ukierunkowanych na zakwestionowanie niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych postępowania zamawiającego. Przykładem takiej sytuacji może być zachowanie wykonawcy, który nie oprotestowuje postanowień dokumentacji przetargowej uniemożliwiających mu złożenie oferty, zgodnej z zawartymi w niej wymaganiami, lecz czeka z zastosowaniem środków ochrony prawnej do czasu zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze oferty najkorzystniejszej. W takich okolicznościach, należy podzielić

¹⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 27 maja 2010 r. (III CZP 25/10) wykładnia pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.

w pełni pogląd Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹⁵, którego zdaniem, nie jest sprzeczna z postanowieniami prawa unijnego odmowa uznania przez zamawiającego (oraz organy właściwe do rozpoznania środków ochrony prawnej) za mającego interes w uzyskaniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie złożył oferty. Nie może budzić wątpliwości, że środki odwoławcze powinny być również dostępne wykonawcy, który był zainteresowany danym zamówieniem, ale nie wziął udziału w postępowaniu na skutek zastosowania przez zamawiającego dyskryminacyjnych warunków, pod warunkiem, że zachowanie wykonawcy nie będzie godziło w cele dyrektywy odwoławczej, jakimi są zapewnienie szybkich i efektywnych procedur odwoławczych, zapewniających korektę nieprawidłowości w postępowaniu najszybciej jak to możliwe po ich wystąpieniu albo dowiedzeniu się o nich przez zainteresowanego wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca powinien wносить odwołanie niezwłocznie po uzyskaniu wiedzy o naruszeniu i na jak najwcześniejszym etapie postępowania, umożliwiającym jego korektę w sposób zapewniający temu wykonawcy możliwość wzięcia w nim udziału i uzyskania zamówienia publicznego. Tylko taka interpretacja zapewnia pogodzenie interesu publicznego, związanego z koniecznością udzielenia zamówień publicznych w celu wykonywania zadań publicznych, z ochroną interesu wykonawcy dążącego do zapewnienia sobie możliwości ubiegania się i realizacji zamówienia publicznego.

Utrata statusu wykonawcy w postępowaniu prowadzi do utraty interesu w ubieganiu się o zamówienie publiczne. Dotyczyć to może niezakwestionowania przez wykonawcę odrzucenia jego oferty, w którego następstwie wykonawca traci szansę na uzyskanie zamówienia. Wykonawca nie może żądać unieważnienia postępowania z powołaniem się na interes we wzięciu udziału w kolejnym postępowaniu o udzielenie tego samego przedmiotu zamówienia, które może zostać wszczęte przez zamawiającego, w konsekwencji unieważnienia aktualnie toczącego się postępowania. Unieważnienie postępowania nie prowadzi bowiem do uzyskania bezpośredniej korzyści przez odwołującego¹⁶. Ponadto, hipotetyczne jest zarówno wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również uczestnictwo w nim odwołującego się wykonawcy.

Interes do wniesienia środków ochrony prawnej może przysługiwać całemu konsorcjum, w składzie którego wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, a nie poszczególnym konsorcjantom. Sytuacja ta zachodzi po złożeniu przez konsorcjum wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty¹⁷. Interes do wnoszenia środków ochrony prawnej przed upływem terminu składania wniosków albo ofert lub dotyczących kwestionowania dopuszczalności stosowania trybów niekonkurencyjnych, przysługuje jednak każdemu potencjalnemu wykonawcy, nawet w przypadku, gdy planuje on ubiegać się o nie w ramach konsorcjum, zrzeszającego także innych wykonawców.

Wykonawca nie posiada interesu do wniesienia odwołania, jeżeli jego oferta została sklasyfikowana na dalszej pozycji w rankingu ofert. Interes wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu powinien wyrażać się możliwością uzyskania zamówienia, a tym samym powinien być skonkretyzowany i pewny, a nie oparty na domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach. Ponadto, interes takiego wykonawcy do wnoszenia środków odwoławczych powinien dotyczyć zapobiegnięcia jego uszczerbkowi, a nie jest prawnie zasadne odwoływanie się w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu bądź w interesie zapewnienia przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych. Interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej powi-

¹⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 lutego 2004 r. „Grossman Air Service (C-230/02).

¹⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 marca 2011 r. (KIO 453/11).

¹⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 8 września 2005 r. (C-129/04).

nien więc prowadzić do wyboru oferty odwołującego się i umożliwić zawarcie z nim umowy o zamówienie publiczne¹⁸.

Interes do wnoszenia środków odwoławczych wobec postanowień ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługuje każdemu wykonawcy, jeżeli negatywnie wpływa na możliwość jego udziału w postępowaniu, nawet jeśli wykonawca sam nie spełnia postawionych wymagań, które kwestionuje odwołaniem¹⁹.

Upływ terminu związania wykonawcy ofertą nie pozbawia interesu w uzyskaniu danego zamówienia²⁰. Wniesienie odwołania stanowi niewątpliwie kompleksową czynność potwierdzającą dążenie wykonawcy do uzyskania danego zamówienia, a tym samym należy ją traktować jako obejmującą swą treścią wszystkie inne oświadczenia niezbędne do ubiegania się o to zamówienie, w tym również dotyczące związania odwołującego się postanowieniami złożonej oferty.

1.3. Przesłanka ochrony przed poniesieniem szkody

Środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie, gdy skarżący wykaże, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działania lub zaniechania zamawiającego. Pojęcie szkody należy interpretować zgodnie ze znaczeniem nadanym temu pojęciu przez doktrynę prawa cywilnego. Szkodą jest więc uszczerbek w dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr, powstałym wskutek zdarzenia wyrządzającego szkodę a stanem, jaki by istniał, gdyby to zdarzenie nie zaszło²¹. Uszczerbek ten może przybierać postać utraty, zmniejszenia lub niepowiększenia aktywów albo powstania bądź zwiększenia pasywów²². W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, szkodą uzasadniającą zastosowanie środków ochrony prawnej jest utrata możliwości uzyskania zamówienia oraz czerpania z tego tytułu przewidywanych korzyści finansowych. Środki ochrony prawnej nie mogą dotyczyć krzywdy, tj. szkody niematerialnej dotyczącej najczęściej naruszenia dóbr osobistych poszkodowanego²³. Wykonawca nie jest więc uprawniony do kwestionowania podstawy wykluczenia, poprzez wykazywanie, że np. powinien zostać wykluczony z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie jak przyjął zamawiający, z powodu karanía za określonego rodzaju przestępstwo, co jego zdaniem może naruszać jego dobra osobiste lub renomę firmy.

1.4. Przesłanka naruszenia przepisów przez zamawiającego

Środek ochrony prawnej może zostać zastosowany w odniesieniu do naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego, a nie np. wykonawcę, podmiot trzeci albo

¹⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 stycznia 2011 r. (KIO 10/11).

¹⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 marca 2011 r. (KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2011 r. (KIO 470/11).

²⁰ Postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 16 lutego 2011 r. (VI Ga 192/10).

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 1957r. (2 CR 304/57), opubl. OSNCK 1958, nr 3, poz. 76, uchwała Sądu Najwyższego z 22 listopada 1963 r. (III PO 31/63), opubl. OSNCP 1964, Nr 7 – 8, poz. 128, uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 12 lipca 1968 r. (III PZP 26/68) opubl. OSNCPIUS 1969, nr 2, poz. 18.

²² M. Kaliński w: red. A. Olejniczak, „Prawo zobowiązań – część ogólna.”, System prawa prywatnego, Tom 6, Warszawa 2009, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, s. 76 – 119.

²³ B. Tarnowska „Zniesienie protestu, terminy, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.” w: red. J. Sadowy „Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.” s. 60.

organ administracji publicznej, który nie jest w danym postępowaniu zamawiającym zamierzającym udzielić zamówienia publicznego. Odwołujący nie jest uprawniony do kwestionowania złożenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty podlegającej odrzuceniu, w takim bowiem przypadku podstawą ewentualnego odwołania może być zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia tej oferty. Nie jest również dopuszczalne zaskarżenie niewyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie oferty z powodu innej omyłki polegającej na nieistotnej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przedmiotem środka ochrony prawnej nie może być niezuzpełnienie przez wykonawcę dokumentów służących do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie stosownego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie niewykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia opisanych warunków.

1.5. Przesłanka naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

Przedmiotem zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej mogą być wyłącznie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie przepisów innych ustaw, np. kodeksu cywilnego. Tym samym, odwołujący powinien wskazać, tudzież powinno to wynikać z zarzutów odwołania, jakie konkretnie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zostały naruszone przez zamawiającego. Nie oznacza to jednak nieuwzględniania dyspozycji przepisów innych ustaw, gdyż przedmiotem odwołania może być zaniechanie odrzucenia oferty, które złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁴.

1.6. Przesłanka naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Można stosować środki ochrony prawnej w odniesieniu do czynności lub zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanka ta została co prawda wyartykułowana w przepisach dotyczących odwołania, ale znajduje zastosowanie w odniesieniu do innych środków ochrony prawnej. Stosownie do definicji legalnej²⁵ „postępowania w sprawie udzielenia zamówienia”, która zakreśla ramy czasowe postępowania, rozpoczyna się ono ogłoszeniem lub zaproszeniem do składania ofert lub udziału w negocjacjach, a jego celem jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa albo wynegocjowania warunków umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tym samym przedmiotem zaskarżenia środkami ochrony prawnej nie mogą być czynności i zaniechania:

- 1) z zakresu przygotowania postępowania, np. przewidzenie dopuszczalności składania ofert częściowych, szacowanie wartości zamówienia, nieprzewidzenie zastosowania aukcji elektronicznej itp.,
- 2) po ostatecznym wyborze oferty najkorzystniejszej, np. dotyczące zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego,
- 3) związane z postępowaniem, np. udostępnienie protokołu wraz z załącznikami.

²⁴ Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

²⁵ Art. 2 pkt 7a Pzp.

Niedopuszczalność zaskarżenia powyższych okoliczności w trybie środków ochrony prawnej nie oznacza, iż działania i zaniechania zamawiającego w tym zakresie nie mogą być skutecznie kwestionowane. Nie można co prawda uczynić przedmiotem środków ochrony prawnej czynności w zakresie przygotowania postępowania, ale wykonawcom i innym podmiotom przysługuje uprawnienie do podważania ich następstw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. postanowień ogłoszeń, specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo zastosowania trybów zamkniętych na konkurencję bez spełnienia przesłanek warunkujących dopuszczalność posłużenia się nimi w celu udzielenia zamówienia publicznego. Poza systemem środków ochrony prawnej pozostają okoliczności dotyczące zawarcia umowy, ale np. zobowiązanie zamawiającego do zawarcia umowy może być dochodzone w trybie stosownego powództwa wytoczonego przed sądem powszechnym o zobowiązanie zamawiającego do złożenia określonego oświadczenia woli, podlegające zastąpieniu przez odpowiednie orzeczenie sądowe²⁶. Udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami może zostać zapewnione na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Środki ochrony prawnej przysługują zarówno w odniesieniu do pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego, jak również kolejnych, tj.

- 1) nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (jeżeli dotyczą kwestii prawnych, która nie została ostatecznie rozstrzygnięta w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą),
- 2) podjętych samodzielnie przez zamawiającego lub na skutek zaleceń wydanych przez właściwe organy kontroli, po przeprowadzeniu postępowań wyjaśniających lub kontrolnych, w następstwie uchylecia niezgodnego z Prawem zamówień publicznych wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym wykonawcy zostali powiadomieni albo
- 3) wyboru następnej w kolejności oferty jako najkorzystniejszej z powodu uchylecia się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza.

1.7. Status Krajowej Izby Odwoławczej

Polski system środków ochrony prawnej został ukształtowany jako dwuetapowy, w którym rozpoznanie sprawy przez sąd zostało przewidziane dopiero po rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania, wniesionego bezpośrednio od czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych²⁷, Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Organami Izby są: Prezes, wiceprezes oraz zgromadzenie ogólne, które tworzą członkowie Izby. Prezes Izby m.in. reprezentuje Izbę na zewnątrz, przewodniczy zgromadzeniu ogólnemu, ustala terminy posiedzeń składów orzekających, zarządza łączne rozpoznanie odwołań, czuwa nad sprawnością pracy Izby oraz określa wewnętrzny regulamin pracy Izby. Zgromadzenie ogólne m.in. przygotowuje i przyjmuje roczną informację o działalności Izby, wyznacza skład sądu dyscyplinarnego, rozpatruje

²⁶ Art. 64 kodeksu cywilnego w związku z art. 1047 kodeksu postępowania cywilnego

²⁷ Art. 172–176a Pzp

odwołania od orzeczeń sądu dyscyplinarnego oraz opiniuje inne sprawy przedłożone przez Prezesa Izby lub zgłoszone przez członków zgromadzenia ogólnego.

Członkowie Izby są powoływani przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób spełniających stosowne wymagania, dotyczące m.in. nieposzlakowanej opinii, niekaralności i odpowiedniego doświadczenia zawodowego, które uzyskały najlepszy wynik w postępowaniu kwalifikacyjnym, którego zasady oraz przebieg są uregulowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nawiązanie stosunku pracy z członkami Izby następuje na podstawie powołania w terminie określonym w akcie powołania. Przed podjęciem obowiązków członek Izby jest zobowiązany złożyć ślubowanie przed Prezesem Rady Ministrów według określonej ustawowo roty. Wysokość oraz sposób określenia wynagrodzenia członków Izby wynika z przepisów prawa. Członkostwo w Izbie wygasa z powodu śmierci albo odwołania przez Prezesa Rady Ministrów wyłącznie w ustawowo określonych oraz ważnych okolicznościach, m.in. utraty praw publicznych, prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe, utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowego wykonywania obowiązków członka Izby albo orzeczenia kary dyscyplinarnej wykluczenia ze składu Izby. Członkostwa w Izbie nie można łączyć z określonymi funkcjami publicznymi, np. mandatem posła, senatora, radnego, członkostwem w kolegium regionalnej izby obrachunkowej, samorządowym kolegium odwoławczym, prowadzeniem działalności politycznej, dodatkowym zatrudnieniem lub działalnością zarobkową (za wyjątkiem dydaktycznej, naukowo-dydaktycznej lub naukowej) oraz prowadzeniem działalności gospodarczej.

Za naruszenie swoich obowiązków oraz uchybienie godności zawodowej członkowi Izby odpowiadają dyscyplinarnie. Katalog kar dyscyplinarnych obejmuje: upomnienie, usunięcie z zajmowanej funkcji (zakaz sprawowania przez 3 lata funkcji Prezesa, wiceprezesa, rzecznika dyscyplinarnego lub członka sądu dyscyplinarnego) oraz wykluczenie ze składu Izby. W sprawach dyscyplinarnych orzekają: sąd dyscyplinarny, złożony z pięciu członków Izby, wybranych przez zgromadzenie ogólne Izby (w pierwszej instancji) oraz zgromadzenie ogólne Izby (w drugiej instancji). Od orzeczenia dyscyplinarnego wydanego w drugiej instancji przysługuje odwołanie do sądu apelacyjnego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych, właściwego ze względu na siedzibę Urzędu. Od orzeczenia sądu apelacyjnego skarga kasacyjna nie przysługuje. Oskarżycielem przed sądem dyscyplinarnym jest rzecznik dyscyplinarny powoływany na trzyletnią kadencję spośród członków Izby przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu.

Przy wykonywaniu swoich funkcji członkowie Izby są niezawisli i związani wyłącznie przepisami prawa. W zakresie wykonywania określonych ustawą czynności, członkowie Izby korzystają z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

Izba rozpoznaje odwołania zasadniczo w składzie jednoosobowym. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie 3-osobowym, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawikłość lub precedensowy charakter sprawy. Członkowie składu orzekającego mają równy status. Do rozpoznawania odwołań są wyznaczani z jawnej dla stron alfabetycznej listy członków KIO. W przypadku wyznaczenia składu trzyosobowego, Prezes Izby wskazuje przewodniczącego.

Postępowanie odwoławcze na rozprawie (po złożeniu z zachowaniem formy pisemnej odwołania lub przystąpienia do postępowania odwoławczego) przed KIO ma charakter ustny i jest postępowaniem spornym. Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie. Rozprawę poprzedza etap posiedzenia niejawnego lub prowadzonego z udziałem stron lub pełnomocników, na którym dokonywane są niezbędne czynności formalnoprawne i sprawdzające. Zakończenie procedury odwoławczej bez

przeprowadzenia rozprawy ma miejsce wyłącznie w przypadku, gdy zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, spór pomiędzy stronami wygaś w skutek uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości lub cofnięcia odwołania przez wykonawcę. Na rozprawie strony prezentują swoje stanowiska oraz przedstawiają dowody na ich poparcie. Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyłączają możliwość działania Izby z urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza jest samodzielnym podmiotem. Prezes Urzędu wykonuje wobec członków Izby czynności z zakresu prawa pracy oraz – z uwagi na nieposiadanie przez Izbę własnego budżetu – obsługę organizacyjno-techniczną i księgową Izby zapewnia Urząd Zamówień Publicznych.

W doktrynie Prawa zamówień publicznych wyrażane są rozbieżne poglądy odnośnie statusu Krajowej Izby Odwoławczej oraz cywilnoprawnego lub administracyjnoprawnego charakteru procedury odwoławczej²⁸. W świetle przedstawionych uregulowań prawnych dotyczących Krajowej Izby Odwoławczej należy przyjąć, że Izba jest wyspecjalizowanym organem administracji publicznej, o zasięgu centralnym, właściwym w zakresie rozpoznawania odwołań w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, o uprawnieniach orzeczniczych (jurysdykcyjnych)²⁹. Krajowa Izba Odwoławcza charakteryzuje się niezależnością od Prezesa Urzędu i Urzędu Zamówień Publicznych oraz posiadaniem wewnętrznego regulaminu pracy Izby, organów o ustawowo określonych kompetencjach i wewnętrznym sądownictwem dyscyplinarnym. Ustawowo określone wymagania związane z członkostwem w Izbie: rekrutacja w wyniku przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego, katalog przesłanek odwołania, określony sposób wynagradzania, zakaz pełnienia innych funkcji i działalności, mają na celu zapewnienie niezawisłego, niezależnego, bezstronnego, profesjonalnego i opartego na przepisach prawa rozstrzygnięcia sporów związanych z postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych. W aspekcie formalnym zachowany jest również wymóg sądowej kontroli nad działalnością orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

1.8. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej powinno zawierać³⁰:

- 1) wskazanie czynność lub zaniechanie zamawiającego, będącego przedmiotem odwołania,
- 2) zarzuty, które powinny sprowadzać się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, dlaczego lub z jakich przyczyn zdaniem odwołującego czynność lub zaniechanie zamawiającego są niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych wraz ze wskazaniem – według uznania wykonawcy – konkretnych

²⁸ Por. m.in. J. Niczyporuk, „Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej” w: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I. Referaty na IV Konferencję naukową 20-21.06.2011 r. Kazimierz Dolny”, s. 105 i n., J. Niczyporuk, „Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych” oraz M. Grabarczyk „Rozstrzygnięcie sporów w zakresie zamówień publicznych w Polsce i Niemczech – wybrane aspekty, próba porównania” w: E. Adamowicz, J. Sadowy red. nauk. „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. V Konferencja naukowa 17-18 września 2012 r. Sopot”, Gdańsk-Warszawa, 2012 r.

²⁹ Por. P. Pogonowski, „Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej wg Prawa zamówień publicznych”, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych*, nr 1(16)/2008 r., s. 13 i n.

³⁰ Art. 180 ust. 3 w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które zostały naruszone oraz zwięzłego przytoczenia okoliczności faktycznych,

- 3) żądanie, poprzez określenie czego odwołujący oczekuje od uwzględniającego jego odwołanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w kontekście przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określających co Izba może nakazać zamawiającemu spośród triady następujących czynności: wykonani, powtórzenie lub unieważnienie określonej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) wskazanie okoliczności faktycznych, poprzez opisanie, co uczynił albo zaniechał uczynić zamawiający w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz prawnych w zakresie przywołania przepisów prawnych, zarówno materialnoprawnych, jak i procesowych, mających zastosowanie w przedmiocie dopuszczalności wniesienia odwołania oraz uzasadniających uwzględnienie odwołania;
- 5) dowody na poparcie przytoczonych okoliczności w kontekście postępowania dowodowego przed Krajową Izbą Odwoławczą w formie powołania albo wnioskowania o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, zeznań świadków, opinii biegłych, przesłuchania stron lub ewentualnie innych środków dowodowych.

Odwołanie powinno również zawierać dane dotyczące:

- 1) identyfikacji odwołującego, w taki sposób, aby można było komunikować się z nim za pośrednictwem faxu oraz poczty elektronicznej,
- 2) identyfikacji zamawiającego,
- 3) określenia przedmiotu zamówienia (np. w sposób analogiczny, jak to uczynił zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w sposób umożliwiający jednoznaczne przypisanie odwołania do określonego postępowania w sprawie udzielenia konkretnego zamówienia publicznego, prowadzonego przez danego zamawiającego),
- 4) numeru ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. ogłoszenia o zamówieniu (umowie ramowej albo ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów), ogłoszenia o konkursie, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ogłoszenia o wyniku konkursu.

Odwołanie powinno być podpisane przez odwołującego lub przez jego prawidłowo ustanowionego pełnomocnika. Wymóg ten zostanie dochowany poprzez złożenie własnoręcznego podpisu wnoszącego odwołanie lub umocowanego pełnomocnika. Odwołanie może być również wniesione w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego, kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej udostępnionej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych oraz Elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej (ePUAP).

W odwołaniu powinien być wskazany wykaz załączników, do których należy zaliczyć m.in.:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości wymaganej przepisami rozporządzenia wykonawczego do ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu;

3) odpis z KRS, pełnomocnictwo, inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej³¹. Prezes jest organem Izby³², która jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego³³.

Odwołujący jest zobowiązany do przesyłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje usuwalne domniemanie zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania. Domniemanie jest oparte na teorii wysłania³⁴. Jeżeli kopia odwołania została zamawiającemu przesłana faxem lub drogą elektroniczną przed upływem terminu do wniesienia odwołania, to domniemuje się, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Odwołujący może więc dowodzić przed Krajową Izbą Odwoławczą, że wysłał kopię odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią poprzez przedłożenie jako dowód potwierdzenia nadania faxu albo wydruk pocztą elektroniczną odwołującego. Zamawiający może z kolei wykazywać, że nie otrzymał faxu lub e-maila, w zakresie ustawowo na wniesienia odwołania terminie albo w ogóle. Na zamawiającym ciąży obowiązek obalenia domniemanie, tj. przedstawienia dowodów, przekonujących skład orzekający w sprawie na okoliczność nieotrzymania lub nieterminowego otrzymania kopii odwołania. Możliwości zapoznania się przez zamawiającego ze złożonym odwołaniem nie należy odnosić do rzeczywistego zapoznania się z nim, lecz umożliwienia tego w następstwie przekazania kopii odwołania, w sposób określony w przepisie art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. faxem lub w zwykłej formie elektronicznej, niezależnie od tego, w jakich godzinach i czy rzeczywiście zamawiający zapoznał się z odwołaniem. Wypełnienie tego obowiązku nie wymaga więc przesłania kopii odwołania w godzinach urzędowania zamawiającego, wystarczające jest bowiem jej przesłanie do końca dnia, w którym upływa termin na wniesienie odwołania³⁵.

Dla skutecznego poinformowania zamawiającego przez odwołującego o wniesieniu odwołania wystarczające jest przesłanie kopii odwołania bez załączników³⁶. Obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania *de lega lata* ma walor informacyjny, ponieważ pozwala na zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego się przez zamawiającego i wykonawców, którzy dzięki temu będą mogli podjąć decyzję o przyłączeniu się do postępowania odwoławczego.

³¹ Art. 180 ust. 4 Pzp.

³² Art. 172 ust. 2 pkt 1) Pzp.

³³ Art. 172 ust. 1 Pzp.

³⁴ Teoretycznie możliwe są cztery rozwiązania: (1) teoria oświadczenia (decyduje chwila przejawu woli), (2) teoria wysłania (rozstrzyga moment wysłania oświadczenia woli), (3) teoria doręczenia (chwila doręczenia oświadczenia adresatowi), (4) teoria zapoznania się (oświadczenie woli jest złożone z chwilą zapoznania się przez adresata z jego treścią). Prawo cywilne zasadniczo stanęło na stanowisku teorii doręczenia, zgodnie bowiem z art. 61 zd. 1 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, „Prawo cywilne. Zarys części ogólnej”, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1998 r., s. 278.

³⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2011 r. (KIO 933/11), w którym Izba wyjaśniła, że termin na przesłanie kopii odwołania upływa z końcem dnia, w którym upływa termin na wniesienie odwołania i zamawiający nie może go skracać poprzez przyjęcie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł się zapoznać wyłącznie w godzinach pracy, o których informował wykonawców. Analogicznie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 października 2011 r. (KIO 2121/11).

³⁶ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2010 r. (KIO/1129/10).

Nieprzekazanie załączników do odwołania (m.in. dowodu uiszczenia wpisu, odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa do wniesienia odwołania) nie ogranicza możliwości merytorycznej oceny zasadności odwołania³⁷. W pewnych okolicznościach niezbędne jest jednak zbadanie charakteru i znaczenia dowodowego załączników. Nie narusza ustawy nieprzekazanie załączników w postaci dokumentów i korespondencji stanowiącej dokumentację postępowania³⁸. Nie dojdzie jednak do prawidłowego przekazania kopii odwołania, jeżeli nie zostaną do niej dołączone załączniki zawierające istotną treść konstytuującą odwołanie (np. dowody na poparcie zarzutów odwołania, które zostały przez odwołującego wyodrębnione redakcyjnie w załącznikach), których poznanie przez zamawiającego może mieć wpływ na ocenę zarzutów merytorycznych odwołania i decyzję zamawiającego³⁹ co do jego uwzględnienia.

Zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody do wniesienia oraz rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

1.9. Środki ochrony prawnej w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych

W postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o wartości niższej od tzw. progów unijnych⁴⁰, ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje środki ochrony prawnej w postaci odwołania od enumeratywnie wskazanych w przepisach ustawy czynności zamawiającego oraz skargi na rozstrzygnięcie Izby w tych sprawach, jak również – nie będące środkiem ochrony prawnej – poinformowanie zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie.

Odwołanie poniżej tzw. progów unijnych przysługuje⁴¹ wyłącznie wobec czynności zamawiającego dotyczących:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania;
4. odrzucenia odwołującego.

Katalog tych czynności został skonstruowany w sposób zapewniający zgodność polskiego prawa z unijnym prawem zamówień publicznych, wynikającym z postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴². Zapewnienie

³⁷ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2011 r. (KIO 833/11).

³⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 września 2011 r. (KIO 1864/11).

³⁹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2011 r. (KIO 2169/11).

⁴⁰ Wartość tzw. progów unijnych jest określana co dwa lata w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień i oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

⁴¹ Art. 180 ust. 2 pkt 1) – 4) Pzp.

⁴² Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych

prawidłowości tych czynności ma zasadnicze znaczenie dla ochrony interesów podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, poprzez eliminowanie przypadków:

1. niezgodnego z prawem stosowania trybów nietransparentnych i zamkniętych na konkurencję, gdyż nie wszczynanych publicznym ogłoszeniem o zamówieniu, umożliwiającym potencjalnym wykonawcom wyrażenie na równych zasadach zainteresowania ubieganiem się o zamówienie publiczne,
2. nieproporcjonalnego, np. w zakresie wartości lub ilości żądanego doświadczenia, potencjału technicznego lub finansowego albo niezwiązanego z przedmiotem zamówienia, opisywania warunków w sposób uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie przez podmioty dające rękojmię prawidłowego jego wykonania,
3. wykluczania wykonawców, którzy spełniają opisane w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu z uwagi na wystąpienie w ich przypadku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. odrzucania ofert, w odniesieniu do których nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do czynności lub zaniechań czynności przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych, od których odwołanie nie przysługuje, wykonawcom oraz uczestnikom konkursu przysługuje uprawnienie do poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Wykonawca powinien poinformować zamawiającego o tym w terminie określonym na wniesienie odwołania. W przypadku uznania zasadności informacji, zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej oraz informuje o tym wykonawców lub uczestników konkursu. Od decyzji zamawiającego odwołanie zasadniczo nie przysługuje, chyba że jest to czynność wymieniona w katalogu czynności zaskarżalnych odwołaniem w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych. Sytuacja ta może mieć miejsce w przypadku, gdy np. wykonawca poinformuje zamawiającego o nieprawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej, która powinna zostać odrzucona albo powinien zostać wykluczony wykonawca, który ją złożył, następnie zamawiający – stosownie do samodzielnie uznanej przez zamawiającego za zasadną informacji wykonawcy – odrzuci ofertę (albo wyklucza wykonawcę) i zawiadomi uczestników postępowania (jednocześnie) o tej czynności oraz o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawca, który w powyższych okolicznościach zostanie wykluczony lub którego oferta zostanie odrzucona, jest uprawniony do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej⁴³. Czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty mieści się bowiem w enumeratywnym katalogu czynności zamawiającego, które mogą być przedmiotem odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówień o wartościach mniejszych od tzw. progów unijnych.

(Dz. U. UE C 179/2 z 1.08.2006 r.), zgodnie z którym: „Aby spełnić wymóg skutecznej ochrony sądowej, należy przynajmniej w odniesieniu do decyzji wywierających niekorzystne skutki dla kandydata, który jest lub byłby zainteresowany otrzymaniem zamówienia, takich jak **decyzje o wykluczeniu wnioskodawcy lub oferenta**, dokonać kontroli mającej na celu ustalenie ewentualnych naruszeń podstawowych norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego”.

⁴³ B. Tarnowska „Zniesienie protestu, terminy, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.” w: red. J. Sadowy „Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.” s. 60.

1.10. Termin wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej

Długość terminów do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniona⁴⁴ od czterech zmiennych:

1. wartości udzielanego zamówienia (tj. poniżej albo powyżej tzw. progów unijnych),
2. rodzaju czynności lub zaniechania zamawiającego będących przedmiotem odwołania,
3. sposobu przesłania informacji przez zamawiającego albo uzyskania lub możliwości uzyskania tej informacji przez wykonawcę:
 - a. faksem,
 - b. drogą elektroniczną albo
 - c. w inny sposób.
4. albo sposobu pozyskania informacji o podstawie wniesienia odwołania przez odwołującego:
 - a. z opublikowanego ogłoszenia,
 - b. udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (domniemanie powszechnej znajomości albo powszechnej możliwości zapoznania się) albo
 - c. powzięcia lub przy zachowaniu należytej staranności możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Terminy do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wybór oferty najkorzystniejszej są skorelowane z okresami zawieszenia typu *standstill*, tj. zakazem zawarcia przed ich upływem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego⁴⁵. Mają one na celu zapewnienie wykonawcy możliwości zakwestionowania rozstrzygnięcia postępowanie (wyboru oferty najkorzystniejszej) przed zawarciem przez zamawiającego z wybranym wykonawcą umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Podstawowa zasada, która wyznacza terminy do wnoszenia odwołania stanowi, iż odwołanie należy wnieść w terminie:

1. 10 dni od dnia przesłania informacji przez zamawiającego, stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, jeżeli informacja została przesłana faksem lub drogą elektroniczną oraz 15 dni, jeżeli została przesłana w inny sposób - w przypadku postępowań o udzielenie zamówień o wartości równej lub wyższej od tzw. progów unijnych,
2. 5 dni jeżeli informacja została przesłana faksem lub drogą elektroniczną oraz 10 dni, jeżeli została przesłana w inny sposób – w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówień podprogowych.

⁴⁴ Art. 182 ust. 1–4 Pzp.

⁴⁵ Art. 94 ust. 1 Pzp.

Odwołania w przedmiocie zakwestionowania zgodności z prawem postanowień ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnoszą się w terminach:

1. 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (zamówienia „europejskie”)
2. 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (zamówienia „podprogowe”).

Odwołanie wobec innych czynności niż te, o których zamawiający zawiadomił wykonawców albo postanowień ogłoszeń lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynoszą:

1. 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
2. 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje znaczne wydłużenie terminów do wnoszenia odwołań w przypadku niedochowania przez zamawiającego wymogów przekazania wykonawcom informacji o fundamentalnym znaczeniu z punktu widzenia ich uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak: ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaproszenie do składania ofert w dynamicznym systemie zakupów oraz w umowie ramowej. Najdłuższe terminy do wnoszenia odwołań ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje w przypadku niezamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę nieopublikowania tego rodzaju ogłoszenia wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym wyboru tych trybów oraz wyjaśnienia, dlaczego udzielenie zamówienia jest zgodne z przepisami⁴⁶ ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie w sytuacji, kiedy zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej, można wnieść w terminie:

1. 15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo
 2. 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (w trybach negocjacji bez ogłoszenia, zamówieniu z wolnej ręki albo zapytaniu o cenę – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem).

⁴⁶ Por. poniżej tzw. progów unijnych – załącznik I „Uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę” do wzoru „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia”, stanowiącego załącznik nr 4 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69).

Jeżeli zamawiający nie spełnił żadnych z powyżej wymienionych okoliczności, terminy do wniesienia odwołania podlegają przedłużeniu do:

1. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeżeli ogłoszenia dotyczące tego zamówienia powinny być publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
2. 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy, jeżeli ogłoszenia dotyczące tego zamówienia powinny być publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Termin do wniesienia odwołania nie podlega przywróceniu, gdyż ma charakter terminu prawa materialnego, a nie procesowego, który może podlegać przywróceniu na zasadach określonych np. w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Brak jest podstaw do posiłkowego zastosowania przepisów tego kodeksu, albowiem jego zastosowanie zostało ograniczone do części o sędzię polubownym, wśród których nie ma regulacji, które przewidują instytucję przywrócenia terminu do wykonania czynności procesowej.

1.11. Obowiązki zamawiającego związane z wniesieniem odwołania przez odwołującego

Postępowanie odwoławcze jest ukształtowane w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić wykonawcom skuteczną ochronę prawną, z drugiej zaś ograniczyć jego wpływ na przedłużanie postępowań oraz odwlekanie zawierania umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego poprzez: koncentrację postępowania odwoławczego, wyznaczenie krótkich terminów na dokonywanie czynności przez jego uczestników oraz oparcie się na założeniu, że wykonawcy, którzy nie biorą udziału w postępowaniu odwoławczym rezygnują tym samym z ochrony swoich interesów i godzą się na niekorzystne dla nich rozstrzygnięcia odwołania⁴⁷. Ustawodawca podniósł do rangi zasady koncentrację wnoszenia i rozpoznawania środków ochrony prawnej, aby od razu kwestionowane były wszelkie możliwe do ustalenia nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podnoszone przez wszystkich biorących w nim udział wykonawców, a wszelkie zarzuty rozpatrywane były w jednym terminie⁴⁸. Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne jest zobowiązany działać z należytą starannością oraz przedstawiać żądania i zarzuty przy pierwszej możliwej okazji w ramach koncentracji środków ochrony prawnej, co powinno zapobiegać zbędnemu przedłużaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co nie leży w interesie samych wykonawców, jak i w interesie publicznym⁴⁹.

Właściwe postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą poprzedza postępowanie służące poinformowaniu uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wniesieniu odwołania oraz umożliwienie im przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie 2 dni od otrzymania kopii odwołanie, zamawiający przesyła ją uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia lub specyfikacji

⁴⁷ Por. uwagi w odniesieniu do stanu prawnego sprzed „dużej nowelizacji”, które odpowiednio zachowały swą aktualność po zniesieniu od dnia 29 stycznia 2010 r. protestu – R. Szostak „Koncentracja postępowania protestacyjno-odwoławczego”, „Zamówienia publiczne. Doradca.” z 2006 r. nr 6, s. 20 i n.

⁴⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1434/08, KIO/UZP 1451/08) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 761/08, KIO/UZP 775/08).

⁴⁹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 7 marca 2008 r. (KIO/UZP 159/08), postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2010 r. (KIO/UZP 798/10).

istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej⁵⁰. Zamawiający przesyła wykonawcom kopię odwołania w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do prowadzenia komunikacji pomiędzy zamawiającym a uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1.12. Przystąpienie wykonawców do postępowania odwoławczego

Wykonawcy w terminie 3 dni mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując w nim stronę, do której przystępują oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Przystąpienie do postępowania odwoławczego wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem oraz przesyła jednocześnie jego kopię do zamawiającego i odwołującego⁵¹. W odniesieniu do formy przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego, ustawodawca - kierując się dyrektywą zapewnienia szybkości postępowania przed Izbą - zrezygnował z możliwości skutecznego przystąpienia w wyniku doręczenia przystąpienia w formie pisemnej za pośrednictwem organu pocztowego⁵². Dla dochowania terminu przystąpienia nie wystarczy zatem jego nadanie w formie pisemnej w placówce operatora publicznego czy wysłanie w zwykłej formie elektronicznej. Termin będzie zachowany tylko wtedy, gdy przystąpienie do postępowania odwoławczego w formie pisemnej (w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem) wpłynie w ww. terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zostanie doręczone Prezesowi Izby w określonym terminie), co zostanie potwierdzone prezentatą na piśmie albo w formie elektronicznej wpłynie na serwer, na który jest doręczana poczta elektroniczna dla Prezesa Izby⁵³.

Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby postępowanie zostało rozstrzygnięte na rzecz jednej ze stron. Interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron polega na działaniu po jej stronie w postępowaniu odwoławczym w celu uzyskania rozstrzygnięcia korzystnego jednocześnie dla tej strony, jak i przystępującego do postępowania odwoławczego. Wykonawca może więc przystąpić do postępowania odwoławczego zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy, np.:

- 1) po stronie wykonawcy w przypadku odwołania na treść ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącego postanowień niekorzystnych również dla przystępującego,
- 2) po stronie zamawiającego, jeżeli wybór jego oferty w postępowaniu jest kwestionowany przez odwołującego.

Interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść jednej ze stron nie przysługuje m.in. wykonawcy, który został już prawomocnie wykluczony z postępowania albo jego oferta została ostatecznie odrzucona⁵⁴.

⁵⁰ Art. 185 ust. 1 Pzp.

⁵¹ Art. 185 ust. 2 Pzp.

⁵² Postanowienie Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 23 maja 2011 r. (II Ca 220/11) niepubl.

⁵³ Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r. (XIX Ga 169/11) niepubl.

⁵⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2011 r. (KIO 1016/11), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 czerwca 2011 r. (KIO 1033/11) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 czerwca 2011 r. (KIO 1087/11).

W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidziano procedury wycofania przystąpienia do postępowania odwoławczego, co czyni ewentualne oświadczenie przystępującego w tym zakresie za bezskuteczne⁵⁵.

Stanowisko przystępującego nie może pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym, który do niego nie przystąpił albo uczynił to nieskutecznie w wyniku niedochowania formy albo przekroczenia terminu na przystąpienie (m.in. w związku z przesłaniem przystąpienia faxem⁵⁶ lub pocztą⁵⁷), nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem. Wykonawca, który nie uczestniczy w postępowaniu odwoławczym godzi się więc z każdym potencjalnym rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również dla siebie niekorzystnym. Ma to szczególne znaczenie w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wykonawca licząc się z taką ewentualnością powinien przystąpić do postępowania odwoławczego w celu zapewnienia sobie możliwości sprzeciwienia się decyzji zamawiającego oraz poddania odwołania rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej w zmodyfikowanej konfiguracji procesowej, w której jego przeciwnikiem będzie zarówno odwołujący, jak i zamawiający, który uznał odwołanie za zasadne. Wykonawca zawiadomiony o wniesieniu odwołania jest uprawniony nie tylko do przystąpienia do postępowania odwoławczego, ale również do samodzielnego wniesienia odwołania, jeżeli spełnia przesłanki formalne oraz nie upłynął jeszcze termin przewidziany na jego wniesienie.

1.13. Opozycja wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego

Do czasu otwarcia rozprawy, zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję⁵⁸. Instytucja „opozycji” została przeniesiona do ustawy Prawo zamówień publicznych z kodeksu postępowania cywilnego, w którym jest przewidziana opozycja przeciwko wstąpieniu interwenienta ubocznego do postępowania cywilnego, którą może zgłosić każda ze stron sporu sądowego. Zakres podmiotowy uprawnionych do wniesienia opozycji jest określony ustawowo i obejmuje wyłącznie zamawiającego i odwołującego, a tym samym wyklucza dopuszczalność wniesienia opozycji przez przystępujących do postępowania odwoławczego. Opozycja może zostać zgłoszona przez zamawiającego i odwołującego zarówno w odniesieniu do przystępujących do postępowania odwoławczego po ich stronie, jak również po stronie ich przeciwnika. Opozycja nie może dotyczyć: terminu lub formy zgłoszenia przystąpienia albo przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu⁵⁹, ponieważ te okoliczności Izba jest zobowiązana uwzględnić z urzędu, co nie stanowi przeszkody do ich podniesienia w dowolnej formie przez każdego uczestnika postępowania odwoławczego. Domniemanie posiadania interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, może być obalone przez wnoszącego opozycję, który uprawdopodobni, iż wykonawca nie ma interesu w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść strony, do której przystąpił. W takim przypadku, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni opozycję, a tym samym odmawia zgłaszającemu przystąpienie prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym. W przeciwnym razie, jeżeli wnoszącemu opozycję nie

⁵⁵ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 11 października 2011 r. (KIO 2110/11).

⁵⁶ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 29 czerwca 2011 r. (KIO 1268/11).

⁵⁷ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2012 r. (KIO 18/12).

⁵⁸ Art. 184 ust. 4 Pzp.

⁵⁹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lipca 2011 r. (KIO 1509/11).

powiedzie się uprawdopodobnienie braku interesu po stronie przystępującego, Izba oddala opozycję, a tym samym potwierdza uprawnienie przystępującego do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym. W celu przyspieszenia ukształtowania składu stron postępowania odwoławczego, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony do rozpoznania sprawy ma możliwość⁶⁰ poinformowania zamawiającego i odwołującego o przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego oraz wezwania ich do zajęcia stanowiska w sprawie zgłoszenia ewentualnej opozycji. Postanowienie o uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba może wydać na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie o uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga do Sądu Okręgowego.

1.14. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego

Zamawiający może wnieść na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedź na odwołanie⁶¹, w której wda się w spór z odwołującym kwestionując podniesione w odwołaniu zarzuty albo uwzględni odwołanie. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz nieprzystąpienia do postępowania odwoławczego przez żadnego wykonawcę albo niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba umarza postępowania odwoławczego, a zamawiający jest zobowiązany do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Umorzeniu postępowania odwoławczego może zapobiec wyłącznie wniesienie sprzeciwu na piśmie lub ustnie do protokołu przeciwko uwzględnieniu przez zamawiającego odwołania w całości przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W takim przypadku, rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą podlega spór powstały pomiędzy wnoszącym sprzeciw a reprezentującymi tożsame stanowisko: odwołującym i zamawiającym uwzględniającym w całości odwołanie. W celu przyspieszenia rozstrzygnięcia odwołania uwzględnionego przez zamawiającego, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej może wezwać uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia odnośnie sprzeciwu w terminie 3 dni pod rygorem umorzenia postępowania⁶². Bezskuteczny wpływ tego terminu oraz brak sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego skutkuje umorzeniem postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

1.15. Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołania w składzie jednoosobowy. Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie skład orzekający w uzasadnionych przypadkach może wystąpić do Prezesa Izby z umotywowanym wnioskiem o wyznaczenie do rozpoznania sprawy składu trzyosobowego. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na zawziętość lub precedensowy charakter sprawy⁶³.

⁶⁰ § 13 ust. 2 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

⁶¹ Art. 186 ust. 1 Pzp.

⁶² § 13 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

⁶³ Art. 188 ust. 1 Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrukcyjny 15-dniowy termin rozpoznania odwołania⁶⁴ przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes Izby może zarządzić⁶⁵ łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli:

- 1) zostały one złożone w tym samym postępowaniu lub
- 2) dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

Z pierwszej przesłanki łącznego rozpoznania odwołań w miarę często się korzysta, z uwagi na znaczną częstotliwość składania kilku odwołań w jednym postępowaniu. Druga natomiast występuje wyłącznie wtedy, gdy w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi tożsamość albo znaczne podobieństwo stanów faktycznych i prawnych, stanowiących podstawę czynności zamawiającego zakwestionowanych odwołaniami. Odwołania skierowane zarządzeniem Prezesa Izby do łącznego rozpoznania, są rozpatrywane pod numerem repertorium pierwszego zarejestrowanego odwołania. Jeżeli zostaną wniesione kolejne odwołania, które będą podlegały łącznemu rozpoznaniu, to Prezes Izby kieruje je do rozpoznania przez skład orzekający wyznaczony do rozpatrzenia pierwszego z nich⁶⁶.

Merytoryczne rozpoznanie odwołania jest poprzedzane postępowaniem formalnoprawnym lub wyjaśniającym, służącym do:

- 1) usunięcia braków formalnych odwołania,
- 2) ewentualnemu zwrotowi odwołania z powodu nieusunięcia braków formalnych oraz
- 3) poczynienia ustaleń w przedmiocie przesłanek do odrzucenia odwołania.

1.16. Usunięcie braków formalnych odwołania

Wzywaniu do uzupełnienia lub poprawienia odwołań zostało zaczerpnięte z procedury cywilnej i ma na celu:

- 1) Iwona Kutyna zapobieganie eliminacji odwołań z błahych, formalnych przyczyn, a tym samym zapewnienie wykonawcom efektywnych środków ochrony prawnej, umożliwiających merytoryczne rozpoznanie spraw w przypadku usunięcia przez wykonawcę braków formalnych pierwotnie wniesionego odwołania oraz
- 2) umożliwienie Izbie uzyskania odwołania kompletnego pod względem zawartości.

Kompetencje w tym zakresie przysługują⁶⁷ w pierwszej kolejności Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie, jeżeli zachodzi konieczność uzupełnienia lub poprawienia braków formalnych,

⁶⁴ Art. 189 ust. 1 zd. 1 Pzp.

⁶⁵ Art. 189 ust. 1 zd. 2 Pzp.

⁶⁶ § 12 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

⁶⁷ Art. 187 Pzp.

stwierdzona przez skład orzekający na posiedzeniu niejawnym w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających, właściwy w tym zakresie jest skład orzekający Izby, wyznaczony do rozpoznania odwołania. Nie ma on jednak uprawnienia do uzupełniania dowodu uiszczenia wpisu, który powinien być uzupełniony w ramach wezwania wystosowanego przez Prezesa Izby. Przyznanie składowi orzekającemu Izby uprawnień w zakresie usuwania braków formalnych odwołania jest uzasadnione dążeniem do wyeliminowania konieczności ponownego przekazywania odwołania do Prezesa Izby w celu wystosowania odpowiednich wezwań do odwołującego, a tym samym przedłużeniem postępowania odwołania o czas przekazania akt sprawy pomiędzy składem orzekającym a Prezesem Izby.

Prezes Izby wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych poprzez poprawienie lub uzupełnienie odwołania w terminie 3 dni od doręczenia wezwania. W wezwaniu jest zawarte pouczenie o rygorze zwrotu odwołania w przypadku niepoprawienia lub nieuzupełnienia odwołania albo wykonania tych czynności po upływie terminu określonego na usunięcie braków formalnych. Procedura ta odnosi się również do uzupełnienia dowodu uiszczenia wpisu, z tą różnicą, iż wpis uiszcza się do upływu terminu na wniesienie odwołania. Wyraz odformalizowania wymagań dotyczących skutecznego wniesienia odwołania stanowi uregulowanie, zgodnie z którym mylne oznaczenie odwołania albo inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania biegu odwołaniu i merytorycznemu rozpoznaniu go przez Izbę. Po bezskutecznym upływie terminu do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia. Kompetencje Prezesa Izby w powyższym zakresie przysługują również składowi orzekającemu wyznaczonemu do rozpoznania odwołania.

Braki w umocowaniu pełnomocnika podlegające uzupełnieniu na skutek wezwania Prezesa Izby lub składu orzekającego obejmują sam dokument pełnomocnictwa, jak i w przypadku osób prawnych, dokument świadczący, że osoby podpisujące pełnomocnictwo są umocowane do działania jako organ osoby prawnej⁶⁸.

Przy ocenie dopuszczalności uzupełnienia braków formalnych odwołania, należy jednakowo traktować sytuacje: niezłożenia dokumentu pełnomocnictwa oraz złożenia pełnomocnictwa nie potwierdzającego umocowania do wniesienia odwołania przez osobę, która je podpisała. Dołączenie do odwołania wadliwego pełnomocnictwa, które nie potwierdza w należyty sposób umocowania do reprezentowania odwołującego przez osobę podpisującą się pod odwołaniem, stanowi brak formalny podlegający uzupełnieniu w trybie wezwania do usunięcia braku odwołania⁶⁹. Warunkiem uwzględnienia skargi wniesionej do sądu na postanowienie Izby o odrzuceniu odwołania z powodu wadliwości pełnomocnictwa wystawionego dla osoby, która podpisała odwołanie, powinno być jego uzupełnienie przez odwołującego najpóźniej w postępowaniu skargowym przed sądem.

Zwrócone odwołanie nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Postanowienie to ma istotne znaczenie dla przestrzegania zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem okresu *standstill*, gdyż nawet, jeżeli zamawiający formalnie zawrze umowę przed zwrotem odwołania, to sytuację tę należy traktować jako zawarcie umowy bez naruszenia klauzuli *standstill*, gdyż zwrócone odwołanie nie wpływa na przedłużenie zakazu zawarcia umowy.

⁶⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 stycznia 2012 r. (V Ca 2739/11).

⁶⁹ Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 marca 2012 r. (V Ga 46/12).

1.17. Odrzucenie odwołania

Odwołanie nie może zostać poddane merytorycznemu rozstrzygnięciu, jeżeli zachodzą przesłanki formalne jego odrzucenia⁷⁰. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (np. w przypadku odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania podmiotów nie będących zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp, m.in. powołujących się na status zamawiającego w związku z finansowaniem zamówienia ze środków unijnych na podstawie uchylonego przepisu art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp albo odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania zamawiających nie mających oparcia w przepisach ustawy Pzp, m.in. z uwagi na wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Pzp⁷¹);
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (np. samodzielnie przez członka konsorcjum⁷² albo przez podwykonawcę zamówienia publicznego⁷³);
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (por. wyjaśnienia poniżej);
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (por. wyjaśnienia poniżej);
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (por. wyjaśnienia poniżej);
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż tzw. progi unijne, odwołanie dotyczy innych czynności niż te, w odniesieniu do których ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje dopuszczalność wniesienia odwołania (por. „Środki ochrony prawnej w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych”);
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania.

Odrzucenie odwołania następuje na posiedzeniu niejawnym. Jeżeli Izba uzna to za konieczne może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony, świadków lub biegłych. Gdyby odrzucenie wymagało udziału stron, świadków lub biegłych została przewidziana możliwość posiedzenia jawnego z udziałem stron oraz wezwanych świadków albo biegłych. Posiedzenie jawne może poprzedzać bezpośrednio rozprawę, ale również może zostać wyznaczone wcześniej, bez jednoczesnego wyznaczania rozprawy. W przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na jawną rozprawę.

⁷⁰ Art. 189 ust. 2 Pzp.

⁷¹ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2011 r. (KIO 833/11) oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2011 r. (KIO 1009/11).

⁷² Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2011 r. (KIO 1129/11).

⁷³ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2011 r. (KIO 1117/11).

Przesłanki odrzucenia odwołania, jako uniemożliwiające merytoryczne rozpoznanie odwołania powinny podlegać ścisłej wykładni. Odrzuceniu podlega m.in. odwołanie wniesione po upływie określonego ustawowo terminu. Dla zachowania terminu wniesienia odwołania niezbędne jest, aby odwołanie faktycznie znalazło się w kancelarii Krajowej Izby Odwoławczej w terminie określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Niewystarczające jest wysłanie odwołania pocztą. Ustawa ma na celu skrócenie całego postępowania i zapobieganie jego przewlekłości⁷⁴. Uzależnienie dotrzymania terminu wniesienia odwołania od rzeczywistego jego wpływu do Izby prowadzi do skrócenia postępowania, gdyż nie wymaga dłuższego czasu na oczekiwanie na doręczenie przesyłki przez pocztę, co może znacznie wykraczać poza termin jego faktycznego złożenia w Izbie.

Przez powołanie się odwołującego na te same okoliczności, stanowiące przesłankę odrzucenia odwołania, należy rozumieć całościowość okoliczności faktycznych i prawnych, w szczególności zarzuty (naruszenie określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynności bądź zaniechania zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienie faktyczne lub prawne. Powyższa przesłanka odrzucenia odwołania, jak i dotycząca odrzucenia odwołania, odnoszącego się do czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu, stanowi przejaw obowiązywania w postępowaniu odwoławczym zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), mającej zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Izbę w sprawie, w której postępowanie odwoławcze zostało już prawomocnie zakończone wraz z upływem terminu do wniesienia skargi do sądu. Te przesłanki odrzucenia mają również zastosowanie do wykonawcy, który pomimo skutecznego wezwania do przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego, zakończonego następnie wyrokiem Izby, nie skorzystał z przysługującego mu prawa zgłoszenia przystąpienia.

Izba jest natomiast zobowiązana do merytorycznego rozpatrzenia odwołania, jeżeli powtórnie dotyczy tych samych czynności zamawiającego, do których odnosiło się wcześniej wniesione odwołanie, uznane przez zamawiającego, ale nie uwzględnione zgodnie z żądaniem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało wniesione.

1.18. Rozpoznanie odwołania

Jeżeli odwołanie odpowiada warunkom formalnym, Prezes Izby wyznacza w drodze zarządzenia skład orzekający oraz termin posiedzenia do dokonania niezbędnych czynności sprawdzających i formalnoprawnych. Skład orzekający jest uprawniony⁷⁵ do dokonywania wcześniej opisanych czynności w zakresie:

- 1) wzywania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania;
- 2) wydania postanowienia o zwrocie odwołania,
- 3) wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania,
- 4) umorzenia postępowania odwoławczego,
- 5) uwzględnienia lub oddalenia opozycji,

⁷⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 maja 2011 r. (II Ca 108/11).

⁷⁵ § 13 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

- 6) wezwania wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego do złożenia ewentualnego sprzeciwu,
- 7) informowania zamawiającego i odwołującego o przystąpieniach wykonawców do postępowania odwoławczego oraz wzywania w związku z przystąpieniami do zgłaszania ewentualnej opozycji,
- 8) kierowania sprawy do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, świadków lub biegłych oraz
- 9) ostatecznie do kierowania odwołania do rozpoznania na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Skład orzekający wyznacza w uzgodnieniu z Prezesem Izby termin rozprawy. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego powinni otrzymać zawiadomienie na 3 dni przed planowanym terminem rozprawy. Dopuszczalną formą powiadomienia jest forma faxowa, jeżeli zawiadomiony o terminie rozprawy potwierdzi fakt jego otrzymania, a Prezes Izby niezwłocznie prześle zawiadomienie w formie pisemnej.

1.19. Rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej

O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu KIO orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienia⁷⁶. Rozstrzygnięcie merytoryczne zależy od ustalenia okoliczności, czy została zawarta umowa o zamówienie publiczne. W związku z tym konieczne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy umowa została zawarta, a tym samym, czy orzeczenie Izby powinno dotyczyć wyłącznie oceny prawidłowości toczącego się postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, czy też orzeczenie powinno odnosić się do umowy zawartej po jego przeprowadzeniu w zakresie przesłanek dopuszczalności jej unieważnienia, a w wyjątkowych okolicznościach nałożenia na zamawiającego kary finansowej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy. Jeżeli umowa w sprawie udzielenia zamówienia została już zawarta, istotne jest również – w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zachodzą przesłanki jej unieważnienia – czy umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest już wykonywana, a jeżeli tak, to w jakiej części została już wykonana.

W praktyce postępowań odwoławczych zdarzają się przypadki częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, polegające na dokonaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z niektórymi zarzutami podniesionymi przez odwołującego albo złożeniu przez zamawiającego oświadczenia procesowego o uwzględnieniu części podniesionych w odwołaniu zarzutów. W pierwszym przypadku, uwzględnione przez zamawiającego zarzuty nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia odwołania przez Izbę, gdyż podniesione w nich przez odwołującego naruszenia zostały już skorygowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie mają i nie mogą mieć wpływu na jego wynik⁷⁷. Na zamawiającym ciąży obowiązek dowodowy wykazania rzeczywistego wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z uwzględnionymi zarzutami odwołania rozpoznawanego przez Izbę. Odmienne konsekwencje należy wywodzić z procesowego uznania zasadności niektórych zarzutów przez zamawiającego, nie wiążącego się jednak z podjęciem, przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę, stanowiących ich konsekwencją czynności w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia. W takiej bowiem sytuacji uwzględnione zarzuty odwołania podlegają rozpatrzeniu przez Izbę i mogą stać się pod-

⁷⁶ Art. 192 ust. 1 Pzp.

⁷⁷ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2012 r. (KIO 1710/12).

stawą uwzględnienia odwołania, a w przypadku wycofania innych zarzutów przez odwołującego, wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego i obciążeniu jego kosztami zamawiającego⁷⁸.

Izba nie może orzekać ponad zarzuty z odwołania⁷⁹. Tym samym, jest związana zakresem zarzutów, wskazaniem naruszonych przepisów oraz uzasadnieniem faktycznym i prawnym sformułowanych przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie wyłącznie wtedy, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁸⁰. Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej albo wynegocjowanie warunków umowy z wykonawcą zaproszonym do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przypadku naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania konieczne jest wykazanie zarówno naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a wynikiem postępowania. Okoliczność, że naruszenie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, będzie wykazywana poprzez uprawdopodobnienie istnienia tego rodzaju związku. Należy również zauważyć, iż w przypadku dowodzenia wpływu naruszenia na wynik postępowania należy brać pod uwagę każdy wpływ, natomiast przy uprawdopodobnieniu tej relacji należy uwzględnić wyłącznie istotny wpływ. Dla przykładu, na wynik postępowania ma wpływ np. odrzucenie oferty najkorzystniejszej. Natomiast mogło mieć na ten wynik istotny wpływ, np. niezaproszenie zakwalifikowanego wykonawcy do składania ofert w przetargu ograniczonym, zastosowanie trybu niekonkurencyjnego przy braku stosownych ku temu przesłanek itp., tj. okoliczności, których wystąpienie może potencjalnie zniekształcić ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozstrzygając o unieważnieniu umowy, karze finansowej albo skróceniu okresu obowiązywania umowy Izba uwzględni wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy⁸¹.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może⁸²:

1. jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta, nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego;
2. jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z okoliczności, która stanowi podstawę do unieważnienia umowy:
 - a) unieważnić umowę;
 - b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu;

⁷⁸ Por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 sierpnia 2012 r. (KIO 1689/12).

⁷⁹ Art. 192 ust. 7 Pzp.

⁸⁰ Art. 192 ust. 1 Pzp.

⁸¹ Art. 192 ust. 4 Pzp.

⁸² Art. 192 ust. 3 Pzp.

- c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym;
- d) stwierdzić naruszenie przepisów ustawy - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie.

1.20. Orzeczenie o unieważnieniu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

Krajowa Izba Odwoławcza może unieważnić umowę wyłącznie w enumeratywnych okolicznościach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych jako stanowiących podstawę unieważnienia umowy w sprawie do udzielenia zamówienia publicznego. Do tego rodzaju sytuacji ustawa Prawo zamówień publicznych zalicza następujące nieprawidłowości:

1. zastosowanie trybów zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3. zawarcie umowy przed upływem terminów *standstill*, w okresie których obowiązuje zakaz zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy, tj. jeżeli umowa nie została zawarta, to Izba nakazałaby zamawiającemu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu dokonania korekt w postępowaniu skutkujących lub mogących skutkować wyborem oferty innego wykonawcy;
4. uniemożliwienie składania ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwienie wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
5. udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu *standstill*, w okresie którego obowiązuje zakaz zawarcia umowy, jeżeli zamawiający nie zaprosił do składania ofert wszystkich wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową.

Można wyróżnić pięć sytuacji, gdy umowa o zamówienie publicznie nie podlega unieważnieniu, pomimo zajścia ww. przesłanek.

Pierwsze z nich wiążą się z publikacją ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki albo negocjacji bez ogłoszenia, ewentualnie zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej w dynamicznym systemie zakupów albo na podstawie umowy ramowej oraz z uzasadnionym przekonaniem zamawiającego o zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych dokonywanych czynności, które nie zostało zakwestionowane przez potencjalnych wykonawców w wyniku wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej⁸³. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują bowiem, iż umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

1. zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia

⁸³ Art. 146 ust. 2 Pzp.

ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2. w dynamicznym systemie zakupów albo przy udzielaniu zamówień wykonawczych na podstawie umowy ramowej zamawiający miał uzasadnione podstawy sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu *standstill*.

Krajowa Izba Odwoławcza nie unieważnia umowy, pomimo uwzględnienia odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego zawarciem umowy, jeżeli:

1. umowa została już wykonana w całości lub w części, w takiej bowiem sytuacji, Izba unieważnia umowę w zakresie świadczeń jeszcze nie wykonanych oraz nakłada karę finansową stanowiącą sankcję alternatywną wobec unieważnienia umowy,
2. przemawia za tym ważny interes publiczny, w takim przypadku Izba jest zobowiązana do nałożenia kary finansowej albo orzeczenia o skróceniu obowiązywania umowy.

Unieważnieniu nie podlega również umowa zawarta w trakcie postępowania odwoławczego na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej, uchylającego zakaz zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku Izby w sprawie wniesionego odwołania.

1.21. Kara finansowa

Kary finansowe stanowią alternatywę wobec unieważnienia umowy o zamówienie publiczne. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje dwa rodzaje kar finansowych:

1. nakładane⁸⁴ w związku z odstąpieniem przez Izbę od unieważnienia umowy oraz
2. nakładane⁸⁵ w związku z naruszeniem przez zamawiającego terminu *standstill* nie połączonego z innym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które skutkuje lub może skutkować uwzględnieniem odwołania.

Za powyższe naruszenia nakładane są kary finansowe w różnych wysokościach oraz na podstawie odmiennych przesłanek.

Zamiast unieważnienia umowy, na zamawiającego może zostać nałożona kara finansowa⁸⁶ do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, przy orzekaniu której Izba bierze pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie. Kara finansowa za naruszenie wyłącznie okresu *standstill*, polegającym na zawarciu umowy przed jego upływem, nie może być wyższa od 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie, a Krajowa Izba Odwoławcza w celu jej wymierzenia uwzględnia wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

⁸⁴ Art. 192 ust. 3 pkt 2) lit. c) Pzp.

⁸⁵ Art. 194 Pzp.

⁸⁶ Art. 193 Pzp.

1.22. Koszty postępowania odwoławczego

Rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą jest uzależnione od wniesienia wpisu od odwołania we właściwym terminie oraz wysokości. Wpis powinien zostać uiszczony do upływu terminu do wniesienia odwołania⁸⁷. Tym samym, wpis może zostać uiszczony po wniesieniu odwołania, ale przed upływem terminu na jego wniesienie. Wezwanie Prezesa Izby do uzupełnienia odwołania w takim przypadku będzie dotyczyło wyłącznie przedłożenia dokumentu potwierdzającego uiszczenie wpisu w terminie określonym ustawowo⁸⁸. Odwołanie podlega zwrotowi w przypadku:

1. nieuiszczenia wpisu od odwołania,
2. nieprzedłożenia dokumentu potwierdzającego wpis,
3. uiszczenia wpisu po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Wysokość⁸⁹ wpisu od odwołania jest uzależniona od:

1. wartości zamówienia udzielanego w postępowaniu, w którym wnoszone jest odwołanie w stosunku do tzw. progów unijnych oraz
2. rodzaju udzielanego zamówienia, tj. jego zakwalifikowania do kategorii robót budowlanych, dostaw lub usług

i wynosi:

1. 20 000 złotych od odwołania w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub wyższej od tzw. progów unijnych,
2. 15 000 złotych od odwołania w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej lub wyższej od tzw. progów unijnych,
3. 10 000 złotych od odwołania w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na roboty budowlane o wartości niższej od tzw. progów unijnych,
4. 7 500 złotych od odwołania w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych.

Wpis od odwołania wpłaca się przelewem na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych. Za termin uiszczenia wpisu przepisy nakazują traktować moment obciążenia rachunku odwołującego, a nie uznania rachunku Urzędu Zamówień Publicznych⁹⁰.

⁸⁷ Art. 187 ust. 2 Pzp.

⁸⁸ Art. 187 ust. 5 Pzp.

⁸⁹ § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

⁹⁰ § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wpis jest zaliczany do kosztów postępowania oraz ma służyć pokryciu kosztów: wynagrodzenia, wydatków i opłat związanych z organizacją postępowań odwoławczych, archiwizacją akt, szkoleniami członków KIO, wynagrodzenia i kosztów tłumaczy i biegłych, kosztów przeprowadzenia innych dowodów.

Koszty uczestnictwa stron: dojazdy oraz pełnomocnicy, muszą być uzasadnione i wynikać z przedłożonych do akt sprawy rachunków. Niezależnie od liczby pełnomocników, zwrot należnego im wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 3600 zł. Koszty uczestnictwa stronie wygrywającej zwraca strona przegrywająca.

Zwrot kosztów od odwołującego należy się również wnoszącemu sprzeciw wykonawcy, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, jeżeli:

1. odwołujący cofnął odwołanie po otwarciu rozprawy albo
2. odwołanie zostało odrzucone albo oddalone.

Wpis podlega zwrotowi odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych wyłącznie, gdy przepis tak stanowi i dotyczy sytuacji:

1. zwrotu odwołania;
2. umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy (jeżeli nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego) oraz
3. cofnięcia odwołania przez odwołującego przed otwarciem rozprawy, w takim przypadku zwrotowi podlega 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

We wszystkich innych przypadkach wpis zostaje zatrzymany na rachunku Urzędu i stanowi dochód budżetu państwa. Izba nie dokonuje więc rozliczeń wpisu i nie nakazuje jego zwrotu w zakresie nie wykorzystanym na rzecz wnoszącego go odwołującego.

Rozliczenia kosztów między stronami zależy od wyniku rozstrzygnięcia. Wzajemne zniesienie kosztów oznacza, że strony pozostają przy swoich kosztach, z wyjątkiem wpisu od odwołania, który jest zwracany odwołującemu z rachunku Urzędu.

Uwzględnienie odwołania po otwarciu rozprawy powoduje znaczne koszty dla zamawiającego, gdyż zwraca on całkowite koszty, w tym również i wpis, odwołującemu (niezależnie od tego, czy ktoś przystąpił do postępowania, czy jeśli przystąpił, to jeżeli nie wniósł sprzeciwu). Rozwiązanie to ma służyć zachęceniu zamawiających do wczesnego uwzględniania słusznych odwołań, tj. przed otwarciem rozprawy, co zapewnia im nieponoszenie żadnych kosztów postępowania odwoławczego.

W przypadku oddalenia lub odrzucenia odwołania, koszty ponosi odwołujący na rzecz zamawiającego, a jeżeli został wniesiony sprzeciw, to na rzecz wnoszącego sprzeciw. W tym drugim przypadku należy uznać, iż zamawiający zgodził się z odwołującym, a więc traktuje się go jakby przegrał sprawę (potwierdzona jednak zostaje prawidłowość jego pierwotnych czynności w postępowaniu o udziale-

nie zamówienia publicznego), lecz konieczność merytorycznego rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą została wywołana wniesieniem odwołania oraz sprzeciwu przez wykonawców.

Przy uwzględnieniu odwołania, koszty (w tym również wpis) ponosi zamawiający, a jeżeli został wniesiony sprzeciw, to pełne koszty ponosi wnoszący sprzeciw na rzecz odwołującego oraz dodatkowo koszty uczestnictwa na rzecz zamawiającego. W takim bowiem przypadku zamawiający prawidłowo uwzględnił odwołanie i tylko wniesienie sprzeciwu spowodowało konieczność merytorycznego rozpoznania odwołania przez Izbę. W przypadkach nieuregulowanych w szczegółowych przepisach rozporządzenia dotyczących rozliczania kosztów znajdzie zastosowanie zasada, iż Izba orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty stosownie do wyniku postępowania odwoławczego⁹¹. Innymi słowy, ponosi je ten, kto przegra sprawę rozpoznaną w postępowaniu odwoławczym na rzecz tych, którzy ją wygrali.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania Izba stosuje odpowiednio (a nie proporcjonalnie) przepisy dotyczące rozliczania kosztów. Tym samym, koszty rozlicza się odrębnie w odniesieniu do każdego z wniesionych odwołań skierowanych przez Prezesa Izby do łącznego rozpoznania.

1.23. Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego

Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do Sądu Okręgowego. Orzeczeniami, które mogą być przedmiotem skargi są:

1. wyrok, w którym Izba merytorycznie rozstrzyga spór co do istoty oraz
2. postanowienia Izby kończące postępowanie odwoławcze, do których należy zaliczyć:
 - a. postanowienie o zwrocie odwołania,
 - b. postanowienie o odrzuceniu odwołania i
 - c. postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Skarga do Sądu Okręgowego przysługuje również na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Skarga nie przysługuje na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu odwołania, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych zastrzega dopuszczalność stosowania skargi wyłącznie w odniesieniu do orzeczeń Izby, nie przewiduje natomiast zastosowania tego środka procesowego do zaskarżania orzeczeń Prezesa Izby.

Skarga do sądu przysługuje na dwa rodzaje orzeczeń: wyroki i postanowienia kończące postępowanie odwoławcze. Uchwała nie jest tego rodzaju orzeczeniem Izby i z tego powodu nie może zostać zaskarżona skargą do sądu okręgowego. Ewentualna skarga na uchwałę Izby podlega odrzuceniu⁹².

⁹¹ § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

⁹² Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 czerwca 2011 r. (V Ca 1209/11) niepubl.

Legitymację do wniesienia skargi posiadają:

- 1) zamawiający,
- 2) odwołujący
 - będący stronami postępowania odwoławczego,
- 3) wykonawcy, którzy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy oraz
- 4) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Pozbawieni możliwości wniesienia skargi są: wykonawcy, którzy nie przystąpili do postępowania odwoławczego, jak również wykonawcy, których przystąpienie zostało skutecznie zakwestionowane opozycją, wniesiona przez zamawiającego lub wykonawcę, która została uwzględniona przez skład orzekający Izby.

Skarga ma charakter zwykłego środka zaskarżenia. Wystarczającą przyczyną wniesienia skargi jest już sama niezgodność orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z żądaniem strony wyrażonym w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, przystąpieniu do postępowania odwoławczego albo sprzeciwie wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na uwzględnienie odwołania przez zamawiającego. Nie jest więc konieczne spełnienie enumeratywnie wymienionych przesłanek dopuszczalności zastosowania skargi, tak jak ma to miejsce w przypadku nadzwyczajnych środków zaskarżenia (np. skargi kasacyjnej, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia). Sąd Okręgowy stanowi drugą instancję merytorycznego rozpoznania sprawy, zbadanej w pierwszej instancji przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej. Jeżeli sąd uzna skargę za dopuszczalną, to po przeprowadzeniu postępowania skargowego, w którym sprawa zasadności odwołania i prawidłowości postępowania odwoławczego jest badana w zakresie zarzutów skargi, wydaje orzeczenie merytoryczne, w którym uwzględnia albo oddala skargę. W postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej⁹³. Sąd okręgowy nie może uchylić orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i przekazać sprawy do ponownego rozpatrzenia, tym samym nie jest uprawniony do wydania orzeczenia kasatoryjnego, lecz jest zobowiązany do rozstrzygnięcia sprawy orzeczeniem reformatoryjnym.

Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo - w wyjątkowej obecnie sytuacji, gdy zamawiający jest osobą fizyczną – miejsca zamieszkania zamawiającego. Skarga jest wnoszona za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, który przekazuje ją w terminie 7 dni do właściwego wydziału sądu okręgowego wraz z aktami sprawy odwoławczej rozpatrzonej przez Izbę⁹⁴.

Sprawa ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej może należeć do właściwości zarówno wydziałów cywilnych, jak i gospodarczych sądów okręgowych w zależności od występowania w konkretnym przypadku elementów pozwalających uznać ją za sprawę gospodarczą. Właściwość

⁹³ Art. 198a ust. 2 Pzp.

⁹⁴ Art. 198b ust. 1–3 Pzp.

funkcjonalna jest związana z wewnętrznym podziałem pracy w strukturze konkretnego sądu i nie ma charakteru procesowego⁹⁵.

Skarżący powinien wnieść skargę w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby. Odpisy orzeczeń wraz z uzasadnieniem wysyła się w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli nie było ogłoszenia w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Termin ten jest dochowany w przypadku złożenia przed upływem powyższego terminu skargi w placówce pocztowej operatora publicznego. Uchybienie powyższemu terminowi czyni skargę bezskuteczną oraz pociąga za sobą jej odrzucenie postanowieniem Sądu Okręgowego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wnieść skargę do Sądu Okręgowego w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia⁹⁶. W przypadku wyroków termin zaskarżenia liczy się od dnia ogłoszenia wyroku po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym, a w przypadku postanowień od dnia ogłoszenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu jawnym oraz wywieszenia sentencji na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby i podania informacji na stronie internetowej o postanowieniu kończącym postępowanie wydany na posiedzeniu niejawnym. Zamiast samodzielnego wniesienia skargi, Prezes Urzędu może przystąpić do postępowania skargowego wywołanego wniesieniem skargi przez stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego. Do czynności Prezesa Urzędu podejmowanych w postępowaniu przed Sądem Okręgowym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze.

Wymogiem formalnym skutecznego wniesienia skargi jest przesłanie jej odpisu przeciwnikowi skargi⁹⁷. Obowiązek ten ciąży również na Prezesie Urzędu. Stronami postępowania przed sądem okręgowym są wyłącznie: skarżący oraz przeciwnik skargi. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie ma dostatecznych argumentów na rzecz stanowiska, że przeciwnikiem skargi jest także wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą⁹⁸. W konsekwencji nie zachodzi obowiązek doręczania temu wykonawcy odpisu skargi⁹⁹. Mając na uwadze przywołane w przypisach dotychczasowe orzecznictwo oraz wprowadzenie do systemu odwoławczego możliwości uwzględnienia odwołania i wniesienia sprzeciwu, należy zauważyć, iż przeciwnikiem skargi, któremu należy doręczyć odpis skargi, jest wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i zgłosił sprzeciw przeciwko uwzględnieniu odwołania przez zamawiającego.

Skarga powinna spełniać wymagania¹⁰⁰:

- 1) przewidziane dla pisma procesowego:
 - a. oznaczenie sądu, do którego jest skierowana,

⁹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2006 r. (III CZP 123/05).

⁹⁶ Art. 198b ust. 4 Pzp.

⁹⁷ Art. 198b ust. 2 zd. 1 in fine Pzp.

⁹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z 19 czerwca 2007 r. (III CZP 25/07) niepubl.

⁹⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z 24 lutego 2009 r. (III CZP 147/08) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 19 czerwca 2007 r. (X Ga 74/11) niepubl.

¹⁰⁰ Art. 198c Pzp.

- b. imię i nazwisko lub nazwę strony, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników;
- c. oznaczenie rodzaju pisma,
- d. osnovę wniosku lub oświadczenia,
- e. dowody na poparcie przytoczonych okoliczności,
- f. podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
- g. wymienienie załączników,

oraz zawierać:

- 2) oznaczenie zaskarżonego orzeczenia,
- 3) przytoczenie zarzutów,
- 4) zwięzłe uzasadnienie zarzutów,
- 5) wskazanie dowodów oraz
- 6) wniosek o uchylenie lub zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w całości lub w części.

Wysokość opłaty od skargi¹⁰¹ oraz jej charakter jest uzależniony od tego, czy skarżona czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została dokonana przed lub po otwarciu ofert oraz – analogicznie jak w przypadku wpisu od odwołania – od wartości oraz rodzaju zamówienia publicznego udzielanego w postępowaniu, w którym zostały wniesione środki ochrony prawnej.

Od czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonanych przez zamawiającego przed otwarciem ofert wnosi się opłatę stałą od skargi w wysokości pięciokrotności wpisu od odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, która wynosi:

- 1) 100 000 złotych od skargi w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub wyższej od tzw. progów unijnych,
- 2) 75 000 złotych od skargi w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej lub wyższej od tzw. progów unijnych,
- 3) 50 000 złotych od skargi w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na roboty budowlane o wartości niższej od tzw. progów unijnych,
- 4) 37 500 złotych od skargi w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartości niższej od tzw. progów unijnych.

Opłata stosunkowa jest pobierana od skargi na czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały podjęte po otwarciu ofert, w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 milionów złotych.

¹⁰¹ Art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

1.24. Wykonalność orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

Po stwierdzeniu przez sąd rejonowy właściwości ogólnej dłużnika, wykonalności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej ma ono moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego. O stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. Strona jest zobowiązana załączyć do wniosku oryginał lub poświadczony przez Prezesa Izby odpis orzeczenia Izby. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby, nadającego się do wykonania w drodze egzekucji zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

1.25. Postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym

Sąd Okręgowy rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie miesiąca od dnia wpływu skargi do sądu¹⁰². Termin ten ma charakter instrukcyjny i jego przekroczenie nie wpływa negatywnie na skuteczność lub wykonalność orzeczenia sądowego wydanego z jego uchybieniem.

Sąd odrzuca skargę, która została wniesiona przez wykonawcę, który nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w szczególności z uchybieniem 3-dniowego terminu wniósł do Prezesa Izby pismo o przystąpieniu do postępowania odwoławczego (m.in. z powodu wysłania przystąpienia w ww. terminie za pośrednictwem operatora pocztowego, który doręczył je po upływie tego terminu)¹⁰³.

Niedołączenie do skargi dowodu doręczenia jej odpisu stronie przeciwnej stanowi brak formalny¹⁰⁴, zachowuje bowiem swą aktualność uchwała Sądu Najwyższego, zapadła w odniesieniu do skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, będącego poprzednikiem Krajowej Izby Odwoławczej. Sąd Okręgowy w takim przypadku wzywa skarżącego do uzupełnienia tego braku w trybie przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Skarga podlega odrzuceniu, jeżeli skarżący nie przedstawi dowodu doręczenia jej odpisu przeciwnikowi skargi w określonym terminie¹⁰⁵. Jeżeli przeciwnik skargi jest reprezentowany przez pełnomocnika, odpis skargi powinien zostać doręczony temu pełnomocnikowi, a nie bezpośrednio przeciwnikowi¹⁰⁶.

Zdaniem Sądu Najwyższego, brak jest jednak podstawy prawnej do poglądu, że skarga błędnie doręczona stronie zamiast jej pełnomocnikowi podlega odrzuceniu *a limine*¹⁰⁷. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, żeby omawiany brak był nieusuwalny, przez co skarga podlegałaby odrzuceniu *a limine*. W ocenie Sądu Najwyższego, jeżeli ustawodawca chciałby, aby skarga była z ww. powodów odrzucana, to przewidziałby uregulowanie analogiczne do przewidzianego w przepisie art. 479(9) kodeksu postępowania cywilnego¹⁰⁸, w którym ustawodawca wyraźnie

¹⁰² Art. 198f ust. 1 Pzp.

¹⁰³ Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r. (XIX Ga 169/11) oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 23 maja 2011 r. (II Ca 220/11) niepubl.

¹⁰⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 8 grudnia 2005 r. (III CZP 109/05).

¹⁰⁵ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 marca 2011 r. (V Ca 83/11) niepubl. oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 maja 2011 r. (V Ca 723/11).

¹⁰⁶ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 lutego 2011 r. (V Ca 189/11) niepubl. oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 marca 2011 r. (V Ca 360/11) niepubl.

¹⁰⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 maja 2010 r. (II CZ 108/09).

¹⁰⁸ Utracił moc z dn. 3 maja 2013 r.

uregulował skutki prawne braku doręczenia pisma stronie przeciwnej. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby doręczenie odpisu skargi było warunkiem skuteczności wniesienia skargi, gdyż ustawa wymaga wyłącznie, żeby skarżący przesłał odpis skargi „jednocześnie” przeciwnikowi. Zatem nie do przyjęcia jest zdaniem Sądu Najwyższego wykładania utrudniająca realizację prawa do sądu bez wyraźnego uzasadnienia w treści przepisu ustawowego¹⁰⁹.

Skarga podlega odrzuceniu w przypadku nieuiszczenia opłaty od skargi w określonej ustawowo wysokości¹¹⁰.

Rozpoznanie skargi następuje na rozprawie. Dotyczy to również rozpoznania przez Sąd Okręgowy skargi na postanowienie Izby kończące postępowanie odwoławcze. Skargę rozpoznaje sąd w składzie trzech sędziów zawodowych.

W postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi, skarżący nie może rozszerzać żądania odwołania ani występować z nowym żądaniem. Tym samym rozpoznaniu podlegają wyłącznie zarzuty podniesione w skardze, w zakresie w którym wcześniej zostały zawarte w odwołaniu rozpoznany przez Krajową Izbę Odwoławczą¹¹¹.

Po rozpoznaniu merytorycznym sprawy Sąd Okręgowy może¹¹²:

- 1) wydać wyrok, w którym:
 - a. oddali skargę, jeżeli okaże się bezzasadna,
 - b. uwzględni skargę, jeżeli jest zasadna oraz zmieni zaskarżone orzeczenie i wyda wyrok co do istoty sprawy, np. zmieni wyrok o uwzględnieniu odwołania i oddali odwołanie albo zmieni postanowienie o zwrocie odwołanie i uwzględni odwołanie,
- 2) wydać postanowienie, w którym:
 - a. uchyli wyrok albo zmieni postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej oraz odrzuci odwołanie,
 - b. uchyli wyrok albo zmieni postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej oraz umorzy postępowanie odwoławcze.

Sąd Okręgowy nie jest uprawniony do wydania wyroku kasatoryjnego poprzez uchylenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i przekazanie sprawy Izbie do ponownego rozpoznania¹¹³.

¹⁰⁹ W orzecznictwie SO wyrażany jest pogląd o bezskuteczności doręczenia skargi wyłącznie stronie, gdy jest reprezentowana przez pełnomocnika procesowego. Podnosi się bowiem, że przepis art. 133 § 3 KPC, znajdujący zastosowanie do postępowania skargowego na podstawie art. 198a ust. 2 Pzp w zw. z art. 391 § 2 kpc, ma wiążący charakter dla sądu i stron postępowania. Por. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 marca 2011 r. (V Ca 360/11), postanowienie Sadu Okręgowego w Warszawie z 22 marca 2012 r. (V Ca 369/12), postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 marca 2013 r. (XXIII Ga 2139/12) niepubl.

¹¹⁰ Postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z 31 marca 2011 r. (II Ca 207/11) niepubl.

¹¹¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 27 czerwca 2011 r. (XIX Ga 235/11) niepubl.

¹¹² Art. 198f ust. 2–3 Pzp.

¹¹³ Art. 198f ust. 2 zd. 4 Pzp.

Skarga do Sądu Okręgowego może zostać cofnięta przez skarżącego. W takim przypadku, Sąd Okręgowy umarza postępowanie i rozstrzyga o kosztach postępowania analogicznie jak przy cofnięciu pozwu¹¹⁴.

Umorzenie postępowania skargowego może nastąpić w związku z wykonaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przez zamawiającego, a także w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, a przed rozpatrzeniem skargi przez sąd okręgowy. W takich okolicznościach merytoryczne rozpoznawanie skargi i wyrokowanie co do istoty należy uznać za zbędne¹¹⁵.

Analogicznie jak Krajowa Izba Odwoławcza, Sąd Okręgowy nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w skardze. Granica rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sąd Okręgowy są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji zamawiającego opartej na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. W toku postępowania przed sądem skarżący nie może modyfikować czy powoływać nowych zarzutów wpływających na zakres zaskarżenia. Tym samym, zarzuty niezgłoszone w odwołaniu nie mogą być w ogóle przedmiotem postępowania skargowego. W postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Także zamawiający jest związany podstawą faktyczną decyzji zakwestionowanej odwołaniem. Rozszerzenie podstawy faktycznej decyzji przez zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie odwołującemu się wykonawcy przedstawienie zarzutów co do nowych okoliczności¹¹⁶. Skarżący może jednak powołać nowe dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, których z uzasadnionych przyczyn nie mógł przedstawić w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Sąd Okręgowy uzasadnia wyrok i postanowienie kończące postępowanie z urzędu. Uzasadnienie powinno zostać sporządzone w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia sentencji orzeczenia. Wyrok lub postanowienie wraz z uzasadnieniem są doręcza stronie, która w terminie tygodnia od ogłoszenia orzeczenia wystąpiła z wnioskiem o jego doręczenie.

Przy rozstrzygnięciu skargi Sąd Okręgowy powinien uwzględnić okoliczność zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdyż ogłoszenie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą uchyla zakaz zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający i wybrany wykonawca są uprawnieni do zawarcia umowy. Nie stanowi to jednak przeszkody do wniesienia skargi oraz jej rozpatrzenia przez Sąd Okręgowy. Rodzi to jednak dwie konsekwencje prawne:

1. uwzględnienie skargi na wyrok Izby oddalający odwołanie nie może za sobą pociągać unieważnienia umowy albo wymierzenia zamawiającemu jednej z kar alternatywnych: kary finansowej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy. Sąd jest uprawniony wyłącznie do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż do podpisania umowy w związku z wygaśnięciem zakazu jej zawarcia doszło w okolicznościach dopuszczonych w ustawie Prawo zamówień publicznych¹¹⁷,

¹¹⁴ Por. postanowienie Sądu Okręgowego w Łodzi z 7 czerwca 2013 r. (XIII Ga 262/13) niepubl.

¹¹⁵ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 stycznia 2012 r. (V Ca 2811/11) oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 13 lipca 2012 r. (II Ca 570/12) niepubl.

¹¹⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 lipca 2011 r. (XXIII Ga 416//11).

¹¹⁷ Art. 198f ust. 2 zd. 3 Pzp w związku z art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp.

2. umorzenia postępowania skargowego w przypadku wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym bowiem przypadku wydaje się, że aktualność zachowuje uchwała Sądu Najwyższego¹¹⁸, zapadła na gruncie poprzedniego stanu prawnego, który przewidywał rozpoznawanie odwołań przez Zespoły Arbitrów, w świetle której zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Aktualność tego orzecznictwa została podtrzymana na gruncie obecnego stanu prawnego¹¹⁹, gdyż w orzecznictwie sądów okręgowych wskazuje się, że nowy przepis – zgodnie z którym jeżeli umowa została zawarta, sąd może, w określonych warunkach, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych – potwierdza zasadę umarzania postępowań skargowych z uwagi na bezprzedmiotowość dopiero po całkowitym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. W takim przypadku skarżącemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje dochodzenie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych¹²⁰.

Nie jest więc uprawniona wykładnia, iż odesłanie w przepisach postępowania skargowego do odpowiedniego stosowania przepisów m.in. dotyczących kognicji Izby do unieważnienia umowy i nałożenia kar alternatywnych oznacza przyznanie Sądowi Okręgowymi analogicznych uprawnień. Z odesłania tego wynika wyłącznie, że:

1. w przypadku uwzględnienia skargi od orzeczenia Izby oddalającego odwołanie wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym do czasu zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym nie doszło do zawarcia umowy, sąd powinien jednocześnie nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego,
2. Sąd Okręgowy może nałożyć karę finansową, także przy oddaleniu skargi, wyłącznie w przypadku stwierdzenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu *standstill*, tj. przed upływem terminu do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a w przypadku jego wniesie przed ogłoszeniem orzeczenia przez Izbę,
3. przedmiotem rozpoznania w postępowaniu skargowym mogą być również skargi zamawiającego w przedmiocie orzeczeń Izby dotyczących unieważnienia umowy, nałożenia kary finansowej oraz skrócenia okresu obowiązywania umowy o zamówienie publiczne, których prawidłowość Sąd Okręgowy będzie oceniał w oparciu o przesłanki wyrokowania obowiązujące w tym zakresie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tym samym, zmiana wyroku Izby przez Sąd Okręgowy będzie mogła dotyczyć np. uchylecia unieważnienia umowy, zmiany unieważnienia umowy na karę finansową, zmiany wysokości kary finansowej.

¹¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. (III CZP 73/08) opubl. OSNC 2006 r. z. 7–8, poz. 121 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2007 r. (III CZP 87/07) opubl. OSNC 2008 r. z. 10, poz. 115.

¹¹⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 19 czerwca 2007 r. (X Ga 74/11) niepubl. oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 czerwca 2011 r. (V Ca 25/11) niepubl.

¹²⁰ Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2011 r. (XII Ga 200/11) niepubl. oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Łodzi z 5 października 2012 r. (XIII Ga 298/12) niepubl.

Sąd Okręgowy orzeka o kosztach postępowania skargowego w wyroku lub postanowieniu kończącym postępowanie. Koszty zwracane są w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy¹²¹.

1.26. Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Od orzeczeń Sądu Okręgowego stronom postępowania skargowego nie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

Skargę kasacyjną, na wyrok oraz postanowienie kończące postępowanie skargowe, może wnieść wyłącznie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Do Prezesa Urzędu stosuje się w takim przypadku przepisy o Prokuratorze Generalnym. Prezes Urzędu może wnieść skargę kasacyjną w terminie 6 miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, a jeżeli strona zażądała doręczenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem – od chwili doręczenia uzasadnienia stronie.

¹²¹ Art. 198f ust. 5 Pzp.

§ 19.

KONTROLA POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Zagadnienia wprowadzające

Prowadząc rozważania kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego należy wyjaśnić pojęcie kontroli jako instytucji prawnej, którą posługują się ustawy w związku z przyznaniem tych zadań poszczególnym organom powołanym do kontroli. Pojęcie kontroli J. Jagielski rozumie w dwojakim sensie „kontrola może być traktowana jako funkcja lub też jako swego rodzaju system organizacyjny”¹. Przedstawiając poszczególne regulacje prawne będziemy ukazywali kontrolę w znaczeniu funkcjonalnym, poprzez przedstawienie zadań „funkcji” poszczególnych organów z tym związanych. Kontrola oznacza „obserwowanie, ustalanie czy wykrywanie stanu faktycznego, porównywanie rzeczywistości z zamierzeniami, występowanie przeciw zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowanie jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach – bez decydowania jednak o zmianie kierunku działania jednostki skontrolowanej”². Natomiast J. Jagielski określa kontrolę „jako funkcję polegającą na obserwowaniu i rozpoznawaniu określonej działalności lub stanu, dokonywaniu oceny ich prawidłowości (z perspektywy założeń wyjściowych i oczekiwanych pożądanych efektów), stawianiu diagnozy w zakresie przyczyn nieprawidłowości oraz formułowaniu wniosków co do tej działalności lub stanu w przyszłości”³. Warte przypomnienia jest pojęcie kontroli, które w ujęciu słownikowym oznacza *porównywanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym, rozpatrywanie czegoś; dochodzenie czegoś, wnikanie, wgląd w coś; nadzór nad czymś*⁴. Natomiast w ujęciu prawnym na pojęcie kontroli⁵ będą się składały następujące elementy:

- sprawdzenie (ustalenie, wykrywanie) stanu rzeczywistego,
- porównanie ze stanem wymaganym (oczekiwanym),
- formułowanie wniosków co do relacji pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem wymaganym (występowanie przeciw zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowanie jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach).

Posługując się pojęciem kontroli zamówień publicznych musimy ujmować ją w kategoriach prawnych (jako instytucję prawną), co jest konsekwencją konstytucyjnej zasady państwa prawnego

¹ J. Jagielski: *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999, s. 7.

² J. Starościak: *Zarys nauki administracji*, PWN Warszawa 1971, s. 356.

³ J. Jagielski: *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999, s. 9.

⁴ *Słownik Języka Polskiego*, PWN Warszawa 1988, tom I, s. 1001.

⁵ Dla potrzeb niniejszego opracowania pomijam rozważania i poglądy doktryny na temat pojęcie kontroli i nadzoru, w tym zakresie odsyłam do: J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007; St. Jędrzejewski: *Kontrola administracji publicznej*, Poznań 2000; St. Jędrzejewski, H. Nowicki: *Kontrola administracji publicznej*, Toruń 1995; M. Szewczyk: *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Poznań 1995 oraz literatury w tych publikacjach powołanej.

i zasady praworządności⁶. Istotne jest zaznaczenie, że w ujęciu prawnym nie możemy przyjmować na określenie kontroli słownikowego pojęcia *nadzór nad czymś*. W ujęciu prawnym nadzór jest instytucją prawną, którą rozumiemy jako kontrolę połączoną z możliwością podjęcia prawem przewidzianych środków nadzoru, wiążących nadzorowanego, to również możliwość wzruszania aktów podmiotu poddanego nadzorowi. Nadzór jest zespołem kompetencji organu nadzorującego do wywierania wpływu na podmioty poddane nadzorowi niezależnie od zakresu podległości⁷. Podstawowe odróżnienie kontroli od nadzoru dokonujemy poprzez, w przypadku kontroli, wskazanie na brak możliwości decydowania o zmianie działania jednostki kontrolowanej. Władztwo kontrolne, przysługujące organom kontroli, co do prawnej możliwości przeprowadzenia kontroli i obowiązków kontrolowanego poddania się kontroli, w tym np. okazania dokumentów, złożenia wyjaśnień itp. nie należy utożsamiać z władztwem będącym elementem nadzoru. Przedstawiając podstawowe instytucje kontroli udzielania zamówień publicznych należy zwrócić uwagę na kilka podstawowych zagadnień dotyczących funkcjonowania kontroli, na które wskazuje doktryna prawa administracyjnego, a kontrola zamówień publicznych jest niewątpliwie kontrolą administracyjną.

Jednym z pierwszych zagadnień dotyczących kontroli, poruszanych przez doktrynę, jest określenie jej rodzaju⁸. Na uwagę, z punktu widzenia prowadzonych rozważań, należy wskazać na kontrolę zupełną i ograniczoną oraz kontrolę realizowaną z urzędu lub na wniosek. Kolejny ważnym zagadnieniem związanym kontrolą jest określenie kryteriów⁹, którymi będzie się posługiwał organ kontrolujący. Kryteria są narzędziami, z wykorzystaniem których organ kontrolujący porównuje stan faktyczny (zastany) ze stanem wymaganym (oczekiwanym), w celu sformułowania ew. wniosków pokontrolnych. Do kryteriów kontroli zaliczamy między innymi: legalność, rzetelność, gospodarność, celowość, ochrona interesu indywidualnego, ochrona interesu publicznego¹⁰, zgodność działań z polityką rządu. Każdorazowo ustawodawca powołując organ kontrolujący wskazuje kryteria, którymi będzie się posługiwał przy prowadzonych postępowaniach kontrolnych. Ważnym, z punktu widzenia podmiotu kontrolowanego jest fakt, że to prawodawca, a nie organ kontroli decyduje o stosowanych kryteriach kontroli. Różnorodność stosowanych kryteriów ma swe przełożenie na wyniki poszczególnych kontroli, prowadząc w konsekwencji do różnych wyników tego samego działania¹¹. W przypadku kontroli zamówień publicznych prowadzonej przez Prezesa UZP zawsze stosowane jest jedno kryterium – legalności. W przypadku kontroli zamówień publicznych, realizowanej przez inne organy kontrolujące, pojawiają się również inne kryteria i tak np. NIK¹² w najszerszym zakresie podmiotowym posługuje się kryteriami legalności, celowości, gospodarności i rzetelności.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz. U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319), art. 2 i art. 7.

⁷ Nadzór w ustawie Pzp wprowadza art. 152 ust. 2 przyznając uprawnienia w zakresie sprawowania nadzoru nad Prezesem Urzędu Prezesowi Rady Ministrów.

⁸ Doktryna prawa administracyjnego wyróżnia następujące rodzaje kontroli: zupełna i ograniczona, wewnętrzna i zewnętrzna, z urzędu i na wniosek (oficjalna i nieoficjalna), wewnątrzadministracyjna, niezawisła, sądowa. Wyróżnia się również kontrolę ze względu na etap (fazę) działania i tak mamy kontrolę: – wstępną (uprzednią, zamiaru działania), – faktyczną (realizowanego działania), – następną/następczą (działania już zakończonego).

⁹ Na temat kryteriów zob. J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Wyd. II, Warszawa 2007, s. 48 i nast.

¹⁰ Na potrzebę powoływania instytucji chroniących interes publiczny wskazuje St. Jędrzejewski (w:) St. Jędrzejewski, H. Nowicki: *Kontrola administracji publicznej*, Wydawnictwo COMER 1995, s. 5.

¹¹ Stosując kryterium legalności organ stwierdzi, że działanie jest działaniem zgodnym z prawem, inny organ kontrolując to samo działanie stosując kryteria legalności i celowości stwierdzi, że działanie jest działaniem zgodnym z prawem, ale działaniem niecelowym.

¹² Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 82 ze zm.) zob. art. 5.

Przed wskazaniem wybranych organów uprawnionych do kontroli zamówień publicznych należy zwrócić uwagę na kilka istotnych zagadnień. Pierwszym jest „umiejscowienie” organu kontrolującego w stosunku do systemu zamówień publicznych. Przynależność prawa zamówień publicznych do prawa publicznego powoduje, że jest poddana w pierwszej kolejności kontroli wewnątrzadministracyjnej. Organami kontrolującymi zamówienia publiczne będą również organy kontroli niezależnej w zakresie przyznanych im kompetencji. Kontroli będzie też dokonywała władza sądownicza, przejawem tej kontroli jest, między innymi, skarga jako środek ochrony prawnej w Pzp. Należy również mieć świadomość, że system kontroli zamówień publicznych jest uzupełniony o uprawnienia kontrolne przyznawane poszczególnym organom w związku z przynależnością Polski do UE i wydatkowaniem środków pochodzących z UE poprzez system zamówień publicznych.

2. Kontrola zamówień publicznych w prawie UE

Aktem prawnym¹³ wprowadzającym wymogi związane z kontrolą zamówień publicznych jest dyrektywa Rady 89/665/EWG¹⁴, której podstawowym celem jest zagwarantowanie funkcjonowania skutecznych środków odwoławczych oraz właściwych organów odwoławczych mających przeciwdziałać naruszeniom prawa. Przepisy dyrektywy wskazują na potrzebę przyznania określonych środków prawnych (kontrolnych) uczestnikom *zamówień publicznych, umów ramowych, koncesji na roboty budowlane i dynamicznych systemów zakupów*. Zgodnie z dyspozycją dyrektywy, procedury odwoławcze powinny być przyznane podmiotom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia prawa przez zamawiającego. Procedura odwoławcza może rozpocząć się odwołaniem podmiotu zainteresowanego wnoszonym do zamawiającego, skutkującym, co do zasady, zawieszeniem postępowania. Następnie procedury odwoławcze powinny przyznawać podmiotom zainteresowanym prawo skierowania wystąpienia do organu pierwszej instancji, który ma mieć charakter niezależnego od zamawiającego. W przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, w stosunku jego decyzji musi być przyznane prawo zaskarżania tych decyzji do sądu lub innego organu uznanego przez przepisy Traktatu za sąd¹⁵. Procedury odwoławcze, o których stanowi dyrektywa są uprawnieniami kontrolnymi wykonawców wobec działań zamawiającego i prowadzonych przez niego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, służą ochronie interesu indywidualnego podmiotów zainteresowanych danym postępowaniem.

Dyrektywa 89/665/EWG wprowadza również uprawnienia kontrolne organów UE wobec państw członkowskich co do zakresu implementacji przepisów dyrektyw do prawa krajowego. Ważnymi uprawnieniami kontrolnymi Komisji wobec państw członkowskich, jest zastosowanie *mechanizmu korygującego* (art. 3). Komisja w porozumieniu z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych może wystąpić do państw członkowskich o przedłożenie informacji dotyczących funkcjonowania krajowych procedur odwoławczych (art. 4).

¹³ Przegląd prawa UE dotyczącego również kontroli zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia ...*, s. 9 i nast.; zob. również strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych uzp.gov.pl, zob. również odpowiednie rozdziały niniejszej publikacji.

¹⁴ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.U.UE.L.1989.395.33 ze zm.).

¹⁵ Sąd w rozumieniu obecnego art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE.

3. Kontrola zamówień publicznych w ustawie z 1994 roku¹⁶

Ustawa w swym pierwotnym brzmieniu dotyczyła wydatkowania środków publicznych pochodzących z budżetu państwa lub budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Określając zakres regulacji ustawodawca wskazał, między innymi, na organy właściwe w sprawach o zamówienia publiczne, a także tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy nie określały Prezesa UZP jako organu kontroli, jednak z poszczególnych norm takie uprawnienia można było wyinterpretować (art. 9 ust. 2 pkt. 2)¹⁷, brak było jednak określonych procedur kontroli. Warto zwrócić uwagę na uprawnienie kontrolne Prezesa możliwość wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności zmian postanowień umowy (art. 76 ust. 3). Natomiast uprawnienia do wszczynania kontroli zostały przyznane uczestnikom zamówień publicznych, którymi stały się protest i odwołanie. Zadania w zakresie kontroli zamówień publicznych zostały przyznane ustawą z 1994 r. innym organom kontroli¹⁸. Kontrolę zamówień publicznych wprowadzono również w nowo uchwalonej, w 1994 roku, ustawie o Najwyższej Izbie Kontroli¹⁹.

4. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Prezesa UZP

Pełnego objęcia kontrolą Prezesa UZP zamówień publicznych dokonano ustawą z 2004 roku. Prawodawca określając zakres regulacji wskazał, że określa ona kontrolę udzielania zamówień publicznych, przy czym nie zdefiniowano pojęcia „udzielania zamówień publicznych”²⁰. W kolejnych nowelizacjach dokonywano drobnych zmian w zakresie prowadzonych kontroli przez Prezesa UZP, w tym uszczegóławiano procedury kontroli. Ważną, w zakresie kontroli zamówień publicznych, była zmiana wprowadzająca do systemu nowy organ właściwy do rozpatrywania odwołań, którym stała się Krajowa Izba Odwoławcza²¹. Nowelizacją z 2008 roku zmieniono treść wszystkich przepisów określających zakres i procedury kontroli realizowane przez Prezesa UZP²².

Zgodnie z dyspozycją art. 1 ustawa zakresem swej regulacji obejmuje kontrolę udzielania zamówień publicznych, co oznacza, że w przypadku uprawnień dotyczących kontroli uregulowanych Pzp

¹⁶ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz. U. Nr 76, poz. 344).

¹⁷ Zob. H. Nowicki, Kontrola zamówień publicznych, Prokurator nr 4/2004, s. 23 i nast.

¹⁸ Regionalnym izbom obrachunkowy (art. 93 ustawy z 1994 r.) – ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tj. 2012 r. poz. 1113) znowelizowano art. 1, 13 i 21; oraz organom orzekającym o naruszeniu dyscypliny budżetowej (art. 94 ustawy z 1994 r.) – ustawa z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (Dz. U. z 1993 r. Nr 72, poz. 344) znowelizowano art. 42 i 57).

¹⁹ Art. 2 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst pierwotny Dz. U. z 1995 r. Nr 13, poz. 59).

²⁰ Dopiero ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dodała do art. 2 pkt 7a w brzmieniu: „postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy”.

²¹ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560), KIO jest ważnym organem kontroli zamówień publicznych z punktu widzenia kontroli uczestników tego procesu.

²² Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

będzie ona dotyczyła tylko tej części regulacji, która dotyczy udzielania zamówień publicznych. Na ten zakres kontroli wskazuje również art. 161 ust. 1 Pzp przyznający Prezesowi Urzędu przeprowadzanie kontroli udzielania zamówień. Już sama dyspozycja tego przepisu wskazuje na powinność (obowiązek) Prezesa w tym zakresie „Prezes Urzędu przeprowadza”. Drugą wątpliwość budzi zakres kontroli „udzielania zamówienia”, co jest określeniem mało precyzyjnym i niespójnym z wprowadzonym do ustawy pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Z przytoczonych przepisów Pzp nie można wnioskować, w sposób jednoznaczny, jaki zakres kontroli ustawodawca chciał przyznać Prezesowi. Nie budzi wątpliwości, że kontrola realizowana przez Prezesa jest przejawem ochrony interesu publicznego, na co wskazuje np. art. 154 pkt 11, który stanowi, że *Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień*.

Z systemowego punktu widzenia, uwzględniając fakt, że Prezes jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych, czuwającym nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień możemy przyjąć, że uprawnienia kontrolne mają służyć zapewnieniu wykonywania tych zadań. Zatem uprawnienia kontrolne Prezesa odnoszą się do tych działań, które obejmują zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak i działania objęte postępowaniem przygotowawczym oraz związane z podpisaniem i realizacją umowy. Oczywiście jest, że uprawnienia kontrolne Prezesa nadane mu zostały ustawą Pzp, wobec powyższego dotyczą tylko tych działań uczestników rynku zamówień publicznych, które wynikają z przepisów tej ustawy. Zakres kontroli Prezesa będzie również dotyczył przepisów innych ustaw w zakresie, w jakim Pzp się do nich odwołuje. Prezes UZP, będąc organem administracji rządowej, realizuje zadania z zakresu administracji publicznej, tym samym zadania kontrolne są kontrolą administracyjną. W doktrynie prawa administracyjnego takie organy zalicza się do organów kontroli wewnątrzadministracyjnej. Podobny charakter jako organów kontroli mają jeszcze inne organy uprawnione do kontroli zamówień publicznych²³. Do organów realizujących kontrolę wewnątrzadministracyjną należy bez wątpienia Krajowa Izba Odwoławcza będąca częścią administracji publicznej. Natomiast zróżnicowanie poglądów doktryny dotyczy głównie charakteru prawnego tego organu i jego orzeczeń. Jednym ze stanowisk jest zaliczenie KIO do sądów w rozumieniu prawa UE²⁴, występują również odmienne poglądy zaliczające KIO do organów administracji regulacyjnej²⁵.

Umieszczenie Prezesa Urzędu w systemie administracji rządowej, wraz z jego powoływaniem i nadzorowaniem przez Prezesa Rady Ministrów powoduje, że Prezes Rady Ministrów może żądać informacji, dokumentów i sprawozdań okresowych lub dotyczących poszczególnej sprawy albo rodzaju spraw od Prezesa Urzędu oraz od pracowników Urzędu Zamówień Publicznych po zawiadomieniu Prezesa UZP²⁶. Prezes Rady Ministrów, wykonując politykę Rady Ministrów, może wydawać

²³ Do organów kontroli wewnątrzadministracyjnej możemy zaliczyć: regionalne izby obrachunkowe, kontrolę skarbową, kontrolę realizowaną przez policję, CBS, CBA, ABW itp. obecnie z teoretycznego punktu widzenia wątpliwości budzi umiejscowienie w tym systemie kontroli prokuratorskiej.

²⁴ A. Sołtysińska, Działanie Krajowej Izby Odwoławczej z urzędu w sprawie wspólnotowej (w:) XV-lecie Systemu zamówień publicznych w Polsce, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009, s. 197, autorka wskazuje, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 234 Traktatu (obecnie jest to art. 267), pogląd ten podziela również P. Nowicki, Polityka spójności Unii Europejskiej i jej związek z systemem zamówień publicznych (w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, UZP 2011, s. 121 i nast.

²⁵ J. Niczyporuk, Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej (w:) Nowe podejście ... , s. 105 i nast.

²⁶ Art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 392 ze zm.).

Prezesowi Urzędu wiążące wytyczne i polecenia, które nie mogą dotyczyć rozstrzygnięć co do istoty sprawy załatwianej w drodze decyzji administracyjnej²⁷. Prezes Urzędu może być kontrolowany przez Prezesa Rady Ministrów w ramach tzw. kontroli rządowej, zaliczanej przez doktrynę do kontroli wewnątrzadministracyjnej. Ustawa o kontroli w administracji rządowej²⁸ jednoznacznie wskazuje na uprawnienia Prezesa Rady Ministrów do kontroli, między innymi organów administracji rządowej. Kontrola przeprowadzana w trybie tej ustawy wobec Prezesa Urzędu będzie kontrolą działalności wszystkich zadań jemu przypisanych. Kryteriami kontroli w administracji rządowej są legalność, gospodarność, celowość i rzetelność.

Określając uprawnienia kontrolne Prezesa UZP ustawodawca jednoznacznie określił, że dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Celem realizowanej kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami prawa. Oznacza to, że jedynym kryterium, w oparciu o które Prezes realizuje kontrolę, jest legalność. Miejszem przeprowadzania kontroli jest siedziba Urzędu, co oznacza, że kontrola ta ma charakter kontroli kameralnej. Zmiana w tym zakresie jest wprowadzona nowelizacją²⁹ z 12 października 2012 r., zgodnie z którą kontrola będzie mogła być realizowaną również w siedzibie zamawiającego, w przypadku gdy dokumentacja postępowania będzie zawierała dokumenty zawierające informacje niejawne, którym nadano klauzule „tajne” lub „ściśle tajne”. Dla zapewnienia obiektywizmu prowadzonej kontroli wprowadzono przepisy, które zawierają przesłanki powodujące wyłączenie pracownika Urzędu z udziału kontroli³⁰. Ustawa wprowadza procedurę wszczynania i przeprowadzania kontroli, sposób dokumentowania postępowania kontrolnego oraz jego zakończenie, w tym możliwość zgłoszenia przez kontrolowanego umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli.

4.1. Rodzaje kontroli realizowanej przez Prezesa UZP

Zgodnie z poglądami doktryny możemy wskazać, uwzględniając poszczególne przepisy ustawy Pzp, kilka rodzajów kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu. Oczywiście jest przyjęcie założenia, że kontrola jest elementem każdego działania, w tym również działania Prezesa. Prezes Urzędu wydając decyzje administracyjne będzie stosował przepisy kpa³¹ czego konsekwencją będzie tzw. kontrola instancyjna i w konsekwencji ew. kontrola sądowa³² tych działań. W działaniach Prezesa Urzędu możemy wyróżnić również prowadzenie analiz i opracowywanie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień publicznych, które w swej treści zawierają ocenę funkcjonowania systemu zamówień. Takie działania, podobnie jak i dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, są bez wątpienia działaniami kontrolującymi funkcjonowanie systemu zamówień. Wnioski płynące z tych działań (ocen) będą w konsekwencji podstawą dalszych działań Prezesa Urzędu w ramach przyznaných mu zadań i kompetencji.

²⁷ Art. 33b ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 743).

²⁸ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. Nr 185, poz. 1092).

²⁹ Art. 1 pkt 22 ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271).

³⁰ Art. 162 ust.1 Pzp.

³¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 267).

³² Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.).

Wobec wyodrębnienia, w przepisach ustawy, zadań i kompetencji w zakresie kontroli udzielania zamówień należy wyodrębnić następujące kontrole realizowane przez Prezesa Urzędu:

- a) postępowanie wyjaśniające,
- b) kontrola doraźna,
- c) kontrola uprzednia.

4.2. Postępowanie wyjaśniające

Postępowanie wyjaśniające jest szczególnym rodzajem, które przez ustawodawcę zostało określone jako działanie poprzedzające wszczęcie kontroli. Celem tego postępowania jest ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie naruszenia przepisów ustawy, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Prawna konstrukcja postępowania wyjaśniającego wskazuje, że jest to kontrola, bo dotyczy „ustalenia”, które może być zrealizowane tylko poprzez porównanie prowadzonego postępowania z obowiązującymi przepisami prawa. Wskazuje to na cel tego postępowania, którym jest de facto kontrola określonego postępowania o udzielenia zamówienia. Szczegółność tego postępowania charakteryzuje się jego uproszczoną procedurą. Początek takiej kontroli ma w pierwszej kolejności charakter fakultatywny „może” poprzedzać wszczęcie kontroli. Co oznacza, że nie każde wszczęcie kontroli musi być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym. Brak jest również regulacji dotyczącej podmiotu uprawnionego lub zobowiązanego do wnioskowania o wszczęcie tego postępowania, konsekwencją jest, że postępowanie to jest podejmowane zawsze z urzędu. Niezależnie czy inicjatywa wszczęcia tego postępowania była „samodzielną” decyzją Prezesa, czy też była „inspirowana” przez podmioty trzecie. W przypadku tego postępowania, podobnie jak w innych procedurach kontrolnych, Prezes Urzędu może żądać od zamawiającego kopii dokumentów lub pisemnych wyjaśnień dotyczących danego postępowania, może również zasięgać opinii biegłych. Natomiast z tego postępowania nie sporządza się protokołu kontroli w rozumieniu art. 164 ustawy. Prezes Urzędu będący organem administracji publicznej jest zobowiązany do dokumentowania swoich działań, wobec powyższego informacja z prowadzonego postępowania wyjaśniającego będzie dokumentacją będącą w dyspozycji Urzędu. W konsekwencji podmiot kontrolowany może nie być poinformowany o wyniku kontroli, może również nie wiedzieć o fakcie prowadzenia kontroli. Informowanie o wyniku kontroli lub o jej zakończeniu powinno być prawem podmiotowym zamawiającego, szczególnie w sytuacji, kiedy w trakcie tego postępowania Prezes będzie żądał od zamawiającego dokumentów lub wyjaśnień, które będzie informacją o wszczęciu postępowania. Przepisy ustawy powinny jednak uwzględniać prawo podmiotowe wykonawcy do informacji o fakcie zakończenia tego postępowania. Oczywiście inaczej sytuacja podmiotowa zamawiającego będzie się kształtowała w przypadku, gdy Prezes stwierdzi naruszenie prawa w danym postępowaniu. Wtedy będziemy mieli do czynienia z wszczęciem kontroli doraźnej, która jest już poddana pełnej procedurze kontroli określonej przepisami ustawy.

4.3. Kontrola doraźna

Kontrola doraźna jest najczęściej stosowaną procedurą kontrolną w działalności Prezesa Urzędu, którą to kontrolę, zgodnie z poglądami doktryny, możemy określić jako kontrolę zupełną, realizowaną na podstawie art. 165, gdyż dotyczy całego określonego działania, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamawiający przekazuje kopie dokumentów związanych z kontrolowanym zamówieniem). Taką kontrolą zupełną będzie również kontrola uprzednia. Kon-

trola doraźna jest podejmowana z urzędu (z własnej inicjatywy) lub na wniosek, przy czym ustawa nie wskazuje kręgu podmiotów uprawnionych do wnioskowania o wszczęcie takiej kontroli. Jedynym wnioskodawcą wskazanym przepisami ustawy jest „instytucja zarządzająca”³³. Z zastrzeżeniem wskazania w uzasadnieniu wniosku instytucja zarządzająca na uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. W przypadku wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej Prezes jest zobowiązany do poinformowania wnioskodawcy o wszczęciu lub odmowie wszczęcia kontroli. W przypadku kontroli doraźnej należy zwrócić uwagę na treść art. 165 ust. 1 „Prezes Urzędu może wszcząć ... kontrolę”, z którego jednoznacznie wynika, że kontrola ta ma charakter fakultatywny, jej wszczęcie jest uzależnione od woli Prezesa Urzędu, również wtedy, gdy z wnioskiem wystąpi inny podmiot. Musimy mieć świadomość, że podmiotem wnioskującym o wszczęcie kontroli doraźnej mogą być inni uczestnicy rynku zamówień publicznych. Z punktu widzenia miejsca Prezesa Urzędu w systemie zamówień publicznych, jego zadania związane z kontrolą, niezależnie jak są sformułowane w ustawie, należy uznać jako jego powinność (obowiązek). Będąc organem administracji rządowej czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień (art. 154 pkt 11).

W przypadku kontroli doraźnej powstaje problem wyznaczenia daty wszczęcia postępowania kontrolnego, gdyż ustawa w sposób jednoznaczny nie wskazuje daty jej wszczęcia³⁴. Za taką datę należy przyjąć datę żądania od kierownika zamawiającego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem. Wątpliwości może budzić kontrola doraźna wszczynana na wniosek innego podmiotu, szczególnie w przypadku, gdy Prezes informuje wnioskodawcę o odmowie wszczęcia kontroli doraźnej. Odmawiając wszczęcia tej kontroli Prezes Urzędu musi wskazać na brak okoliczności wskazujących na naruszenie przepisów ustawy, zatem kontrola wniosku i jego zasadności musi zostać przeprowadzona.

Kontrola doraźna nie może być wszczęta po upływie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Realizując kontrolę Prezes Urzędu uprawniony jest do określonych żądań wobec zamawiającego i jego pracowników oraz innych podmiotów (art. 163, ust. 1, pkt 1 i 2, ust. 3). Może również zasięgać opinii biegłych (art. 163, ust. 1, pkt 3). Zamawiający, w przypadku procedur kontrolnych, jest zobowiązany do określonych działań wobec Prezesa, ustawa nie daje zamawiającemu uprawnień w zakresie składania własnych wyjaśnień (z własnej inicjatywy).

Postępowanie kontrolne jest dokumentowane, a z jego przebiegu sporządza się protokół, który zawiera informacje standardowe, takie jak nazwa i adres zamawiającego, data rozpoczęcia i zakończenia kontroli, imiona i nazwiska kontrolujących, oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli (art. 164, ust. 2). Protokół jest odzwierciedleniem faktu przeprowadzenia kontroli. Główną (podstawową) częścią protokołu są informacje o stwierdzeniu naruszeń. Protokół zawiera również datę zakończenia kontroli, którą w przypadku kontroli doraźnej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli (art. 166 ust. 1). Zatem wynik kontroli, zgodnie z przepisami ustawy, jest odrębnym dokumentem od protokołu i tylko on jest przekazywany zamawiającemu. Ma on bardzo ważne znaczenie dla kontrolowanego, ponieważ zawiera informację

³³ Pod pojęciem „instytucji zarządzającej” ustawa rozumie instytucję, o której mowa w: Ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. Nr 116, poz. 1206 ze zm.); Ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.) lub Ustawie z dnia 22 września 2006 r. o uruchamianiu środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej przeznaczonych na finansowanie wspólnej polityki rolnej (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1065).

³⁴ W publikacjach z zakresu zamówień publicznych pomijany jest problem daty wszczęcia postępowania kontrolnego zob. M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2012, s. kom do art. 165.

o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. Doręczenie informacji o wyniku kontroli jest określone przez ustawodawcę jako jej zakończenie. Kontrolowanemu zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń kierowanych do Prezesa Urzędu, w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Zgłoszenia zastrzeżeń do wyniku kontroli skutkuje przesunięciem terminu zakończenia kontroli do czasu ich ostatecznego rozpatrzenia. Prawo zgłoszenia zastrzeżeń do wyniku kontroli jest podmiotowym prawem kontrolowanego (zamawiającego), jest prawem poddania ocenie działań kontrolowanego. Zgłoszone zastrzeżenia rozpatruje Prezes Urzędu, czyli ten sam organ, który wcześniej przygotował informację o wyniku kontroli stwierdzającą naruszenie przepisów ustawy. Rozpatrzenie zastrzeżeń Prezes Urzędu dokonuje w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Rozpatrując zastrzeżenia Prezes może uwzględnić treść zastrzeżeń, które zostały zawarte w umotywowaniu zastrzeżeń. Tym samym Prezes Urzędu może dokonać zmiany wyniku kontroli. Wynik kontroli sformułowany, poprzez uwzględnienie zastrzeżeń, będzie ostatecznym terminem zakończenia kontroli. Jeżeli w wyniku rozpatrzenia zastrzeżeń Prezes ich nie uwzględni zobowiązany jest do przekazania zastrzeżeń Krajowej Izbie Odwoławczej. W tym przypadku Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie trzyosobowym, wyraża w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń. Zajęcie stanowiska przez Krajową Izbę Odwoławczą następuje w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń, a opinia jest wiążąca dla Prezesa Urzędu. Po otrzymaniu opinii Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń, którym jest treść opinii Krajowej Izby Odwoławczej. W systemie zgłoszonych umotywowanych zastrzeżeń wątpliwości budzi procedura związana z wydawaniem opinii przez Krajową Izbę Odwoławczą, która została powołana do rozpatrywania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Kontrola ma służyć poprawie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, za który odpowiada Prezes Urzędu, tymczasem ustawodawca wprowadził rozwiązanie przyznające prawo formułowania wyniku kontroli innemu organowi.

4.4. Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej³⁵

Kontrolą obligatoryjną prowadzoną przez Prezesa Urzędu jest kontrola zamówień lub umów ramowych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej³⁶. Kontrola ta skierowana jest na udzielane zamówienia publiczne, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w art. 169 ust. 2 Pzp., tj. 20 mln euro dla robót budowlanych lub 10 mln euro dla dostaw i usług. Ustawowa konstrukcja tej kontroli budzi pewne wątpliwości z uwagi na jej obligatoryjny charakter. Nie można zawrzeć umowy przed doręczeniem informacji o wyniku kontroli. Kontrola ta jest podejmowana przez Prezesa Urzędu po doręczeniu przez zamawiającego kopii dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia. Jest to zatem kontrola podejmowana przez Prezesa Urzędu, ale na wniosek podmiotu poddanego tejże kontroli. Taka dyspozycja przepisów ustawy oznacza, że dopiero z chwilą złożenia wniosku Prezes Urzędu jest zobowiązany do jej przeprowadzenia. Ustawodawca określił tę kontrolę jako kontrolę uprzednią, co zgodnie z poglądami doktryny oznacza kontrolę zamiaru działania, w tym przypadku należy przyjąć, że działaniem objętym kontrolą jest zamiar zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Kontrola ta jednak *de facto* jest kontrolą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bo tego działania dotyczą przekazane dokumenty, których częścią będzie projekt umowy.

³⁵ Należy mieć na uwadze, że środki pochodzące z UE, które są wydatkowane poprzez system zamówień publicznych podlegają wszystkim kontrolom prowadzonym przez Prezesa, natomiast ich wielkość będzie decydował czy może to być kontrola doraźna czy też kontrola uprzednia.

³⁶ Zob. H. Nowicki Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w): *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012 s. 212 i nast.

Zatem kontrola nazywana uprzednią jest raczej kontrolą następczą ponieważ kontroli poddane jest działanie zakończone. Ustawa definiując *postępowanie o udzielenie zamówienia* wskazuje, że kończy się ono z chwilą wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarte umowa. W tym przypadku ustawodawca posługując się terminem *uprzednia* w jego znaczeniu potocznym lub też celowościowym, gdyż ma zapobiegać niezgodnemu z prawem wydatkowaniu środków poprzez zawarcie umowy z wykonawcą wyłonionym z naruszeniem przepisów Pzp.

Obligatoryjny charakter tej kontroli wynika z przepisu posługującego się pojęciem *Prezes Urzędu przeprowadza*, należy zwrócić również uwagę na uprawnienie przyznane instytucji zarządzającej, która może złożyć wniosek do Prezesa Urzędu o odstąpienie od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie tej instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy (art. 169 ust. 4). Prezes *może odstąpić*, co oznacza, że może, lecz nie musi, odstąpić od przeprowadzenia tej kontroli. Jednym z mankamentów ustawowej regulacji dotyczącej kontroli uprzedniej jest uzależnienia jej wszczęcia od woli zamawiającego, który poddaje się tej kontroli poprzez przekazanie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawodawca nie wprowadził, w sposób bezpośredni, żadnych sankcji wobec zamawiającego, który takiej kontroli się nie poddał. Ważnym przepisem z tym związanym jest uzależnienie zawarcia umowy od zakończenia kontroli poprzez doręczenie informacji o wyniku kontroli. W związku z wszczęciem kontroli uprzedniej, ulega zawieszeniu bieg terminu związania ofertą do dnia zakończenia kontroli. Ustawodawca określił maksymalny czas trwania kontroli, który nie może trwać dłużej niż 14 dni od dnia przekazania materiałów wskazanych w art. 163 ust. 1, a w przypadku kontroli szczególnie skomplikowanej termin ten nie może przekroczyć 30 dni. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest, tak jak w przypadku kontroli doraźnej, doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Natomiast sama informacja może być poszerzona, w stosunku do informacji o kontroli doraźnej, o zalecenia pokontrolne w przypadku stwierdzenia w toku kontroli, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń. Od wyniku kontroli uprzedniej również przyznano zamawiającemu prawo zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń, które są rozpatrywane w takim samym trybie jak w przypadku kontroli doraźnej. Wynik kontroli uprzedniej może, zawierając zalecenia pokontrolne, nałożyć obowiązek na kierownika zamawiającego pisemnego poinformowania Prezesa Urzędu o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych.

4.5. Skutki stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych

Prowadzenie kontroli służyć powinno poprawie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w tym szczególnie poprawie funkcjonowania zamawiających. Ważna jest analiza postępowań kontrolnych, procedur kontroli, zakresu kontroli i terminów jej realizacji. Natomiast znaczenie podstawowe, co wcześniej było podkreślane, należy przypisać formułowaniu wyniku kontroli, szczególnie wtedy, gdy będzie on zawierał informację o stwierdzeniu naruszeń Pzp lub będzie zawierał zalecenia pokontrolne. Wskazując na naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, należy dokonać analizy skutków, jakie i to naruszenie może wywołać w stosunku do postępowania objętego kontrolą, jak i dla zamawiającego oraz ew. dla wykonawców. W przypadku naruszeń ustawy, stwierdzonych przez Prezesa Urzędu, w wyniku postępowania wyjaśniającego, dalszym działaniem może być wszczęcie kontroli doraźnej. Natomiast efektem kontroli doraźnej może być wskazanie, w informacji o wyniku kontroli, naruszeń ustawy, które miało miejsce przy udzielaniu zamówienia. Podobnie, w przypadku kontroli uprzedniej, informacja o wyniku kontroli może zawierać stwierdzenie naruszeń ustawy oraz zalecenia pokontrolne uzasadniające unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń ustawy.

Pierwszym podstawowym problemem związanym z kontrolą udzielania zamówień publicznych przez Prezesa Urzędu jest podjęcie czynności kontrolnych. Tylko w przypadku postępowania wyjaśniającego

Prezes może je podjąć bez aktywnego udziału podmiotów trzecich. Kontrole te można przeprowadzić w oparciu o posiadane informacje lub otrzymane od podmiotu wskazującego na potrzebę podjęcia działań kontrolnych. W tym przypadku Prezes nie musi występować do zamawiającego z żądaniami określonymi w art. 163 ust. 1, pkt 1 i 2. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku kontroli doraźnej, którą wszczynając z własnej inicjatywy lub na wniosek instytucji zarządzającej, Prezes może wszcząć na podstawie posiadanych dokumentów lub przekazanych przez instytucję wniosku o przeprowadzenie kontroli. Natomiast, jeżeli do wszczęcia i prawidłowego przeprowadzenia kontroli będzie niezbędne wystąpienie do zamawiającego z żądaniem wskazanym w już powoływanym art. 163 ust. 1 pkt 1 i 2 może wystąpić sytuacja braku reakcji zamawiającego na to żądanie lub odmowa jego spełnienia. Prezes Urzędu, w takich sytuacjach, nie dysponuje bezpośrednimi środkami przymuszającymi zamawiającego do spełnienia określonych ustawowo żądań Prezesa, nie posiada również prawa stosowania, w tych przypadkach, sankcji³⁷ wobec zamawiającego. Inaczej sytuację prawną zamawiającego określił prawodawca w przypadku kontroli uprzedniej. Kontrola ta ma charakter kontroli obligatoryjnej jednak wszczynanej na wniosek zamawiającego, który doręcza Prezesowi Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia kontroli. W przypadku tej kontroli Prezes również nie dysponuje bezpośrednimi środkami prawnymi „przymuszającymi” zamawiającego do spełnienia obowiązku poddania się tej kontroli. Inny przecież ma charakter przepis ustawy wskazujący na zakaz zawarcia umowy przed doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku kontroli (art. 171 ust. 4). Konsekwencją dla zamawiających, którzy nie poddał się kontroli uprzedniej, jest prawo Prezesa Urzędu wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6). Unieważnienie umowy będzie jednak należało do właściwości sądu orzekającego. Kolejnym, w tym przypadku zastosowania sankcji, możliwym działaniem Prezesa Urzędu, w stosunku do zamawiającego naruszającego obowiązek poddania się kontroli uprzedniej, mogą stanowić przepisy art. 200 i art. 201 Pzp. Dyspozycją art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c) można stwierdzić, że niepoddanie się kontroli obligatoryjnej przez zamawiającego jest, w tym przypadku niestosowaniem ustawy. Przesłanka ta może być podstawą nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej. Podobnie można odwołać się do przepisu zawartego w art. 200 ust. 2 pkt 7, który stanowi, że każda pieniężna podlega również zamawiający dokonujący wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Jednak zgodnie z dyspozycją przepisów Ustawy, w tym przypadku, naruszenie to musi mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zastosowanie ewentualnych sankcji przez Prezesa będzie musiało być poprzedzone przeprowadzeniem kontroli doraźnej (niezależnie od zachowania się zamawiającego na żądania Prezesa), w wyniku której zostaną sformułowane wnioski pokontrolne zawierające przesłanki wskazujące na nieważność umowy lub też wskazujące na naruszenie mające wpływ na wynik postępowania. Należy mieć jednak świadomość o ważności i znaczeniu kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu, szczególnie w przypadku kontroli uprzedniej, jej przeprowadzanie nie tylko jest gwarantem prawidłowego (legalnego) funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Ma również znaczenie dla właściwego dysponowania środkami, w tym środkami pochodzącymi z UE. Naruszenie prawa w przypadku finansowania ze środków UE grozi przede wszystkim sankcjami finansowymi stosowanymi przez instytucję zarządzającą. Może również skutkować sankcjami zastosowanymi przez Komisję Europejską. Kontrole uprzednie przeprowadzone przez Prezesa wskazują na dużą „różnorodność” naruszeń Pzp przez zamawiających³⁸, a zarzuty stawiane wobec zamawiających bardzo często są potwierdzane orzeczeniami KIO³⁹.

³⁷ Na temat sankcji administracyjnych zob. H. Nowicki, Sankcje administracyjne (w:) System Prawa Administracyjnego, tom 7, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, C.H.Beck, IPN, Warszawa 2012, s. 651 i nast.

³⁸ Zob. informacje Prezesa UZP o wynikach kontroli, uzp.gov.pl

³⁹ Zob. uchwały KIO do nieuwzględnienia przez Prezesa zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli.

Ważna, z punktu widzenia skuteczności kontroli, prowadzonej przez Prezesa Urzędu, jest możliwość wystąpienia do rzecznika dyscypliny finansów publicznych zawiadamiające o ujawnieniu naruszenia przepisów ustawy czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 168a). Kolejnym uprawnieniem kontrolnym Prezesa Urzędu, tyle że skierowanym na orzeczenia KIO, jest uprawnienie zaskarżenia orzeczenia do sądu okręgowego lub też możliwość przystąpienia do toczącego się już przed tym sądem postępowania (art. 198b, ust. 4). Prezes Urzędu może również złożyć skargę kasacyjną na wyrok sądu okręgowego wydany w sprawach zaskarżania orzeczeń KIO (art. 198g). Przepisy ustawy, w kilku artykułach, przyznają Prezesowi Urzędu możliwość wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy (art. 144a; art. 146, ust. 6; art. 168 pkt 3).

Efektywność kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu, która służy efektywności systemu zamówień publicznych, osiągamy poprzez skuteczne korygowanie ujawnionych, w wyniku kontroli, nieprawidłowości. Temu służy reagowanie na działania niepożądane i skuteczne korygowanie tych działań. Prezes Urzędu posiada, przyznane mu ustawowo, uprawnienia do oddziaływania na zamawiającego w przypadku, gdy ten narusza przepisy ustawy. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, który będzie zawierał informacje o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku oraz zalecenia pokontrolne (art. 171 ust. 1 pkt 2 i 3). Zalecenia pokontrolne niemające charakteru władczego mogą, jeżeli to wynika z charakteru stwierdzonych naruszeń, wskazywać na potrzebę unieważnienia postępowania lub podjęcia innych działań w celu usunięcia stwierdzonych naruszeń, które zamawiający może, lecz nie musi zrealizować. Oczywiście, pomijamy w tym przypadku konsekwencje, jakie spotkają zamawiającego ze strony Prezesa Urzędu lub innych właściwych organów, w przypadku nieuwzględnienia zaleceń. Uprawnienia kontrolne Prezesa obejmują również inne jego zadania wynikające z Pzp, które nakładają na zamawiającego obowiązek zawiadamiania⁴⁰ Prezesa Urzędu o podejmowanych działaniach poszczególnych czynnościach w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ten sposób pozyskiwane informacje mogą, w przypadku gdy budzą wątpliwości, być ew. podstawą do podjęcia czynności związanych z przeprowadzeniem kontroli.

Wynik kontroli (informacja o stwierdzeniu naruszeń, zalecenia pokontrolne) nie mają charakteru władczego wobec kontrolowanego. Niemniej organ kontrolujący jest zobowiązany do podjęcia, przewidzianych prawem, środków oddziaływujących w celu uzyskania stanu oczekiwanego, w tym przypadku zgodności działań zamawiającego z obowiązującym prawem. Z uwagi na znaczenie kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych i legalnego wydatkowania środków poprzez ten system, należy dążyć do bardziej precyzyjnego uregulowania tej problematyki w Ustawie.

5. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Regionalne Izby Obrachunkowe

Wejście w życie przepisów o zamówieniach publicznych w 1994 roku spowodowało wprowadzenie zadań dla wielu organów, w tym organów kontroli. Ustawa przepisem artykułu 93 dodała kolejne zadanie realizowane przez regionalne izby obrachunkowe, którym było dodanie do kontroli gospodarki finansowej również kontrolę zamówień publicznych gmin, związków międzygminnych, innych

⁴⁰ Przykładem mogą być: art. 62, ust. 2; art. 67, ust. 2; art. 90, ust. 4; art. 98, ust. 2; art. 100, ust. 2; art. 102, ust. 3; art. 142, ust. 3.

komunalnych osób prawnych i sejmików samorządowych. Regionalne izby⁴¹ będąc państwowymi organami kontroli i nadzoru nad działalnością gmin, związków międzygminnych, komunalnych osób prawnych i sejmików samorządowych, stały się również organami kontrolującymi zamówienia publiczne we wskazanych powyżej jednostkach. Kontrola była prowadzona w oparciu o kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym. Regionalne izby obrachunkowe zostały zobowiązane do przekazywania informacji o negatywnych opiniach dotyczących sprawozdań, jednostek poddanych ich kontroli, Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych⁴². Wprowadzając przepisy dotyczące zamówień publicznych znowelizowano art. 57 ustawy Prawo budżetowe wprowadzając przepis, na mocy którego naruszenie niektórych norm ustawy o zamówieniach pociągało odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych^{43, 44}. Ustawodawca dołączając regionalne izby obrachunkowe do organów kontrolujących zamówienia publiczne, jednocześnie przesądził o tym, że zamówienia w jednostkach samorządu terytorialnego podlegają dodatkowej kontroli, właśnie realizowanej przez RIO. Z systemowego punktu widzenia są to organy kontroli wewnątrzadministracyjnej z poszerzonymi kryteriami, w stosunku do Prezesa Urzędu, o kryterium rzetelności. Obecnie regionalne izby obrachunkowe⁴⁵ dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych: 1) jednostek samorządu terytorialnego; 2) związków międzygminnych; 3) stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów; 4) związków powiatów; 5) stowarzyszeń powiatów; 6) samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych; 7) innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Kontrolę izby podejmuje z własnej inicjatywy lub na wniosek, w tym organów administracji rządowej w przypadku przekazania środków publicznych na rzecz tych podmiotów. Tym przepisem uprawnienie wnioskowania o przeprowadzenie kontroli przez izbę regionalną zostało przyznane zarówno organom administracji rządowej, agencji oraz funduszy celowych. Przeprowadzenie kontroli dokumentowane jest w protokole, który zawiera wynik kontroli. Wynik kontroli stanowi podstawę do kierowania do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, wskazujące źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności⁴⁶. Przekazanie wystąpienia pokontrolnego musi się dokonać nie później niż w terminie 60 dni od dnia podpisania protokołu kontroli. Zgodnie z przepisami ustawy kontrolowana jednostka zobowiązana jest, w terminie 30 dni od dnia otrzymania wystąpienia, zawiadomić izbę o wykonaniu wniosków pokontrolnych. W stosunku do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, zainteresowanemu przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do kolegium izby, będącej organem izby. Zastrzeżenia przysługują tylko w przypadku naruszenia prawa poprzez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie określonych przepisów przy prowadzonej kontroli. W przypadku uchylenia się od kontroli lub niezgodnym z prawdą informowaniu izby o wykonaniu zaleceń pokontrolnych mogą

⁴¹ Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 85, poz. 428).

⁴² Zmieniony art. 21 ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych: o negatywnej opinii wydanej w sprawach określonych w art. 13 pkt 4 i 5 izba informuje właściwego wojewodę oraz Ministra Finansów i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

⁴³ Dokonano tego zmieniając art. 57 w ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo budżetowe: 14) naruszenie zasad, formy i trybu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych, ustalonych ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

⁴⁴ Art. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778) zmieniono treść art. 57 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo budżetowe, w konsekwencji której to zmiany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostało zakwalifikowane każde naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

⁴⁵ Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1113).

⁴⁶ Art. 9 ust. 2 ustawy jak wyżej.

być zastosowane sankcje kary grzywny, które mogą być stosowane zarówno wobec kierownika jednostki kontrolowanej, jak również wobec pracownika zobowiązanego do podejmowania określonych czynności w związku z prowadzoną kontrolą.

6. Kontrola udzielania zamówień publicznych realizowana przez Najwyższą Izbę Kontroli

Inny charakter ma kontrola zamówień publicznych realizowana przez Najwyższą Izbę Kontroli. Organ ten, powołany przepisami Konstytucji⁴⁷, został określony jako naczelny organ kontroli państwowej, działający na zasadzie kolegiałności. NIK⁴⁸ jest zaliczana do grupy organów kontroli niezawisłej⁴⁹. W przypadku NIK prawodawca wymienia listę podmiotów poddanych kontroli realizowanej przez ten organ⁵⁰. Ustawodawca wskazuje również kryteria, którymi posługuje się NIK kontrolując poszczególne grupy podmiotów, wobec których może posługiwać się kryteriami legalności, celowości, gospodarności i rzetelności. Podmioty poddane kontroli Izby zostały podzielone na trzy podstawowe grupy, zaliczając do pierwszej organy administracji rządowej, Narodowy Bank Polski, państwowe osoby prawne i inne państwowe jednostki organizacyjne. Zakresem kontroli, w przypadku tych podmiotów, jest ich działalność, którą kontroluje z zastosowaniem kryteriów: legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Drugą grupą podmiotów, których działalność może kontrolować NIK są organy samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne i inne samorządowe jednostki organizacyjnych, w stosunku do których posługuje się kryteriami legalności, gospodarności i rzetelności. Trzecią grupą podmiotów, które mogą być poddane kontroli NIK są inne jednostki organizacyjne i podmioty gospodarcze w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa. Ustawa następnie wymieniając rodzaje zadań podlegających kontroli wskazuje również na wykonywanie zamówień publicznych na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego. Kontrolując tę grupę podmiotów i zadań podlegających kontroli NIK posługuje się kryterium legalności oraz gospodarności⁵¹. Kryteria legalności i celowości są podstawą kontroli skarbowej realizowanej, między innymi, w związku z gospodarowaniem środkami publicznymi oraz środkami pochodzącymi z Unii Europejskiej⁵². Kontrolę NIK wszczyna z własnej inicjatywy lub na wniosek uprawnionych organów, którymi są: Sejm i jego organy, Senat, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej oraz Prezes Rady Ministrów. Postępowanie kontrolne, prowadzone przez NIK, ma na celu ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostki poddanych kontroli, rzetelne ich udokumentowanie i dokonanie oceny kontrolowanej działalności z wykorzystaniem przyznanych kryteriów⁵³. Ustalenie stanu faktycznego dokonuje się na podstawie zebranych w toku postępowania dowodów, którymi są w szczególności dokumenty, zabezpieczone rzeczy, wyniki oględzin, zeznania świadków, opinie biegłych oraz pisemne wyjaśnienia i oświadczenia⁵⁴.

⁴⁷ Art. 202 i nast. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴⁸ Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 82 ze zm.).

⁴⁹ H. Nowicki (w:) St. Jędrzejewski, H. Nowicki, Kontrola administracji publicznej. Kontrola a nadzór. Struktura systemu. Instytucje, Wyd. Comer 1995, s. 74.

⁵⁰ Art. 2, ust. 1, 2 i 3 ustawy o NIK.

⁵¹ Art. 2 ust. 3 pkt 2 i art. 5 ust. 3 ustawy o NIK.

⁵² Art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.).

⁵³ Art. 28 ust. 1 ustawy o NIK.

⁵⁴ Art. 35 ust. 1 i 2 ustawy o NIK.

Kontrola prowadzona jest przez uprawnionych pracowników (kontrolerów) w siedzibie kontrolowanego. W toku kontroli kontrolujący ma obowiązek poinformowania kierownika jednostki kontrolowanej lub jednostki nadrzędnej oraz właściwe organy o stwierdzeniu powstania znacznej szkody w mieniu, w celu zapobieżenia szkodzi. Kontroler może, wykonując czynności kontrolne, informować kierownika jednostki kontrolowanej o ustaleniach wskazujących na nieprawidłowości w działalności tej jednostki, może również zwoływać narady, z udziałem pracowników jednostki kontrolowanej, dla omówienia kwestii związanych z prowadzoną kontrolą. Po przeprowadzonej kontroli, kontroler przygotowuje wystąpienie pokontrolne, zawierające między innymi, zwięzły opis stanu faktycznego ze wskazaniem nieprawidłowości i ich przyczyn, zakres i skutki oraz osoby za nie odpowiedzialne⁵⁵. Na wystąpienie pokontrolne kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia, w terminie 21 dni od daty przekazania wystąpienia, umotywowanych zastrzeżeń⁵⁶. Nieuwzględnione zastrzeżenia niezwłocznie, wraz ze stanowiskiem w sprawie zastrzeżeń, są przekazywane do dyrektora właściwej jednostki organizacyjnej NIK właściwej w sprawach orzecznictwa⁵⁷. Uchwała zespołu orzekającego o uwzględnieniu zastrzeżeń w całości lub części lub ich oddaleniu przekazuje się kierownikowi jednostki kontrolowanej i dyrektorowi właściwej jednostki kontrolnej, który dokonuje zmian w wystąpieniu pokontrolnym zgodnie z treścią uchwały. Kierownik jednostki kontrolowanej jest zobowiązany, w terminie nie krótszym niż 14 dni od dnia otrzymania wystąpienia pokontrolnego, poinformować NIK o sposobie wykorzystania uwag i wykonaniu wniosków określonych w wystąpieniu. W przypadku kontroli realizowanej przez NIK, Prezes NIK może poinformować organy nadrzędne, w określonych ustawowo okolicznościach, o uwagach, ocenach i wnioskach sformułowanych w wystąpieniu pokontrolnym⁵⁸.

Rozważając problematykę kontroli realizowanej przez NIK należy zwrócić uwagę na obowiązek zawiadomienia właściwych organów powołanych do ścigania w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub wykroczenia⁵⁹. Ustawa o NIK wprowadza również przepisy w zakresie współpracy i współdziałania organów kontroli ze sobą, które stanowią, że organy kontroli, rewizji, inspekcji, działające w administracji rządowej i samorządzie terytorialnym, współpracują z Najwyższą Izbą Kontroli⁶⁰.

⁵⁵ Art. 53 ust. 1 pkt 4 ustawy o NIK.

⁵⁶ Art. 54 ust. 1 ustawy o NIK.

⁵⁷ Art. 56 ust. 1 ustawy o NIK.

⁵⁸ Art. 63 ust. 1 ustawy o NIK.

⁵⁹ Art. 63 ust. 1 ustawy o NIK.

⁶⁰ Art. 12 ustawy o NIK, przepis ten stanowi, że są one obowiązane do: 1) udostępniania Najwyższej Izbie Kontroli, na jej wniosek, wyników kontroli przeprowadzonych przez te organy; 2) przeprowadzania określonych kontroli wspólnie pod kierownictwem Najwyższej Izby Kontroli; 3) przeprowadzania kontroli doraźnych na zlecenie Najwyższej Izby Kontroli.

§ 20. DOKUMENTOWANIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zamawiający jest zobowiązany do sporządzania pisemnego protokołu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek protokołowania dotyczy wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych oraz dynamicznego systemu zakupów. Protokół obejmuje zarówno etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przygotowanie postępowania oraz czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Jego sporządzenie stanowi przejaw zasady jawności i transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zapewnia możliwość zweryfikowania zarówno przez wykonawców, osoby trzecie, jak i organy kontroli prawidłowości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia publicznego.

Zakres informacji, które powinny być zawarte w protokole określa ustawa Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenie wykonawcze.

Protokół w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych¹ powinien zawierać co najmniej:

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

Stosownie do postanowień rozporządzenia² protokół powinien zawierać również – w zależności od zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia – informacje dotyczące wymienionych poniżej aspektów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie zamawiającego poprzez podanie pełnej jego nazwy (firmy) oraz danych kontaktowych, tj. adresu korespondencyjnego, numeru telefonu i faksu oraz adresu poczty elektronicznej. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób analogiczny do jego oznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. poprzez wskazanie, jakie dostawy, usługi lub roboty budowlane, zamierza nabyć zamawiający po przeprowadzeniu postępowania, będącego przedmiotem udokumentowania w sporządzanym protokole. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sporządzony np. w przypadku robót budowlanych w postaci dokumentacji projektowej, programu funkcjonalno-użytkowego lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych powinien stanowić załącznik do protokołu. Określenie, w zależności od tego, co jest przedmiotem postępowania, wartości zamówienia, umowy ramowej

¹ Art. 96 ust. 1 Pzp.

² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

lub dynamicznego systemu zakupów, a w przypadku udzielania zamówienia w częściach, jego całkowitej wartości oraz uwzględnienia wartości przewidywanych do udzielenia w przyszłości zamówień uzupełniających. Protokół powinien również zawierać podanie daty i sposobu ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia (lub odpowiednio umowy ramowej albo dynamicznego systemu zakupów); dokumenty, zawierające szacunek, np. w przypadku zamówień na roboty budowlane w formie kosztorysu inwestorskiego albo programu funkcjonalno-użytkowego powinny stanowić załączniki do protokołu. Wymienienie powodów zastosowania przez zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony, w szczególności poprzez wykazanie zachodzenia podlegających ścisłej wykładni przesłanek zastosowanie trybów szczególnych, tj. negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę wraz z ich uzasadnieniem prawnym (poprzez przywołanie stosownych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych) i faktycznym (poprzez opisanie zachodzenia rzeczywistych okoliczności odpowiadających przepisowi zawierającemu przesłankę zastosowanego przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia. Wymienienie osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w szczególności kierownika zamawiającego, pracownika, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonywanie zastrzeżonych dla siebie czynności, członków komisji przetargowej, biegłych i innych wykonujących tego rodzaju czynności, niezależnie od tego, czy przysługuje im status pracownika zamawiającego, czy ich uprawnienie do wykonywania tych czynności wynika z innych tytułów prawnych) i złożenia przez nie oświadczenia w przedmiocie podstaw do wyłączenia z uczestniczenia w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania (mającego zapewnić obiektywizm i bezstronność osób wykonujących czynności mające wpływ na udzielenie zamówienia publicznego). Wskazanie ogłoszenia o zamówieniu i zmiany treści tego ogłoszenia (tj. podstawowych czynności mających służyć transparentności i otwarciu postępowań o udzielenie zamówienia na konkurencję). Identyfikację wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu oraz w kolejnych jego fazach, takich jak negocjacje, składanie ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych. Potwierdzenie zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, mającego służyć ich zastosowaniu wyłącznie w okolicznościach dopuszczonych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Wymienienie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożyli oferty, oferty wstępne lub oferty orientacyjne oraz wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Protokół powinien obligatoryjnie zawierać informacje na temat miejsca i terminu składania ofert (za wyjątkiem trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym niewykonawca nie składa ofert, a tym samym zamawiający nie określa terminu i miejsca ich składania). Wymagane przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych informacje dotyczące otwarcia ofert, podanych w jego trakcie informacji wraz z wartością ogłoszonej kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub części zamówienia. Protokół powinien również zawierać informacje związane z badaniem i oceną ofert oraz spełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, takich jak: zestawienie ofert, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykaz wykonawców wykluczonych z postępowania oraz ofert, które zostały odrzucone. W protokole zamawiający powinien zawrzeć informację odnośnie ewentualnego zastosowania aukcji elektronicznej. Powinien on również zawierać dane dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, zatwierdzenia wyniku postępowania oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej albo ewentualnego unieważnienia postępowania oraz jego powodach, w końcu o udzieleniu zamówienia publicznego (zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego). Z protokołu powinna również wynikać informacja na temat środków ochrony prawnej, wniesionych w postępowaniu przez wykonawców. Na końcu protokołu powinny zostać wymienione wszystkie jego załączniki oraz odnotowane ewentualne uwagi zgłoszone do protokołu.

Powyższy katalog informacji ma charakter otwarty. Protokół powinien zawierać również wszystkie inne informacje dotyczące przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z protokołu powinna wynikać kompletna informacja na temat przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, osób, które w nim uczestniczyły po stronie zamawiającego, wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie, dokonanych przez uczestników postępowania czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i potwierdzenie spełnienia wymogów formalnych, które przekładają się na prawidłowość przeprowadzonej procedury.

Protokół powinien być podpisany przez osobę go sporządzającą, tj. faktycznie zamieszczającej w nim stosowne adnotacje oraz kierownika zamawiającego, tj. organ lub osobę, która zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniona do zarządzania zamawiającym. W przypadku, gdy kierownik zamawiającego ma status organu, protokół jest podpisywany przez jego członków zgodnie z zasadami reprezentacji.

Załącznikiem do protokołu są³: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania wykonawców w celu wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. W świetle ustawy Prawo zamówień publicznych, załącznikami do protokołu są wszystkie dokumenty związane z przebiegiem tego postępowania, od rozpoczęcia jego przygotowania przez zamawiającego do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wymienione:

1. wprost w przywołanych powyżej postanowieniach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia o protokole,
2. we wzorach protokołów, stanowiących załączniki do rozporządzenia, np. dot. szacowania wartości przedmiotu zamówienia: planowanych kosztów, dokumentacji projektowej, programu funkcjonalno-użytkowego, dowody zamieszczenia odpowiednich ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
3. jak i nie wymienione wprost w powyższych przepisach, lecz objęte zakresem „innych dokumentów i informacji składanych przez zamawiającego i wykonawców”, do których należy zaliczyć m.in.: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania do uzupełnienia dokumentów, wezwania do wyjaśnienia dokumentów lub ofert, informacje o poprawieniu omyłek w ofertach wykonawców, a nawet wyciąg z rachunku bankowego w zakresie dotyczącym potwierdzenia wniesienia wadium⁴.

Wszystkie załączniki do protokołu powinny zostać wymienione w protokole. Rozwiązanie to umożliwia uzyskanie kompleksowej wiedzy na temat całości dokumentacji zgromadzonej w związku z postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Rozporządzenie w sprawie protokołu określa wzory protokołów mających zastosowanie w trybach udzielania zamówień publicznych i dynamicznym systemie zakupów oraz oświadczenia w przedmiocie podstaw do wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na zachodzenie

³ Art. 96 ust. 2 Pzp.

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2011 r. (KIO 2782/10).

ustawowo określonych okoliczności faktycznych lub prawnych mogących wpływać na bezstronność lub obiektywizm osób zaangażowanych przy przygotowaniu i prowadzeniu postępowania.

Wzory protokołu nie stanowią obligatoryjnych formularzy. Zamawiający są uprawnieni do ich modyfikacji poprzez usuwanie pól, które dotyczą okoliczności nie mających miejsca w przeprowadzanym postępowaniu oraz dodawania dodatkowych pól. Pozostawiona została im także swoboda w zakresie sposobu wypełnienia protokołu, np. odręcznie na wydruku wzoru protokołu albo w zwykłej formie elektronicznej za pomocą edytora tekstu w edytowalnym komputerowo wzorze, następnie wydrukowanym i podpisanym w celu nadania mu formy pisemnej.

We wzorach protokołu nacisk został położony na identyfikację osób dokonujących czynności przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ujawnieniu podlegają osoby, które wykonują najważniejsze czynności związane z przygotowaniem postępowania, niezależnie od tego, czy są pracownikami zamawiającego, działają na podstawie umowy cywilnej, czy też faktycznie dokonują tych czynności. Zamawiający jest zobowiązany do wskazania w protokole postępowania następujących osób:

1. kierownika zamawiającego,
2. której kierownik zamawiającego powierzył pisemnie wykonanie zastrzeżonych dla kierownika czynności w postępowaniu,
3. członków komisji przetargowej,
4. biegłych,
5. innych, wykonujących czynności w postępowaniu oraz
6. wykonujących związane z przygotowaniem postępowania czynności:
 - a. opisu przedmiotu zamówienia,
 - b. ustalenia wartości zamówienia,
 - c. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - d. określające kryteria oceny ofert,
 - e. inne, nie wymienione powyżej.

Protokół powinien być sporządzany na bieżąco⁵, a niezbędne informacje o kolejnych czynnościach powinny być w nim zamieszczane niezwłocznie po ich dokonaniu w postępowaniu.

Zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność⁶. Powyższy termin jest skorelowany, m.in. z terminem ewentualnego wystąpienia przez Prezesa Urzędu z powództwem o unieważnienie umowy o zamówienie publiczne⁷.

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 września 2009 r. (KIO/UZP 1087/09).

⁶ Art. 97 ust. 1 Pzp.

⁷ Art. 144a ust. 2 Pzp.

2. Udostępnianie protokołu wraz z załącznikami do protokołu

Protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny⁸ z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Każdy zainteresowany może wystąpić do zamawiającego o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami. Dostęp do tych dokumentów nie jest ograniczony koniecznością wykazywania jakiegokolwiek interesu prawnego lub faktycznego albo przedstawienia uzasadnienia przyczyn wnioskowania o ich udostępnienie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenie w sprawie protokołu wprowadzają pewne ograniczenia czasowe w zakresie udostępniania załączników. Mają one na celu zapewnić szybkość i prawidłowość postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Zasadniczo załączniki do protokołu udostępnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Wyjątkiem od tego jest udostępnianie:

1. ofert od chwili ich otwarcia,
2. ofert wstępnych w trybie negocjacji z ogłoszeniem od dnia zaproszenia do składania ofert ostatecznych po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcami, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty wstępne oraz
3. wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Protokół oraz załączniki do protokołu, zamawiający udostępnia na wniosek wnioskodawcy, który wskazuje również sposób udostępnienia. Udostępnienie protokołu może nastąpić w jeden z wymienionych sposobów⁹:

1. wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, zasadniczo w jego siedzibie oraz
2. przesłanie kopii żądanych do udostępnienia dokumentów pocztą, faksem lub drogą elektroniczną.

Wnioskodawca jest zobowiązany do uzyskania zgody zamawiającego na samodzielne kopiowanie lub utrwalanie, za pomocą urządzeń i środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po otrzymaniu zgody zamawiającego, wykonawca może kopiować oferty lub wnioski podczas wglądu do protokołu lub jego załączników w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego.

Jeżeli przesłanie kopii żądanego przez wykonawcę protokołu wraz z załącznikami jest znacząco z przyczyn technicznych utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania

⁸ Art. 96 ust. 3 Pzp.

⁹ § 5 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

dokumentów, zamawiający jest zobowiązany do poinformowania o tym wnioskodawcy i wskazanie sposobu, w jaki dokumenty te mogą zostać udostępnione.

Zamawiający jest zobowiązany udostępniać protokół i załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności zapewnienia sprawnego toku badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przestania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo o unieważnieniu postępowania.

Nie podlegają udostępnieniu te części protokołu albo załączników, które zawierają informacje prawnie chronione. Zaliczyć do nich należy przede wszystkim tajemnice przedsiębiorstwa wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, podlegające ochronie na podstawie ustawy o ochronie uczciwej konkurencji oraz informacje niejawne, zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych.

Przepisy rozporządzenia dotyczące udostępniania protokołu i załączników mają charakter przepisów szczególnych w stosunku do przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Dostęp do protokołu i załączników jest nieodpłatny. Zamawiający może żądać na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej opłat za sporządzenie i przesłanie na wniosek wykonawcy protokołu wraz z załącznikami. Wysokość opłaty powinna odpowiadać równowartość kosztów związanych ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji. Zamawiający jest zobowiązany w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku poinformować wnioskodawcę o wysokości opłaty. Udostępnienie informacji powinno nastąpić w terminie 14 dni od dnia powiadomienia wnioskodawcy, chyba że wnioskodawca w tym terminie zmieni wniosek co do sposobu lub formy udostępnienia informacji albo go wycofa.

3. Zasady zwrotu materiałów złożonych przez wykonawców wraz z ofertą

Zamawiający jest zobowiązany¹⁰ do zwrotu wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożonych przez nich planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów oraz innych podobnych materiałów.

Z powyższego przepisu wynika, iż zamawiający nie jest uprawniony do zwrotu materiałów załączonych do ofert, wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

¹⁰ Art. 97 ust. 2 Pzp.

§ 21. ODPOWIEDZIALNOŚĆ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. Odpowiedzialność w postaci kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje odpowiedzialność zamawiających za określone naruszenia jej przepisów w formie kar pieniężnych nakładanych w drodze decyzji Prezesa Urzędu.

Odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podlegają trzy kategorie zamawiających:

1. podmioty prawa publicznego,
2. zamawiający sektorowi,
3. koncesjonariusze robót budowlanych.

Na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, kar pieniężnych nie można nałożyć na zamawiających, którzy są:

1. jednostkami sektora finansów publicznych,
2. państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, które nie należą do sektora finansów publicznych,
3. beneficjentami środków publicznych.

Ww. podmioty nie podlegają odpowiedzialności w trybie przepisów o karach pieniężnych, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ich pracownicy objęci są reżimem odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ponadto, niecelowe byłoby nakładanie na jednostki sektora finansów publicznych kar pieniężnych, które płacone przez te jednostki ze środków publicznych wpływałyby z powrotem do budżetu państwa.

Odpowiedzialność z tytułu kar pieniężnych dotyczy wyłącznie ściśle określonych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Kary pieniężne są formą administracyjnej sankcji stosowanej przez organ administracji publicznej właściwy w sprawach zamówień publicznych wobec zamawiającego z tytułu naruszenia określonych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Mają również charakter prewencyjny, ponieważ obawa przed pociągnięciem do odpowiedzialności w drodze nałożenia kary pieniężnej i związana z tym dolegliwość finansowa powinna zniechęcać zamawiających przed popełnianiem czynów, za które grożą tego rodzaju kary.

Odpowiedzialność ma charakter obiektywny i Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną na zamawiającego z uwagi na sam fakt wypełnienia przez niego swoim zachowaniem okoliczności faktycznych

stanowiących podstawę ukarania. Podczas postępowania w sprawie orzeczenia kary pieniężnej badana jest wyłącznie bezprawność czynu naruszającego objęte tego rodzaju sankcją przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla zastosowania sankcji nie ma znaczenia zarówno wina osób odpowiedzialnych za udzielenie zamówienia publicznego, jak również wysokość szkody, która została wyrządzona w następstwie niezgodnego z prawem działania zamawiającego.

Okoliczności, z powodu których nakładane są kary pieniężne, można podzielić na dwa rodzaje:

1. w przypadku których podstawą ukarania jest stwierdzenie naruszenia określonych postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych oraz
2. w przypadku których, poza koniecznością spełnienia ww. przesłanki, niezbędne jest również wykazanie, iż naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma wpływ na wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym udowodnienie, iż naruszenie pozostaje w związku przyczynowo-skutkowym z wynikiem postępowania, który polega na tym, iż w przypadku niewystąpienia naruszenia wynik ten byłby odmienny od tego, który wystąpił w postępowaniu dotkniętym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Za wynik postępowania należy uznać wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej i zawarcie z wykonawcą, który ją złożył umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

2. Udzielanie zamówień z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielania zamówień

Tego rodzaju podstawa nałożenia kary pieniężnej dotyczy zastosowania trybów niepodstawowych, którymi zamawiający może się posłużyć w ściśle określonych sytuacjach tj. negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej, gdy przesłanki zastosowania wymienionych trybów nie zachodzą. W przypadku zamówień sektorowych przesłanka ta ma miejsce w związku z wyborem negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (ocenianych w oparciu o przepisy mające zastosowanie do zamówień sektorowych), ponieważ tego rodzaju zamówień nie można udzielać w trybach: dialogu konkurencyjnego, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, natomiast negocjacje z ogłoszeniem stanowią podstawowy tryb udzielania zamówień sektorowych.

3. Udzielanie zamówień bez wymaganego ogłoszenia

Przepis ten dotyczy sankcjonowania naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie przewidzianych w jej przepisach ogłoszeń zamieszczanych przez zamawiającego przed udzieleniem zamówienia publicznego. Dotyczyć będzie przede wszystkim nieopublikowania ogłoszenia o zamówieniu w którymkolwiek z miejsc, w którym jego zamieszczenie jest wymagane przez przepisy ustawy, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych, Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej, w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, a w przypadku licytacji elektronicznej na stronie, na której licytacja ma być przeprowadzona. Sankcji podlega również niezamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, które jest obowiązkowe w przypadku dokonania przez zamawiającego zmian dotyczących prowadzonego postępowania, przede wszystkim poprzez zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

wienia, które odnoszą się do treści ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszeniem, o którym mowa w tym przepisie, jest również uproszczone ogłoszenie stosowane w dynamicznym systemie zakupów. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności w trybie kary pieniężnej za niezamieszczenie ogłoszenia o planowanych zamówieniach publicznych, które ma charakter fakultatywny oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, które jest publikowane niezwłocznie po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, a tym samym już po udzieleniu zamówienia. Analogiczne zasady odpowiedzialności na podstawie tej przesłanki nałożenia kary pieniężnej zachodzą w odniesieniu do konkursu, jeżeli w jego następstwie zostanie udzielone zamówienie publiczne.

4. Udzielanie zamówień bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Karze pieniężnej podlegają zamawiający, którzy w ogóle nie stosują przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych. Sytuacja ta ma miejsce zarówno, gdy zamawiający nie stosuje trybów przewidzianych w ustawie, zawiera umowę po przeprowadzeniu postępowania regulowanego przepisami ustawy, której zakres przedmiotowy wykracza poza przedmiot zamówienia, w sprawie udzielenia którego przeprowadzone zostało postępowanie, jak również rozszerza zakres przedmiotowy zawartej umowy o zamówienie publiczne w następstwie jej aneksowania.

5. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia

Odpowiedzialność w formie kary pieniężnej ponosi również zamawiający, który unieważnia postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdy nie zachodzi jedna z przesłanek enumeratywnie wymienionych w ustawie, od wystąpienia której został uzależniony taki sposób zakończenia postępowania. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania zarówno obligatoryjnych, odnoszących się do braku wystarczającej liczby ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, braku ofert opiewających na kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, takich samych cen ofert dodatkowych, istotnej zmiany okoliczności albo wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, jak również fakultatywnych w przypadku nieotrzymania środków m.in. unijnych przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia ma charakter zamknięty i podlega ścisłej wykładni.

6. Dokonanie zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy

Sankcji podlega zmiana umowy z naruszeniem przepisu ustawy, określającego okoliczności, od spełnienia których jest uzależniona dopuszczalność zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Kara pieniężna może zostać orzeczona w stosunku do zamawiającego, który dokonuje istotnej zmiany umowy, objętej treścią oferty, której dopuszczalność ani warunki nie zostały przewidziane w treści ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dopuszczenie się następujących naruszeń przepisów ustawy, pod warunkiem, że miało ono wpływ na wynik postępowania:

7. Określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

Okoliczność ta będzie zachodziła w przypadku opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Będzie to miało miejsce, jeżeli opis warunku nie będzie uzasadniony dążeniem do wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego zrealizowania zamówienia publicznego lub będzie ilościowo przekraczał poziom wymagany od odpowiedniego wykonawcy.

8. Opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

Opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę (producenta) lub konkretny produkt albo posłużenie się wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w sposób niezgodny z przepisami.

9. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Naruszenie tej zasady będą stanowiły działania i zaniechania zamawiającego wyłączające lub ograniczające dostęp wykonawców do informacji o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Może to dotyczyć m.in. niedokonania jawnego otwarcia ofert, odmowy dostępu do protokołu postępowania oraz jego załączników, w szczególności ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy nieodtajnienia części ofert lub wniosków, wadliwie zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

10. Nieprzestrzeganie terminów określonych w ustawie

Kara pieniężna może zostać nałożona na zamawiającego, który nie przestrzega terminów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych dotyczących:

1. składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. związania wykonawcy ofertą złożoną w postępowaniu,
3. udzielania odpowiedzi na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Naruszenie przepisów dotyczących terminów może polegać zarówno na wyznaczeniu terminów krótszych niż minimalne terminy składania ofert lub wniosków, terminów dłuższych niż maksymalne w przypadku terminów związania ofertą, jak również nieuwzględnienia wytycznych ustawowych co do wyznaczenia terminów dokonywania określonych czynności, np. określenia terminów składania ofert w sposób nieuwzględniający czasu niezbędnego wykonawcom na ich przygotowanie i złożenie.

11. Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia

Odpowiedzialność za naruszenie ustawy dotyczy również wykluczenia wykonawcy bez podstawy w przesłankach tej czynności, które są przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych.

12. Odrzucenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty

Odpowiedzialność za naruszenie ustawy dotyczy także odrzucenia oferty wykonawcy bez podstawy w przesłankach dokonania tej czynności, które są przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Przy czym, wymienione delikty dotyczące wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty odnoszą się wyłącznie do podjęcia tych czynności przez zamawiającego przy braku odpowiedniej podstawy prawnej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych lub w okolicznościach faktycznych, które nie odpowiadają ustawowym przesłankom wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, nie dotyczą natomiast zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

13. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy

Dyspozycją tej przesłanki orzeczenia kary pieniężnej objęte są wszystkie przypadki dokonania niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych wyboru oferty najkorzystniejszej, które mogą dotyczyć zaniechania wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia wybranej oferty, jak również nieprawidłowego zastosowania kryteriów oceny ofert, a tym samym błędnego dokonania oceny ofert, rankingu ofert i w konsekwencji nieprawidłowego wybrania oferty najkorzystniejszej.

Należy podkreślić, iż powyższe naruszenia mogą uzasadniać nałożenie kary pieniężnej tylko i wyłącznie wtedy, gdy mają wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten powinien mieć charakter rzeczywisty, w taki sposób, że gdyby zarzucane zamawiającemu naruszenie nie wystąpiło, to inny byłby rezultat postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym inna oferta zostałaby wybrana. Wpływ ten nie może mieć charakteru hipotetycznego, który w ustawie Prawo zamówień publicznych jest opisywany jako możliwość wpływu na wynik postępowania.

Wysokość nakładanej kary pieniężnej jest uzależniona od wartości zamówienia, udzielanego w postępowaniu, w którym zamawiający w jeden z powyżej opisanych sposobów naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Wysokość kary pieniężnej orzeczonej w decyzji Prezesa Urzędu może wynosić:

1. 3 tysiące złotych, jeżeli wartość zamówienia jest niższa od tzw. progów unijnych,
2. 30 tysiące złotych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych oraz jednocześnie jest niższa od 10 milionów euro w przypadku dostaw lub usług albo 20 milionów euro w przypadku robót budowlanych,
3. 150 tysięcy złotych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa od 10 milionów euro, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi albo 20 milionów euro, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Kary pieniężne są nakładane przez Prezesa Urzędu w formie decyzji administracyjnej. Postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej ma charakter postępowania administracyjnego, do którego stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Od I-instancyjnej decyzji Prezesa Urzędu o nałożeniu kary pieniężnej, z uwagi na fakt, iż została wydana przez centralny organ administracji publicznej, zamawiającemu przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezesa Urzędu. Do tego wniosku mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące odwołań od decyzji administracyjnej. Od decyzji II-instancyjnej Prezesa Urzędu, zamawiający jest uprawniony wnieść skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Stronom postępowania sądowoadministracyjnego, tj. zamawiającemu oraz Prezesowi Urzędu przysługuje skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego na niekorzystne rozstrzygnięcie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Kary pieniężne podlegają ściągnięciu przez Prezesa Urzędu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Środki uzyskane z tytułu nałożenia kar pieniężnych stanowią dochód budżetu państwa.

14. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹ w zamówieniach publicznych podlegają:

1. kierownicy zamawiającego,
2. pracownicy zamawiającego lub inne osoby, którym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych powierzono wykonywanie obowiązków zamawiającego, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych z zakresu zamówień publicznych,
3. osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, którym przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, wydatkowane w trybie udzielania zamówień publicznych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedzialności podlegają również osoby nie będące pracownikami jednostki sektora finansów publicznych, którym zamawiający na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działające jako pełnomocnicy zamawiającego, pod warunkiem, że zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2009 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168).

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych:

1. opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
2. ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;
3. opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
4. określenie kryteriów oceny ofert;
5. nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia;
6. niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ww. działania lub zaniechania nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli zostały skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności w toku postępowania z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych albo nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W takich bowiem przypadkach, pomimo formalnego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odpada cel sankcjonowania naruszeń dyscypliny finansów publicznych w związku z zamówieniami publicznymi, gdyż nie nastąpiło udzielenie zamówienia w ogóle albo w sposób mający wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udzielenie zamówienia następuje w chwili zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą², a nie w momencie zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, które może ulec zmianie (w następstwie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub Sądu Okręgowego) albo może nie prowadzić do zawarcia umowy z powodu uchylenia się wykonawcy od jej podpisania.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych objęte są najpoważniejsze nieprawidłowości w zamówieniach publicznych dotyczące udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych albo z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, dotyczących przesłanek stosowania - najmniej konkurencyjnych, nieprzejrzystych i charakteryzujących się arbitralnością zamawiającego w doborze uczestniczących w nich wykonawców - trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę.

Naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowią również naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w inny sposób niż określony powyżej, pod warunkiem, że mają one wpływ

² Wyrok Głównej Komisji Orzekającej z 28 grudnia 1998 r. (BP/GKO/0-55/98 GKO) oraz wyrok Regionalnej Komisji Orzekającej z 30 czerwca 2009 r. (RIO.XII.53-21/2009).

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ta przesłanka odpowiedzialności w związku z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie obejmuje naruszeń, które nie rzucają na wynik postępowania, m.in. dlatego, że zostały skutecznie skorygowane w celu zapewnienia prawidłowości wyboru wykonawcy, któremu zostanie przyznane zamówienie publiczne, jak również sytuacji, gdy naruszenie miało miejsce i nie zostało usunięte, lecz jednocześnie nie doszło do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Nie jest również wystarczające wykazanie, że naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych mogło mieć hipotetyczny wpływ na wynik postępowania³, gdyż ustawodawca nadając takie brzmienie przepisowi określającemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych jednoznacznie wymaga wykazania wpływu naruszenia na wynik postępowania, a więc zachodzenia adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ustaloną niezgodnością z przepisami a rezultatem postępowania.

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach publicznych dotyczy również umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Naruszeniem będzie więc zawarcie umowy w nieodpowiedniej formie, na zbyt długi okres lub na czas nieoznaczony oraz przed upływem terminu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy, tj.:

1. bez zachowania formy pisemnej,
2. na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych,
3. na czas nieoznaczony,
4. przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Oczywiście z naruszeniem powyższych zasad nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji zaistnienia wyjątków od nich, z których wynika dopuszczalność zawarcia umowy np. na czas nieoznaczony albo przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest także zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych określającej wyjątki od zakazu zmiany postanowień tego rodzaju umów.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określających obligatoryjne i fakultatywne przesłanki upoważniające zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ma służyć zapewnieniu obiektywnego i bezstronnego postępowania o udzielenie zamówienia, które ma gwarantować składanie oświadczeń o bezstronności oraz wyłączenie z postępowań osób je przygotowujących i przeprowadzających w imieniu zamawiającego, w odniesieniu do których zachodzą okoliczności stawiające pod znakiem zapytania ich obiektywizm. Z tego powodu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania

³ Wyrok Głównej Komisji Orzekającej z 3 listopada 2005 r. (DF/GKO/Odw.-49/65/2005/443), wyrok Głównej Komisji Orzekającej z 20 października 2005 r. (DF/GKO/Odw.-47/RN-17/2005/420).

oraz niewyłączenie się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika zamawiającego obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, jeżeli miało ono wpływ na:

- a. udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,
- b. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na który umowa może być zawarta lub w przypadku wniesienia odwołania - terminu jej zawarcia,
- c. niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
- d. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określających przesłanki unieważnienia tego postępowania,
- e. dokonanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub przygotowaniu tego postępowania czynności naruszającej dyscyplinę finansów publicznych przez osobę nieupoważnioną do wykonania tej czynności.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie jest uzależniona od wystąpienia szkody oraz jej wysokości dla finansów publicznych w następstwie naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych⁴.

15. Odpowiedzialność karna związana z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych

Prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest również przedmiotem ochrony prawnokarnej⁵.

Karze pozbawienia wolności do lat trzech podlega każdy kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej:

1. utrudnia lub udaremnia przetarg publiczny,
 2. wchodzi w porozumienie z inną osobą
- działając na szkodę instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

⁴ Wyrok Głównej Komisji Orzekającej z 14 stycznia 2008 r. (DF/GKO-4900-83/91/07/3594).

⁵ Art. 297 i 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

Tej samej karze podlega każdy, kto w związku z publicznym przetargiem:

1. rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu,
2. wchodzi w porozumienie z inną osobą
 - działając na szkodę instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, to ściganie ww. przestępstw następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wykorzystanie mechanizmów rynkowych w celu uzyskania najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę dającego rękojmię należytego udzielanego zamówienia. Postępowania przetargowe podlegają ochronie jako przejaw prawidłowego obrotu gospodarczego, w szczególności gwarantujący równe traktowanie wykonawców, przejrzystość procedowania oraz otwarcie zamówień publicznych na uczciwą konkurencję.

Przedmiotem ochrony prawa karnego jest rzetelność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego tylko w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Przetargiem publicznym, przewidzianym w ustawie Prawo zamówień publicznych są bowiem wyłącznie ww. tryby przetargowe i ochrona karna nie dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybach negocjacyjnych, dialogu konkurencyjnego, zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej.

Ww. przestępstwa może się dopuścić każdy, a więc zarówno pracownik zamawiającego, jak i wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Udaremnianie należy zdefiniować jako spowodowanie nieodbycia się postępowania przetargowego. Utrudnianie to zakłócanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które odbywa się na szkodę zamawiającego, który je przygotował i prowadzi. Wejście w porozumienie polega na przygotowaniu do udaremnienia lub utrudnienia postępowania przetargowego prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Czynem zabronionym jest również rozpowszechnianie informacji, przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy o zamówienie publiczne po przeprowadzeniu postępowania przetargowego albo wchodzenie w porozumienie w związku z tym postępowaniem. W jawnym postępowaniu przetargowym zakazane jest rozpowszechnianie informacji, które zgodnie z przepisami podlegają ujawnieniu na późniejszych jego etapach, np. dotyczące wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia przed otwarciem ofert, informacji zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed dniem poinformowania o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy załączników do protokołu przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Z przemilczaniem informacji istotnych dla postępowania o udzielenie zamówienia będziemy mieli do czynienia w przypadku, gdy zamawiający pomimo takiego obowiązku nie będzie tego czynił, np. udostępnił specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sankcji karnej podlegają powyższe czyny, jeżeli odbywają się na szkodę zamawiającego, przy czym nie ma znaczenia, czy szkoda rzeczywiście wystąpiła, wystarczające bowiem jest zagrożenie jej wystąpienia.

Odpowiedzialności karnej podlega również każdy, kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogoś innego od organu lub instytucji dysponującej środkami publicznymi zamówienia publicznego przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument lub nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia. W przypadku takiego przestępstwa kodeks karny przewiduje karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Powyższej karze podlega również każdy, kto wbrew ciężącemu obowiązkowi nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie zamówienia publicznego. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego.

Przedmiotem ochrony jest zabezpieczenie prawidłowości i rzetelności w zakresie przyznawania i wykorzystywania zamówień publicznych. Dokumentami i oświadczeniami, o których jest mowa w ww. przepisie kodeksu karnego są oświadczenia i dokumenty przedkładane przez wykonawcę dotyczące potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia przez oferentów dostaw, usług lub robót budowlanych wymagań określonych przez zamawiającego. Dokumentami o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego są również dokumenty potwierdzające wniesienie wadium oraz ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Nierzetelne oświadczenie to takie, które wprowadza w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania zamówienia, w szczególności spełnienia pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, niezachodzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy, oferowania rozwiązań spełniających wymagania przedmiotowe albo uczynienia zadość innym wymaganiom proceduralnym związanym z zabezpieczeniem oferty wadium lub wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed jej podpisaniem.

Powyższe przestępstwo może zostać popełnione wyłącznie z winy umyślnej oraz ma charakter kierunkowy, gdyż sprawca działa w celu uzyskania zamówienia publicznego. Jest przestępstwem formalnym, gdyż nie jest uzależnione od nastąpienia jakiegokolwiek skutku. Wystarczy samo przedłożenie poświadczającego nieprawdę dokumentu albo nierzetelnego oświadczenia w postępowaniu, gdyż dla popełnienia tego przestępstwa nie jest konieczny skutek w postaci przyznania realizacji zamówienia publicznego.

Przepisy kodeksu karnego przewidują możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej, jeżeli sprawca dobrowolnie zrezygnuje z otrzymania zamówienia publicznego.

§ 22. KONCESJA NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI

1. Wstęp

Koncesje, rozumiane jako formy zamówienia publicznego, różniące się od nich przede wszystkim sposobem wynagrodzenia, udzielane były już dawno w wielu państwach. Koncesje wywodzą się bowiem już z czasów starożytnych i mają swoją genezę w prawie rzymskim. W czasach cesarstwa rzymskiego władze lokalne zawierały w drodze przetargu umowy z zarządcami budynków pocztowych, tzw. *manceps*, na mocy której zobowiązywali się oni do budowania takich obiektów, utrzymania ich i prowadzenia przez okres pięciu lat, co było pierwowzorem umowy koncesyjnej¹. W czasach cesarza Augusta używano umów koncesyjnych również przy budowach portów, term, placów targowych oraz dróg². Powrót do koncesji następuje w czasach średniowiecza, a polem do jej rozkwitu jest prawo francuskie. W polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się koncesję otrzymaną w 1438 r. przez francuskiego szlachcica Luis de Bernam, która dotyczyła pobierania opłat za towary przewożone po Renie³. Badacze francuscy odnotowują jednak koncesje już z 1170 r.⁴, aczkolwiek były one jeszcze dalekie od dzisiejszego ich pojmowania. Koncesje w prawie francuskim przeszły dużą metamorfozę w czasach Wielkiej Rewolucji Francuskiej, w XIX w. koncesji używano przede wszystkim w ramach inwestycji związanych z budową kolei oraz dróg (tzw. *concession de travaux publics*), ale również dla zapewnienia usług publicznych, takich jak woda, gaz, elektryczność czy też wywóz odpadów. Na początku XX w. ich znaczenie zaczęło jednak słabnąć, ze względu na postępującą nacjonalizację różnych sektorów gospodarki.

Zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej w tym zakresie reguluje w Polsce ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁵. Ustawa ta wprowadziła do polskiego porządku prawnego zupełnie nową instytucję, nie uregulowaną wcześniej w przepisach prawa – koncesję na usługi. Koncesja na roboty budowlane regulowana była przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która, w przepisie art. 2 pkt 4, definiowała ją jako zamówienie publiczne na roboty budowlane, w którym wynagrodzeniem za ich wykonanie było prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, bądź takie prawo wraz z zapłatą⁶. Należy mieć jednak na uwadze, że prawo polskie posługiwało się wcześniej i nadal posługuje pojęciem „koncesji” w zupełnie innym zakresie. Zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca

¹ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływ PPP na wzrost, 9-10 marca 2005 r., 2005/C 234/12, str. 52. Szerzej: X. Bezançon, *Histoire du droit concessionnaire en France, Entreprises et histoire*, 2005/1 nr 38, str. 26.

² Opinia Europejskiego Komitetu..., op. cit.

³ D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Wyd. Temida 2, Białystok 2000, s. 35.

⁴ X. Bezançon, *Histoire du droit concessionnaire...*, op. cit., str. 30.

⁵ Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zmianami.

⁶ Art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058). Przepis ten został uchylony z dniem 20 lutego 2009 r. na mocy art. 35 pkt 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁷, wykonywanie działalności gospodarczej w niektórych zakresach wymaga uzyskania koncesji⁸, której udzielenie następuje w drodze decyzji administracyjnej. Mimo zbieżności terminologicznej, a nawet pewnych cech wspólnych, nie należy mylić ww. koncesji z koncesjami na roboty budowlane lub usługi.

2. Koncesja na roboty budowlane lub usługi w prawie Unii Europejskiej

Zakres regulacji oraz sposób zdefiniowania koncesji w prawie Unii Europejskiej (a wcześniej, w prawie wspólnotowym) był przedmiotem dyskusji od czasów pierwszej dyrektywy zamówieniowej z 1971 r. W obecnym stanie prawnym, jedynymi aktami prawnymi, które zawierają regulacje odnoszące się do koncesji, są Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. Dyrektywa klasyczna) oraz Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa). Należy jednak pamiętać o dwóch istotnych kwestiach: po pierwsze, zgodnie z przepisem art. 18 dyrektywy sektorowej, owa dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności, o których mowa w art. 3–7 dyrektywy sektorowej, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności. Po drugie, przepisy dyrektywy klasycznej mają zastosowanie jedynie do koncesji na roboty budowlane – zgodnie z przepisem art. 17 dyrektywy klasycznej, przepisy przedmiotowej dyrektywy nie mają zastosowania do koncesji na usługi. Przepis art. 17 zaznacza jednak, iż wyłączenie koncesji na usługi spod reżimu dyrektywy klasycznej może się jedynie odbyć bez uszczerbku dla postanowień art. 3.

Oceniając takie rozwiązania legislacyjne z historycznego punktu widzenia, nie jest właściwie jasne dlaczego koncesje na roboty budowlane oraz usługi charakteryzują się swoistym reżimem prawnym, odmiennym od klasycznych zamówień publicznych. Co ciekawe, w reżimie GPA, który przyjęły wszystkie państwa członkowskie UE, nie ma różnic między zamówieniami publicznymi a koncesjami. Na gruncie prawa unijnego przedstawiciele doktryny wskazują, że być może za rozróżnieniem między koncesjami a zamówieniami publicznymi przemawia specyficzny charakter koncesji, które potrzebują większej elastyczności niż klasyczne zamówienia publiczne⁹. Niektórzy autorzy uzasadniali również taki stan rzeczy kwestiami politycznymi, podając przykład wyłączenia koncesji na usługi z zakresu dyrektyw zamówieniowych jako konsekwencję kompromisu zaproponowanego Francji, w celu

⁷ Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.

⁸ Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie: 1) poszukiwania, rozpoznawania złóż węglowodorów oraz kopalni stałych objętych własnością górnictwem, wydobywania kopalni ze złóż, podziemnego bezbiornikowego magazynowania substancji oraz podziemnego składowania odpadów; 2) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym; 3) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią; 4) ochrony osób i mienia; 5) rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, które nie są rozprowadzane naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych; 6) przewozów lotniczych; 7) prowadzenia kasyna gry.

⁹ Szerzej: A. Rösenkotter, A.C. Seidler, T. Wuersig, Concessions, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Bruksela 2010, IP/A/IMCO/NT/2009-12, PE 429.994, str. 4.

ochrony niektórych przedsiębiorstw francuskich przed tymi dyrektywami¹⁰. W rezultacie koncesje na roboty budowlane oraz usługi nie doczekały się jeszcze kompleksowej regulacji prawnej. Dlatego też omawianie stanu prawa UE w zakresie koncesji bazuje zaledwie na nielicznych przepisach prawa wtórnego, kilku komunikatach Komisji Europejskiej, jednakże przy uwzględnieniu stosunkowo dużej liczby orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹¹.

Ze względu na brak kompleksowej regulacji prawnej koncesji w prawie wspólnotowym (obecnie Unii Europejskiej), udzielanie koncesji w praktyce powodowało wiele problemów i wątpliwości. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej starał się w ramach swojej działalności orzeczniczej tłumaczyć sporne lub niejasne kwestie, natomiast Komisja Europejska, w tworzonym przez siebie *soft law*, próbowała wypełnić istniejącą lukę w prawie, przeciwdziałając utracie popularności koncesji ze względu na brak pewności prawnej. W 2000 r. Komisja Europejska wskazała, że właśnie brak regulacji w zakresie koncesji na usługi oraz szcztatkowe regulacje dotyczące koncesji na roboty budowlane, zawarte w Dyrektywie 93/37/EEC, stanowi podstawowy problem w stosowaniu tej instytucji¹². Incydentalnie Komisja Europejska wypowiedziała się również w temacie koncesji w *Wytycznych dotyczących udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego* z 2003 r.¹³

Komisja Europejska zainicjowała szeroko zakrojoną debatę w temacie zastosowania prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji w inwestycjach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-privatnego, wydając w 2004 r. *Zieloną Księgę w sprawie partnerstw publiczno-privatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji*¹⁴. Komisja Europejska wskazała w niej, iż przy udzielaniu koncesji należy stosować określone reguły, wynikające z prawa pierwotnego, które sprowadzają się do następujących zobowiązań koncesjodawcy: ustalenia zasad stosowanych przy wyborze koncesjonariusza, nadania odpowiedniego rozgłosu intencji przyznania koncesji i zasad rządzących wyborem koncesjonariusza w celu prawidłowego monitorowania bezstronności koncesjodawcy podczas procedury, wprowadzenia prawdziwej konkurencji między zainteresowanymi podmiotami, równego traktowania wszystkich uczestników procedury oraz wyboru koncesjonariusza na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów¹⁵. KE wskazała jednak, że brak rozwiązań legislacyjnych koordynujących procedury przyznawania koncesji w Unii Europejskiej może mieć szkodliwy wpływ na rozwój tego typu projektów, a także na osiągnięcie celów rynku wewnętrznego, ze względu na brak skutecznej konkurencji.

W swoim komunikacie z dnia 15 listopada 2005 r., Komisja Europejska potwierdziła konieczność przyjęcia rozwiązań legislacyjnych dotyczących koncesji na poziomie UE, wskazując, że ogólne przepisy Traktatu, nawet wyjaśnione przez KE, nie gwarantują dostatecznego bezpieczeństwa

¹⁰ Tak: H. Pünder, [w:] M. Müller-Werde (red.), *Kompendium des Vergaberechts*, Bundesanzeiger 2007, par. 32.

¹¹ Co ciekawe, większość orzecznictwa Trybunału dotyczy koncesji na usługi, natomiast zdecydowanie mniejsza część traktuje o koncesji na roboty budowlane. Przykładem może być tu wyrok Trybunału z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, ECR 2010 I-02673.

¹² Komunikat Komisji Europejskiej, *Commission interpretative communication on concessions under Community law*, Dz.Urz. UE 2000/C 121/02.

¹³ *Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego*, Bruksela 2003, www.ppp.gov.pl

¹⁴ Komisja Europejska, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM 2004/0327. Tekst w języku polskim dostępny m.in. na stronie www.ppp.gov.pl

¹⁵ *Ibidem*, str. 14.

prawnego, w szczególności dlatego, że dają zbyt dużą swobodę instytucjom zamawiającym¹⁶. Takie stanowisko poparł Parlament Europejski, oczekując od Komisji Europejskiej m.in. jasnej definicji koncesji, uwzględniającej rozróżnienie od zamówień publicznych oraz określenia obiektywnie sprawdzalnych kryteriów wyboru¹⁷. W kwestii kryteriów, Komisja Europejska wypowiedziała się już w 2008 r., nadal jednak w formie komunikatu wyjaśniającego¹⁸. Kolejny raz rosnące znaczenie koncesji, związane z wzrostem popularności partnerstw publiczno-prywatnych, Komisja Europejska podkreśliła w 2009 r.¹⁹

W grudniu 2011 r. Komisja Europejska zaproponowała tekst dyrektywy dotyczącej koncesji²⁰, która regulowałaby zarówno problematykę udzielania koncesji na roboty budowlane, jak i na usługi. Celem, który przyświecał inicjatywie Komisji Europejskiej było przede wszystkim zwiększenie stanu pewności prawnej w sferze koncesji, z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i podmiotów prywatnych – potencjalnych wykonawców, koncesjonariuszy. Poza tym, przedmiotowa propozycja legislacyjna ma za zadanie wspierać rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Unii Europejskiej²¹. Punktem wyjścia dla propozycji Komisji Europejskiej było założenie, że propozycję dyrektywy dotyczącej koncesji należy oprzeć na dotychczasowych rozwiązaniach, uzupełnionych przepisami, które zlikwidują pojawiające się w praktyce wątpliwości. Jednocześnie odrzucono koncepcję, żeby koncesje objąć wszystkimi zasadami, które regulują „klasyczne” zamówienia publiczne, ponieważ prowadziłyby to do usztywnienia instytucji koncesji, a w konsekwencji rzutowałyby na atrakcyjność proponowanych rozwiązań.

Ostateczny tekst dyrektywy o udzielaniu koncesji został uzgodniony w pierwszej połowie 2013 r., w trakcie trwającego dialogu między Radą, Komisją Europejską oraz Parlamentem Europejskim. Należy przy tym zaznaczyć, iż pierwotna propozycja Komisji Europejskiej w zakresie dyrektywy koncesyjnej wypadła zdecydowanie pozytywnie. Taki był również oddźwięk konsultacji przeprowadzonych w tym temacie przez Komisję. Jednakże efekt finalny jest bardzo daleki od początkowych założeń. Dyrektywa o udzielaniu koncesji ma w zasadzie charakter ramowy, jeśli chodzi o procedurę, natomiast w kwestiach terminologicznych nie różni się zbyt wiele od dyrektywy klasycznej. Nadal potwierdza się reguła, że mimo braku szczegółowych regulacji prawa wtórnego w zakresie koncesji

¹⁶ Szerzej: Komunikat Komisji Europejskiej dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji, z dnia 15 listopada 2005 r., KOM(2005) 569, str. 5-9.

¹⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, z dnia 26 października 2006 r., 2006/2043(INI), pkt. 28.

¹⁸ Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), z dnia 5 lutego 2008 r., C(2007) 6661.

¹⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych, z dnia 19 listopada 2009 r., KOM(2009) 615.

²⁰ Komisja Europejska, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, z dnia 20 grudnia 2011 r., 2011/0437 (COD).

²¹ Szerzej na ten temat: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych, z dnia 19 listopada 2009 r., KOM(2009) 615, str. 5-6.

oraz wyłączenia koncesji na usługi spod reżimu dyrektyw zamówieniowych, podlegają one prawu pierwotnemu Unii Europejskiej, a więc zasadom wynikającym z przepisów traktatowych²².

Na marginesie warto odnotować pewną ciekawostkę. Dyrektywa o udzielaniu koncesji wyłącza spod swojego reżimu udzielanie koncesji typu *in-house*, jeśli:

- 1) koncesja jest udzielana osobie prawnej, nad którą koncesjodawca sprawuje kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad swoimi wydziałami,
- 2) przynajmniej 80% działalności koncesjonariusza jest wykonywane na rzecz koncesjodawcy bądź innych osób prawnych, przez niego kontrolowanych,
- 3) sektor prywatny nie posiada żadnych udziałów w strukturach koncesjonariusza.

Tym samym, jeśli zaproponowana dyrektywa zaczęłaby obowiązywać, doprecyzowałaby kryteria dopuszczalności zamówień *in-house*, wskazane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* (tzw. sprawa *Teckal*)²³. Szczególne znaczenie ma w tym miejscu procentowe wskazanie ilości działalności, jaką koncesjonariusz musi wykonywać na rzecz koncesjodawcy bądź innych podmiotów prawnych, przez niego kontrolowanych. W orzecznictwie dotyczącym zamówień *in-house* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej mówił o wykonywaniu działalności „w przeważającym zakresie” na rzecz kontrolującej jednostki, starając się ten termin doprecyzowywać w miarę możliwości, mając świadomość możliwości występowania nadużyć na tym polu²⁴. Proponowany przepis, jako *lex clara*, nie wymagałby konkretyzacji w drodze wykładni pojęcia „w przeważającym”. Nadal jednak powstawałaby wątpliwość czy chodzi o 80% działalności mierzonej ilością wykonywanych robót lub usług w stosunku do wszystkich ilości, wszystkich czynności wykonywanych przez koncesjonariusza, bez względu na ich wartość, czy raczej chodzi o 80% działalności koncesjonariusza, rozumianej w aspekcie finansowym – jako 90% wpływów do jego budżetu²⁵.

Wróćmy jednak do rozważań na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa wtórnego. Zarówno dyrektywa klasyczna, jak i dyrektywa sektorowa analogicznie zdefiniowały koncesję na usługi oraz koncesję na roboty budowlane. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 3 dyrektywy klasycznej (art. 1 ust. 3 lit. a dyrektywy sektorowej), koncesja na roboty budowlane oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłączne prawo do eksploatacji (ang. *right to exploit*) obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością

²² Wielokrotnie podkreślał to w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zob. m.in. wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECR 2008 I-00153, pkt. 40.

²³ Szerzej na ten temat: H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, [w:] Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej – Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010, str. 119-122.

²⁴ Przykładem takiego orzecznictwa jest m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, par. 63 i 64.

²⁵ Zob.: H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia „in house”..., op. cit., str. 122.

(ang. *payment*). Z kolei art.1 ust. 4 dyrektywy klasycznej (art. 1 ust. 3 lit. b dyrektywy sektorowej) definiuje koncesję na usługi, wskazując, że jest to umowa tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczone usługi stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością. Tak więc koncesje na roboty budowlane lub usługi stanowią rodzaj zamówień publicznych, różniących się jednak od nich sposobem wynagrodzenia wykonawców (koncesjonariuszy). Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to właśnie w wynagrodzeniu za świadczone usługi, bądź wykonywane roboty budowlane spoczywa różnica między, odpowiednio, zamówieniem publicznym na usługi oraz koncesją na usługi, a także zamówieniem publicznym na roboty budowlane oraz koncesją na roboty budowlane²⁶. Zamówienie publiczne charakteryzuje się tym, że wynagrodzenie jest płatne bezpośrednio wykonawcy przez instytucję zamawiającą, jak wskazał chociażby Trybunał w wyroku w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*²⁷. Natomiast w przypadku koncesji na usługi lub roboty budowlane, wynagrodzenie za realizację przedmiotu koncesji (świadczenie usług lub wykonanie robót budowlanych) polega na prawie do gospodarczego wykorzystania przedmiotu koncesji, bądź takie prawo połączone z płatnością²⁸. Oznacza to, że w ocenie Trybunału, podstawowa różnica między zamówieniem publicznym a koncesją wynika z tego, czy wynagrodzenie za wykonanie odpowiedniego świadczenia (roboty budowlanej lub usługi) pochodzi bezpośrednio od instytucji zamawiającej, czy też obciąża osoby trzecie²⁹.

Sposób wynagrodzenia nie jest jednak jedynym *signum specificum*, indywidualizującym zamówienia publiczne i koncesje. Jak wskazał w swojej opinii rzecznik generalny P. C. Villalón, w sprawie C-348/10, w ostateczności różnica odnośnie pochodzenia wynagrodzenia sprowadza się do kryterium przejęcia ryzyka związanego z niepewnością co do wyniku zawartej czynności prawnej, zmierzającej do zaspokojenia interesów obu stron³⁰. W wyroku w sprawie C-348/10 Trybunał wyjaśnił kwestie przeniesienia ryzyka na przykładzie koncesji na usługi, na mocy której świadczący usługi transportu publicznego nabył prawo gospodarczego wykorzystania usług, za które otrzymywał wynagrodzenie od osób trzecich wg ustalonej taryfy. Trybunał podkreślił, że omawiany sposób wynagradzania wskazuje na koncesję na usługi, a nie na zamówienie publiczne na usługi transportu publicznego,

²⁶ Tak m.in. w stosunku do koncesji na usługi: wyrok Trybunału z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, Provincia Regionale di Ragusa, Comune di Acate (RG), Comune di Chiaramonte Gulfi (RG), Comune di Comiso (RG), Comune di Giarratana (RG), Comune di Ispica (RG), Comune di Modica (RG), Comune di Monterosso Almo (RG), Comune di Pozzallo (RG), Comune di Ragusa, Comune di Santa Croce Camerina (RG), Comune di Scicli (RG), Comune di Vittoria (RG)*, ECR 2009 I-09913, pkt. 39; również: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECR 2009 I-08377, pkt. 51.

²⁷ Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECR 2005 I-08585, pkt. 39. Na temat tego orzeczenia zob. m.in.: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, *Urząd Zamówień Publicznych*, Warszawa 2010, str. 121.

²⁸ Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadle przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, dotychczas niepublikowany w ECR, pkt. 24, www.curia.eu.

²⁹ Tak: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 (*Eurowasser*), op. cit., pkt. 51.

³⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Pedro Cruza Villalóna przedstawiona w dniu 7 lipca 2011 r. w sprawie C-348/10 *SIA Norma-A, SIA Dekom przeciwko Ludzas novada dome*, pkt. 44, www.curia.eu.

jednakże sposób wynagradzania jest jednym z elementów decydującym przy kwalifikowaniu konkretnej czynności jako koncesji, bądź zamówienia publicznego³¹.

Dla zakwalifikowania danej czynności jako koncesji konieczne jest również przeniesienie ryzyka na koncesjonariusza. We wspomnianym wyżej wyroku Trybunał wskazał, iż koncesja na usługi oznacza, że koncesjonariusz przejmuje całość lub przynajmniej znaczną część ryzyka prowadzenia działalności, związanego ze świadczeniem usługi publicznej i, co za tym idzie, brak przeniesienia na usługodawcę tego ryzyka świadczy o tym, że nie jest to koncesja na usługi, lecz zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest usługa³². Nie można jednak zapominać, że w innych sprawach Trybunał dopuszczał możliwość przeniesienia na usługodawcę (koncesjonariusza) „bardzo ograniczonego ryzyka”, o ile jest on wynagradzany przez osoby trzecie³³. Orzecznictwo Trybunału wskazuje bowiem na przypadki, w których przepisy obowiązującego prawa krajowego minimalizują ryzyko wykonywania określonej działalności. Przykładowo, w wyroku w sprawie C-206/08, Trybunał wskazał, że: „pewne sektory działalności, w szczególności sektor użyteczności publicznej, taki jak dystrybucja wody i odprowadzanie ścieków, jest przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego”³⁴. Trybunał podkreślił jednak, że instytucje zamawiające nie mają żadnego wpływu na przepisy prawa publicznego mające zastosowanie do tego typu usług i niemożliwe jest, by wprowadzały oraz przenosiły czynniki ryzyka, które są wyłączone przez te przepisy (pkt 76). Stąd też nawet jeśli ryzyko ponoszone przez instytucję zamawiającą jest bardzo ograniczone, to dla zastosowania koncesji konieczne jest, by instytucja ta przeniosła na koncesjonariusza całość lub znaczną część ponoszonego przez siebie ryzyka (pkt 77).

Takie sytuacje są dopuszczalne. Jednakże od okoliczności prawnych, związanych z obowiązującym porządkiem prawnym, na które zamawiający nie ma wpływu, należy odróżnić sytuacje, w których to właśnie stosunek zamawiającego do wykonawcy przesądza o kwalifikacji konkretnej działalności bądź jako zamówienia publicznego, bądź jako koncesji. We wspomnianym już wyroku w sprawie C-348/10 Trybunał wskazał, że chociaż podmiot świadczący usługę otrzymywał wynagrodzenie od osób trzecich, to podmiot zamawiający kompensował mu straty związane z prowadzeniem działalności oraz, zgodnie z przepisami prawa i obowiązującą stroną umową, usługodawca nie ponosił znacznej części ryzyka związanej z działalnością³⁵. W takiej sytuacji Trybunał zakwalifikował sporną transakcję jako zamówienie na usługi.

W konsekwencji, jak zaznaczył wspomniany już rzecznik generalny P. C. Villalón, ryzyko podejmowane przez koncesjonariusza „nie musi mieć charakteru ryzyka „istotnego w bezwzględny znaczeniu”, lecz jedynie stanowić co najmniej „znaczącą część” ryzyka, które w każdym razie przyjmowałby na siebie sam podmiot zamawiający, gdyby świadczył samodzielnie przedmiotowe usługi”³⁶.

³¹ Wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 Norma-A SIA, Dekom SIA przeciwko Latlages plānošanas reģions (wstępującej w prawa Ludzas novads dome), dotychczas niepublikowany w ECR, pkt. 44, www.curia.eu.

³² Ibidem, pkt. 44 i 45.

³³ Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 (Eurowasser), op. cit., pkt. 77; również: wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 (Privater Rettungsdienst), op. cit., pkt. 33.

³⁴ Wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 (Eurowasser), op. cit., pkt 72.

³⁵ Wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 Norma-A SIA..., op. cit., pkt 51.

³⁶ Opinia Rzecznika Generalnego Pedro Cruza Villalóna..., op. cit., pkt 50.

Trybunał nie tylko starał się ocenić stopień ryzyka, pozwalający na rozróżnienie pomiędzy zamówieniami publicznymi a koncesjami, lecz podjął się także zdefiniowania pewnych kategorii ryzyka, mających zastosowanie w przypadku koncesji. W ocenie Trybunału, ryzyko prowadzenia działalności należy rozumieć jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwo rynku, które może rzutować na ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców, ryzyko braku równowagi między popytą a popytem (np. na usługi), ryzyko niewypłacalności ze strony dłużników winnych opłat za świadczenie związane z przedmiotem koncesji, ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami lub ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w realizacji przedmiotu koncesji (np. świadczenia usługi)³⁷. Z kolei do kategorii ryzyka, które nie przesądzą o zakwalifikowaniu danej umowy jako zamówienia publicznego, bądź koncesji, Trybunał zaliczył ryzyko związane z nieprawidłowym zarządzaniem przedsiębiorstwem lub ryzyko popełnienia przez podmiot gospodarczy błędów w ocenie, ponieważ takie rodzaje ryzyka są związane z każdą umową³⁸.

Reasumując można stwierdzić, iż liczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie koncesji, a w szczególności właściwej kwalifikacji umów z punktu widzenia zamówień publicznych oraz koncesji, stanowi wystarczającą argumentację przemawiającą za koniecznością wprowadzenia kompleksowej regulacji prawnej dotyczącej koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi. Tym bardziej należy oczekiwać efektów prac legislacyjnych toczących się nad przedstawioną przez Komisję Europejską propozycją dyrektywy koncesyjnej.

3. Koncesja na roboty budowlane oraz koncesja na usługi w prawie RP

Jak wspomniano wcześniej, zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej w tym zakresie reguluje w Polsce ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Podobnie jak ustawa z dnia o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawa nie zawiera definicji koncesji, wskazując jedynie, że na podstawie umowy koncesji, zawieranej przez koncesjonariusza z koncesjodawcą, koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które w przypadku koncesji na roboty budowlane stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, a w przypadku koncesji na usługi stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usługi, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 ustawy).

Zawarcie umowy koncesji jest rezultatem postępowania o zawarcie umowy koncesji, definiowanego jako postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, którego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym umowa koncesji zostanie zawarta. Przedmiotem umowy koncesji jest wykonanie roboty budowlanej bądź usługi. Warto w tym momencie wskazać, iż ustawa stanowiąc o robotach budowlanych, usługach czy też dostawach, odsyła do definicji zawartych w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tak więc, przez koncesję na roboty budowlane należy rozumieć koncesję, której przedmiotem jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane³⁹, jak też realizacja obiektu budowlanego

³⁷ Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 (Eurowasser), op. cit., pkt 66–67; wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 (Privater Rettungsdienst), op. cit., pkt 37.

³⁸ Zob. wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 (Privater Rettungsdienst), op. cit., pkt 38.

³⁹ Tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.

w rozumieniu ww. przepisów, natomiast przez koncesję na usługi należy rozumieć koncesję, której przedmiotem są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydawanych na podstawie art. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych – czyli wynikają z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym⁴⁰.

W rezultacie można stwierdzić, iż zarówno koncesja na roboty budowlane, jak i koncesja na usługi, jest rodzajem zamówienia publicznego. Są to bowiem umowy odpłatne, zawierane przez dwie strony: koncesjonariusza i koncesjodawcę, a ich przedmiotem są roboty budowlane albo usługi. Tym, co różni koncesję od klasycznego zamówienia publicznego, jest sposób wynagrodzenia koncesjonariusza. W przypadku zamówienia publicznego wynagrodzeniem wykonawcy jest płatność dokonana przez zamawiającego, natomiast w przypadku koncesji będzie to wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usług, w obu przypadkach do pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Przepisy ustawy wskazują również na istniejący element ryzyka, który konstytuuje koncesję na roboty budowlane i usługi⁴¹. Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 3 ustawy płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, ponieważ ponosi on w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Poza tym, jeśli płatność została określona w umowie koncesji na poziomie, który w całości pokrywałby nakłady lub nawet je przekraczał, to wówczas nie mielibyśmy do czynienia z koncesją, tylko z klasycznym zamówieniem publicznym⁴².

4. Zakres stosowania ustawy

Ustawa znajduje swoje zastosowanie do zawierania umowy koncesji przez organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, państwowej jednostki budżetowe, a także inne, niż wymienione wcześniej, podmioty (tzw. podmioty prawa publicznego), które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną oraz:

- finansowane są w ponad 50% przez organy władzy publicznej bądź jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, lub
- których zarząd podlega nadzorowi ze strony organów władzy publicznej bądź jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, lub
- w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez organy władzy publicznej bądź jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki.

Ustawę stosuje się również do zawierania umowy koncesji przez inne, niż wskazane wyżej podmioty, które ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze

⁴⁰ Dz. U. Nr 12, poz. 68.

⁴¹ Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 5, Warszawa 2009, LexisNexis, str. 336.

⁴² Tak: B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, str. 52.

powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają osobowość prawną oraz:

- finansowane są w ponad 50% przez ww. podmioty prawa publicznego, lub
- których zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, lub
- w których ponad połowa członków organu zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez te podmioty⁴³.

Ustawa nie znajduje zastosowania w przypadku zawierania umowy:

- 1) której wykonanie jest związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej albo jeżeli jej wykonaniu muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa,
- 2) głównie w celu wykonywania co najmniej jednego z następujących rodzajów działalności:
 - udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
 - eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
 - świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej,
- 3) na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej odmiennej od określonej przepisami ustawy,
- 4) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej stacjonowania wojsk, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji,
- 5) na podstawie umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a państwem nie będącym członkiem Unii Europejskiej lub wieloma takimi państwami, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury zawierania umowy koncesji,
- 6) z zainteresowanym podmiotem, który z mocy prawa ma wyłączne prawo do wykonywania działalności będącej przedmiotem koncesji,
- 7) na usługi – jeżeli wymaga tego interes publiczny, który może być związany w szczególności z zagrożeniem ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, a którego wystąpienia koncesjodawca dochowując należytej staranności nie mógł przewidzieć.

W ostatnim wymienionym przypadku, jeżeli koncesjodawca, kierując się przesłanką zachowania ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, zawarł umowę nie stosując

⁴³ Szerzej: B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne...*, op. cit., str. 62–63.

przepisów ustawy, ma obowiązek wszcząć postępowanie o zawarcie koncesji, natomiast umowa, którą zawarł, nie może obowiązywać dłużej niż do dnia zakończenia tego postępowania (art. 4 ust. 2).

5. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji

Postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest postępowaniem kilkuetapowym, a jego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Oprócz przepisów samej ustawy, do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji znajdują zastosowanie, zgodnie z przepisem art. 5 ustawy, przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W szczególności znajdują tu zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego w zakresie reprezentacji, obliczania terminów w postępowaniu, wadium czy też zabezpieczeń należytego wykonania umowy koncesji.

Podstawowymi zasadami obowiązującymi w trakcie przygotowania i prowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji są: zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów, zasada transparentności oraz zasada uczciwej konkurencji. Przy koncesjach stosujemy więc te same zasady, które dotyczą zamówień publicznych czy też partnerstw publiczno-prywatnych⁴⁴.

Wszczęcie postępowania o zawarcie koncesji ma miejsce w chwili uzewnętrznienia się woli koncesjodawcy, czyli w momencie publikacji ogłoszenia o koncesji (art. 10 ust. 1), przy czym ogłoszenie o koncesji na usługi zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych, natomiast ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane koncesjodawca przesyła Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po dokonaniu tych czynności, koncesjodawca jest zobowiązany do zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o koncesji w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, o ile taką posiada.

Ustawa wskazuje konieczne elementy ogłoszenia o koncesji. Nie jest to jednak katalog zamknięty. Zgodnie z przepisem art. 11, ogłoszenie o koncesji zawiera w szczególności:

- 1) nazwę (firmę) i adres koncesjodawcy,
- 2) określenie przedmiotu koncesji – na etapie ogłoszenia o koncesji nie jest jeszcze wymagany szczegółowy opis przedmiotu koncesji, który jest wymagany w opisie warunków koncesji. Tym samym, do określenia przedmiotu koncesji nie mają zastosowania przepisy art. 7 i 8 ustawy, nakazujące np. odnoszenie się do specyfikacji technicznej, etc; określenie przedmiotu koncesji ma z natury charakter dość ogólny,
- 3) wskazanie miejsca i terminu składania wniosków o zawarcie umowy koncesji,
- 4) opis potrzeb i wymagań koncesjodawcy lub informację o sposobie uzyskania tego opisu,

⁴⁴ Zob. C. D. Tvarnø, PPPs in the straitjacket of the EU public procurement rules, The 4th International Conference on Public Procurement, Nottingham, April 19-20, 2010, str. 5.

- 5) termin wykonania przedmiotu koncesji,
- 6) warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji warunki udziału dotyczą:
 - zdolności ekonomicznej i finansowej,
 - kwalifikacji technicznych i zawodowych, w tym posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu koncesji,
 - uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
 - niekaralności zainteresowanego podmiotu albo wspólnika, partnera, komplementariusza, członka zarządu zainteresowanego podmiotu, za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji lub postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, 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,
- 7) informacje o dokumentach składanych przez oferenta, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą albo oferenta, który złoży najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert, o którym mowa w art. 21 ust. 3 ustawy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 8) informacje na temat wadium, o ile jego wniesienie jest wymagane,
- 9) kryteria oceny ofert, jakimi koncesjodawca będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz, o ile to możliwe, ich znaczenie – kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności: czas trwania koncesji, wysokość współfinansowania przedmiotu koncesji ze środków oferenta, koszty użytkowania przedmiotu koncesji, wysokość opłaty za usługę świadczoną na rzecz osób trzecich korzystających z przedmiotu koncesji, jakość wykonania, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, rentowność, termin wykonania przedmiotu koncesji. W przypadku koncesji na roboty budowlane kryteria oceny ofert mogą dotyczyć także właściwości zainteresowanego podmiotu. Katalog kryteriów oceny ofert, jak widać, nie jest katalogiem zamkniętym, warto jednak podkreślić, iż w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji nie istnieje kryterium najniższej ceny,
- 10) warunki uznania oferty za nieodpowiadającą wymaganiom koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem oferty do oceny i porównania,
- 11) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania.

W odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji, zainteresowane podmioty – a więc osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, zainteresowane udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji (art. 2 ust. 1 ustawy)

– składają do koncesjodawcy wnioski o zawarcie umowy koncesji, w miejscu i terminie określonym w ogłoszeniu o koncesji. Termin do złożenia wniosków wyznacza koncesjodawca, w oparciu o przepis art. 12 ustawy, w zależności od wartości koncesji oraz tzw. kwot progowych, używanych w zamówieniach publicznych⁴⁵. W tym miejscu należy wskazać, iż podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na roboty budowlane jest kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia szacunkowy koszt robót budowlanych oraz szacunkową całkowitą wartość dostaw niezbędnych do ich wykonania oddanych przez koncesjodawcę do dyspozycji koncesjonariusza. Natomiast w przypadku koncesji na usługi, podstawą obliczenia szacunkowej wartości koncesji na usługi jest kwota niezawierająca podatku od towarów i usług, która uwzględnia szacunkowy koszt świadczenia usług. W obu przypadkach ustawa wymaga od koncesjodawcy dochowania należytej staranności w obliczaniu wartości koncesji. Ponadto wartość koncesji ustala się bez względu na planowany sposób zapłaty wynagrodzenia koncesjonariusza.

Jeśli wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od tych kwot, to termin składania wniosków o zawarcie umowy koncesji nie może być krótszy niż 21 dni od dnia, odpowiednio, zamieszczenia ogłoszenia o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przesłania ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, przy czym termin ten może być skrócony do 14 dni ze względu na konieczność pilnego zawarcia umowy koncesji. W przypadku, gdy wartość koncesji jest równa lub przekracza kwoty progowe, termin nie może być krótszy niż 45 dni (i nie można go skrócić). Wniosek o zawarcie umowy koncesji musi zawierać oświadczenie o zgłoszeniu udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o spełnianiu opisanych w ogłoszeniu o koncesji warunków udziału, jak również inne oświadczenia związane z wykonaniem przedmiotu koncesji w przypadku, gdy taki wymóg został przewidziany w ogłoszeniu o koncesji, pod rygorem nieprzyjęcia wniosku przez koncesjodawcę. Zainteresowany podmiot, który złożył wniosek o zawarcie umowy koncesji uzyskuje w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji status kandydata.

Następnym etapem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji są negocjacje z kandydatami, zaproszonymi do udziału w negocjacjach przez koncesjodawcę. Negocjacje mogą dotyczyć praktycznie wszystkich aspektów koncesji, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych. Celem prowadzenia tak szerokich negocjacji jest umożliwienie koncesjodawcy przygotowania opisu warunków koncesji, nie tylko w sposób wymagany przez ustawę, ale *de facto* w sposób, który będzie efektem przyjęcia pewnych wspólnych stanowisk dotyczących aspektów koncesji, które w przyszłości mogą zaprocentować należytych wykonywaniem postanowień umowy koncesji, zarówno przez koncesjodawcę, jak i koncesjonariusza⁴⁶. Jak słusznie wskazuje M. Kania, możliwość prowadzenia tak szerokich negocjacji jest szczególnie istotna w sytuacji, gdy koncesjodawca nie posiada całościowej wiedzy na temat planowanego przedsięwzięcia, a może się opierać na doświadczeniu kandydatów – potencjalnych koncesjonariuszy⁴⁷. W konsekwencji prowadzone negocjacje mogą skutkować dokonaniem zmiany wymagań określonych w ogłoszeniu o koncesji. Dla zapewnienia transparentności procedury z negocjacji sporządza się protokół, który jest jawny. O zakończeniu negocjacji koncesjodawca informuje wszystkich kandydatów.

⁴⁵ Chodzi o kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane.

⁴⁶ Zob. podobnie: M. Kania, Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Polskie Wydawnictwo Prawnicze IURIS, Warszawa-Poznań-Katowice 2012, str. 75.

⁴⁷ Ibidem.

Kolejne stadium postępowania o zawarcie umowy koncesji polega na składaniu ofert przez zaproszonych kandydatów, z którymi koncesjodawca prowadził negocjacje. Zapraszając do składania ofert, koncesjodawca przesyła kandydatom opis warunków koncesji. Przy dokonywaniu opisu przedmiotu koncesji znajdują zastosowanie przepisy art. 7 i 8 ustawy, które regulują zasady dokonania opisu.

Przed wszystkim koncesjodawca jest obowiązany dokonać opisu przedmiotu koncesji w sposób umożliwiający zainteresowanym podmiotom jednakowy dostęp do wykonywania koncesji oraz w sposób, który nie stwarza ograniczeń konkurencji w dostępie do wykonywania koncesji. Opisu koncesjodawca może dokonać bądź przez odniesienie się do specyfikacji technicznej, bądź przez charakterystykę lub wymagania w zakresie funkcjonalności, jednakże taki opis musi umożliwić zainteresowanym podmiotom ustalenie przedmiotu koncesji, albo przez częściowe odniesienie się do specyfikacji technicznej, przy jednoczesnym częściowym odniesieniu się do charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności. Opis przedmiotu koncesji nie może jednak zawierać znaków towarowych, patentów, oznaczenia typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania zainteresowanego podmiotu z postępowania. Ustawa dopuszcza dokonanie takiego opisu jedynie w uzasadnionych przypadkach, gdy koncesjodawca nie jest w stanie opisać przedmiotu koncesji zgodnie z przedstawionymi poniżej zasadami, a opisowi takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Przepis art. 7 ust. 4 ustawy jest więc odzwierciedleniem przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowi instrument zapewniający konkurencyjność postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Jeśli koncesjodawca opisuje przedmiot koncesji za pomocą specyfikacji technicznej, powinien zawrzeć odniesienia do norm przenoszących normy europejskie, europejskich aprobat technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub, w przypadku ich braku, do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych odnoszących się do projektowania, obliczania, realizacji robót, a także wykorzystania produktów. Opis przedmiotu koncesji powinien zawierać również przyjętą procedurę oceny zgodności oferty z wymaganiami koncesjodawcy. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 3 pkt 1 ustawy, w przypadku koncesji na roboty budowlane, specyfikacja techniczna powinna dotyczyć całości zaleceń technicznych określających wymagane cechy materiału lub dostawy, w szczególności poziomu oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników, funkcjonalności, bezpieczeństwa, wymiarów, procedury dotyczącej zapewnienia jakości, metod produkcji, a także zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania, warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, metod i technik budowy oraz innych warunków technicznych, które koncesjodawca może określić zgodnie z odrębnymi przepisami. Natomiast w przypadku koncesji na usługi, specyfikacja techniczna powinna dotyczyć wymaganych cech usługi, takich jak poziom jakości, oddziaływania na środowisko, dostosowania do potrzeb wszystkich użytkowników. Nie jest to jednak katalog zamknięty.

Wybór opisu przedmiotu koncesji za pomocą specyfikacji technicznej wywołuje również skutki na etapie oceny oferty, określone w przepisie art. 8 ustawy. Jeśli roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne ze specyfikacją, koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, jeżeli oferent uzasadni w ofercie, że proponowane przez niego rozwiązania są równoważne w stosunku do wymagań określonych w specyfikacji technicznej. Natomiast jeśli koncesjodawca opisał przedmiot koncesji za pomocą charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, koncesjodawca nie może uznać oferty za nieodpowiadającą wymaganiom, jeżeli oferent uzasadni w ofercie, że oferowane przez niego roboty budowlane lub usługi są zgodne

z normami przenoszącymi normy europejskie, europejskimi aprobatami technicznymi, wspólnymi specyfikacjami technicznymi, normami międzynarodowymi lub innymi systemami referencji technicznych, ustanowionymi przez europejskie organy normalizacyjne oraz gdy odpowiadają one charakterystyce lub wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonymi przez koncesjodawcę.

Podobnie, jak w przypadku ogłoszenia o koncesji, ustawa wymienia konieczne elementy opisu warunków koncesji, nie tworząc katalogu na zasadzie *numerus clausus*. W myśl przepisu art. 15 ust. 2 ustawy, opis warunków koncesji zawiera w szczególności:

- 1) nazwę (firmę) i adres koncesjodawcy,
- 2) opis przedmiotu koncesji,
- 3) wskazanie miejsca i terminu składania ofert, przy czym termin składania ofert musi uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty,
- 4) termin związania ofertą,
- 5) termin wykonania przedmiotu koncesji, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji,
- 6) określenie opłat za korzystanie z przedmiotu koncesji przez koncesjonariusza lub podmioty trzecie lub sposób ich ustalania, o ile jest to podyktowane specyfiką koncesji,
- 7) warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 8) informację o dokumentach składanych przez zainteresowany podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału,
- 9) informację na temat wadium, o ile obowiązek jego wniesienia był przewidziany w ogłoszeniu o koncesji – oznacza to, iż koncesjodawca nie może żądać wadium dopiero na etapie opisu warunków koncesji, jeśli nie przewidywał obowiązku wniesienia wadium wcześniej, na etapie ogłoszenia o koncesji,
- 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie,
- 11) warunki uznania oferty za niespełniającą wymagań koncesjodawcy, skutkujące niedopuszczeniem oferty do oceny i porównania,
- 12) okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania,
- 13) pouczenie o prawie wniesienia skargi na czynności podejmowane przez koncesjodawcę w trakcie postępowania.

Ustawa nie precyzuje terminu, jaki koncesjodawca powinien wyznaczyć na składanie ofert, zaznaczając jedynie, że musi uwzględnić czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty.

Po złożeniu ofert koncesjodawca może żądać od oferentów złożenia wyjaśnień, sprecyzowania lub dopracowania złożonych ofert. Jak słusznie zauważa A. Panasiuk, ustawodawca przewidział w ten

sposób instrument pozwalający na ustalenie prawidłowej wykładni oświadczenia woli zawartego w ofercie, jeśli budzi ono wątpliwość⁴⁸. Jeśli koncesjodawca nie ustali rzeczywistej woli oferenta, to nie jest w stanie prawidłowo ocenić jego oferty. Opisywane ustalenia mają jednak swoje granice, ponieważ wyjaśnienie, sprecyzowanie, dopracowanie lub dodatkowe informacje nie mogą prowadzić do zmiany oferty lub warunków zawartych w opisie warunków koncesji, która mogłaby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub mogłaby mieć charakter dyskryminacyjny.

Następnie koncesjodawca wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w opisie (art. 17 ust. 1). O swoim wyborze koncesjodawca informuje oferentów podając uzasadnienie, a także wskazując powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania, jeśli zaszła taka sytuacja.

Po dokonaniu przez koncesjodawcę wyboru, oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę złożyć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w opisie warunków koncesji. Ustawodawca przewidział w tym miejscu możliwość polegania oferenta na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej, kwalifikacji technicznych lub zawodowych oraz uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jeśli oferent polega na zdolnościach innych podmiotów to musi wykazać koncesjodawcy, że spełni ww. warunki, przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązania podmiotów trzecich w zakresie realizacji koncesji.

Na tym etapie postępowania mogą mieć miejsce trzy sytuacje. Po pierwsze, oferent złoży wskazane w opisie warunków dokumenty i tym samym potwierdzi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji koncesjodawca może przystąpić do podpisania z nim umowy koncesji.

Po drugie, oferent może mieć jakiegokolwiek problemy ze złożeniem wskazanych w opisie warunków koncesji dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku, jeżeli istnieją uzasadnione przyczyny, dla których oferent nie może takich dokumentów przedłożyć, ustawa zezwala mu na udowodnienie swej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który koncesjodawca uzna za odpowiedni (art. 18 ust. 2). Tak więc to koncesjodawca decyduje o tym, czy przedstawiony przez oferenta dokument potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jeśli koncesjodawca uzna dokumenty za odpowiednie, może przystąpić do podpisania umowy koncesji. W przeciwnym razie, jeśli w ocenie koncesjodawcy oferent nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu, koncesjodawca może zawrzeć umowę z oferentem, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji. Koncesjodawca powinien się jednak liczyć z możliwością wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego przez oferenta, z którym nie zawarł umowy.

Po trzecie, może wystąpić sytuacja, w której oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, po prostu uchyla się od zawarcia umowy. Ustawa w art. 21 ust. 3 w szczególności podaje przypadek, w którym oferent po prostu nie składa wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim wypadku, koncesjodawca może zawrzeć

⁴⁸ Zob. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 167.

umowę z oferentem, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert spełniających wymagania określone w opisie warunków koncesji. Co więcej, jeśli w danym postępowaniu o zawarciu umowy koncesji było wymagane wadium, zgodnie z art. 70.4 § 1 kodeksu cywilnego, koncesjodawca zachowuje pobraną od oferenta, który uchylił się od zawarcia umowy, kwotę pieniężną z tego tytułu (jeśli wadium było wymagane w formie wpłaty określonej sumy), bądź dochodzi do zaspokojenia tej kwoty z przedmiotu zabezpieczenia. Taki obowiązek ustanawia przepis art. 21 ust. 4 ustawy.

Jeśli zaistnieją okoliczności przewidziane w ogłoszeniu o koncesji, koncesjodawca może odwołać postępowanie. Niemożliwe jest jednak odwołanie postępowania bez podawania przyczyn, a zastrzeżenie takiej możliwości w ogłoszeniu o koncesji jest *de iure* nieważne.

Z postępowania o zawarciu umowy koncesji sporządzany jest jawny protokół (przez koncesjodawcę), zawierający w szczególności: określenie daty wszczęcia postępowania oraz miejsca, w którym opublikowano ogłoszenie o koncesji; określenie przedmiotu koncesji; wskazanie kandydatów, z którymi koncesjodawca prowadził negocjacje, oraz przyczyn niezaproszenia do negocjacji innych kandydatów; streszczenie oceny i porównania ofert; informację o ofercie najkorzystniejszej oraz informację dotyczącą oceny kolejnych złożonych ofert, poczynając od oferty ocenionej najwyżej; okoliczności uzasadniające niedopuszczenie do oceny i porównania oferty; okoliczności uzasadniające odwołanie postępowania.

6. Umowa koncesji

Po wyborze najkorzystniejszej oferty obowiązuje termin *standstill*, w trakcie którego koncesjodawca nie może zawrzeć umowy koncesji z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Okres *standstill* wynosi minimum 10 dni od dnia przesłania oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadku przesłania tej informacji w inny sposób (np. pocztą), okres *standstill* wynosi 15 dni licząc od dnia przesłania informacji. Zachowanie ww. terminów nie jest jednak wymagane, jeśli w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta lub gdy wartość przedmiotu koncesji jest mniejsza od aktualnego progu unijnego, od którego uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca dla umowy koncesji zastrzegł *ad solemnitatem* formę pisemną. Oznacza to, że umowa koncesji zawarta bez wymaganej formy pisemnej jest bezwzględnie nieważna (art. 73 i 76 kodeksu cywilnego).

Ustawa w przepisie art. 22 ust. 1 enumeratywnie wymienia obligatoryjne elementy umowy koncesji, takie jak:

- 1) określenie przedmiotu koncesji,
- 2) termin wykonania przedmiotu koncesji,
- 3) okres obowiązywania umowy koncesji,
- 4) sposób wynagrodzenia koncesjonariusza,

- 5) określenie płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza (oczywiście, o ile występuje),
- 6) wskazanie i podział ryzyka między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanego z wykonywaniem przedmiotu koncesji,
- 7) normy jakościowe, wymagania i standardy stosowane przy wykonywaniu przedmiotu koncesji,
- 8) uprawnienia koncesjodawcy w zakresie kontroli wykonywania koncesji przez koncesjonariusza,
- 9) warunki przedłużenia lub skrócenia okresu obowiązywania umowy koncesyjnej,
- 10) warunki i sposób rozwiązania umowy koncesji,
- 11) warunki i zakres odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy koncesji,
- 12) warunki i zakres ubezpieczeń wykonywania przedmiotu koncesji,
- 13) wykaz dokumentów, jakie strony koncesji są obowiązane uzyskać lub dostarczyć w celu realizacji umowy wraz z podaniem terminów, w jakich powinno to nastąpić,
- 14) tryb i warunki rozwiązywania sporów związanych z realizacją umowy koncesji.

Ponadto, w zależności od przedmiotu koncesji, mogą być zawarte również inne postanowienia, m.in. dotyczące warunków i sposobu udostępnienia koncesjonariuszowi składników majątkowych niezbędnych do wykonania koncesji, opłat lub sposobu ustalania ich wysokości, pobieranych przez koncesjonariusza od osób trzecich z tytułu korzystania z przedmiotu koncesji, bądź też warunków dopuszczalności podwykonawstwa.

Należy pamiętać, iż z zawarciem umowy koncesji nie wiążą się zmiany w sferze stosunków własnościowych: koncesjodawca i koncesjonariusz nie kreują nowego podmiotu (spółki celowej), co odróżnia koncesję od realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, gdzie podmiot publiczny i partner prywatny taką spółkę powołać mogą. W przypadku koncesji nie ma więc potrzeby wnoszenia wkładów, nie występuje również przewłaszczenie składników majątkowych.

Okres, na który zostaje zawarta umowa koncesji, powinien uwzględniać zwrot nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji i nie może być dłuższy niż 30 lat w przypadku koncesji na roboty budowlane oraz 15 lat w przypadku koncesji na usługi. Od tej zasady istnieje jednak pewien wyjątek, ponieważ ustawa dopuściła możliwość zawarcia umowy na dłuższe okresy, ale tylko w sytuacji, gdy przewidziany okres zwrotu nakładów koncesjonariusza poniesionych w związku z wykonywaniem koncesji jest dłuższy niż ww. okresy. Jeśli jednak koncesjodawca i koncesjonariusz zawarliby umowę na okres dłuższy niż dozwolony w ustawie, lecz nie udowodniliby wystąpienia przesłanki w postaci dłuższego okresu zwrotu nakładów koncesjonariusza, to z mocy prawa uznaje się, że taka umowa jest zawarta na okres 30 lat (koncesja na roboty budowlane) lub 15 lat (koncesja na usługi). Podkreślenia wymaga, że zastosowanie omawianego rozwiązania, uregulowanego w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy, niewątpliwie wymaga przeprowadzenia dokładnych analiz ekonomiczno-finansowych, które oceniłyby rentowność wykonywania koncesji. Takie działanie leży w interesie obu stron umowy koncesji: koncesjodawca dzięki przeprowadzonym analizom ocenia racjonalność i opłacalność realizacji robót budowlanych, czy też usług, w trybie koncesyjnym; koncesjonariusz natomiast będzie szukał uprawdopodobnienia swojego zysku. Koncesjonariusz nie będzie bowiem chciał realizować koncesji w okresie, który zagwarantuje mu jedynie zwrot zainwe-

stowanych środków, a z drugiej strony koncesjodawca nie będzie chciał stwarzać sytuacji, w której koncesjonariusz będzie gospodarował jego składnikami majątkowymi dłużej niż jest to konieczne⁴⁹. Stąd też przeprowadzenie analiz ekonomiczno-finansowych na etapie przygotowania postępowania koncesyjnego wydaje się być konieczne.

Istotny jest fakt, iż ustawa zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Jakakolwiek inna zmiana jest nieważna z mocy prawa.

Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy, koncesjodawca może zawrzeć z koncesjonariuszem dodatkową umowę na wykonanie robót budowlanych nieobjętych koncesją, jeżeli z uwagi na okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy koncesji, stały się one niezbędne do wykonania określonego w koncesji obiektu budowlanego, w przypadku, gdy roboty budowlane ze względów technicznych lub ekonomicznych nie mogą zostać oddzielone od przedmiotu objętego koncesją w sposób nieuciążliwy dla koncesjodawcy lub mogą zostać oddzielone od wykonania przedmiotu objętego koncesją, ale są bezwzględnie niezbędne do jego zakończenia. Do zastosowania tego przepisu potrzebne jest spełnienie jeszcze jednej przesłanki, ponieważ łączna wartość dodatkowej umowy na roboty budowlane nie może przekroczyć 50% wartości koncesji. M. Kania zgłasza w tym miejscu pewną wątpliwość wskazując, że trudno sobie wyobrazić, iż koncesjodawca, który przeprowadził konieczne analizy techniczne i ekonomiczne, nie dostrzegł potrzeby wykonania robót budowlanych, które – ze względów technicznych bądź ekonomicznych – nie mogą zostać oddzielone od przedmiotu objętego koncesją w sposób nieuciążliwy dla koncesjodawcy, a ich wartość może wynieść nawet 50% wartości koncesji⁵⁰. Trudno nie podzielić takiego poglądu. Przy okazji warto zwrócić uwagę na fakt, iż przepis nie ograniczył możliwości korzystania z dodatkowej umowy na wykonanie robót budowlanych nieobjętych koncesją tylko do koncesji na roboty budowlane, może więc on znaleźć zastosowanie również w przypadku koncesji na usługi⁵¹.

Na zakończenie należy dodać, że podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane (koncesjonariusze robót budowlanych), będący zamawiającymi, są zobowiązani do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji (art. 131 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ustawy).

7. Środki ochrony prawnej

Postępowanie odwoławcze w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji jest postępowaniem sądownoadministracyjnym, inicjowanym przez wniesienie skargi do sądu administracyjnego. Do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵², o ile przepisy zawarte w rozdziale 4 ustawy nie stanowią inaczej. Już w tym miejscu należy podkreślić pewną niekonsekwencję ustawodawcy w zakresie procedur odwoławczych funkcjonujących w polskim systemie zamówień publicznych. Niezrozumiałe bowiem jest, że naruszenia przepisów prawa w zakresie koncesji na roboty

⁴⁹ Szerzej: M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, M. Słok-Wódkowska, Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2011, str. 340-341.

⁵⁰ Zob. M. Kania, Ustawa o koncesji..., op. cit., str. 102.

⁵¹ M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, M. Słok-Wódkowska, Ustawa o koncesji..., op. cit., str. 347.

⁵² Tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.

budowlane lub usługi rozpatruje wojewódzki sąd administracyjny, w oparciu o przepisy p.p.s.a., natomiast naruszenia przepisów prawa w zakresie zamówień publicznych rozpatruje Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą obowiązują przepisy procedury cywilnej. Skoro koncesje na roboty budowlane lub usługi stanowią rodzaj zamówienia publicznego, postulować należałoby ujednoczenie procedur odwoławczych w zakresie regulowanym przez obie ustawy. Nie bez przyczyny część doktryny prawa zamówień publicznych wskazuje, że przepisy dotyczące postępowania odwoławczego w ustawie Prawo zamówień publicznych stanowią egzemplifikację pomieszenia pojęć właściwych dla prawa administracyjnego oraz prawa cywilnego, gdzie terminologia zapożyczona z postępowania administracyjnego i sądownoadministracyjnego została ubrana w ramy i przepisy właściwe dla postępowania cywilnego⁵³. Stąd też regulacja postępowania odwoławczego właściwego dla zamówień publicznych *sensu stricte* jest przez niektórych autorów krytykowana. Z kolei w przypadku postępowania odwoławczego w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, ustawodawca zdecydował się na tryb sądownoadministracyjny, argumentując swój wybór chęcią generalnego odformalizowania procedur przetargowych w ustawie, zwiększając przy tym ich elastyczność, a w tym kontekście za bardziej słuszne i skuteczne uznał zastosowanie kontroli sądownoadministracyjnej, skupiającej się na kontroli legalności postępowania o zawarcie umowy koncesji i pomijającej inne aspekty tego postępowania⁵⁴. Być może czynnikiem decydującym było również dość tradycyjne potraktowanie koncesji jako umowy publicznoprawnej – przy czym zaznaczyć wyraźnie trzeba, iż koncesje na roboty budowlane lub usługi w świetle prawa Unii Europejskiej jak i prawa polskiego, są *sui generis* rodzajem zamówienia publicznego. Nie wnikając w szczegóły, wypada jedynie powtórzyć postulat o ujednoczeniu procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Zgodnie z przepisem art. 27 ust. 1 ustawy zainteresowanemu podmiotowi, który ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Oznacza to, że każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, zainteresowana udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji posiada czynną legitymację procesową. Nie jest przy tym istotne, czy owe podmioty złożyły wnioszek o zawarcie umowy koncesji w odpowiedzi na publikację ogłoszenia o koncesji, chociaż w literaturze przedmiotu można spotkać interpretację terminu „zainteresowany podmiot”, uzależniającą możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego od złożenia przedmiotowego wniosku⁵⁵. Pogląd taki należy uznać za nietrafny. Gdyby ustawodawca chciał ograniczyć prawo do wniesienia skargi jedynie do podmiotów, które w jakikolwiek sposób ujawniły koncesjodawcy swoje zainteresowanie udziałem w postępowaniu o koncesji, a więc przynajmniej złożyły wnioszek o zawarcie umowy koncesji, bądź były już na etapie złożenia oferty, to jako podmioty posiadające czynną legitymację procesową do wniesienia skargi ustawodawca wskazałby, kolejno, kandydatów (art. 2 pkt 3) oraz oferentów (art. 2 pkt 4). Ustawodawca użył jednak terminu

⁵³ Zob. S. Fundowicz, Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym, [w:] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod redakcją H. Nowickiego i J. Sadowego, Urząd Zamówień Publicznych, Toruń – Warszawa 2009, str. 45. Podobne stanowisko prezentuje również: J. Niczyporuk, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, [w:] Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012, str. 35.

⁵⁴ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, nr druku: 834.

⁵⁵ Tak: W. Gonet, Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wzory pism i umów, Warszawa 2009, str. 95.

„zainteresowany podmiot”, zdefiniowanego w przepisie art. 2 pkt 1 ustawy, który, jak słusznie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny, obejmuje najszerszy krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a status takiego podmiotu uzyskuje się jeszcze przed złożeniem wniosku o zawarcie umowy koncesji⁵⁶. Zainteresowany podmiot wnoszący skargę musi jednak pamiętać, że spoczywa na nim ciężar dowodu, a więc musi on wykazać, że posiada lub posiadał interes w zawarciu umowy koncesji oraz, że poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku zaskarżanej czynności koncesjodawcy⁵⁷. Warto w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca wskazuje jedynie na konieczność posiadania „interesu w zawarciu umowy koncesji” przez skarżącego, a nie „interesu prawnego”. Jest to zmiana wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁵⁸, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r., która implementowała do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych⁵⁹. Różnica pomiędzy obydwoma pojęciami sprowadza się do tego, że „interes prawny” musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego w ten sposób, iż muszą one go przyznawać stronie skarżącej, natomiast „interes” może mieć charakter faktyczny⁶⁰.

Reasumując, legitymację do wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, zgodnie z przepisami ustawy, posiada podmiot, który spełnia łącznie trzy przesłanki: 1) posiada lub posiadał interes w zawarciu umowy koncesji, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub przyszła szkoda jest skutkiem czynności koncesjodawcy podjętych z naruszeniem przepisów ustawy. Jak słusznie podkreśla orzecznictwo, ustawa wprowadziła przesłankę charakterystyczną dla procesów odszkodowawczych, ponieważ złożenie skargi na zasadach ogólnych nie wymaga, aby po stronie skarżącego wystąpiła szkoda czy też prawdopodobieństwo jej zaistnienia⁶¹.

Skargę wnosi się za pośrednictwem koncesjodawcy, którego czynność jest przedmiotem skargi, do wojewódzkiego sądu administracyjnego właściwego dla jego siedziby, w terminie 10 dni od dnia, w którym skarżący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez koncesjodawcę w sprawie (art. 28 ust. 1 i 3). Termin został więc skrócony w stosunku do trzydziestodniowego terminu wynikającego z art. 53 § 1 p.p.s.a. Co więcej, inaczej niż wynika z art. 52 p.p.s.a. do wniesienia skargi nie jest wymagane wyczerpanie właściwego trybu odwoławczego lub wezwanie koncesjodawcy do usunięcia naruszenia prawa. W rezultacie zainteresowany podmiot kieruje skargę nie bezpośrednio do sądu, lecz do koncesjodawcy, który z kolei ma 10 dni, liczone od dnia wniesienia skargi, na jej przekazanie do sądu wraz z aktami sprawy i odpowiedzią na skargę, zgodnie z przepisem art. 28 ust. 4. Koncesjodawca, którego czynność jest przedmiotem skargi, może jednak w zakresie swojej właściwości uwzględnić skargę w całości. Nie musi tego jednak czynić zaraz po wniesieniu skargi – ustawa przewiduje możliwość uwzględnienia

⁵⁶ Szerzej: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 października 2011 r. w sprawie sygn. II GSK 1132/11.

⁵⁷ Tak: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 23 lutego 2012 r. w sprawie sygn. III SA/Łd 55/12.

⁵⁸ Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

⁵⁹ Dz. U. UE L 335/31 z 20.12.2007 r.

⁶⁰ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nr druku: 2310.

⁶¹ Zob.: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 7 lutego 2012 r. w sprawie sygn. III SA/Wr 646/11.

skargi aż do dnia rozpoczęcia rozprawy, a więc nawet po przesłaniu przez koncesjodawcę skargi do sądu (art. 28 ust. 5).

Trzeba podkreślić, iż ustawa nie reguluje kwestii tego, jakim wymaganiom powinna czynić zadość skarga. W związku z tym, znajdują tu zastosowanie odpowiednie przepisy p.p.s.a., tj. art. 46 oraz art. 57. Powinna więc zawierać:

- 1) oznaczenie sądu, do którego jest kierowana,
- 2) oznaczenie rodzaju pisma – a więc wskazanie, że wnoszone pismo stanowi skargę,
- 3) oznaczenie skarżącego – jeśli jest to osoba fizyczna, należy podać imię i nazwisko skarżącego, a także miejsce jego zamieszkania, jeśli jest to osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, należy podać jej nazwę oraz wskazać siedzibę; w obu przypadkach należy wskazać także przedstawicieli ustawowych i pełnomocników, jeśli skarżący ich posiada (oczywiście należy przedstawić również pełnomocnictwo w sprawie, jeśli skargę wnosi pełnomocnik),
- 4) oznaczenie podmiotu, którego czynności skarga dotyczy,
- 5) wskazanie zaskarżonej czynności koncesjodawcy oraz określenie naruszenia przepisów ustawy,
- 6) wykazanie posiadania interesu w zawarciu umowy koncesji (teraźniejszego lub przeszłego),
- 7) wykazanie, że skarżący poniósł lub mógł ponieść szkodę na skutek zaskarżonej czynności koncesjodawcy,
- 8) podpis skarżącego albo jego przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
- 9) wymienienie załączników (przykładowo, do skargi należy dołączyć odpis skargi dla koncesjodawcy).

Nie jest wymagane, aby skarżący przytoczył w skardze wniosek zaskarżenia, tzn. wskazał o co wnosi. W tym zakresie przepisy postępowania sądoadministracyjnego nie formułują takiego obowiązku⁶². Oczywiście wskazanie woli skarżącego, co do zaskarżonej czynności koncesjodawcy, może mieć w skardze miejsce, wręcz jest to nawet wskazane, jednakże brak w tym zakresie nie powoduje żądania przez sąd uzupełnienia skargi w myśl przepisu art. 49 § 1 p.p.s.a.

Jeżeli podmiot zainteresowany wniósł skargę na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, koncesjodawca, którego czynność jest przedmiotem skargi, nie ma prawa do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, aż do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny. Koncesjodawca może jednak złożyć wniosek do sądu o wyrażenie zgody na zawarcie umowy koncesji. W przedmiocie wyrażenia zgody na zawarcie umowy koncesji sąd wydaje postanowienie na posiedzeniu niejawnym, przy czym na to postanowienie nie przysługuje zażalenie. Sąd może wyrazić zgodę na zawarcie umowy koncesji jedynie w wyjątkowych przypadkach. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy wyrażenie zgody jest dopuszczalne, jeżeli negatywne konsekwencje wstrzymania zawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi

⁶² Inaczej niż przepisy kodeksu postępowania cywilnego, który w art. 368 § 1 pkt 5 wymaga, by apelacja zawierała wniosek o zmianę lub uchylene wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylene.

prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjonodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Sąd rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania akt wraz z odpowiedzią na skargę. Teoretycznie można więc zakładać, iż od momentu wniesienia skargi do momentu jej rozpoznania upłynie maksymalnie 50 dni.

Rozpoznając skargę, wojewódzki sąd administracyjny nie może orzekać co do zarzutów i wniosków, które nie były zawarte w skardze, co stanowi odstępstwo od wyrażonej w przepisie art. 135 p.p.s.a. zasady niezwiązania sądu administracyjnego granicami skargi. W myśl tego przepisu, sąd stosuje przewidziane ustawą środki w celu usunięcia naruszenia prawa w stosunku do aktów lub czynności wydanych lub podjętych we wszystkich postępowaniach prowadzonych w granicach sprawy, której dotyczy skarga, jeżeli jest to niezbędne dla końcowego jej załatwienia. Mając na uwadze podstawowy cel kontroli wykonywania administracji publicznej, którym jest kontrola jej zgodności z prawem, przyjąć trzeba, że „obowiązkiem sądu administracyjnego – przez wydanie orzeczenia – jest stworzenie takiego stanu, że w obrocie gospodarczym nie będzie istniał i funkcjonował żaden akt lub czynność organu administracji publicznej niezgodna z prawem”⁶³. Tak kształtuje się sytuacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Natomiast w postępowaniu prowadzonym z uwzględnieniem przepisów ustawy, wojewódzki sąd administracyjny orzeka jedynie co do zarzutów i wniosków zawartych w skardze. Sąd orzeka więc w granicach skargi, a nie w granicach sprawy, nawet jeśli zauważy inne naruszenia przepisów niż te podniesione w skardze.

Sąd może uwzględnić skargę, bądź oddalić skargę, jednakże nie każde uwzględnienie skargi oznacza unieważnienie czynności dokonanych niezgodnie z prawem przez koncesjonodawcę. W myśl przepisu art. 30 ust. 2 ustawy, uwzględniając skargę sąd może uchylić czynności podjęte przez koncesjonodawcę, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji.

Jeśli sąd uwzględni skargę, a umowa koncesji została zawarta z naruszeniem terminu *standstill*, określonego w przepisie art. 21 ust. 1 ustawy (10 lub 15 dni), albo została zawarta po wniesieniu skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (co *ex lege* wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, zgodnie z art. 29 ust. 1), oraz uniemożliwiła sądowi administracyjnemu uwzględnienie skargi przed zawarciem umowy, sąd unieważnia umowę, zgodnie z art. 30 ust. 3 ustawy. Od tej zasady ustawa przewidziała jednak pewne wyjątki.

Po pierwsze, w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń uzyskanych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, sąd może utrzymać w mocy jej postanowienia w zakresie spełnionych świadczeń, jednakże nakłada karę finansową na koncesjonodawcę.

Po drugie, sąd nie orzeknie unieważnienia takiej umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. Nie chodzi więc o ogólnie pojmowany interes publiczny, ale jego formę kwalifikowaną, ponieważ ustawodawca posłużył się terminem ważnego interesu publicznego – takim samym, który wskazany jest w przepisie art. 22 Konstytucji RP, jako jedyna przesłanka uzasadniająca ograniczenie wolności działalności gospodarczej⁶⁴. Przepis art. 30

⁶³ Szerzej: T. Woś, [w:] T. Woś (red.), K. Knysiak – Molczyk, M. Romańska, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz, wyd. 5, LexisNexis, Warszawa 2012, str. 711 i nast.

⁶⁴ Art. 22 Konstytucji RP: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

ust. 6 ustawy zaznacza, że ważnego interesu publicznego nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zawarciem umowy koncesji, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu przedmiotu koncesji, z wszczęcia nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji, zawarciem umowy koncesji z innym wykonawcą oraz z zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Jak słusznie zauważa M. Kania, wskazane powyżej przykłady interesu gospodarczego, stanowią *de facto* ważny interes koncesjodawcy, a nie ważny interes publiczny⁶⁵. Ustawodawca wskazuje jednak, że interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy koncesji może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Określenie „niewspółmierne konsekwencje” jest jednak nieostre i dość ocenne, teoretycznie pozwalające na jego szeroką wykładnię. Ustawodawca nie podjął się jednak próby choćby przykładowego wskazania do jakich wartości odnieść owe niewspółmierne konsekwencje. *Summa summarum* decyzję w tym zakresie będzie podejmował sąd administracyjny i to on będzie oceniał, czy niewspółmierne konsekwencje unieważnienia umowy mogą wystąpić. Sąd odstępuje od unieważnienia umowy, lecz nakłada karę finansową na koncesjodawcę lub orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Trzecim wyjątkiem jest sytuacja, w której sąd administracyjny nie orzeka unieważnienia umowy koncesji ponieważ została już ona w całości wykonana. W takiej sytuacji sąd nakłada karę finansową lub orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Czwartym przypadkiem, w którym sąd administracyjny może odstąpić od unieważnienia umowy koncesji, jest sytuacja opisana w art. 30 ust. 7 ustawy. Jak wskazano już wcześniej, jeżeli podmiot zainteresowany wniósł skargę na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, koncesjodawca, którego czynność jest przedmiotem skargi, nie ma prawa do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, aż do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny. Koncesjodawca może jednak złożyć wniosek do sądu o wyrażenie zgody na zawarcie umowy koncesji. Jeśli sąd wyrazi zgodę na zawarcie umowy koncesji, a następnie, uwzględniając skargę, stwierdzi naruszenie przepisów ustawy na skutek czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji może, w uzasadnionych przypadkach, w których uchylene czynności koncesjodawcy mogłyby wywoływać niewspółmierne negatywne skutki dla interesu publicznego, odstąpić od uchylene tych czynności. W konstrukcji tego przepisu ustawodawca posłużył się pojęciem „niewspółmiernych negatywnych skutków dla interesu publicznego”. Jest to kolejne nieostre pojęcie w ustawie, a tym samym kolejne pole do dokonywania oceny przez sąd. Warto podkreślić, iż ustawodawca posłużył się pojęciem „interesu publicznego”, a nie „ważnego interesu publicznego”, który występuje w art. 30 ust. 5 ustawy. Użyte pojęcie „interesu publicznego” nawiązuje do etapu poprzedzającego zawarcie umowy, opisanego w art. 29 ust. 2 ustawy, kiedy na złożony do sądu wniosek koncesjodawcy o wyrażenie zgody na zawarcie umowy koncesji sąd bada, czy negatywne konsekwencje wstrzymania zawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Jest to więc pewna konsekwencja ustawodawcy, chociaż efekt zastosowania przepisów art. 30 ust. 5 oraz art. 30 ust. 7 ustawy będzie taki sam – sąd nie orzeka unieważnienia umowy koncesji, jednocześnie uwzględniając skargę, mimo oczywistego faktu, że oba przepisy opisują dwa zupełnie różne przypadki.

Jeżeli sąd unieważni umowę, unieważnienie odnosi skutek od momentu jej zawarcia.

⁶⁵ M. Kania, Ustawa o koncesji..., op. cit., str. 124.

Jeśli sąd, uwzględniając skargę, odstąpi od uchylecia czynności koncesjodawcy podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, stwierdzając zaistnienie uzasadnionego przypadku, w którym uchylenie czynności mogłoby wywołać niewspółmierne negatywne skutki dla interesu publicznego, zgodnie z przepisem art. 30 ust. 7 ustawy, skarżącemu, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, przysługuje roszczenie o odszkodowanie w zakresie i na zasadach unormowanych w przepisach kodeksu cywilnego. Takie samo uprawnienie przysługuje skarżącemu w sytuacji, w której sąd utrzymał w mocy postanowienia umowy zawartej z naruszeniem terminu *standstill*, określonego w przepisie art. 21 ust. 1 ustawy (10 lub 15 dni), albo zawartej po wniesieniu skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie spełnionych świadczeń, i nałożył karę finansową albo orzekł skrócenie okresu obowiązywania umowy. Skarżący musi mieć na uwadze fakt, iż jego uprawnienia wygasają z upływem 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku sądu administracyjnego stwierdzającego naruszenie, za które nałożono karę finansową albo orzeczono skrócenie okresu obowiązywania umowy.

Kary finansowe nakłada się w wysokości 5% oraz 10% szacunkowej wartości koncesji, w zależności od charakteru naruszenia przepisów ustawy, uwzględniając okoliczności, w jakich naruszenie zostało popełnione. Orzeczenie sądu o nałożeniu kary finansowej jest prawomocne z dniem jego wydania, a jego odpis przesyłany jest niezwłocznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Karę finansową uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Ponieważ w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się przepisy ustawy p.p.s.a., o ile przepisy rozdziału 4 ustawy nie stanowią inaczej, należy pamiętać, iż od wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego w przedmiocie skargi przysługuje skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z przepisem art. 173 § 1 ustawy p.p.s.a. Skarga kasacyjna przysługuje zarówno koncesjodawcy, jak i zainteresowanemu podmiotowi, który wniósł skargę w pierwszej instancji, z uwagi na fakt, iż oba wskazane podmioty były stronami postępowania toczącego się przed wojewódzkim sądem administracyjnym. Takie uregulowanie zapewnia realizację zasady dwuinstancyjności postępowania sądownoadministracyjnego.

Należy jednak pamiętać, iż skargę kasacyjną można oprzeć jedynie na przesłankach, wymienionych w art. 174 p.p.s.a., tj.: naruszeniu prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, bądź naruszeniu przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. W rezultacie podstawa skargi kasacyjnej zawsze dotyczyć musi sfery prawnej orzeczenia. Jak wskazuje H. Knysiak-Molczyk „aby skarga kasacyjna mogła być przedmiotem merytorycznego rozpoznania, ma wskazywać konkretny przepis prawa materialnego naruszonego przez sąd ze wskazaniem, na czym, zdaniem skarżącego, polegała niewłaściwa wykładnia lub niewłaściwe zastosowanie tego przepisu przez sąd, jaka powinna być wykładnia właściwa lub jaki inny przepis powinien być zastosowany, na czym polegało naruszenie przepisów postępowania sądowego i jaki istotny wpływ na wynik sprawy (treść orzeczenia) mogło ono mieć”⁶⁶.

Do skargi kasacyjnej wnoszonej od wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego w przedmiocie skargi, mają zastosowanie również pozostałe przepisy p.p.s.a. w tym przedmiocie.

⁶⁶ Zob. H. Knysiak-Molczyk, [w:] T. Woś (red.), K. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, Prawo o postępowaniu..., op. cit., str. 909 oraz przywołane tam orzecznictwo.

§ 23. PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE

1. Wstęp

Partnerstwo publiczno-prywatne (ang. public-private partnership, PPP) stanowi rodzaj współpracy pomiędzy podmiotami sektora publicznego a partnerami z sektora prywatnego. Parlament Europejski opisał partnerstwo publiczno-prywatne jako: „długotrwałą, uregulowaną umową współpracę pomiędzy władzami publicznymi a sektorem prywatnym w celu realizacji zadań publicznych, gdzie konieczne zasoby lokuje się pod wspólnym kierownictwem, a ryzyko związane z projektem rozkłada się zgodnie z przygotowaniem partnerów projektu w zakresie zarządzania ryzykiem”¹. Należy jednak pamiętać, iż prawo Unii Europejskiej nie zawiera legalnej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego, co więcej, w zasadzie nie istnieje nawet jedna, powszechnie akceptowalna definicja partnerstwa publiczno-prywatnego². W literaturze przedmiotu można spotkać bardzo szerokie pojmowanie PPP, zgodnie z którym partnerstwem publiczno-prywatnym będzie praktycznie każda współpraca podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego, niezależnie od jej charakteru, ram prawnych czy też ram instytucjonalnych. Takie rozumienie PPP jest jednak w większości krytykowane i nie znajduje uzasadnienia.

Niezależnie od różnic w definiowaniu partnerstwa publiczno-prywatnego, idea PPP jest jedna. W ramach partnerstwa publiczno-prywatnego sektor publiczny współpracuje z sektorem prywatnym, dzieląc zadania i ryzyko związane z realizowanym przedsięwzięciem, przynosząc jednocześnie obopólne korzyści. Jak wskazał Parlament Europejski: „współpraca między władzami publicznymi a przemysłem może doprowadzić do synergii oraz przynosić pozytywne efekty w odniesieniu do interesu publicznego, umożliwi wydajniejsze gospodarowanie finansami publicznymi, a w okresie, gdy budżet publiczny jest ograniczony, może służyć jako alternatywa prywatyzacji i dzięki pozyskiwaniu specjalistycznej wiedzy z sektora prywatnego przyczynić się do modernizacji administracji”³. Stąd też partnerstwo publiczno-prywatne może być szczególnie przydatne obecnie, w czasach kryzysu gospodarczego. Należy jednak pamiętać, że decyzja o realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego nie może być jedynie podyktowana brakiem środków finansowych po stronie podmiotu publicznego. Ponadto, partnerstwo publiczno-prywatne nie jest panaceum, które rozwiąże wszystkie problemy wynikające z kryzysu gospodarczego. Wpływ na partnerstwo publiczno-prywatne mogą mieć różne czynniki, takie jak dostępność i koszt kredytów i pożyczek, niższy wzrost ekonomiczny, czy też nieprzewidywalne zmiany kursów walutowych⁴. W rezultacie partnerstwo publiczno-prywatne samo może stać się ofiarą skutków finansowych kryzysu. W związku z tym nie należy PPP traktować dogmatycznie, jako środka leczącego wszystkie dolegliwości ekonomiczne. Niemniej jednak może to być środek łagodzący skutki perturbacji gospodarczych.

¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych..., op. cit., lit. H.

² Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych..., op. cit., lit. H.

³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych..., op. cit., lit. H.

⁴ P. Burger, J. Tyson, I. Krupowicz, M. D. Coelho, The Effects of the Financial Crisis on Public-Private Partnerships, IMF Working Paper, WP/09/144, str. 4.

2. Geneza i rozwój partnerstwa publiczno- prywatnego

W literaturze przedmiotu wielu autorów podkreśla, że partnerstwo publiczno- prywatne jest zupełnie nową ideą. B. Popowska wskazuje, że PPP „to nowy sposób realizowania zadań państwa, nowa formuła wykonywania działalności gospodarczej i nowa forma współpracy między podmiotami administracji publicznej i podmiotami prywatnym”⁵. Taki pogląd jest jedynie połowicznie słuszny - uregulowanie PPP w Polsce datujemy dopiero na 2005 r., w związku z czym rzeczywiście w pewien sposób można postrzegać partnerstwo publiczno- prywatne jako coś nowego.

Z drugiej strony partnerstwo publiczno- prywatne to koncepcja wiekowa, wcielana w życie od stuleci. A. Panasiuk wskazuje na czasy starożytne: budowę akweduktów, fortyfikacji wojskowych, świadczenie usług pocztowych w Cesarstwie Rzymskim (w formie koncesji) czy późniejszy temat budowy Kanału Sueskiego⁶. Ciekawym przykładem partnerstwa publiczno- prywatnego jest historia z 1588 r., kiedy to Anglicy pokonali Wielką Armadę, niezwykłą do tej pory hiszpańską flotę wojenną, która wślawiła się wcześniej rozgromieniem floty tureckiej (pod Lepanto, 1571 r.) oraz francusko- portugalskiej w 1581 r. Flota brytyjska, prowadzona przez admirała sir F. Drake’a oraz admirała sir C. Howarda, przeciwstawiła się Wielkiej Armadzie grupą 197 statków. Ciekawe jest to, że większość tej floty, bo aż 163 jednostki, stanowiły statki sfinansowane i wyposażone przez podmioty prywatne, ponieważ flota angielska była w tamtym czasie w dość opłakanym stanie. Brakowało wyposażenia, nie było środków na żołąd dla żołnierzy. W związku z tym Korona zdecydowała się wdrożyć partnerstwo publiczno- prywatne, polegające na wspólnej obronie Anglii przed flotą hiszpańską, za wynagrodzeniem, które stanowiły łupy wojenne zarobowane ze statków hiszpańskich, które zostały podzielone między partnerów publicznych i prywatnych⁷.

W nowej, współczesnej formie, partnerstwo publiczno- prywatne pojawiło się na początku lat 90 XX w., prezentując się jako metoda świadczenia usług publicznych i realizacji robót, udoskonalająca zasadę „value for money” i stwarzająca możliwość przyciągnięcia kapitału prywatnego do sektora publicznego⁸. Ogromną rolę w popularyzacji współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym odegrał program rządowy, który wystartował na początku lat 90 XX w. w Wielkiej Brytanii, tzw. *Private Finance Initiative (PFI)*, mający na celu pozyskać wsparcie sektora prywatnego dla projektów rządowych, w takich dziedzinach jak zdrowie, więziennictwo, transport oraz obrona narodowa⁹. Musimy pamiętać, że okres lat 90 XX w. dla wielu jednostek administracji publicznej oraz rządów wielu państw oznaczał boleśnie rosnący deficyt i wzrost długu publicznego. Musiały one jednak budować obiekty użyteczności publicznej i rozwijać system usług publicznych. Wtedy pojawia się

⁵ B. Popowska, Partnerstwo publiczno- prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP, [w:] L. Kieres (red.) *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, Wrocław 2007, Kolonia Limited, s. 145.

⁶ Szerzej: A. Panasiuk, Mity i stereotypy partnerstwa publiczno- prywatnego w Polsce, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystywania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk- Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, str. 279–280.

⁷ L. L. Martin, C. T. Stutte, *Public-Private Partnerships*, [w:] K. V. Thai (ed.), *International Handbook of Public Procurement*, Taylor & Francis Group, LLC 2009, str. 705. Szerzej na ten temat: R. Wettenhall, *The public-private interface: surveying the history*, [w:] G. Hodge, C. Greve, *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar Publishing Limited 2005, str. 24–25.

⁸ C. D. Tvarnø, *The legal rules regarding PPP in an economic perspective*, 2nd International Public Procurement Forum (IPPF2010), CUF-Beijing, October 2010, str. 3.

⁹ M. Pollitt, *Learning from UK Private Finance Initiative experience*, [w:] G. Hodge, C. Greve, *The Challenge of Public-Private Partnerships...*, op. cit., str. 207.

(na nowo) partnerstwo publiczno-prywatne, jako instrument pozwalający zapełnić lukę pomiędzy potrzebami inwestycyjnymi sektora publicznego a koniecznością finansowania tych potrzeb¹⁰. Dość powiedzieć, że w Wielkiej Brytanii popularność PFI wzrosła w ciągu 10 lat tak istotnie, iż zaczęto traktować PFI nie jako jedynie inicjatywę rządową, lecz część rządowej polityki w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego¹¹.

Możemy więc zauważyć, iż oceniając w perspektywie historycznej, partnerstwo publiczno-prywatne rozwija się najbardziej wtedy, gdy sektor publiczny odczuwa deficyt środków finansowych. Jest to więc „stara” idea, odkrywana „na nowo” na użytek administracji publicznej.

3. Modele partnerstwa publiczno-prywatnego

Partnerstwo publiczno-prywatne pozwala realizować skomplikowane, wielopłaszczyznowe przedsięwzięcia. Ustawa nie zawiera w tej materii jakichś szczególnych uregulowań, pozostawiając podmiotowi publicznemu możliwość dostosowania kształtu partnerstwa publiczno-prywatnego do przedsięwzięcia, które ma być realizowane. Urząd Zamówień Publicznych wskazuje na kilka modeli PPP, m.in.:

- 1) *Build-Operate-Transfer* (BOT – buduj, eksploatuj, przekazaj), gdzie partner prywatny buduje infrastrukturę, eksploatuje ją, a następnie przekazuje partnerowi publicznemu, który pełni funkcje regulacyjne i nadzorcze;
- 2) *Design-Build-Finance-Operate* (DBFO – zaprojektuj, buduj, finansuj i eksploatuj), gdzie partner prywatny projektuje infrastrukturę, finansując prace projektowe i konstrukcyjne, przy czym na czas trwania umowy inwestycja jest jego własnością, a następnie przekazywana jest na rzecz podmiotu publicznego;
- 3) *Build-Own-Operate* (BOO – buduj, posiadaj i eksploatuj), gdzie nie dochodzi do przekazania przez podmiot publiczny inwestycji (dopiero po wygaśnięciu współpracy), a partner prywatny bezpośrednio jest operatorem;
- 4) *Build-Transfer-Lease* (BTL – buduj, przekazaj i dzierżaw), gdzie partner prywatny finansuje i realizuje inwestycję, przekazuje prawo własności podmiotowi publicznemu, lecz zajmuje się eksploatacją infrastruktury na mocy umowy dzierżawy;
- 5) umowy o świadczenie usług;
- 6) kontrakty o zarządzanie i obsługę infrastruktury¹².

Nie są to jedyne formy partnerstwa publiczno-prywatnego występujące na świecie. W literaturze przedmiotu wskazuje się również na formułę *Design-Build* (projektuj i buduj – DB), *Design-Build-Ope-*

¹⁰ C. D. Tvarnø, *The legal rules regardnig PPP...*, op. cit., str. 3.

¹¹ M. Pollitt, *Learning from UK Private Finance Initiative experience*, [w:] G. Hodge, C. Greve, *The Challenge of Public-Private Partnerships...*, op. cit., str. 207.

¹² B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, str. 65-66.

rate (projektuj, buduj i eksploatuj – DBO), *Design-Build-Operate-Transfer* (projektuj, buduj, eksploatuj, przekaz – DBOT), *Build-Transfer-Operate* (buduj, przekaz, eksploatuj – BTO), czy też *Build-Own-Operate-Transfer* (buduj, posiadaj, eksploatuj, przekaz – BOOT)¹³. Autorzy wymieniają również tzw. *Wrap Around Addition*, polegające na ulepszeniu już istniejącej infrastruktury technicznej znajdującej się we władaniu podmiotu publicznego, a także *Temporary Privatization*, czyli przeniesieniu publicznej własności infrastruktury na podmiot prywatny, w celu jej ulepszenia i modernizacji oraz wykorzystania jej do celów związanych z realizacją zadania publicznego¹⁴.

4. Partnerstwo publiczno-prywatne w prawie Unii Europejskiej

Mimo dużej popularności realizowania inwestycji w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w Unii Europejskiej, prawodawca unijny nie zdecydował się do tej pory na nadanie PPP rangi normatywnej. Jak zaznaczono wcześniej, w prawie Unii Europejskiej próżno szukać legalnej definicji PPP. Partnerstwo publiczno-prywatne regulowane jest w aktach o charakterze *soft law*, gdzie raczej wskazuje się na pewne cechy partnerstwa publiczno-prywatnego, niż podaje jego jednolitą definicję. Jeśli już ktoś pokusił się o zdefiniowanie PPP, to zazwyczaj są to definicje bardzo ogólne. Przykładowo, Komisja Europejska wskazuje, iż partnerstwo publiczno-prywatne odnosi się do form współpracy między instytucjami publicznymi a światem biznesu, których celem jest zapewnienie finansowania, budowania, odnawiania, zarządzania lub utrzymania infrastruktury lub świadczenie usług¹⁵. Tak rozumiane PPP zazwyczaj jest charakteryzowane przez takie elementy, jak:

- 1) stosunkowo długi okres trwania tej relacji, zakładającej współpracę podmiotu publicznego i partnera prywatnego na różnych polach planowanego projektu,
- 2) metodę finansowania projektu, częściowo przez partnera prywatnego, często w drodze kompleksowych porozumień między różnymi stronami; finansowanie PPP nie wyklucza jednak udziału środków publicznych,
- 3) podział zadań pomiędzy partnera publicznego i podmiot gospodarczy (partnera prywatnego) – partner publiczny ma za zadanie przede wszystkim wyznaczać cele, które muszą zostać osiągnięte z punktu widzenia interesu publicznego i nadzorować ich realizację przez partnera prywatnego, natomiast rola partnera prywatnego zależy od rodzaju projektu i etapu, na którym się znajduje (projektowanie, realizacja, wdrażanie, finansowanie),
- 4) dywersyfikacja ryzyka pomiędzy partnera publicznego i partnera prywatnego, zgodnie ze zdolnościami każdej ze stron do oceny, kontroli i radzenia sobie z tym ryzykiem; partner prywatny ponosi ryzyko zazwyczaj przypisane sektorowi publicznemu, jednakże nie musi ponosić całego ryzyka czy też nawet większej jego części¹⁶.

¹³ L. L. Martin, C. T. Stutte, *Public-Private Partnerships*, [w:] K. V. Thai (ed.), *International Handbook...*, op. cit., str. 710-713.

¹⁴ M. Kania, [w:] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, Wyd. C.H. Beck, str. 550-551.

¹⁵ Komisja Europejska, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM 2004/0327, pkt. 1.1.1.

¹⁶ *Ibidem*, pkt. 1.1.2.

W dobie kryzysu gospodarczego w Unii Europejskiej niezwykle istotne jest podtrzymanie aktywności gospodarczej oraz wspieranie szybkiego powrotu do zrównoważonego wzrostu gospodarczego. Jedną z dróg prowadzących do naprawy unijnej gospodarki są inwestycje w infrastrukturę, które mogą być skutecznie realizowane w drodze partnerstwa publiczno-prywatnego. Jak wskazuje Komisja Europejska "w kontekście działań naprawczych partnerstwa publiczno-prywatne (PPP) mogą oferować skuteczne sposoby realizacji projektów inwestycyjnych w obszarze infrastruktury, świadczenia usług publicznych oraz wprowadzania szerzej zakrojonych innowacji. PPP są jednocześnie interesującym narzędziem długoterminowego rozwoju strukturalnego obszarów infrastruktury i usług, łączącym korzyści płynące z obu sektorów – prywatnego i publicznego"¹⁷. Ponadto, partnerstwo publiczno-prywatne może przyczynić się do:

- 1) lepszej realizacji projektów,
- 2) uzyskania jak najlepszej jakości infrastruktury w stosunku do ceny,
- 3) rozłożenia kosztów finansowania infrastruktury na cały okres użytkowania danego obiektu,
- 4) poprawienia podziału ryzyka,
- 5) zwiększenia wysiłków w zakresie zrównoważonego rozwoju, innowacji oraz badań i rozwoju,
- 6) przekazania sektorowi prywatnemu głównej roli w opracowywaniu i wprowadzaniu w życie długoterminowych strategii ważnych projektów przemysłowych, handlowych i w obszarze infrastruktury,
- 7) zwiększenia udziału przedsiębiorstw unijnych w rynku zamówień publicznych w krajach trzecich.

Obserwując różnorodne praktyki dotyczące realizowania inwestycji w formule PPP w państwach członkowskich UE, Komisja Europejska zaproponowała rozróżnienie pomiędzy dwoma rodzajami partnerstwa publiczno-prywatnego:

- 1) partnerstwo publiczno-prywatne o naturze czysto kontraktualnej, w których partnerstwo pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym oparto jest jedynie na powiązaniach wynikających z kontraktu,
- 2) partnerstwo publiczno-prywatne o naturze instytucjonalnej, angażującej współpracę pomiędzy sektorem prywatnym i publicznym w zakresie odrębnego podmiotu¹⁸.

Różnica między wskazanymi wyżej rodzajami PPP sprowadza się zatem do faktu istnienia odrębnego podmiotu zarządzanego łącznie przez podmiot publiczny i partnera prywatnego. W ramach PPP kontraktualnego podmiot tego typu nie występuje. Natomiast co do PPP o naturze instytucjonalnej, obecnie Komisja Europejska używa terminu Zinstytucjonalizowanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego (ZPPP, ang. *Institutionalised Public-Private Partnerships, IPPP*), który oznacza współpracę

¹⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych, z dnia 19 listopada 2009 r., KOM(2009) 615.

¹⁸ Komisja Europejska, Green Paper on public-private partnerships..., op. cit., pkt. 1.3.20.

podmiotów publicznych i partnerów prywatnych, które tworzą wspólnie podmiot z kapitałem mieszanym w celu wykonywania zamówień publicznych lub koncesji¹⁹. Tym, co odróżnia ZPPP od sytuacji, w której prywatny inwestor wnosi do przedsiębiorstwa publicznego wkład pieniężny jest to, że w ZPPP wkład prywatnego inwestora nie ogranicza się jedynie do wkładu kapitałowego i innych aktywów, lecz obejmuje również czynny udział w wykonywaniu zadań przez utworzony podmiot o kapitale mieszanym, a także w zarządzaniu takim podmiotem. Komisja Europejska zaznacza jednak, że ZPPP może być realizowane w ramach nowo stworzonego podmiotu zarządzanego wspólnie przez sektor publiczny i prywatny, bądź przez przejęcie kontroli przez sektor prywatny nad istniejącym już przedsięwzięciem publicznym²⁰.

Mimo wielu inicjatyw promujących partnerstwo publiczno-prywatne, Komisja Europejska nie zdecydowała się do tej pory na propozycje legislacyjne, dotyczące samego PPP. Udzielając wyjaśnień co do stosowania partnerstwa publiczno-prywatnego, Komisja Europejska jedynie interpretuje odpowiednie przepisy prawa pierwotnego UE, dyrektywy zamówieniowe oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i w chwili obecnej nic nie wskazuje na to, żeby PPP miało się doczekać oddzielnych regulacji prawnych. Warto w tym miejscu podkreślić, iż w 2006 r. Parlament Europejski zdecydowanie wypowiedział się przeciwko tworzeniu własnego reżimu prawnego dla partnerstwa publiczno-prywatnego, podkreślając jednocześnie konieczność wprowadzenia inicjatywy prawodawczej w zakresie koncesji²¹.

5. Partnerstwo publiczno-prywatne w prawie RP

Podstawowym aktem prawnym regulującym obecnie problematykę partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce jest ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym²².

Ustawa z 2008 r. nie jest pierwszą regulacją PPP w Polsce. Zastąpiła ona ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym²³. Ustawa ta regulowała zasady i tryb współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, które definiowała jako opartą na umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym współpracę tychże podmiotów, służącą realizacji zadania publicznego, o ile odbywała się ona na zasadach określonych w ustawie (art. 1 ust. 2). Przepisy dopuszczały możliwość stosowania PPP jako sposobu realizacji przedsięwzięć, jeżeli przynosiło to korzyści dla interesu publicznego, a więc, przykładowo, oszczędności w wydatkach podmiotu publicznego, podniesienie standardu świadczonych usług lub obniżenie uciążliwości dla otoczenia, przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów jego realizacji (art. 3 ust. 1 i 2).

Przepisy ustawy dopełniały odpowiednie akty wykonawcze, m.in.: rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach

¹⁹ Szerzej: Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), Dz. Urz. UE C 91/4.

²⁰ Komisja Europejska, Green Paper on public-private partnerships..., op. cit., pkt. 55.

²¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, 2006/2043(INI), z dnia 26 października 2006 r., pkt. 2.

²² Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zm.

²³ Dz. U. Nr 169, poz. 1420.

partnerstwa publiczno-prywatnego²⁴, czy też rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego²⁵.

Mimo dobrych intencji, ustawa nie cieszyła się zbytnim zainteresowaniem zarówno podmiotów publicznych, jak i potencjalnych partnerów prywatnych²⁶. Jednostki samorządu terytorialnego wskazywały na wiele mankamentów regulacji z 2005 r., do których można by m.in. zaliczyć: 1) brak przejrzystości i jednoznaczności procedur, 2) wysoki poziom skomplikowania ustawy, 3) brak wyraźnej demarkacji między ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym a ustawą o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, 4) brak regulacji określającej zakres dozwolonego ryzyka gospodarczego, 5) brak precyzyjnych przesłanek odnoszących się do opłacalności przedsięwzięcia, 6) trudności z odpowiednim określeniem przedmiotu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, 7) nieprecyzyjne i sprzeczne określenie celu umowy o PPP, 8) niedokładne przepisy dotyczące finansowania projektów PPP²⁷. W związku z dość krytycznym przyjęciem poprzedniej ustawy, ustawodawca zdecydował się na uchwalenie zupełnie nowego aktu prawnego.

Ustawa z dnia 19 grudnia 2009 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadziła wiele znaczących zmian w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Pojawiły się nowe tryby wyboru partnera prywatnego, bardziej ogólna definicja przedsięwzięcia, które ma być realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, nowe uregulowania w kwestii umowy o partnerstwo publiczno-prywatne czy też hybrydowego PPP. Generalnie można stwierdzić, iż nowa ustawa jest mniej skomplikowana niż poprzednia regulacja i to zapewne zwiększa jej atrakcyjność w oczach zarówno podmiotów publicznych, jak i partnerów prywatnych. Nadal jednak ustawodawca nie wprowadził jednolitej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego. Wnioskując z poszczególnych przepisów ustawy możemy stwierdzić, iż partnerstwo publiczno-prywatne to forma współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego, której przedmiotem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk.

Podział zadań i ryzyk jest fundamentalny dla bytu partnerstwa publiczno-prywatnego. W celu powodzenia realizacji przedsięwzięcia w tej formule, podział zadań i ryzyk pomiędzy podmiot publiczny i partnera prywatnego powinien być optymalny, dostosowany do najlepszych predyspozycji obu stron partnerstwa²⁸. Warto jednak pamiętać, że oprócz zdolności do zarządzania ryzykiem i możliwości niwelowania jego potencjalnych skutków podmiotu publicznego i partnera prywatnego, na podział ryzyka ma wpływ podział zadań. Innymi słowy mówiąc, podział zadań pomiędzy strony partnerstwa publiczno-prywatnego wyznacza również automatycznie, podział ryzyka związanego z poszczególnymi zadaniami. Jak już wskazano wcześniej obecnie obowiązująca ustawa nie wymaga obligatoryjnej analizy ryzyk przedsięwzięcia realizowanego w formule PPP. Ustawa z 2005 r. stawiała taki wymóg, a w jednym z jej aktów wykonawczych, prawodawca określił nawet rodzaje ryzyka, jakie należy uwzględnić przy wspomnianej analizie, takie jak: ryzyka związane z budową, ryzyka związane z dostępnością, ryzyka związane z popytem, ryzyka związane z przygotowaniem przedsięwzięcia, ryzyka rynkowe związane z dostępnością nakładów na realizację przedsięwzięcia, ryzyko

²⁴ Dz. U. Nr 125, poz. 868.

²⁵ Dz. U. Nr 125, poz. 866.

²⁶ Zob. J. Sadowy [w:] B. Korbus (red.), Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik, op. cit., str. 11.

²⁷ Zob. Partnerstwo publiczno-prywatne w samorządzie polskim na przykładzie regionów mazowieckiego i śląskiego, pod red. prof. dr hab. E. Kronberger-Sokołowskiej, Warszawa 2008, Ministerstwo Gospodarki, s. 61.

²⁸ Zob. B. Korbus (red.), Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik..., op. cit., str. 36.

o charakterze politycznym, ryzyko o charakterze legislacyjnym, ryzyka makroekonomiczne, ryzyko regulacyjne, ryzyka związane z przychodami przedsięwzięcia, ryzyko związane z wystąpieniem siły wyższej, ryzyka związane z rozstrzygnięciem sporów, ryzyka związane ze stanem środowiska naturalnego, ryzyka związane z lokalizacją przedsięwzięcia, ryzyka związane z przekazywaniem składników majątkowych, ryzyko związane z końcową wartością składników majątkowych, ryzyko związane z brakiem społecznej akceptacji²⁹.

Nie oznacza to jednak, że analiza ryzyka nie jest już istotna w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego. Wręcz przeciwnie, odpowiednio przeprowadzona analiza ryzyka pozwala na: właściwe jego ulokowanie po stronie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego, rozmieszczając je po stronie tego podmiotu, który lepiej będzie nim zarządzać; podjęcie trafnej decyzji o wyborze realizacji projektu bądź w formule PPP, bądź w formule koncesji, bądź też zamówienia publicznego; stwierdzenie, czy przedmiotowe partnerstwo publiczno-prywatne jest zaliczane do długu oraz deficytu publicznego w ujęciu statystycznym³⁰. Szczególnie ważna jest analiza ryzyka przeprowadzana z punktu ewentualnego wpływu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym na dług publiczny. Zgodnie z tzw. nową decyzją EUROSTAT w sprawie deficytu i długu – Postępowanie dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego³¹, aby zobowiązania z tytułu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym nie musiały być ujmowane w bilansie strony publicznej, należy spełnić łącznie dwa warunki: partner prywatny musi ponieść ryzyko konstrukcyjne (budowy) oraz ponieść co najmniej ryzyko dostępności lub ryzyko popytu. Ponadto, wskazuje się, że: partner prywatny nie może być klasyfikowany do sektora publicznego (wg definicji EUROSTAT); nie może być jednostką specjalnego przeznaczenia utworzoną głównie przez sektor finansów publicznych, nad którą sektor sprawuje pełną kontrolę; nie zostały zastosowane mechanizmy przenoszące ryzyko związane z dedykowanym składnikiem aktywów (dedykowanymi aktywami) z powrotem na stronę publiczną; nie zostały zainicjowane inne mechanizmy, redukujące ekspozycję partnera prywatnego, taki jak gwarancja lub finansowanie wspierające; została przeprowadzona analiza ryzyk³². Problematyka ewentualnego zaliczenia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym do długu publicznego jest kluczowa dla atrakcyjności samej formuły, w szczególności w dobie wspomnianego już kryzysu gospodarczego. Podnoszono jednak, że zasady zaliczenia zobowiązań wynikających z zawartych umów o partnerstwie publiczno-prywatnym do długu publicznego nie są uregulowane w sposób wystarczający i dostosowany do krajowych ram prawnych. Do decyzji EUROSTAT odsyłał załącznik nr 41 do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej³³. Stąd też, ustawą z dnia 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce³⁴ wprowadzono do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym przepis art. 18a, zgodnie z którym zobowiązania wynikające z umów o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wpływają na poziom państwowego długu publicznego oraz deficyt sektora finansów publicznych w sytuacji, gdy partner prywatny ponosi większość ryzyka budowy oraz większość ryzyka

²⁹ Zob. § 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

³⁰ Metodologia tworzenia analizy ryzyk w projektach PPP i ich podziału pomiędzy stroną publiczną i prywatną w kontekście ich wpływu na klasyfikację projektu pod kątem długu i deficytu sektora publicznego, Platforma Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, www.ppp.gov.pl, str. 7.

³¹ EUROSTAT, New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships, z dnia 11 lutego 2004 r.

³² Metodologia tworzenia analizy ryzyk..., op. cit., str. 9.

³³ Dz. U. Nr 20, poz. 103.

³⁴ Dz. U. z 2012 r., poz. 1342.

dostępności lub ryzyka popytu – z uwzględnieniem wpływu na wymienione ryzyka czynników takich jak gwarancje i finansowanie przez partnera publicznego oraz alokacja aktywów po zakończeniu trwania umowy. Art. 18a ust. 2 ustawy dał również upoważnienie dla ministra właściwego do spraw gospodarki działającego w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych, po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, do określenia w drodze rozporządzenia, zakresu poszczególnych rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie, mając na względzie zapewnienie przejrzystości poszczególnych rodzajów ryzyka. Niestety, wejście w życie z dniem 1 stycznia 2013 r. omawianych przepisów ustawy nie zbiegło się z wydaniem ww. rozporządzenia. W październiku 2013 r. trwały jeszcze prace nad wskazanym aktem wykonawczym. To wyraźne opóźnienie spowodowało, że niektóre gminy wycofały się z pomysłów realizacji projektów w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, wskazując na istniejącą niepewność prawną co do określenia zakresów poszczególnych kategorii ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie. Taka sytuacja wpływa negatywnie na atrakcyjność PPP, pozbawiając częściowo podmioty publiczne możliwości optymalizacji ryzyka, a także bardziej je obciążając³⁵.

Realizacja przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego jest procesem długotrwałym i wieloetapowym. W chwili obecnej cały ciąg czynności, które składały się na przygotowanie podmiotu publicznego do podjęcia decyzji o rozpoczęciu PPP, nie jest regulowany w ustawie (w odróżnieniu od przepisów ustawy z 2005 r.). Trudno jednoznacznie ocenić, czy taki stan rzeczy jest rozwiązaniem pozytywnym. Obecna ustawa praktycznie rozpoczyna partnerstwo publiczno-prywatne od momentu przystąpienia do wyboru partnera prywatnego, nie wspominając w żaden sposób o przygotowaniu do realizacji inwestycji w tej formule - a więc nie regulując procedury, która ma doprowadzić podmiot publiczny do podjęcia trafnej i uzasadnionej decyzji o realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Takie rozwiązanie jest wynikiem przyjęcia ramowego charakteru samej ustawy i rezygnacji z wymogu przeprowadzania obligatoryjnych analiz. Podmioty publiczne decydujące się na realizację przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego powinny jednak wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności.

Krąg podmiotowy ustawy obejmuje podmioty publiczne i partnerów prywatnych. Zgodnie z przepisem art. 2 do podmiotów publicznych ustawa zalicza:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych,
- 2) inne niż wskazane w pkt. 1 osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w przepisie art. 2 oraz pkt. 1, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują ją w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) związki podmiotów, o których mowa w pkt. 1 i 2.

Z kolei partnerzy prywatni, w rozumieniu ustawy, to przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagraniczni. Definicji należy jednak szukać w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodar-

³⁵ Co kłóci się z ideą racjonalizacji realizacji inwestycji i zadań publicznych w partnerstwie publiczno-prywatnym. Zob.: P. Nowicki, Partnerstwo publiczno-prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki, [w:] Państwo a gospodarka, pod redakcją A. Brzezińskiej-Rawy i H. Nowickiego, Toruń 2012, s. 98.

czej³⁶. Zgodnie z przepisem art. 4 ww. ustawy przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, a także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Natomiast przedsiębiorcą zagranicznym jest osoba zagraniczna wykonująca działalność gospodarczą za granicą oraz obywatela polskiego wykonującego działalność gospodarczą za granicą (art. 5 pkt. 3).

6. Wybór partnera prywatnego

Ustawa uzależniła tryb wyboru partnera prywatnego od formy jego wynagrodzenia. Jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w zakresie nieuregulowanym w ustawie. W innych przypadkach do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosujemy przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Te „inne przypadki” oznaczają oczywiście inne formy wynagrodzenia niż odpowiadające trybowi koncesyjnemu. Prawo zamówień publicznych będziemy więc stosować w przypadku, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego będzie tylko zapłata sumy pieniężnej (bez prawa do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa). Najczęściej wskazuje się, że najbardziej odpowiednim trybem do wyboru partnera prywatnego w ramach prawa zamówień publicznych, jest dialog konkurencyjny bądź negocjacje z ogłoszeniem.

Zgodnie z przepisem art. 60a Pzp dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, po czym zaprasza ich do składania ofert. Należy jednak pamiętać, iż zastosowanie tego trybu uzależnione jest od łącznego spełnienia przesłanek przewidzianych w przepisie art. 60b ust. 1 Pzp:

4) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 Pzp lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,

5) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podkreślenia wymaga fakt, iż w trakcie trwania dialogu konkurencyjnego może się okazać, iż jednak zamawiający, do wyboru partnera prywatnego, powinien zastosować przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Z kolei negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych nie zawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 54 Pzp). Stosowanie tego trybu, podobnie jak przy dialogu

³⁶ Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.

konkurencyjnym, jest jednak ograniczone, bowiem zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione,
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny,
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego,
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju,
- 5) wartość zamówienia jest mniejsza niż aktualnie obowiązujące progi unijne.

Sama Komisja Europejska wskazała na przydatność dialogu konkurencyjnego w trakcie wyboru partnera prywatnego, stwierdzając, że tryb ten powinien dostarczyć koniecznej elastyczności, chroniąc jednocześnie fundamentalne prawa podmiotów gospodarczych³⁷.

W sytuacjach, w których nie znajdują zastosowania przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiot publiczny ma obowiązek dokonać wyboru partnera prywatnego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy jednoczesnym odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy. Obowiązek ten, wynikający z treści przepisu art. 4 ust. 3 ustawy, stanowi emanację konieczności stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego Unii Europejskiej (Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Z kolei w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, pojawia się obowiązek stosowania przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami³⁸.

Niezależnie od tego, w jakim trybie podmiot publiczny wybierze partnera prywatnego, ustawa wprowadziła własną regulację dotyczącą najkorzystniejszej oferty w postępowaniu mającym na celu wybór partnera prywatnego. Najkorzystniejsza oferta, w rozumieniu przepisu art. 6 ust. 1 ustawy, to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Ustawa narzuca więc zrozumiały obowiązek stosowania wielokryteriowej oceny ofert, odnosząc się do konstrukcji tzw. MEAT – *most economically advantageous tender*. Z samej definicji najkorzystniejszej oferty wynika, że *de facto* podmiot publiczny będzie operował dwoma rodzajami kryteriów: 1) dotyczącymi wynagrodzenia, 2) innymi kryteriami odnoszącymi się do przedsięwzięcia. Ta koncepcja znajduje swoje rozwinięcie w dalszych przepisach ustawy, która wskazuje na dwie grupy kryteriów oceny oferty: kryteria obligatoryjne i kryteria fakultatywne.

³⁷ Komisja Europejska, Green Paper on public-private partnerships..., pkt. 2.1.26.

³⁸ Tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 102, poz. 651 ze zm.

Do obligatoryjnych kryteriów oceny oferty należą:

- 1) podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym,
- 2) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Do fakultatywnych kryteriów oceny oferty należą:

- 1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym,
- 2) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego,
- 3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych,
- 4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis.

Warto zaznaczyć, iż o ile katalog kryteriów obligatoryjnych jest katalogiem zamkniętym, o tyle ustawa podaje jedynie przykładowe fakultatywne kryteria oceny ofert. Ich katalog nie został skonstruowany na zasadzie numerus clausus, w związku z użyciem przez ustawodawcę wyrażenia „w szczególności” (art. 6 ust. 3). Oznacza to, że w praktyce mogą zdarzyć się również inne kryteria oceny ofert, o ile będą się one odnosiły do przedsięwzięcia.

7. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym

Efektom wyboru partnera prywatnego jest podpisanie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy, przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Ustawa zaznacza przy tym, że wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest umową nazwaną, aczkolwiek wydaje się, że stanowienie o jej cywilnoprawnym charakterze jest dość dużym uproszczeniem. Podzielić w tym miejscu należy pogląd prezentowany przez M. Kanię, który wskazuje, iż co prawda nie można umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym przypisać charakteru umowy administracyjnej, lecz również trudno mówić o „czystym” charakterze cywilnoprawnym tej umowy, konstatując, że bardziej zasadnym jest określenie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym mianem umowy mieszanej, łączącej w sobie elementy prawa cywilnego oraz prawa administracyjnego³⁹.

³⁹ M. Kania, Zakres swobody kontraktowania w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym. Charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, referat wygłoszony na Zjeździe Katedr Prawa i Postę-

Analizując przepis art. 7 ust. 1 ustawy można zauważyć, iż poprzez samą definicję umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawodawca wskazuje na specyfikę realizacji przedsięwzięć w formule PPP, zakładając obligatoryjne współdziałanie pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym.

Ze wskazanej wyżej definicji wypływają dwa podstawowe obowiązki podmiotu prywatnego:

- 1) realizacja przedsięwzięcia za wynagrodzeniem,
- 2) poniesienie w całości albo w części wydatków na realizację przedsięwzięcia lub poniesienie ich przez osobę trzecią.

Warto w tym momencie podkreślić, iż inaczej niż w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi, gdzie wynagrodzenie zasadniczo pochodzi z opłat od użytkowników przedmiotu koncesji, wynagrodzenie partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia realizowanego w PPP może w całości pochodzić z budżetu publicznego.

Podmiot publiczny zobowiązuje się natomiast do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia. Owe współdziałanie może przybrać różne formy, jednakże ustawa wskazuje, że w szczególności może ono polegać na wniesieniu wkładu własnego. Wkład własny jest to świadczenie podmiotu publicznego, które może w szczególności polegać na poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia realizowanego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, lub na wniesieniu składnika majątkowego, a więc nieruchomości, części składowej nieruchomości, przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego⁴⁰, rzeczy ruchomej oraz prawa majątkowego. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 ustawy wniesienie składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy.

Analizując różnice we wkładzie własnym partnera prywatnego oraz podmiotu publicznego możemy zauważyć, że podmiot publiczny może jedynie swoim wkładem finansować część wydatków na realizację przedsięwzięcia – nigdy nie może jednak finansować całości wydatków, w odróżnieniu od partnera prywatnego. Podmiot publiczny może, przykładowo, sfinansować tzw. *shadow tolls*, czyli dopłaty do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach PPP. Ponadto, wkład własny może polegać na wniesieniu składnika majątkowego, czyli, przykładowo, nieruchomości, na której będzie realizowana inwestycja. Stosujemy wtedy przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami.

powania Administracyjnego „Kryzys prawa administracyjnego w administracji publicznej?”, Białystok, 23–26 października 2012 r., Uniwersytet w Białymstoku, niepublikowany.

⁴⁰ Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności: 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; 5) koncesje, licencje i zezwolenia; 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej; 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; 8) tajemnice przedsiębiorstwa; 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Tym, co jest istotą partnerstwa publiczno-prywatnego, jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 4 ustawy, przedsięwzięciem jest:

- 1) budowa lub remont obiektu budowlanego,
- 2) świadczenie usług,
- 3) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność,
- 4) inne świadczenie,

połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Ustawa zawiera bardzo lakoniczne uregulowania, jeśli chodzi o elementy, które musi zawierać umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Właściwie ustawodawca uregulował jedynie *essentialia negotii* umowy o PPP.

Ustawa wskazuje, że w umowie należy określić skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki, o której stanowi art. 14 ust. 1.

Ponadto w umowie powinny zostać uregulowane kwestie dotyczące składnika majątkowego. Umowa musi określać zasady i szczegółowy tryb, zgodnie z którym podmiot publiczny będzie przeprowadzać bieżącą kontrolę realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. W umowie należy również określić przeznaczenie składnika majątkowego wnoszonego przez podmiot publiczny, a więc określić sposób, w jaki ma on być wykorzystywany przez partnera prywatnego, a także określić zasady, na jakich partner prywatny ma przekazać z powrotem składnik majątkowy podmiotowi publicznemu, w sytuacji, w której składnik ten jest wykorzystywany przez partnera prywatnego w sposób oczywiście sprzeczny z jego przeznaczeniem. Jeżeli składnik majątkowy był własnością partnera prywatnego, przysługuje mu zwrot wartości składnika majątkowego według stanu z chwili przekazania go podmiotowi publicznemu. W innym przypadku, partner prywatny może żądać zwrotu nakładów koniecznych tylko wtedy, jeśli nie mają one pokrycia w korzyściach, które uzyskał ze składnika majątkowego. Ponadto, zwrotu innych nakładów partner prywatny może żądać jedynie wtedy, gdy zwiększają one wartość składnika majątkowego w chwili przekazania go podmiotowi publicznemu. Ustawa przewiduje jednak pewien wyjątek od takiej sytuacji. Jeśli podmiot publiczny na piśmie żądał przekazania składnika majątkowego lub wytoczył przeciwko partnerowi prywatnemu powództwo o przekazanie, o czym partner prywatny wiedział, i po tym fakcie dokonał nakładów, to może żądać jedynie zwrotu nakładów koniecznych.

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną, przy czym podmiot publiczny nie może być komplementariuszem. Jest więc to forma zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego, a zarazem kolejna kwestia odróżniająca partnerstwo publiczno-prywatne od koncesji, gdzie koncesjonariusz i koncesjonodawca nie kreują nowego podmiotu w postaci spółki. Przedmiotową spółkę określa się często mianem SPV (ang. *Special Purpose Vehicle*). Jej cel i przedmiot nie może wykraczać poza zakres określony umową o partnerstwie publiczno-prywatnym. W przypadku realizacji PPP w formie spółki, kwestie związane

z przekazaniem składnika majątkowego podmiotu publicznego, który stanowił wkład niepieniężny do spółki, w razie wykorzystania niezgodnie z przeznaczeniem, reguluje umowa lub statut spółki. Jednocześnie ustawodawca wprowadził pewne ograniczenia swobody dysponowania przez spółkę jej majątkiem. Zbycie lub obciążenie nieruchomości bądź też przedsiębiorstwa wymaga bowiem zgody wszystkich współników lub akcjonariuszy spółki. Ponadto, w przepisie art. 16 ustawy, przewidziano prawo pierwokupu akcji lub udziałów partnera prywatnego w spółce, przysługujące podmiotowi publicznemu. Podmiot ten może wykonać prawo pierwokupu w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go przez partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może jednak ten termin wydłużyć. Zbycie udziałów lub akcji przez partnera prywatnego, z pominięciem prawa pierwokupu podmiotu publicznego jest *de iure* nieważne.

Ustawodawca przewidział również sytuację, w której następuje rozwiązanie umowy o partnerstwo publiczno-prywatne, jednakże przedsięwzięcie ma nadal być realizowane w tej formule. Stanowi o tym przepis art. 10 ustawy. Zgodnie z ust. 1 omawianego przepisu podmiot publiczny niezwłocznie po rozwiązaniu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym dokona wyboru nowego partnera prywatnego, chyba że przedsięwzięcie ma być realizowane w inny sposób. Oznacza to, że jeśli przedsięwzięcie nie będzie dalej realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, przepis ten nie znajdzie zastosowania. Problem polega na tym, że procedura wyboru nowego partnera może być długotrwała, a przedsięwzięcie musi być kontynuowane. W takim przypadku podmiot publiczny może zlecić wykonywanie zadań z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie z wolnej ręki, stosując art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa przewiduje jednak jedno racjonalne ograniczenie, ponieważ umowa zawarta w takim trybie może jedynie obowiązywać do czasu rozpoczęcia wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zawartej z nowo wybranym partnerem prywatnym (w ramach konkurencyjnej procedury).

Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 1 ustawy, po zakończeniu czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny lub spółka, w przypadku realizacji PPP w tej formie, przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może jednak stanowić inaczej, co wskazuje na dyspozytywny charakter omawianego przepisu. Znajduje więc on swoje zastosowanie, o ile strony partnerstwa publiczno-prywatnego nie uzgodniły inaczej. Ponadto, do omawianego przekazania stosuje się odpowiednio przepis art. 9 ust. 3 ustawy, dotyczący zwrotu wartości składnika majątkowego w chwili jego przekazania. W praktyce będzie to oznaczało przekazanie składnika majątkowego przez partnera prywatnego lub spółkę celową na rzecz podmiotu publicznego za wynagrodzeniem, którego wysokość zostanie oszacowana zgodnie z przepisem art. 9 ust. 3 ustawy⁴¹.

Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może również stanowić, że przekazanie składnika majątkowego nastąpi na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa.

Roszczenie podmiotu publicznego o przekazanie składnika majątkowego, które może zostać skierowane przeciwko partnerowi prywatnemu lub spółce związanej w celu wykonania umowy o part-

⁴¹ Tak: M. Bejm (red.), P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2010, Wyd. C.H. Beck, str. 431.

nerstwie publiczno-prywatnym, przedawnia się z upływem dziesięciu lat od dnia zakończenia czasu trwania umowy o PPP, w myśl przepisu art. 11 ust. 3 ustawy.

Warto jeszcze wspomnieć o przewidzianym w ustawie prawie pierwokupu (art. 12), które przysługuje partnerowi prywatnemu w sytuacji, gdy podmiot publiczny lub spółka zawiązana w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym sprzedają nieruchomość, która stanowiła wkład własny. Co do zasady, prawo pierwokupu może być wykonane w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią, chociaż umowa o PPP może przewidzieć dłuższy termin. Omawiane prawo pierwokupu przysługuje również ostatniemu partnerowi prywatnemu przez rok od zakończenia czasu trwania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ustawa zaznacza jednak, że ostatniemu partnerowi prywatnemu prawo pierwokupu nie przysługuje, jeśli prawomocnym orzeczeniem sądu stwierdzono jego odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o PPP lub jeśli podmiot publiczny zawarł umowę o PPP z nowym partnerem prywatnym (co jest logiczne, ponieważ wtedy partner prywatny, który chce skorzystać z prawa pierwokupu, nie będzie partnerem ostatnim). Wskazany w przepisie art. 12 ust. 2 termin roczny na skorzystanie z prawa pierwokupu przez ostatniego partnera prywatnego nie biegnie, a rozpoczęty ulega zawieszeniu, na czas postępowania sądowego w przedmiocie odpowiedzialności za nienależyte wykonanie przez partnera prywatnego zobowiązania z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub postępowania w sprawie wyboru nowego partnera prywatnego.

Na zakończenie trzeba podkreślić, iż ustawa zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w stosunku do treści ofert, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany. W innym przypadku taka zmiana jest nieważna *ex lege*.

“Praca jest rzetelnym studium problematyki zamówień publicznych w Polsce. Jest to jedna z pierwszych prac, która tak szeroko charakteryzuje funkcjonujący system zamówień publicznych. Praca jest wartościowa w warstwie poznawczej. Systematyzuje wiedzę z zakresu zamówień publicznych, ale wskazuje też kierunki doskonalenia obowiązujących rozwiązań. Niewątpliwą zaletą recenzowanej publikacji jest też jej praktyczna przydatność. Autorzy nie stronią od problemów praktyki. Wręcz przeciwnie problemy te stanowią główny nurt rozważań, przy czym autorzy nie ograniczają się do ich relacjonowania, ale wskazują propozycje rozwiązań. Wszystko to czynią w sposób jasny i przekonujący. W rezultacie otrzymujemy publikację, która powinna zainteresować szeroki krąg osób zawodowo zainteresowanych zamówieniami publicznymi, ale także tych, którzy z problematyką tą stykają się okazjonalnie, a chcieliby zdobyć wiedzę z tego zakresu. Książkę polecić można także studentom szeregu kierunków studiów, w ramach których problematyka ta jest wykładana. [...]

Otrzymujemy wartościowe studium problematyki zamówień publicznych, o istotnych walorach poznawczych, po które warto sięgnąć przystępując do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. [...]

[...] autorzy trafnie dobrali treści opracowania, nie pozostawiając w zasadzie żadnego z ważnych zagadnień prawa zamówień publicznych poza zakresem zainteresowania. W rezultacie powstało dzieło kompleksowo odnoszące się do rozważanej materii, począwszy od genezy zamówień publicznych, aż po wyzwania współczesności (partnerstwo publiczno-prywatne). [...]

Tak ukształtowany zespół autorski, niewątpliwie wpływa na kształt, treść i wysoki poziom publikacji, jednocześnie gwarantując swoistego rodzaju równowagę treści teoretycznych i praktycznych opracowania. Ów balans, trudny z reguły do osiągnięcia w szeregu tego typu opracowaniach, w recenzowanej publikacji został osiągnięty w stopniu więcej niż zadawalającym i jako taki stanowi poważny atut pracy.”

*Z recenzji Prof. zw. dr hab. Zygmunta Niewiadomskiego
Kierownika Katedry Prawa Gospodarczego
Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie*

ISBN: 978-83-88686-26-9

Warszawa 2013