



# I N F O R M A T O R

## URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 1 2010 R

*Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP” informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP”, rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.*

*Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP” danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.*

## SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI.....	3
➤ Ogłoszenie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw .....	3
➤ Wejście w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych .....	3
➤ Ogłoszenie rozporządzeń w sprawie tzw. „progów unijnych”, kursu złotego w stosunku do euro oraz w sprawie rodzajów dokumentów.....	3
➤ Uruchomienie platformy aukcji elektronicznej.....	4
➤ Zeszyt orzeczniczy nr 4.....	5
➤ Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych .....	6
➤ Nowe regulacje wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych .....	7
➤ Nowe Orzecznictwo ETS.....	10
NOWE REGULACJE W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH .....	12
Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie. ....	12
Nowe definicje oraz usługi priorytetowe i niepriorytetowe.....	31
Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	38
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	52
Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego – przykłady z kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.....	52
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	72
Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej.....	72
ANALIZY SYSTEMOWE.....	85
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych.....	85
01.01.2009 – 31.12.2009.....	85

## AKTUALNOŚCI

### ➤ **Ogłoszenie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

W dniu 29 grudnia 2009 r. w Dzienniku Ustaw została ogłoszona *ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „duża” nowelizacja.

Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia, tj. z dniem **29 stycznia 2010 r.**

[tekst ustawy nowelizującej](#)

[Tekst ujednolicony ustawy](#) – Prawo zamówień publicznych, uwzględniający zmiany wchodzące w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. (*tekst nie stanowi źródła prawa, lecz jest materiałem o charakterze informacyjnym i pomocniczym*)

### ➤ **Wejście w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych**

W dniu 22 grudnia 2009 r. weszła w życie [ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych](#) (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

[Ujednolicony tekst ustawy](#) – Prawo zamówień publicznych

(*tekst nie stanowi źródła prawa, lecz jest materiałem o charakterze informacyjnym i pomocniczym*)

### ➤ **Ogłoszenie rozporządzeń w sprawie tzw. „progów unijnych”, kursu złotego w stosunku do euro oraz w sprawie rodzajów dokumentów**

1. W dniu 30 grudnia 2009 r. w Dzienniku Ustaw zostało ogłoszone [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich](#) (Dz. U. Nr 224, poz. 1795)

Nowe wartości tzw. **progów unijnych** przedstawiamy poniżej:

przed zmianą	po zmianie
5 150 000 Euro	<b>4 845 000 Euro</b>
412 000 Euro	<b>387 000 Euro</b>
206 000 Euro	<b>193 000 Euro</b>
133 000 Euro	<b>125 000 Euro</b>

2. W dniu 30 grudnia 2009 r. w Dzienniku Ustaw zostało ogłoszone [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych](#) (Dz. U. Nr 224, poz. 1796).

Średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych na podstawie rozporządzenia wynosi **3,8390 PLN**.

Ww. rozporządzenia weszły w życie z dniem **1 stycznia 2010 r.**

3. W dniu 31 grudnia 2009 r. w Dzienniku Ustaw zostało ogłoszone [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów](#), jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Ww. rozporządzenie weszło w życie z **dnem ogłoszenia**.

### ➤ **Uruchomienie platformy aukcji elektronicznej**

W dniu 6 stycznia 2010 r. została uruchomiona platforma umożliwiająca prowadzenie aukcji elektronicznych. Platforma jest dostępna pod adresem <http://aukcje.uzp.gov.pl>.

Narzędzie to jest przeznaczone wyłącznie do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Korzystanie z platformy jest **całkowicie bezpłatne**.

Ponadto pod adresem <http://demo.aukcje.uzp.gov.pl> została udostępniona wersja demonstracyjna platformy, na której możliwe jest zapoznanie się z jej działaniem. Pomoc techniczną w zakresie funkcjonowania platformy można uzyskać w dni powszednie w godz. 9:00 - 13:00 pod numerem telefonu **(022) 632 28 84**.

Jednocześnie uprzejmie informujemy, że mając na względzie ułatwienie zamawiającym i wykonawcom korzystania z platformy Urząd wydał publikację pt. ***Aukcja elektroniczna. Praktyczny poradnik dla użytkowników Platformy Aukcji Elektronicznej UZP***. Zawiera ona szereg praktycznych wskazówek i rad, dotyczących stosowania instrumentów elektronicznych w zamówieniach publicznych.

#### ➤ Zeszyt orzecniczy nr 4



Ukazał się czwarty zeszyt z serii "[Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecnicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej](#)" zawierający usystematyzowany zbiór części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zawiera on 83 tezy orzecnicze pochodzące z ok. 100 orzeczeń wydanych w roku 2008 przez sądy okręgowe rozpoznające skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W publikacji zaprezentowano również 193 tezy orzecnicze pochodzące z blisko 600 orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w okresie od stycznia do kwietnia 2009 r.

## ➤ **Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych**

**Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1575/09** dotyczące odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[treść postanowienia w załączeniu](#)

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1614/09** dotyczący wzoru umowy.

[treść wyroku w załączeniu](#)

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1558/09** dotyczący stawki podatku VAT.

[treść wyroku w załączeniu](#)

**Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/W 126/09** w sprawie odmowy uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

[treść postanowienia w załączeniu](#)

**Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 5 października 2009 r. sygn. akt: II Ca 511/09** dotyczący uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[treść wyroku w załączeniu](#)

**Wyrok SO w Lublinie z dnia 19 listopada 2009 r. sygn. akt: IX Ga 228/09** dotyczący odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[treść wyroku w załączeniu](#)

## ➤ Nowe regulacje wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych

### *Nowe progi stosowania dyrektyw 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE<sup>1</sup>*

W dniu **1 grudnia 2009 roku** w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane rozporządzenie 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 zamówień. Rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

Zmiany wprowadzone rozporządzeniem:

#### **a. Zmiany w dyrektywie 2004/17/WE**

Zgodnie z **art. 1** rozporządzenia 1177/2009 w **art. 16** dyrektywy 2004/17/WE wprowadza się następujące zmiany:

- a) w lit. a) kwotę „412 000 EUR” zastępuje się kwotą „**387 000 EUR**”;
- b) w lit. b) kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”;

w **art. 61** dyrektywy wprowadza się następujące zmiany:

- a) w ust. 1 kwotę „412 000 EUR” zastępuje się kwotą „**387 000 EUR**”;
- b) w ust. 2 kwotę „412 000 EUR” zastępuje się kwotą „**387 000 EUR**”.

#### **b. Zmiany w dyrektywie 2004/18/WE**

Zgodnie z **art. 2** rozporządzenia 1177/2009 w **art. 7** dyrektywy 2004/18/WE wprowadza się następujące zmiany:

- a) w lit. a) kwotę „133 000 EUR” zastępuje się kwotą „**125 000 EUR**”;
- b) w lit. b) kwotę „206 000 EUR” zastępuje się kwotą „**193 000 EUR**”;
- c) w lit. c) kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”;

---

<sup>1</sup> Pełny tekst rozporządzenia 1177/2009 odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Prawo Unii Europejskiej” – „Aktualne progi unijne”: [http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-terytorialne/prawo-unii-europejskiej/aktualne-progi-unijne/Rozporzadzenie%201177\\_2009.pdf](http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-terytorialne/prawo-unii-europejskiej/aktualne-progi-unijne/Rozporzadzenie%201177_2009.pdf)

w **art. 8 akapit pierwszy** wprowadza się następujące zmiany:

a) w lit. a) kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”;

b) w lit. b) kwotę „206 000 EUR” zastępuje się kwotą „**193 000 EUR**”;

w **art. 56** kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”;

w **art. 63 ust. 1 akapit pierwszy** kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”;

w **art. 67 ust. 1** wprowadza się następujące zmiany:

a) w lit. a) kwotę „133 000 EUR” zastępuje się kwotą „**125 000 EUR**”;

b) w lit. b) kwotę „206 000 EUR” zastępuje się kwotą „**193 000 EUR**”;

c) w lit. c) kwotę „206 000 EUR” zastępuje się kwotą „**193 000 EUR**”.

### **c. Zmiany w dyrektywie 2009/81/WE**

Zgodnie z **art. 3** rozporządzenia 1177/2009 w **art. 8** dyrektywy 2009/81/WE wprowadza się następujące zmiany:

1) w lit. a) kwotę „412 000 EUR” zastępuje się kwotą „**387 000 EUR**”;

2) w lit. b) kwotę „5 150 000 EUR” zastępuje się kwotą „**4 845 000 EUR**”.

Rozporządzenie weszło w życie z dniem **1 stycznia 2010 roku**.

### ***Komunikat Komisji określający równowartość progów określonych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (2009/C 292/01)<sup>2</sup>***

W dniu 2 grudnia 2009 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej został opublikowany Komunikat Komisji określający równowartość progów określonych w

---

<sup>2</sup> Pełny tekst komunikatu odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Prawo Unii Europejskiej” – „Aktualne progi unijne”:

[http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-terytorialne/prawo-unii-europejskiej/aktualne-progi-unijne/Komunikat%20Komisji\\_rownowartosc%20progow.pdf](http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-terytorialne/prawo-unii-europejskiej/aktualne-progi-unijne/Komunikat%20Komisji_rownowartosc%20progow.pdf)



dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (2009/C 292/01).

Komunikat określa równowartość w walutach krajowych innych niż euro progów określonych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE, ostatnio zmienionych rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009.

Równowartość progów, zestawienie na podstawie komunikatu 2009/C 292/01:

- **80 000 EUR** – 307 120 PLN
- **125 000 EUR** – 479 875 PLN
- **193 000 EUR** – 740 927 PLN
- **387 000 EUR** – 1 485 693 PLN
- **1 000 000 EUR** – 3 839 000 PLN
- **4 845 000 EUR** – 18 599 955 PLN

***Zmiana rozporządzenia (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG<sup>3</sup>***

W dniu 28 listopada 2009 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane rozporządzenie Komisji (WE) **NR 1150/2009** z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG.

Rozporządzenie, które wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich weszło w życie dnia **1 grudnia 2009 roku**.

---

<sup>3</sup> Pełny tekst rozporządzenia 1150/2009 odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Prawo Unii Europejskiej” – „Dokumenty” – „Rozporządzenia Komisji (WE)”:

[http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/inne-dokumenty/rozporzadzenia-komisji-we/Rozporzadzenie%201150\\_2009.pdf](http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/inne-dokumenty/rozporzadzenia-komisji-we/Rozporzadzenie%201150_2009.pdf)

## ➤ **Nowe Orzecznictwo ETS<sup>4</sup>**

### **1. Orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa.**

*(Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 2004/18 – Pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy – Pojęcie wykonawcy – Uniwersytety i instytuty badawcze - Zasadniczy cel statutowy o charakterze niezarobkowym – Dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego).*

W wyroku Trybunał orzekł:

„1) Przepisy 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, a w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi, które odwołują się do pojęcia „wykonawcy” należy rozumieć w ten sposób, że zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotom, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej.

2) Dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż niezgodna z nią jest wykładnia przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zakazują podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem”.

### **2. Orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni.**

*(Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuły 43 WE i 49 WE – Zasada równego traktowania – Konsorcja przedsiębiorstw – Zakaz konkurencyjnego udziału w tym samym zamówieniu „consorzio stabile” („konsorcjum stałego”) i będącej jego członkiem*

---

<sup>4</sup> Pełne teksty cytowanych orzeczeń odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w zakładce Prawo Unii Europejskiej [http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/copy\\_of\\_orzeczenia-ets/](http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-unii-europejskiej/copy_of_orzeczenia-ets/)

spółki).

W wyroku Trybunał orzekł:

„Wykładni prawa wspólnotowego należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje – w ramach postępowania w zakresie udzielania zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1 lit. c) 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, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne – automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta tego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw”.

## **NOWE REGULACJE W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Uprzejmie informujemy, iż tekst Dariusza Piasty pt. „*Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej*” ukazał się w numerze grudniowym 2009 r.

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

*Jacek Sadowy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych*

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

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

---

<sup>5</sup> ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – Dz. U. Nr 206, poz. 1591;

zamówień publicznych stwarzając ryzyko nieracjonalnego wydatkowania środków oraz powstawania zmów. Realna konkurencja w sposób zasadniczy ogranicza zatem ryzyko powstawania zjawisk patologicznych. Tym samym, zmienione normy mają na celu zapewnienie w większym niż dotychczas stopniu podstawowych celów zamówień publicznych.

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

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

Konsekwencją wprowadzenia zmian w ustawie jest konieczność dokonania zmian w aktach wykonawczych do ustawy. Zmiany ustawy w zakresie warunków i sposobu dokonywania ich oceny spowodowały konieczność dostosowania do nowego stanu prawnego w szczególności rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosowne rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów weszło w życie z dniem 31 grudnia 2009 r.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz.U. Nr 226, poz. 1817;

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

## 1. Warunki

### Definicja

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

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

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

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

Z kolei przepis art. 24 ust. 1 wskazuje podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaistnienie jednej z okoliczności wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. **Sama istota okoliczności wskazywanych w art. 24 ust. 1 wskazuje na to, iż mamy do czynienia z warunkami od których zależy dalszy udział wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne.** Na powyższe wskazują wprost pozostałe przepisy ustawy, choćby art. 26 ust. 2a ustawy: *„Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.”*

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

### **Rozszerzenie katalogu przestępstw**

W istocie warunki udziału w postępowaniu w stosunku do poprzedniego stanu prawnego nie uległy istotnym zmianom. Zmianie uległy jedynie okoliczności skutkujące wykluczeniem wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, które **rozszerzyły typ przestępstw o przestępstwa przeciwko środowisku**, za których popełnienie stosuje się sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe rozwiązanie ma na celu implementację postanowienia art. 45 ust. 2 lit. c i d i tezy 43 preambuły dyrektywy 2004/18/WE oraz uwzględnienie coraz większego znaczenia zagadnień związanych z ochroną środowiska. W świetle postanowień dyrektywy, nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu, może zostać

uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie, które może stanowić podstawę wykluczenia z uwagi na skazanie wykonawcy za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową albo ponoszenie przez wykonawcę winy poważnego wykroczenia zawodowego.

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

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

Dlatego, by wzmocnić ochronę prawidłowości przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych zdecydowano o oddzieleniu warunków z art. 22 ust. 1 oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy. Wykonawcy na podstawie nowych norm co do zasady mogą być zobowiązani do składania dwojakiego rodzaju oświadczeń a więc oświadczenia o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Przyjęte ustawą rozwiązanie zapewnia ze względu na swą jednoznaczność pewność w zakresie treści składanych przez wykonawców oświadczeń i pozwala skutecznie zastosować



sankcje przewidziane w odrębnych przepisach (art. Art. 297 i 305 Kodeksu karnego) w okolicznościach, w których składane oświadczenie okazuje się nieprawdziwe.

### **Ciężar dowodzenia**

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

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

nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

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

### **Potencjał podmiotów trzecich**

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

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

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

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

wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

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

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

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

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

Za oczywistą należy uznać sytuację, w których wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, nawet jeżeli wykonawca

zamierza skorzystać z potencjału podmiotów trzecich nie jest zobowiązany do udowadniania, iż zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował.

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

W stosownych sytuacjach dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami konieczne może okazać się uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji części zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how<sup>7</sup>. 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. 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 części udzielanego zamówienia.

---

<sup>7</sup> S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego, Warszawa 2002 r., s. 179;

Powyższe wiąże się z zagadnieniem **podwykonawstwa** w zamówieniach publicznych definiowanego jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy. Ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny. Stąd też, ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia. Orzecznictwo ETS<sup>8</sup> wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do **wykonania zasadniczych części zamówienia** w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę.

**Po czwarte, dostępność zasobów osób trzecich może być starannie badana przez zamawiającego.** Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4) jak i orzecznictwa ETS. W jednym z orzeczeń ETS<sup>9</sup> czytamy: *Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17).*

---

<sup>8</sup> Orzeczenie ETS z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01

<sup>9</sup> Orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 (Holst Italia)

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

## 2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków

### Istota opisu

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

**W postępowaniu o zamówienie publiczne konieczna jest zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału o których mowa w art. 22 ust. 1.** Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy, **opis sposobu oceny spełniania warunków stanowi kryteria oceny jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.** W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest przez zamawiającego.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> **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.

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

### **Sposób dokonywania opisu**

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

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

---

*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.”*

żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

**„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”** – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: *„Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”*<sup>11</sup>

### **Zakres opisu**

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

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

---

<sup>11</sup> wyrok SO w Warszawie z dnia 26 lutego 2003 r., Sygn. akt: V Ca 221/03;



## **Obowiązek zamieszczenia opisu w ogłoszeniu o zamówieniu**

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

## **Środki ochrony prawnej przysługujące na opis**

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

### **3. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału**

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

**Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w zależności od trybu udzielanego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy).** Nie złożenie dokumentu lub oświadczenia nie wymaganego przez zamawiającego co do zasady nie może

stanowiąc podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.<sup>12</sup> Wyjątek dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty.

Zakres dokumentów jakich zamawiający może żądać określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. **nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem.**<sup>13</sup> Powyższa zasada nie ma zastosowania do sytuacji, w której wykonawca zobowiązany jest udowodnić dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy) oraz zamówień sektorowych, w stosunku do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2).

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

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

---

<sup>12</sup> **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 nie wykazania 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).”

<sup>13</sup> **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.”;

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

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

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

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

Sytuacja ekonomiczna i finansowa (art. 22 ust. 1 pkt 4) weryfikacja 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 (§ 1 ust. 1 pkt 8-10 rozp.).

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

## **Zakres żądanych dokumentów**

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

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

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

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

## **Dokumenty podmiotu trzeciego**

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

*zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.*

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

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

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

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

### **Pozostałe istotne zmiany w rozporządzeniu:**

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

## Nowe definicje oraz usługi priorytetowe i niepriorytetowe.

Artur Kowalski

- **definicja legalna postępowania o udzielenie zamówienia**

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

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

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

Powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu również stanowi sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast czynności sporządzenia protokołu czy zawarcia umowy nie stanowią czynności postępowania, gdyż nie są podejmowane w celu wyboru oferty

najkorzystniejszej. Sporządzenie protokołu służy wyłącznie utrwaleniu jego przebiegu, a zawarcie umowy to czynność będąca konsekwencją przeprowadzonego postępowania.

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

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

„Duża” nowelizacja wprowadza nieznaczną modyfikację w legalnej definicji usług. Zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i w prawie unijnym, zamówienia na usługi tradycyjnie są definiowane negatywnie jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane ani dostawy (zob. art. 1 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej<sup>14</sup> i art. 1 ust. 2 lit. d dyrektywy sektorowej<sup>15</sup>; por. art. 1 pkt 5 dyrektywy obronnej<sup>16</sup>). Wprowadzona zmiana dotyczy podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe i polega na zastąpieniu dotychczasowego odesłania do załącznika II dyrektywy klasycznej i załącznika XVII dyrektywy sektorowej delegacją ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawie wykazu usług.

Podział usług na priorytetowe i niepriorytetowe ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania przepisów ustawy. Zgodnie z dyrektywami reżimem udzielania zamówień w pełni objęte są zamówienia na usługi priorytetowe, których wykazy znajdują się w załącznikach IIA dyrektywy klasycznej i XVIIA dyrektywy sektorowej, a także w załączniku I dyrektywy obronnej (zob. art. 20 dyrektywy klasycznej, art. 31 dyrektywy sektorowej i art. 15 dyrektywy obronnej). Natomiast w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe zastosowanie znajdują, poza przepisami części ogólnej dyrektyw (takimi jak: zakres podmiotowy, zakres przedmiotowy, podstawowe zasady itp.), jedynie przepisy dotyczące niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (zob. art. 21 dyrektywy

---

<sup>14</sup> dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str.132)

<sup>15</sup> dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19)

<sup>16</sup> dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76). Termin transpozycji dyrektywy obronnej upływa w dniu 21 sierpnia 2011 roku.



klasycznej, art. 32 dyrektywy sektorowej i art. 16 dyrektywy obronnej). Wzorem prawa europejskiego ustawa – Prawo zamówień publicznych od początku przewidywała, w art. 5, łagodniejszy reżim udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe. Dotychczas obowiązujące regulacje w tym zakresie budziły jednak poważne wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, w szczególności z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawniej: Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską).<sup>17</sup> Zastrzeżenia dotyczyły w pierwszej kolejności pełnej swobody zamawiającego w stosowaniu trybów niekonkurencyjnych, która - zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości - w przypadku usług o znaczeniu transgranicznym stanowi poważne zagrożenie dla rozwoju konkurencji na wspólnym rynku.<sup>18</sup>

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

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

- ✓ terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
- ✓ obowiązku żądania wadium,
- ✓ obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- ✓ zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz
- ✓ przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Co do zasady, udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe następuje w trybach konkurencyjnych, tj. takich, w których ma miejsce publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, poza trybami podstawowymi, przetargiem nieograniczonym i przetargiem ograniczonym, zamawiający ma nieograniczoną możliwość udzielania tego rodzaju zamówień w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, a także w trybie licytacji

---

<sup>17</sup> por. Dariusz Piasta, *Udzielanie zamówień publicznych na usługi „niepriorytetowe” zgodnie z prawem i orzecznictwem europejskim a przepisy w Polsce - rys historyczny, stan obecny i postulaty de lege ferenda*, str. 119 [w:] Henryk Nowicki, Jacek Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22-23 czerwca 2009 r.*, Toruń - Warszawa 2009, str. 108-122

<sup>18</sup> por. orzeczenie z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*, Zb. Orz. [2007] str. I-09777, pkt 30

elektronicznej. W tym ostatnim przypadku podkreślenia wymaga swoboda wyboru tego trybu niezależnie od wartości zamówienia, a zatem również powyżej progów unijnych.<sup>19</sup>

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

Jedyny wyjątek od powyższej zasady dotyczy usług prawniczych polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa. Mocą dodanego art. 5 ust. 1b ustawy, w odniesieniu do tego rodzaju zamówień przepisy dotyczące przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki nie znajdują zastosowania. Celem wprowadzenia tej zmiany było zapewnienie właściwej ochrony interesów Skarbu Państwa.

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

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

---

<sup>19</sup> Zgodnie z rozporządzeniem Komisji nr 1150/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. Urz. UE L 314 z 1.12.2009, str. 64) dla usług, podobnie jak dla dostaw, od 1 stycznia 2010 r. progi te, w zależności od rodzaju zamawiającego, wynoszą 125 000 euro i 193 000 euro (odpowiednio 479 875 i 740 927 PLN).

## Zmiany dotyczące zakresu podmiotowego stosowania ustawy

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

## Nowe wyłączenia

- **usługi badawczo-rozwojowe**

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

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

Co do zasady, usługi badawczo-rozwojowe są objęte zakresem zastosowania dyrektyw, chyba że mają charakter „altruistyczny” tzn. służą społeczeństwu jako ogółowi, nie służą zaś wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności. Jednocześnie zamówienia na

usługi badawczo-rozwojowe, które służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności są objęte zakresem zastosowania dyrektywy, o ile są w całości opłacane przez zamawiającego.<sup>20</sup> Zakresem zastosowania dyrektyw nie są objęte przypadki współfinansowania.

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

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

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

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

<sup>20</sup> por. Peter Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa – Katowice 2006, str. 41

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

- ***nadawcze usługi audiowizualne***

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

- ***wylaczenia szczególne w sektorze telekomunikacyjnym***

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

## Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

Jarosław Niklewicz

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

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

Bezskuteczność umowy zawartej przed upływem terminu zawieszenia lub zawartej z naruszeniem prawa może być realizowana poprzez zastosowanie odpowiednich instytucji prawnych. Takimi instytucjami prawnymi są wypracowane na gruncie prawa cywilnego sankcje wadliwych czynności prawnych<sup>21</sup>. Bezskuteczność umowy może być osiągnięta w szczególności poprzez zastosowanie do niej sankcji nieważności czynności prawnej

---

<sup>21</sup> Sankcja wadliwej czynności prawnej stanowi sankcję przewidzianą na wypadek, gdy czynność prawna z tych czy innych względów jest obciążona wadami powodującymi, iż czynność bądź w całości, bądź częściowo nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych. Bliżej co do sankcji wadliwych czynności prawnych zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 327 i n. W nauce prawa cywilnego wyróżnia się następujące sankcje wadliwych czynności prawnych: (1) nieważność bezwzględna, (2) nieważność względna, (3) bezskuteczność zawieszona oraz (4) bezskuteczność względna. (zob. op. cit. s. 328). Nieważność względna występuje w dwóch postaciach: (a) nieważności czynności prawnej na skutek prawo kształtującego oświadczenia uprawnionego podmiotu oraz (b) nieważności umowy na skutek konstytutywnego orzeczenia sądu. Na tym tle niektórzy autorzy wyróżniają dwa odrębne typy sankcji wadliwych czynności prawnych w postaci wrzuszalności i unieważnialności czynności prawnej (por. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 73 i n.).

(umowy). Sankcja nieważności czynności prawnej może przybrać postać bądź nieważności bezwzględnej, bądź nieważności względnej. W pierwszym przypadku dana czynność prawna z mocy samej ustawy nie wywołuje żadnych skutków prawnych od momentu jej dokonania<sup>22</sup>. Natomiast w drugim przypadku konieczne jest pozasądowe oświadczenie uprawnionego podmiotu albo konstytutywne (prawo kształtujące) orzeczenie sądu orzekające o unieważnieniu takiej czynności. Innymi słowy w przypadku wadliwości czynności prawnej obarczonej sankcją nieważności względnej, czynność prawna jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej wyrażone do momentu jej unieważnienia przez sąd<sup>23</sup>.

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 146 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – w razie zaistnienia jednego z przypadków określonych w tym przepisie, umowa była nieważna. Przepis ten przesądzał zatem, iż w przypadkach w nim wymienionych mieliśmy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej umowy, tj. nieważności z mocy samego prawa. Wyrok sądu powszechnego stwierdzającego nieważność takiej umowy (art. 189 k.p.c.) miał walor deklaratoryjny, tj. jedynie potwierdzający, że umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

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

Duża nowelizacja wprowadziła w tym zakresie istotną zmianę stanu prawnego. Zrezygnowano bowiem – w każdym z tych przypadków – z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej, ustalanej w drodze konstytutywnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (unieważnialność)<sup>24</sup>. Doniosłość powyższej zmiany wyraża się w tym, iż odmiennie niż w dotychczasowym stanie prawnym, umowa obarczona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP), jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Przy czym podkreślenia wymaga, iż w celu unieważnienia umowy konieczne

---

<sup>22</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. akt: I PK 3/08, LEX nr 500210.

<sup>23</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2002 r., sygn. akt: IV CKN 827/00, LEX nr 54482.

<sup>24</sup> Zob. art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2, art. 144a, art. 146, art. 190, art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP w aktualnym brzmieniu.

jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa.

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

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

Istotne z punktu widzenia zastosowania w praktyce instytucji unieważnialności umowy, w świetle znowelizowanych przepisów ustawy PZP, jest wprowadzenie możliwości unieważnienia umowy zarówno ze skutkiem od momentu jej zawarcia, jak i ze skutkiem od chwili orzeczenia o unieważnieniu. Zgodnie bowiem z postanowieniem art. 146 ust. 3 ustawy PZP unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia (z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy PZP). Należy mieć przy tym na uwadze, że umowy nie stanowią jednolitej kategorii normatywnej, lecz obejmują różnorodne stosunki prawne o charakterze obligacyjnym przybierające postać nie tylko umów typowych (nazwanych) określonych w przepisach Kodeksu cywilnego, ale także – i to w zasadniczej części – postać umów mieszanych albo nienazwanych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, iż umowy obejmują świadczenia (usługi, dostawy lub roboty budowlane) o różnym charakterze (świadczenia jednorazowe, świadczenia okresowe lub ciągłe, czy wreszcie świadczenia wynikające z umów starannego działania, czy też umów rezultatu). Ta różnorodność świadczeń występujących w ramach umów winna skutkować zindywidualizowaniem oceny skutków prawnych wadliwości tych umów w zależności od



charakteru i natury świadczeń stanowiących ich przedmiot. Wyrazem powyższego założenia jest znowelizowany art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza może w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową. W takim przypadku skutek nieważności umowy odnosić się będzie jedynie do przyszłych i niewykonanych jeszcze świadczeń, podczas gdy umowa w zakresie świadczeń już wykonanych będzie w pełni skuteczna.

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

## **II. Warunki unieważnienia umowy**

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

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

- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Wskazane powyżej przesłanki nieważności umowy są co do zasady odzwierciedleniem postanowień dyrektywy odwoławczej (zob. art. 2d dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą odwoławczą). Należy przy tym zwrócić uwagę, iż katalog przyczyn nieważności umowy określonych w tym przepisie uległ istotnej zmianie w stosunku do dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 ustawy PZP. W zasadzie jedynie art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w aktualnym brzmieniu stanowią powtórzenie - odpowiednio – art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy PZP w ich dotychczasowym brzmieniu. Pozostałe przesłanki nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4-6 ustawy PZP) można by wywodzić jedynie pośrednio z innych przesłanek nieważności określonych dotychczas w art. 146 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy PZP.

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

mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przy czym należy w tym miejscu podkreślić, iż podmiotem wyłącznie uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy z przyczyn wskazanych w tym przepisie jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, co wynika z wyraźnego brzmienia tego przepisu. Nie jest zatem dopuszczalne powoływanie się na nieważność umowy z przyczyn wskazanych w art. 146 ust. 6 ustawy PZP przez inne podmioty, niż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

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

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

Zarówno dyrektywa odwoławcza, jak i przepisy ustawy PZP wymagają dla zaistnienia przesłanki nieważności umowy, oprócz naruszenia zakazu zawarcia umowy w okresie zawieszenia (standstill), także stwierdzenia naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które winny skutkować uwzględnieniem odwołania na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP. Dotyczy to jednak tylko takich naruszeń ustawy PZP, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (arg. z art. 192 ust. 2 ustawy PZP). Tak więc samo naruszenie zakazu zawarcia umowy (standstill) nie daje wystarczającej podstawy do stwierdzenia nieważności umowy, konieczne jest jednoczesne wystąpienie naruszeń ustawy

PZP, których stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego winno skutkować uwzględnieniem odwołania i nakazaniem zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazaniem unieważnienia czynności zamawiającego (art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP). Zawarcie umowy wbrew zakazowi wynikającemu z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP uniemożliwia bowiem uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego. Tak więc w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia ustawy PZP, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a umowa została zawarta z naruszeniem zakazów wynikających z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP, zachodzić będzie podstawa do unieważnienia umowy na zasadzie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

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

- w przypadku zastosowania z naruszeniem przepisów ustawy PZP trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki - zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- w przypadkach, gdy uniemożliwiono składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwiono wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu albo, gdy udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy PZP i nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy PZP.

Przywołany art. 146 ust. 2 ustawy PZP dotyczy nowej instytucji prawnej na gruncie ustawy PZP, a mianowicie odstąpienia od unieważnienia umowy. Zastosowanie tej konstrukcji prawnej stało się możliwe dzięki odejściu od koncepcji nieważności bezwzględnej umowy. Podstawowe znaczenie przy zastosowaniu instytucji odstąpienia od unieważnienia

umowy ma zachowanie przez zamawiającego terminów wstrzymania się z zawarciem umowy (terminy określone w art. 146 ust. 2 pkt 1 i art. 94 ust. 1 ustawy PZP). Zawarcie umowy przed tymi terminami stwarza zatem dla zamawiającego ryzyko, iż w przypadku stwierdzenia w toku postępowania odwoławczego naruszeń prawa, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 4-5 ustawy PZP, umowa zostanie unieważniona. Tak więc wstrzymanie się przez zamawiającego z zawarciem umowy do czasu upływu ww. terminów daje zamawiającemu gwarancję, że umowa – nawet w przypadku stwierdzenia naruszeń ustawy PZP (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4 i 5) – nie zostanie unieważniona, z tym zastrzeżeniem, że warunkiem odstąpienia od unieważnienia umowy jest pozostawanie przez zamawiającego w usprawiedliwionym przekonaniu (błąd usprawiedliwiony), iż jego działanie jest zgodne z prawem (np. błąd co do oceny ziszczenia się przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki). Ocena czy zamawiający pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że jego działanie było zgodne z prawem, będzie dokonywana w warunkach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

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

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

W pierwszym z wymienionych przypadków mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której unieważnienie umowy dotyczy wyłącznie zobowiązań niewykonanych, a więc unieważnienie umowy jest skuteczne na przyszłość od chwili wydania orzeczenia o unieważnieniu umowy. Przyjęcie powyższej konstrukcji prawnej pozwala na zachowanie ważności umowy w zakresie świadczeń już wykonanych, w szczególności w przypadku, gdy z uwagi na charakter spełnionych świadczeń nie jest możliwy ich zwrot. W tym zakresie umowa jest ważna i w pełni skuteczna. Jedynie w odniesieniu do świadczeń niespełnionych przed unieważnieniem umowy, odpada ważna podstawa prawna świadczenia. W takim

przypadku umowa nie będzie wywoływać skutków prawnych dopiero od chwili jej unieważnienia. Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) odstępując w tym przypadku od unieważnienia umowy ze skutkiem od chwili jej zawarcia będzie nakładać obligatoryjnie na zamawiającego karę finansową (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy PZP).

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

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

### III. Tryb unieważnienia umowy.

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

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

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż możliwość unieważnienia umowy w ramach środków ochrony prawnej dotyczy wyłącznie przypadków wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy PZP (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP). Zatem zarówno Krajowa Izba

Odwoławcza, jak i sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie mogą unieważnić umowy z innych przyczyn niż wymienione w tym przepisie. W szczególności podkreślenia wymaga, iż kognicja Krajowej Izby Odwoławczej (sądów okręgowych) nie obejmuje orzekania o nieważności umowy z przyczyn określonych w art. 146 ust. 6 ustawy PZP (dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). W tym zakresie podmiotem wyłącznie legitymowanym do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

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

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



została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (po upływie okresów zawieszenia standstill) stwierdza się jedynie naruszenie przepisów ustawy PZP.

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

Unieważnienie umowy poza trybem środków ochrony prawnej może nastąpić na drodze wytoczenia odrębnego powództwa przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy PZP). Legitymacja procesowa Prezesa Urzędu Zamówień do wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umowy znajduje wprost umocowanie w przepisach prawa, tj. art. 144a ust. 1 i art. 146 ust. 6 w zw. z art. 154 pkt 11 ustawy PZP<sup>25</sup>. Przy czym podkreślenia wymaga, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wytoczyć powództwo o unieważnienie umowy nie tylko w przypadku naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 6, ale także w przypadkach wymienionych w art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 i art. 146 ust. 1 ustawy PZP. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma zatem najszerszy zakres uprawnień do wzruszania wadliwych umów w sprawach zamówień publicznych.

Odnosnie uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wytaczania powództw o unieważnienie umowy nowością jest regulacja przepisu art. 144a ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie części umowy (art. 140 ust. 3), zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 oraz umowy w przypadkach, o których mowa w art. 146 ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub zmiany umowy. Analogicznego ograniczenia nie ma w przypadku, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy PZP.

Nowością w ustawie PZP jest unormowanie art. 146 ust. 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu art. 146 ust. 1 ustawy PZP nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> Kodeksu cywilnego. Zgodnie z powołanym art. 70<sup>5</sup> k.c. organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca

---

<sup>25</sup> Tak, na gruncie dotychczasowych przepisów ustawy PZP, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r. sygn. akt: II CSK 104/09 (nie publ.).

w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Powyższy przepis stanowi materialnoprawną podstawę dla zamawiającego do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w przypadku, gdy wykonawca lub osoba działająca z nim w porozumieniu wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Uprawnienie do wytoczenia powództwa na podstawie art. 70<sup>5</sup> k.c. w zw. z art. 146 ust. 5 ustawy PZP nie przysługuje natomiast innym uczestnikom postępowania (wykonawcom). Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia zarówno redakcja przepisu art. 146 ust. 5 ustawy PZP, który wprost odnosi się jedynie do zamawiającego (wnioskowanie z przeciwieństwa), jak też wykładnia systemowa przepisów ustawy PZP (art. 179 i n.). Wskazać bowiem należy, iż uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługują – na zasadzie wyłączności – środki ochrony prawnej określone w ustawie PZP. I jedynie w drodze tych środków prawnych wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw. Uprawnienie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia umowy jest zatem ograniczone wyłącznie do przypadków podjęcia przez nich obrony swoich praw w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP.

Na zakończenie należy wskazać, iż poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności)<sup>26</sup> z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie PZP (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy (np. braki w zakresie reprezentacji strony umowy, czy też niezachowanie formy pisemnej umowy). Ocena czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 k.c. (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP). Przy czym podkreślenia wymaga, iż nie będzie to dotyczyć przypadków naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych

---

<sup>26</sup> Wyjątek stanowi art. 139 ust. 2 ustawy PZP, przewidujący wymóg formy pisemnej umowy pod rygorem nieważności (nieważność bezwzględna).

określonych w ustawie PZP, albowiem w tym zakresie do oceny skutków prawnych tych naruszeń, w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP, które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. Jak już było o tym mowa, w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

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

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

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

## **KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego – przykłady z kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

Z art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w ww. przepisie ustawy. Oznacza to ni mniej ni więcej, że działanie zamawiającego winno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Wobec powyższego należy uznać, iż normy prawne wyrażone w art. 93 ustawy mają imperatywny charakter. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 54/07), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji”. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na powyższe wskazała w wyroku z dnia 4 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 25/08) Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując, że: „Przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, określone w art. 93 ustawy p.z.p., należy interpretować ściśle”. W odniesieniu do przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 134/08) wskazała, że: „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze”. W kolejnym wyroku z dnia

27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu, że: „Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła”. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 248/08), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „W przypadku unieważnienia postępowania na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p.”. Na cywilnoprawne źródło tego obowiązku wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/08), stwierdzając, że: „Na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne”.

Poza przesłankami określonymi enumeratywnie w art. 93 ust. 1 ustawy brak jest innych prawnych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. z żadnej innej przyczyny zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zostało wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 36/08), w którym Izba wskazała, że: „Naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zastrzeżenie w SIWZ, iż Zamawiający ma prawo do unieważnienia przetargu bez podania przyczyn. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowią katalog zamknięty. W przypadku zaistnienia jednej z nich Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie. Nie może jednak swobodnie, wedle swego uznania, podejmować decyzji o unieważnieniu. Artykuł 93 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje ponadto Zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia”. Ponadto zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania bez podania przyczyny, tj. bez podania podstawy prawnej i faktycznej.

Tego typu działanie zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych

unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Wyjątek od tej zasady może nastąpić jedynie w stosunku do przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż najczęściej wada, o której mowa w powyższym przepisie, jest skutkiem błędów zamawiającego poczynionych na etapie przygotowywania lub prowadzenia postępowania. W tym wypadku jednak zamawiający będzie zobligowany do zwrotu wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w wyroku z dnia 13 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 244/09), że: „Zamawiający może zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wówczas, gdy zachodzą łącznie wszystkie przesłanki wskazane w tej normie, do których należą: istotna i niemożliwa wcześniej do przewidzenia zmiana okoliczności, wskazująca, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym i to w sposób trwały. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. (...) Unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne wówczas, gdy "uszczerplenie tych środków" wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego”.

Należy wskazać, iż unieważnienie postępowania wywołuje skutki *ex nunc*, tj. niweczy wszelkie czynności i ich skutki przedsiębrane przez zamawiającego i wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż począwszy od wszczęcia postępowania (zamieszczenia ogłoszenia, zaproszenia do negocjacji, zaproszenia do składania ofert) aż do czynności dokonanych bezpośrednio przed jego unieważnieniem wszystkie czynności prawne i faktyczne tracą swoją moc w stosunku do uczestników postępowania (zamawiającego i wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne) oraz w stosunku do podmiotów trzecich (np. podmiotów udzielających gwarancji wadialnych). Powyższe zostało jednoznacznie potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r. (sygn. akt 431/08), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Unieważnienie postępowania jest decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko”. W wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Zgodnie z dyspozycją art. 93 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie w całości lub w części, a nie w stosunku do

niektórych wykonawców czy ich ofert”. Na konsekwencje unieważnienia postępowania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08), wskazując w uzasadnieniu, że: „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że postępowanie utraciło swój byt. W takim stanie rzeczy odwołujący nie ma interesu prawnego do złożenia odwołania od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu w przedmiocie odrzucenia oferty, gdyż wszystkie czynności zamawiającego dokonane w unieważnionym postępowaniu zostały z mocy prawa zniesione”. W kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 540/08 i KIO/UZP 541/08) Izba wskazała, że: „Oświadczenie zamawiającego o unieważnieniu postępowania kończy postępowanie i dlatego zamawiający nie ma obowiązku unieważniać poszczególnych czynności dokonanych w trakcie postępowania, a w tym wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Z zasady, jako taka, instytucja unieważnienia postępowania ma zastosowanie do wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych i jest niezależna od formy prowadzenia postępowania (pisemnej lub elektronicznej) oraz niezależna od jego wartości. Jednakże niektóre z przesłanek wskazanych w art. 93 ustawy odnoszą się do ściśle określonych trybów udzielania zamówień publicznych i tylko dla postępowań prowadzonych w tych trybach mogą mieć zastosowanie.

Brak jest ustawowych ograniczeń co do etapu postępowania, w ramach którego może nastąpić jego unieważnienie. Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09), w uzasadnieniu którego skład Izby podniósł, że: „Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym momencie postępowania, nawet po wyborze oferty i powiadomieniu o tym wszystkich wykonawców, aż do chwili podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Należy ponadto wskazać, iż w odniesieniu do poszczególnych przesłanek wskazanych w art. 93 moment dokonania tej czynności jest ściśle powiązany z pewnymi okolicznościami faktycznymi. I tak w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 349/08), że: „Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością odrębną od ewentualnego unieważnienia postępowania (na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), a unieważnienie jest dalszym etapem postępowania”. Ponadto w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy unieważnienie postępowania powinno zostać poprzedzone określonymi czynnościami zamawiającego.

Niedopuszczalne jest unieważnienie postępowania a priori bez dokonania warunkujących możliwość zastosowania tej instytucji czynności polegających na odrzuceniu oferty czy też wykluczeniu wykonawców. Wszakże czynności te mogą być przedmiotem wzruszenia poprzez wniesienie środków ochrony prawnej i tym samym takie działanie zamawiającego odbiera wykonawcom możliwość wniesienia protestu, odwołania lub skargi do sądu. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 761/08 i KIO/UZP 775/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Unieważnienie postępowania z tej przyczyny, iż nie złożono ofert niepodlegających odrzuceniu, winno być obligatoryjnie poprzedzone procedurą odrzucenia tych ofert”. Wskutek zaskarżenia czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, poprzedzającej unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, i przywrócenia wykonawcy do udziału w postępowaniu lub uznania za ważną odrzuconej wcześniej oferty odpada przesłanka wskazana w powyższym przepisie. Powyższe stanowisko zostało podzielone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1002/09) w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Przywrócenie którejkolwiek z ofert do postępowania przekreśla istnienie przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.”. Wobec powyższego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy musi zostać poprzedzone czynnościami odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców aby umożliwić im zaskarżenie tychże czynności. Dopiero upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej lub rozstrzygnięcie protestu wskutek jego oddalenia lub odrzucenia czyni ww. czynności wiążącymi dla zamawiającego i wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku kiedy zamawiający dopuścił w postępowaniu możliwość składania ofert częściowych instytucja unieważnienia postępowania odnosi się do każdej części z osobna. Powyższe wynika bezpośrednio z treści art. 93 ust. 2 ustawy, który stanowi, że: „Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio”. Tego typu rozwiązanie jest jak najbardziej poprawne, gdyż nieracjonalnym byłoby, aby spełnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ustawy w odniesieniu to którejkolwiek części postępowania pociągało za sobą konieczność unieważnienia postępowania w całości. Tym samym przesłanki unieważnienia postępowania winny być rozpatrywane dla każdej części z osobna i nie muszą być one tożsame dla poszczególnych części. W takim wypadku postępowanie może być również unieważnione w stosunku do poszczególnych części, zaś w odniesieniu do pozostałych zamawiający może udzielić zamówienia.



Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 624/08) w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy”. Na doniosłość czynności unieważnienia postępowania i konsekwencje tej doniosłości wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1088/08) wskazując w uzasadnieniu wyroku, iż: „Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p., jest bardzo ważną czynnością zamawiającego i czynność ta powinna mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów p.z.p., unieważnić postępowania, jeżeli nie wykáže, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach”.

Jak wyżej zostało wskazane, aby nie dopuścić do nadużywania tej instytucji przez zamawiającego norma prawna wyrażona w art. 93 ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) przy jednoczesnym jej imperatywnym charakterze. Kolejnym elementem mającym zapobiegać nadużywaniu tej instytucji jest wyrażony w art. 93 ust. 3 ustawy obowiązek równoczesnego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed terminem składania ofert lub wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert. Dodatkowym wymogiem nałożonym na zamawiającego jest konieczność podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Na istotną rolę tego obowiązku wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 114/07) na przykładzie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazując, że: „Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. należy stwierdzić po pierwsze, że

zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym”. W kolejnym wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 855/08) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w sposób szerszy do roli obowiązku uzasadnienia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując że: „Zamawiający obowiązany jest dyspozycją art. 93 ust. 3 p.z.p. realizować w sposób wyczerpujący, bowiem uzasadnienie faktyczne jest niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność Zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy”.

Powyższe umożliwia wykonawcom weryfikację poprawności dokonanej przez zamawiającego czynności i tym samym skorzystanie w odniesieniu do tej czynności ze środków ochrony prawnej. W wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 242/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała krąg podmiotów, którym przysługuje prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania wskazując, że: „Bezspornie, wszystkim wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania, nawet jeżeli oferta wykonawcy została odrzucona”. Na istotną rolę uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na przykładzie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 76/08) w uzasadnieniu którego czytamy, że: „Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli”. Ponadto w wyroku z dnia 25 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 107/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 następuje dopiero po dokonaniu wyboru oferty

najkorzystniejszej, a więc na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej skarżący ma interes prawny w domaganiu się ochrony prawnej. Unieważnienie jest bowiem dalszym etapem postępowania, od której to czynności również przysługiwałyby środki prawnej w postaci protestu, odwołania, ewentualnie skargi”. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chroni to wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyroku z dnia 25 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 107/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś art. 86 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu podanie bezpośrednio przed składaniem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Istotą różnicy sformułowań określonych w wyżej wskazanych przepisach ustawy jest stworzenie możliwości dokonania zmian finansowych w okresie pomiędzy datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne”. Wskazana w powyższym wyroku okoliczność powoduje, że kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może być niższa od kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby kwota ta była kwotą wyższą. Powyższe zostało poruszone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 542/08) w którym Izba wskazała, że: „Decydującym argumentem za obligatoryjnością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest kwota wynikająca z chwili otwarcia ofert. (...) Prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Decyzja zamawiającego o zwiększeniu środków jest decyzją suwerenną i wykonawcy w tym zakresie nie przysługuje żaden prawnie skuteczny środek”. Na gwarancyjną rolę kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 613/08) wskazując, że: „Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania”.

Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 497/09) została wskazana bardziej ogólna wskazówka, co do sposobu oceny przesłanek, którymi nie powinien kierować się zamawiający przesądzając o unieważnieniu postępowania. W powyższym wyroku Izba wskazała, iż: „Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest dopuszczalna w tym zakresie arbitralna, nie znajdująca faktycznego oparcia w przepisach decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania”. W art. 93 ust. 4 ustawy ustawodawca zastrzegł dla wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty w przypadku gdy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe jest jedną z uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych form zabezpieczenia wykonawców przed nadużywaniem przez zamawiającego tej instytucji.

**W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do czynności unieważnienia postępowania:**

***Przykład nr 1***

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego przekazanych przy piśmie z dnia 6 marca 2009 r., w dniu 7 maja 2007 r., w ramach prowadzonego postępowania nr ZPRW/ZP/4/2007, na dwa dni przed upływem terminu składania ofert, dokonał on modyfikacji siwz poprzez wprowadzenie do przedmiaru 8 dodatkowych pozycji:

1. analogia – przebicie otworów w stropach,
2. przebicie otworów w ścianach na zaprawie wapiennej o grubości 2 cegieł,
3. przebicie otworów w ścianach na zaprawie wapiennej o grubości 1 ½ cegły,
4. zamurowanie przebić w ścianach z cegieł o grubości ponad 1 cegły,
5. zamurowanie przebić w stropach ceramicznych,
6. szafki naścienne do zabudowy ciepłomierzy mieszkaniowych,
7. ciepłomierz kompaktowy, zabudowany w szafce natynkowej – przelicznik LQM II-K, przetwornik przepływu JS90-0,6-NE DN15mm, czujnik temperatury,

8. zawory do regulacji c.o. proste RL V20, mosiężne – śrubunek z nastawą wstępną umożliwiającą odcięcie, opróżnienie i napełnienie instalacji.

Ponadto, w dniu 8 maja 2007 r. dokonano kolejnej modyfikacji siwz, która dotyczyła podania prawidłowego rachunku bankowego, na który należało wpłacić wadium.

W związku z niezłożeniem wraz z ofertą kosztorysów ofertowych zamawiający w dniu 10 oraz 18 maja 2007 r. wezwał wykonawców: Zakład Ogólnobudowlany i Instalacyjny Śliwiński Jan oraz PROREAL Michał Ciecierski o uzupełnienie ofert w niniejszym zakresie. Informując w dniu 22 maja 2007 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, iż w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucona została oferta złożona przez firmę PROREAL Michał Ciecierski. Podstawą odrzucenia był brak uwzględnienia w złożonej ofercie pozycji przedmiaru wprowadzonych modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego. Ww. wykonawca złożył protest na nieuzasadnione odrzucenie jego oferty z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz na niedotrzymanie terminów związanych z modyfikacją siwz.

W dniu 5 czerwca 2007 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż termin otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu został wyznaczony na dzień 9 maja 2007 r., a w dniu 7 maja 2007 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, której treść zamieścił na własnej stronie internetowej. Ponieważ modyfikacja siwz wprowadzona została na 2 dni przed upływem terminu składania ofert, dwóch wykonawców nie uwzględniło jej w złożonych ofertach. Zamawiający uznał zatem, iż jest to zbyt krótki termin na wprowadzenie zmian w treści siwz, co jest przedmiotem złożonego protestu. W związku z powyższym, z uwagi na błędnie przeprowadzoną sesję otwarcia ofert zamawiający uznał, iż niniejsze postępowanie obciążone jest wadą, która uniemożliwia podpisanie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem należy je unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Ponadto zamawiający doprecyzował w wyjaśnieniach przekazanych przy piśmie z dnia 2 kwietnia 2009 r., że postępowanie przetargowe ZPRW/ZP/4/2007 zostało unieważnione z uwagi na to, iż w trakcie otwarcia ofert i ich badania stwierdzono, że nie wszyscy wykonawcy złożyli wypełniony przedmiar robót, z uwagi na brak zapisu w materiałach przetargowych. Ponieważ sposób obliczenia ceny wynikający z zapisu w siwz obejmował wyliczenie ceny na podstawie przedmiaru robót. Wykonawcy winni byli złożyć oferty wraz z

*przedmiarem robót uwzględniającym modyfikację. Zamawiający wprowadził modyfikację nie przedłużając terminu otwarcia ofert, w związku z tym nie wszyscy wykonawcy ujęli modyfikację siwz w swoich ofertach.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający wezwał dwóch wykonawców do uzupełnienia kosztorysów ofertowych z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiem zgodnie z treścią powyższego przepisu w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2008 r., syg. akt: KIO/UZP 321/08), co oznacza, że nie podlega uzupełnieniu przez wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 25 ust. 1, zamawiający może żądać tylko dokumentów wskazanych w siwz lub ogłoszeniu, co dodatkowo potwierdza brak podstaw do uzupełniania kosztorysów ofertowych, które nie były wymagane w specyfikacji. Tym samym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz przewidujące, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest z góry w kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kształtu robót. wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kształtu prac (*vide* naruszenie opisane w pkt I.1).a)).

W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej”, w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, w przypadku złożenia oferty niezawierającej lub zawierającej niepełny kosztorys ofertowy stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W powyższym przypadku decydujące znaczenie ma bowiem dokumentacja projektowa określająca zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu

Arbitrów, np.: wyrok z dnia 20 lutego 2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30 sierpnia 2007 r. (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27 września 2007 r. (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Reasumując, opisywane okoliczności wskazują, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy PROREAL Michał Ciecierski z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem uwzględnienia w złożonej ofercie zmodyfikowanych pozycji przedmiaru robót. Przedmiar robót nie był bowiem wymagany w siwz, a ponadto miał jedynie charakter pomocniczy z uwagi na przyjęte wynagrodzenie ryczałtowe.

Jako podstawę unieważnienia niniejszego postępowania zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Musi mieć ona charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna. Na gruncie ustawy Pzp, katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 niniejszego aktu. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika obowiązek publikacji ogłoszenia;
- 2) zamawiający udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, w szczególności zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
- 3) zamawiający zawarł umowę przed zakończeniem kontroli, o której mowa w art. 167;

- 4) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu do wszczęcia kontroli, o której mowa w art. 167;
- 5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;
- 6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Poza wprost wymienionymi w tym przepisie konkretnymi przyczynami nieważności przyczyną, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jest również rażące naruszenie ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert oraz naruszenie, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do zasadności decyzji o unieważnieniu postępowania mając na uwadze, pomocniczy, informacyjny charakter kosztorysu ofertowego w przypadku składania oferty z ceną ryczałtową, niewielki zakres wprowadzonych modyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia oraz uwzględniając wymienione w art. 146 ust. 1 przesłanki nieważności umowy, stwierdzić należy iż w powyższej sytuacji nie zaistniały okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty bez rażącego naruszenia przepisów ustawy oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający podpisując umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia, nie dopuściłby się zatem dwóch możliwych do zaistnienia w opisywanych okolicznościach przesłanek nieważności umowy wymienionych w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6. W związku z powyższym zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania, gdyż przedmiotowe postępowanie nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy. Dokonując czynności unieważnienia postępowania z powołaniem się na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zamawiający naruszył dyspozycję niniejszego przepisu.

### **Przykład nr 2**

W dniu 19 maja 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy „z powodu braku interesu publicznego”. Zamawiający stwierdził, iż wszczynając przedmiotowe postępowanie nie posiadał wiedzy o tym, że energooszczędne oprawy wybranej technologii są w trakcie ciągłego rozwoju i



doskonalenia. Wydatkowanie na tym etapie znacznych środków publicznych na technologię, która jest w ciągłym rozwoju świadczyłoby o niegospodarności i niewłaściwym wydatkowaniu środków. Zamawiający wskazał także, iż udoskonalenie tej technologii następuje tak szybko, iż kontynuacja postępowania w tym czasie nie leży w interesie publicznym. W wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2009 r. przesłanych do Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający wskazał, iż „w trakcie postępowania otrzymywał informacje telefoniczne dotyczące zamawianych opraw, które wskazywały na to, iż zamawiający nie zaoszczędzi na tych oprawach, a co gorsza światło generowane przez te oprawy będzie ciemniejsze niż generują obecnie żarówki sodowe. Informacje te nie były jednak potwierdzone pisemnie i zamawiający nie mógł się do nich odnieść. Po otwarciu ofert, w trakcie postępowania przy ocenie ofert, zamawiający pozyskał informacje, iż oprawy LED, które zamierza zakupić nie spełniają jego wymagań ani nie zapewnia efektów, które zamawiający zamierzał osiągnąć. Wobec powyższego zamawiający uznając, iż wydatkowanie środków publicznych na przedmiotowe oprawy, nie leży w interesie publicznym. Gdyby zamawiający posiadał pełne informacje przed terminem składania ofert, postępowanie zostałoby unieważnione wcześniej (przed terminem składania ofert).”

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający unieważnienia postępowania, jeżeli:

1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności
2. powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przesłanki te muszą zaistnieć łącznie.

Dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym.

Ponadto, celem udzielenia zamówienia publicznego jest pozyskanie przez zamawiającego określonego świadczenia niepieniężnego umożliwiającego mu wywiązanie się z zadań publicznych, składających się na realizację dobra publicznego. Zaplanowanie, a następnie wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia powinno być więc odpowiednie pod względem wysokości nakładów ekonomicznych względem zadań zamawiającego. Po wszczęciu postępowania może jednak dojść do takiej zmiany okoliczności, że potrzeba udzielenia zamówienia staje się bezcelowa albo zachodzą inne przeszkody takie, że prowadzenie wszczętego postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżą już w interesie publicznym. Jeżeli zmiana okoliczności jest istotna, której obiektywnie nie można było wcześniej przewidzieć, zamawiający może unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne jako bezcelowe.

Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt: W 8/96) za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02) uznał, że „nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne (...) potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków

na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.”

W przedmiotowym postępowaniu odnośnie zaistnienia pierwszej z przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, należy stwierdzić, iż nie miała ona miejsca. Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien dokładnie określić swoje potrzeby i cele, którym ma służyć udzielenie zamówienia. Zasadniczo bowiem celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak podkreślić, iż przesłanki unieważnienia postępowania zostały zawarte w katalogu zamkniętym i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Nie sposób uznać, iż wszczynając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć, iż „wydatkowanie środków publicznych na technologię, która jest w ciągłym rozwoju świadczyłoby o niegospodarności i niewłaściwym wydatkowaniu środków”. To na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia z należyłą starannością i dokonania rozpoznania rynku na etapie przed wszczęciem postępowania. Nie można uznać, iż zamawiający nie był świadomy, że technologia zastosowana w niniejszym postępowaniu podlega ciągłemu rozwojowi, gdyż jest to fakt notoryjny, a nie istotna okoliczność, która nastąpiła po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 1 grudnia 2003 r., (sygn. akt V Ca 2224/03) „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”. Należy wyraźnie zaznaczyć, iż czymś innym jest cel zamówienia (stanowiący interes publiczny), który należało wykonać, a czymś innym środki finansowe na jego wykonanie przeznaczone.

Odnośnie zaistnienia drugiej z przesłanek, tj. iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, należy stwierdzić, iż także nie miała ona miejsca. Trzeba bowiem pamiętać, że ocena, czy coś dzieje się w interesie publicznym, czy nie, dokonywana jest w momencie wszczynania postępowania. Wówczas bowiem podejmowana jest decyzja o wszczęciu postępowania. Ewentualne uznanie niniejszej przesłanki musiałoby być związane ze zmianą interesu publicznego, czyli celu zamówienia.

Nie sposób uznać, iż unieważnienie przedmiotowego postępowania, ze względu na nieznajdującą potwierdzenia w dokumentacji postępowania okoliczność ponoszenia wysokich kosztów związanych z realizacją niniejszego zamówienia, spowodowałoby, iż uzyskanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym.

Nadto, należy stwierdzić wyraźnie, iż interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-143/05 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-545/05). W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców.

Odnośnie zaistnienia trzeciej z przesłanek, tj. nieprzewidywalności, należy również uznać, iż nie zaistniała w niniejszym postępowaniu powyższa przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania mógł, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, przewidzieć zmianę, na którą się powołuje, gdyż powyższe okoliczności muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego. Okoliczność, iż zamawiający w trakcie trwania postępowania dowiedział się o tym, że energooszczędne oprawy wybranej technologii są w trakcie ciągłego rozwoju i doskonalenia, nie wydaje się wystarczająca. Nikt bowiem nie zagwarantuje zamawiającemu, że w kolejnym postępowaniu, wszczętym przez niego po unieważnieniu niniejszego, energooszczędne oprawy wybranej technologii nie będą w trakcie rozwoju. Ponadto, zamawiający powinien posiadać wiedzę o technologii, z której chce skorzystać i na etapie przed wszczęciem postępowania powinien zdecydować o celowości zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, iż zapisy w SIWZ świadczą o tym, że zamawiający posiadał wiedzę na temat technologii LED, którą sam wybrał i dokładnie oraz jednoznacznie określił. Ponadto, udzielił konkretnych odpowiedzi na pytania wykonawców, które dookreśliły przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może także tłumaczyć się

niewiedzą o przedmiocie zamówienia na etapie oceny ofert, gdyż wskazywałyoby to na jego niedbalstwo. Stosownie natomiast do art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Również powoływanie się zamawiającego w trakcie postępowania na otrzymanie telefonicznych informacji dotyczących zamawianych opraw, które wskazywałyoby na to, iż zamawiający nie zaoszczędzi na tych oprawach nie można uznać za zaistnienie obiektywnej istotnej zmiany okoliczności postępowania.

W związku z powyższym należy wskazać, iż zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez zaistnienia przesłanek uprawniających go do takiego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

### **Przykład nr 3**

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający Nadleśnictwo Lubin unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadnił unieważnienie przedmiotowego postępowania koniecznością odrzucenia jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca określił, iż informacje składające się na ofertę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane.

Należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 4 ustawy zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego

badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z treścią powyższej uchwały "negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 ustawy, zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania."

Ewentualne zweryfikowanie zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby zatem odbyć się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a więc poprzez żądanie od wykonawcy wyjaśnień w rzeczonym zakresie.

Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacje, które na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych i odrębnych ustaw są jawne. W przypadku takiego zastrzeżenia zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje.

Tym samym odrzucenie oferty z powodu jej zastrzeżenia, a w rezultacie unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W wyniku unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach, zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

## **ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej**

#### **1. Sygn. akt: KIO/UZP 787/09, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2009 r.**

Izba nie znalazła również podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp z powodu załączenia do odwołania wyłącznie kopii pełnomocnictwa (oryginał znajduje się w ofercie), z którego wynika umocowanie do wniesienia odwołania, wraz z kopią odpisu z KRS lidera Konsorcjum, który wniósł odwołanie, w sytuacji, gdy o zamówienie ubiega się dwóch wykonawców wspólnie.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem uregulowanym odrębnie w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.). Posiłkowo na mocy art. 184 ust. 6 Pzp znajdują do niego zastosowanie wyłącznie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu przed Izbą zastosowanie znajdują przepisy części ogólnej kpc. Z powyższego wynika m.in. kwalifikacja pełnomocnictwa do wniesienia odwołania, jako pełnomocnictwa o charakterze materialnoprawnym ocenianego wg. przepisów kodeksu cywilnego, nie zaś pełnomocnictwa o charakterze procesowym.

W postępowaniu przed Izbą nie stosuje się art. 89 ust. 1 zd. 1 kpc nakazujący pełnomocnikowi dołączenia pełnomocnictwa do akt sprawy przy pierwszej czynności procesowej. Z mocy 15 § rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Izba, niezbędnych czynności formalnych i sprawdzających związanych m.in. z badaniem wniesionego odwołania dokonuje na posiedzeniu. W czasie posiedzenia Izba dysponuje oryginałem dokumentacji postępowania wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertami (§ 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie



regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Badanie zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, w tym uprawnienie do wniesienia odwołania, następuje z uwzględnieniem oryginalnej dokumentacji. Skoro dokumenty złożone wraz z ofertą potwierdzają uprawnienie do wniesienia odwołania, to brak jest podstaw do odrzucenia odwołania wyłącznie z tego powodu, że dokumenty z których uprawnienie to wynika, nie zostały dołączone do odwołania w formie oryginału albo kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez notariusza. Dla ustalenia uprawnienia do wniesienia odwołania istotne jest jego istnienie w sensie materialnym. Wynikający z § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obowiązek dołączenia pełnomocnictwa należy interpretować jako konieczność dołączenia do odwołania pełnomocnictwa, gdy odwołanie wnosi podmiot nie posiadający wcześniejszego upoważnienia do dokonania tej czynności. Jeśli odwołanie wnosi osoba, której upoważnienie do dokonania tej czynności wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą, które nie zostały zakwestionowane, to nałożenie na wykonawcę obowiązku ponownego ich złożenia stanowiłoby nadmierny formalizm, ku czemu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają podstaw.

Do przeciwnych wniosków nie prowadzi wskazanie, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 184 ust. 2 *in initio* Pzp). Jediną czynnością dokonywaną przez Prezesa wobec wniesionego odwołania jest sprawdzenie, czy uiszczono od niego wpis. Pozostałych czynności związanych z badaniem formalnym odwołania dokonuje Izba na posiedzeniu z uwzględnieniem oryginalnej dokumentacji postępowania.

## **2. Sygn. akt: KIO/UZP 1115/09, Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2009 r.**

Przepis art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych określa termin, w jakim zamawiający ma obowiązek dokonania czynności w związku z wniesieniem protestu: zamawiający niezwłocznie powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej - jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania, natomiast ma to miejsce dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Skład orzekający stoi na stanowisku, że zarówno w art. 183 ust. 5 pkt 1, jak i w pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, pojęcie „żądania” obejmuje na równi żądania zgłoszone w proteście, jak i żądania zgłoszone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Żądania te często są

przeciwstawne (wykonawca A w proteście żąda wykluczenia wykonawcy B, natomiast B w przystąpieniu oponuje przeciwko żądaniu zawartym w proteście i żąda niewykluczenia go z postępowania). Zamawiający rozstrzygając protest, równocześnie rozstrzyga o losach przystąpienia (jeżeli uwzględnił żądanie wykonawcy A zawarte w proteście, to tym samym oddalił żądanie B zawarte w przystąpieniu). Celem ustawodawcy, przyświecającym takiej regulacji, było wprowadzenie zasady koncentracji stosowania środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności wobec czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Chodzi więc o to, aby w przypadkach, kiedy jest to możliwe (możliwość uwzględnienia i jednoczesnego rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych wobec oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem stanowisk zarówno protestującego wykonawcy, jak i wykonawcy, którego oferty zarzuty dotyczą), nie prowadzić kilku odrębnych, rozłożonych w czasie postępowań z użyciem środków ochrony prawnej, co w efekcie prowadziłyby do przedłużenia całego postępowania o zamówienie publiczne. Zatem, jeżeli przepis art. 183 ust. 5 pkt 1 Prawa zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu dokonać czynności niezwłocznie w wypadku uwzględnienia wszystkich żądań – to należy przez to rozumieć uwzględnienie wszystkich żądań zgłoszonych w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a więc zawartych tak w proteście, jak i w przystąpieniu do protestu. W konsekwencji należy uznać czynność zamawiającego, wykonaną niezwłocznie po uwzględnieniu protestu w całości, ale wbrew żądaniom zawartym w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, za czynność dokonaną przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. (...)Ustawodawca w art. 183 ust 5 dokonał rozróżnienia pomiędzy wykonaniem czynności „niezwłocznie”, a wykonaniem czynności dopiero „po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu” w tym celu, aby z jednej strony – nie dopuszczać do niepotrzebnego przedłużania postępowania (tj. nakaz dokonania czynności niezwłocznie, kiedy nie ma prawdopodobieństwa, że od rozstrzygnięcia protestu zostanie złożone odwołanie - co ma miejsce wyłącznie w sytuacji, kiedy zostaną uwzględnione wszystkie żądania zarówno protestu, jak i przystąpienia), a z drugiej strony – powstrzymać zamawiającego przed dokonywaniem czynności, które mogą się okazać nieważne, jeżeli ostateczne rozstrzygnięcie protestu nie będzie tożsame z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego. Przy interpretacji art. 183 ust. 5 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem „żądania zgłoszone w proteście”, a wyłącznie „zgłoszone żądania”. Uwzględniając powyższe, skoro literalne brzmienie przepisu nie odnosi się wyłącznie do żądań zgłoszonych w proteście

wskazany przepis należałoby zinterpretować biorąc pod uwagę wykładnię systemową i celowościową. Z wykładni systemowej przepisów dotyczących wnoszenia protestu i jego rozstrzygnięcia, w tym w szczególności łącznie z regulacjami dotyczącymi przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 3 – 6 Prawa zamówień publicznych), wynika, że żądania mogą być składane zarówno w proteście, jak i w przystąpieniu. Zgłaszający przystąpienie do postępowania protestacyjnego swoje żądania zgłasza w graniach zarzutów zawartych w proteście. Z powyższego wynika, że żądania w proteście i przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu mogą być odmienne (w sensie: wzajemnie się wykluczające), stąd też przy rozbieżności żądań protestującego i przystępującego zasadne jest powstrzymanie się z wykonywaniem przez zamawiającego czynności wynikających z uwzględnienia wszystkich żądań jednego z wykonawców (protestującego) dla celów uzyskania przymiotu – możnaby nawet powiedzieć – pewnej prawomocności tego rozstrzygnięcia zamawiającego (ostateczne rozstrzygnięcie protestu). Zatem, uwzględniając cel, którym kierował się ustawodawca przy konstruowaniu omawianego przepisu, stwierdzić należy, że zamawiający powinien wstrzymać się z wykonaniem czynności związanych z uwzględnieniem protestu, w sytuacji gdy nie uwzględnił wszystkich żądań i to tak zgłoszonych w proteście, jak i w przystąpieniu do niego. W przeciwnym bowiem razie pod znakiem zapytania stałaby zasadność przepisów odnoszących się do przystąpienia do protestu. Ponadto, jak już wyżej stwierdzono, wykładnia językowa takiej interpretacji nie przeczy.

### **3. Sygn. akt: KIO/UZP 1191/09, Wyrok KIO z dnia 24 września 2009 r.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w szczególności ze względu na przedwczesne złożenie odwołania oraz nie poprzedzenie go protestem - wobec wniosku Zamawiającego i Przystępującego, złożonego na posiedzeniu w tym zakresie. Złożone przez Odwołującego odwołanie dotyczy bowiem – jak wprost wynika z jego treści – nie czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu, czy też zapowiedzi dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem procedury wyjaśnień treści oferty i poprawienia w niej omyłek – lecz zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłek w jego ofercie.

Izba ustaliła, że na moment składania odwołania Zamawiający faktycznie dokonania tej czynności zaniechał, więc z formalnego punktu widzenia, pod kątem oceny terminowości złożenia środka ochrony prawnej, wobec możliwości zaskarżenia w tym trybie zarówno czynności Zamawiającego, jak i jego bezprawnych zaniechań, odwołanie nie jest przedwczesne. Podstawą oceny Izby zatem, ale już na rozprawie bez skutku w postaci odrzucenia odwołania, może być ocena, czy owo zaniechanie jest usprawiedliwione, czy też nie, co kwestionuje Odwołujący. Nie można również twierdzić, że Odwołujący złożył odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem. Protest w niniejszej sprawie dotyczącej konkretnych nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, co do których istnieć bądź nie istnieje możliwość ich poprawienia, został bowiem złożony przez innego wykonawcę (Przystępujący). Do tego to postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie, odpierając podniesione zarzuty w proteście, zgłosił Odwołujący, co przewiduje procedura zastosowania środków ochrony prawnej, przewidziana przez przepisy ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Z powyższego wynika zatem, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje możliwość złożenia odwołania, tak co do wykonawcy składającego protest (w zakresie, w jakim protest ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego), jak i wykonawcy, który przystąpił do tego protestu wskazując na jego niezasadność i odpierając podniesione w nim zarzuty (w zakresie ewentualnego uwzględnienia protestu przez Zamawiającego - w całości, bądź w części), pod warunkiem naruszenia interesu prawnego tego wykonawcy, określonego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba zatem uznała, że formalne złożenie odwołania od rozstrzygnięcia protestu, którym zarzuty co do oferty Odwołującego w pewnym zakresie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, było dopuszczalne i odwołanie to zostało poprzedzone protestem, co prawda innego wykonawcy, niemniej jednak Odwołujący w zakresie tego protestu złożył skuteczne przystąpienie, tym samym stając się pełnoprawnym uczestnikiem tego postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. (...) Podstawą podnoszonych zarzutów jest więc nieuprawnione zaniechanie Zamawiającego dokonania określonych czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego, do naprawienia czego (dokonania tych czynności) Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zobowiązał się. W ocenie składu orzekającego Izby, gdyby Zamawiający, dokonując ponownego badania i oceny oferty Odwołującego we wskazanym trybie wyjaśnień i poprawienia oferty (87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) dokonał innych czynności związanych np. z odrzuceniem oferty Odwołującego, czy przykładowo unieważnienia postępowania, powyższe stanowiłoby odrębną czynność Zamawiającego nie mieszczącą się w zakresie pojęcia wynikającego z art. 181 ust. 6 ustawy

Pzp, tj. czynności wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Czynności takie, wobec braku uszczegółowienia zapowiadanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu czynności, nie mieściłyby się w szczególności w ramach określenia: „zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu” i podlegałyby odrębnemu postępowaniu protestacyjnemu i odwoławczemu. Zamawiający, poprzez brak doprecyzowania, jakich czynności konkretnie zamierza dokonać, sam prowadzi do ewentualnego przedłużenia procedury udzielania zamówienia publicznego, poprzez umożliwienie wykonawcom ponowne składanie środków ochrony prawnej. Tak jak bowiem podniesiono, brak literalnego wskazania przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu szczegółów dotyczących przeprowadzania procedury wyjaśnienia treści oferty i poprawiania omyłek, poprzez wskazanie przykładowo, że procedura poprawiania omyłek uzależniona jest od wyników oceny wyjaśnień treści oferty i może skutkować odrzuceniem oferty albo zaniechaniem jej poprawiania, w przypadku podjęcia takich czynności, które nie zostały zapowiedziane wprost przez Zamawiającego, daje możliwość złożenia ponownego protestu przez Odwołującego oraz ewentualnie odwołania od braku uwzględnienia protestu.

#### **4. Sygn. akt: KIO/UZP 1436/09, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r.**

(...) termin do wniesienia protestu na wybór oferty najkorzystniejszej biegnie od dnia zawiadomienia wykonawcy o wyborze oferty najkorzystniejszej, a nie umieszczenia informacji na ten temat na stronie internetowej Zamawiającego.

Po pierwsze, obowiązujące przepisy nie przewidują dla Zamawiającego terminu na zamieszczenie informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej, a wykonawcy nie są zobligowani do nieustającego monitorowania strony internetowej Zamawiającego w celu uzyskania takiej informacji. Po drugie, z przepisu art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wynika obowiązek Zamawiającego zawiadomienia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wynikach tego postępowania, niezależnie od obowiązku zamieszczenia w trybie art. 92 ust. 2 informacji na stronie internetowej Zamawiającego. Po trzecie - na podstawie przepisu art. 92 ust. 2 ustawy, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania jedynie w ograniczonym zakresie (tylko te informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy), natomiast pełna informacja o wynikach postępowania (tzn. zawiadomienie), tj. o postawach

faktycznych i prawnych odrzuceniach ofert oraz o wykluczeniach wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92 Prawa zamówień publicznych. Po czwarte, zgodnie z art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące m.in. odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w przetargu nieograniczonym w terminie 10 dni od upływu „ostatniego z terminów na wniesienie protestu” – a więc ustawodawca przewidział, że mogą być to różne terminy (może się zdarzyć, że np. poczta doręczy uczestnikom postępowania pisma w różnych datach), co oznacza, iż termin na złożenie protestu nie biegnie od daty jednakowej dla wszystkich, tj. daty umieszczenia informacji o wyniku postępowania na stronie internetowej Zamawiającego.

W związku z powyższym, nie może być wątpliwości, że dla dochowania terminu wniesienia protestu istotna jest data doręczenia wykonawcy zawiadomienia o wyniku postępowania (KIO/UZP 952-09), a Zamawiający nie postąpił zgodnie z art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto rzeczywiście wydaje się pożądane, aby Zamawiający najpierw poinformował o wniesieniu protestu (do takiej informacji, zawierającej wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, należy zgodnie z art. 181 ust. 3 Prawa zamówień publicznych załączyć kopię wniesionego protestu), a dopiero po upływie trzech dni od poinformowania pozostałych uczestników postępowania, go rozstrzygnął, umożliwiając tym samym przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zgłoszenie przystąpienia przed rozstrzygnięciem protestu ma tę zaletę, że Zamawiający może zapoznać się z argumentacją pozostałych uczestników postępowania przed wypowiedzeniem się co do istoty zarzutów. Jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby przystąpić do protestu już rozstrzygniętego – zgłaszający przystąpienie nie traci prawa do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jeżeli o fakcie jego wniesienia dowiedział się dopiero z rozstrzygnięcia protestu. Tym bardziej więc nie można twierdzić, że termin do zgłoszenia przystąpienia ulega skróceniu, jeżeli Zamawiający rozstrzygnie protest przed upływem trzydniowego terminu na przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Nie ulega również wątpliwości, że zgodnie z art. 183 ust. 1 i 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający winien równocześnie rozstrzygnąć wszystkie protesty wniesione na wybór oferty najkorzystniejszej i jednocześnie doręczyć rozstrzygnięcie podmiotowi, który wniósł

protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

#### **5. Sygn. akt: KIO/UZP 1567/09, Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009 r.**

Zgłoszenie przystąpienia – wykonawca zgłaszający przystąpienie, zobowiązany jest do wykazania interesu prawnego w przystąpieniu i określenia swoich żądań w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia stanowi niejako stanowisko – opinię przystępującego w zakresie, w jakim jego zdaniem powinno zakończyć się postępowanie „protestacyjne”. Jest to więc stanowisko - opinia - zgola subiektywne, do których Zamawiający nie ma obligatoryjnego obowiązku ustosunkowywania się. Nie ma również obowiązku – po stronie wykonawców - do uczestnictwa w takim postępowaniu. Decyzja należy do wykonawców, którzy podejmując decyzje o przystąpieniu bądź też nie, regulują tym samym kwestie ewentualnych możliwości dalszego uczestnictwa w środkach ochrony prawnej – odwołania i skargi. Dlatego też, zdaniem Izby nie istnieje związek przyczynowo-skutkowy, uzależniający określone stanowisko Zamawiającego w kwestii rozstrzygnięcia protestu, od zgłoszenia przystąpienia (stanowiska zgłaszającego przystąpienie, jak i jego terminu). Rozstrzygnięcie protestu pozostaje bez wpływu na termin zgłoszenia przystąpienia.

#### **6. Sygn. akt: KIO/UZP 1518/09, Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2009 r.**

Należy wyraźnie oddzielić:

- warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, które ustalane są w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące cech podmiotowych wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, gdzie ocena spełnienia warunków sprowadza się do zweryfikowania zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia, w oparciu o posiadany przez niego potencjał techniczny, osobowy, doświadczenie w realizacji danego rodzaju zamówień i odpowiednią sytuację finansową, wykazane przedłożonymi w dokumentach oferty dokumentami i oświadczeniami – nazywanymi wprost warunkami udziału w postępowaniu, stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,

- w odróżnieniu od warunków jakie musi spełniać oferowany przedmiot zamówienia, opisanych w SIWZ, wraz z podaniem w oparciu o jakie dokumenty zamawiający będzie oceniał czy oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają postawionym wymaganiom (np. parametrom technicznym), o czym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustaliła, iż w sekcji III.2 ogłoszenia zamawiający podał warunki udziału w postępowaniu, wymienił również oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy winni przedłożyć dla udokumentowania ich spełnienia. Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia podaje w punkcie 6 opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia w oparciu o dokumenty wymienione w punkcie 7 SIWZ, zawierające wykaz dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Osobno w punkcie 8 SIWZ, zamawiający zawarł wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań jakościowych i parametrów określonych w tabeli załącznika nr 13, które należy dołączyć do oferty, zgodnie z przepisami § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605 ze zm.), gdzie w podpunkcie 2 wymienione jest zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Właśnie ów wykaz zawiera kwestionowane przez odwołującego dokumenty, dotyczące właściwości nawierzchni z trawy sztucznej oraz nawierzchni poliuretanowej, między innymi: aprobatę lub rekomendację ITB lub inny dokument wydany przez instytucję uprawnioną do badania i certyfikowania wyrobów potwierdzające, że nawierzchnia posiada wymagane parametry.

Izba stwierdza, iż zarzuty protestu, podtrzymane w odwołaniu, odnoszą się do dokumentów poświadczających, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz odnoszą się do określenia wymagań technicznych przedmiotu zamówienia: budowy, kształtu włókna sztucznej trawy, właściwości nawierzchni poliuretanowych w zakresie odporności na rozciąganie i na uderzenia. Zatem od rozstrzygnięcia protestu, opartego na tego rodzaju zarzutach, odwołanie nie przysługuje. Bezzasadnie odwołujący wywodził, iż złożył protest na warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i w § 1 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, którego oddalenie



uprawniałby do złożenia odwołania na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 jako dotyczących opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do osoby wykonawcy, a nie do przedmiotu zamówienia.

#### **7. Sygn. akt: KIO/UZP 1556/09, Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2009 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający - wbrew użytemu sformułowaniu zawartemu w samym rozstrzygnięciu protestu - protest uwzględnił w całości, uwzględniając zarzut i czyniąc zadość jednemu z żądań odwołującego. Stosownie do przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający powtarza oprotestowaną czynność niezwłocznie - jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Wydawać by się mogło, że nie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zamawiający nie uwzględnił jednego z żądań zawartego w proteście, tj. żądania „wykreślenia zapisów SIWZ - umowy w zakresie postanowień § 15 ust. 1 - 2”. W ocenie składu orzekającego Izby wskazany przepis zakłada nierozzerwalność zarzutu i żądania, tj. zakłada, że uwzględnienie zarzutu jest tożsame z uwzględnieniem żądania (innymi słowy, fakt, że któreś z żądań nie zostało uwzględnione oznacza, że nie został uwzględniony któryś z zarzutów protestu). W przedmiotowej sprawie odwołujący zawarł w proteście jeden zarzut, ale dwa żądania, z których jedno było żądaniem ewentualnym. Ogólnikowość żądania ewentualnego sformułowanego przez odwołującego w proteście („warunkiem koniecznym wprowadzenia zmian będzie obwarowanie tej możliwości opisem uwarunkowań, w jakich te zmiany mogą być dokonane, z uwzględnieniem interpretacji, zgodnie z którą przedmiotowy przepis nie pozwala na jakiegokolwiek zmiany, ale zmiany, których podłożem mają być okoliczności wyjątkowe”), przy braku choćby zakreślenia konkretnych ram zmian § 15 ust. 1 - 2 wzoru umowy, dawała zamawiającemu bardzo szeroki zakres swobody, z której zamawiający skorzystał. Wobec wskazanego charakteru żądania odwołującego zawartego w proteście uznać należy, że zamawiający żądaniu odwołującego uczynił zadość i nie sposób uznać, że protest odwołującego nie został rozstrzygnięty w sposób zgodny z oczekiwaniem odwołującego.

Skład orzekający Izby stanął zatem na stanowisku, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu oraz jednego z żądań, tj. żądania ewentualnego pozwala przyjąć, że protest został uwzględniony w całości. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt literalnego brzmienia

części wstępnej protestu, tj. posłużenia się przez zamawiającego sformułowaniem „częściowego uwzględnienia protestu”.

Zamawiający uznał zasadność zarzutu, w wyniku czego postanowił również uczynić zadość żądaniu zmiany treści wzoru umowy. Stosownie do przepisu art. 183 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający mógł niezwłocznie powtórzyć oprotestowaną czynność, polegającą w tym przypadku na ponownym sporządzeniu SIWZ w zakresie § 15 wzoru umowy, tj. mógł dokonać modyfikacji SIWZ. Zamawiający modyfikacji tej dokonał już w samym rozstrzygnięciu protestu (o czym świadczy treść: „zamawiający (...) dokonuje modyfikacji postanowień wzoru umowy” oraz „zamawiający (...) modyfikuje załącznik nr 4 do SIWZ (wzór umowy) poprzez zmianę zapisów zawartych w § 15 umowy, które uzyskują następujące brzmienie: (...)). Działanie takie skład orzekający Izby uznaje za dopuszczalne, wobec braku ustawowego zakazu w tej materii.

Stwierdzić zatem należy, że rozstrzygając protest z dnia 08.10.2009 r. zamawiający wykonał jednocześnie nową czynność, tj. nadał nową treść SIWZ w zakresie § 15 wzoru umowy, która to czynność podlega zaskarżeniu w terminach określonych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie, jak chciałby tego odwołujący, że modyfikacja SIWZ „technicznie” dokonana w rozstrzygnięciu protestu stanowi rozstrzygnięcie protestu, od którego przysługuje mu odwołanie jest nie do pogodzenia z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, wyrażoną w art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Zwrócić bowiem należy szczególną uwagę na fakt, że przyznanie odwołującemu prawa do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w części, która w istocie stanowi nową czynność (modyfikację SIWZ), oznaczałoby jednocześnie pozbawienie innych wykonawców możliwości złożenia środków ochrony prawnej w tym zakresie, skoro wykonawcy ci na etapie rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, nie mogą już przystąpić do postępowania odwoławczego, ponieważ wcześniej nie skorzystali z prawa przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Na etapie postępowania protestacyjnego decyzję o przystąpieniu do tego postępowania wykonawcy mogli zaś podjąć wyłącznie na podstawie treści protestu. Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby odwołanie z dnia 19.10.2009 r. nie zostało poprzedzone protestem, w którym odwołujący zakwestionowałby nową czynność - nowe brzmienie treści SIWZ, co przesądza o jego odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **8. Sygn. akt: KIO/UZP 1678/09, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2009 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający - wbrew użytemu sformułowaniu zawartemu w samym rozstrzygnięciu protestu - protest uwzględnił w całości, uwzględniając zarzut i czyniąc zadość jednemu z żądań odwołującego. Stosownie do przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający powtarza oprotestowaną czynność niezwłocznie - jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Wydawać by się mogło, że Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną. Do odwołania została dołączona kopia pełnomocnictwa, z zaznaczeniem, iż oryginał znajduje się w aktach oferty odwołującego. Izba ustaliła w oparciu o wymieniony oryginał oferty, że strona 578 w rzeczywistości zawiera owe pełnomocnictwo w oryginale, które uprawnia p. Marka G. między innymi do wnoszenia w imieniu spółki środków odwoławczych, a więc ma wymagany charakter rodzajowy, a ponadto odnosi się do konkretnie oznaczonego postępowania. Pełnomocnictwo zostało wystawione w dniu 10 września 2009 r. przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego zgodnie z załączonym odpisem z KRS o numerze 131057. Zatem w dacie wniesienia odwołania, pełnomocnik dysponował stosownym pełnomocnictwem, a okoliczność ta znalazła potwierdzenie w przeprowadzonych dowodach, które nie zostały przez zamawiającego ani przystępującego zakwestionowane. Izba ustala skuteczność odwołania na posiedzeniu, zatem stwierdziła, że zostało ono wniesione przez osobę uprawnioną. Izba ustaliła także, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania z innych przyczyn formalnych, określonych w art. 187 ust. 4 Pzp

#### **9. Sygn. akt: KIO/UZP 1704/09, Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2009 r.**

Izba uznała, że zamawiający wykonując niezwłocznie czynności wynikające z uwzględnienia części żądań zawartych w proteście naruszył przepis art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Zamawiający powinien był zatem powstrzymać się z dokonaniem czynności, które dokonał: unieważnienia czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, wykluczenia z

postępowania odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum EKO-INWEST jako najkorzystniejszej do czasu, w którym upłynął termin na wniesienie odwołania lub w którym został wydany wyrok lub postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 182 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Jeżeli choć jedno żądanie nie zostało uwzględnione, tak jak w tym przypadku, z uwagi na żądania wykonawcy przystępującego do postępowania protestacyjnego, zamawiający ma obowiązek wstrzymać się z dokonaniem lub powtórzeniem czynności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Nie można jednak uznać, że naruszenie wskazanego przepisu miało wpływ na wynik postępowania, co skutkowałoby koniecznością uwzględnienia odwołania, stosownie do art. 191 ust. 1a Pzp. Wobec stwierdzenia, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ww. naruszenie nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

## ANALIZY SYSTEMOWE

### Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych

**01.01.2009 – 31.12.2009**

#### I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

##### Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	148 904	14 180	<b>163 084</b>
O udzieleniu zamówienia	177 599	19 094	<b>196 693</b>
O konkursie	119	45	<b>164</b>
O wynikach konkursu	95	69	<b>164</b>
O zmianie ogłoszenia	26 592	7 296*	<b>33 888</b>
O koncesji na usługi / roboty budowlane	14	23	<b>37</b>
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	433	<b>433</b>
<b>RAZEM</b>	<b>353 323</b>	<b>41 140</b>	<b>394 463</b>

\* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

##### Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	35,18%	5,41%
Dostawy	36,84%	55,70%
Usługi	27,98%	38,89%

##### Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,82%	93,56%
Przetarg ograniczony	0,76%	4,96%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,10%	1,14%
Dialog konkurencyjny	0,05%	0,34%
Licytacja elektroniczna	0,27%	-

**Kryteria oceny ofert**  
**(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	94%	87%	88%	90%
Cena i inne kryteria	6%	13%	12%	10%

**Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia**

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	29,49%	3,27%
Dostawy	31,47%	38,56%
Usługi	39,04%	58,17%

**Zamówienia udzielone według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	68,53%	74,79%
Przetarg ograniczony	0,57%	4,28%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	3,75%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,39%	17,12%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,06%
Wolna ręka	25,93%	-
Zapytanie o cenę	4,35%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,15%	nie ogłasza się

\* - w tym wolna ręka

**Wartość udzielonych zamówień\***

<b>Wartość zamówień</b>	<b>54,025 mld zł</b>
-------------------------	----------------------

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Struktura zamówień wg wartości</b>
Roboty budowlane	65%
Dostawy	18%
Usługi	17%

\* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

**Zamówienia udzielone według województw  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Województwo</b>	<b>Odsetek liczby</b>	<b>Odsetek wartości</b>
dolnośląskie	7%	8%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	5%	5%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	8%
mazowieckie	17%	15%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	5%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	5%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	9%
zachodniopomorskie	4%	4%

**Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>% wartości</b>
Administracja rządowa centralna	3,99%
Administracja rządowa terenowa	2,32%
Administracja samorządowa	59,94%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,42%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,68%
Uczelnie publiczne	3,82%
Podmiot prawa publicznego	0,19%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,39%
Inny	15,25%

**Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>Udział</b>
Administracja rządowa centralna	2,95%
Administracja rządowa terenowa	3,26%
Administracja samorządowa	46,57%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,05%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,95%
Uczelnie publiczne	6,17%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	15,14%
Zamawiający sektorowy	0,94%
Inny	18,97%



**Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	17,50%	24,02%	58,47%
Administracja rządowa terenowa	12,04%	38,94%	49,02%
Administracja samorządowa	41,90%	13,69%	44,41%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	16,78%	43,72%	39,50%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	8,07%	44,71%	47,22%
Uczelnie publiczne	13,11%	49,10%	37,80%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,60%	66,97%	26,44%
Zamawiający sektorowy	1,89%	56,37%	41,74%
Inny	19,89%	39,41%	40,70%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień  
według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	54,94	0,41	0,02	0,21	0,02	37,45	6,68	0,27
Administracja rządowa terenowa	65,54	0,44	0,02	0,40	0,08	22,20	10,63	0,68
Administracja samorządowa	69,30	0,55	0,05	0,40	0,01	26,39	3,13	0,16
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	65,74	0,55	0,06	0,29	0,02	27,92	5,31	0,11
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	49,57	0,53	0,11	0,21	0,00	25,83	23,53	0,21
Uczelnie publiczne	57,59	0,18	0,05	0,28	0,01	34,81	6,99	0,09
Podmiot prawa publicznego	73,34	0,00	0,00	0,13	0,13	20,03	6,11	0,26
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	83,86	0,64	0,02	0,26	0,00	13,39	1,83	0,00
Inny	64,44	0,79	0,10	0,55	0,05	28,22	5,68	0,17

**Liczba zamówień udzielonych polskim wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE z uwzględnieniem wartości tych zamówień\***

<b>Państwo</b>	<b>Liczba kontraktów</b>	<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Równowartość w EUR</b>
<b>Austria</b>	3	3 x dostawy	brak danych
<b>Belgia</b>	15	14 x usługi 1 x roboty budowlane	13 143 250 EUR
<b>Czechy</b>	3	3 x dostawy	2 596 675 EUR
<b>Dania</b>	3	3 x usługi	6 155 494 EUR
<b>Estonia</b>	2	2 x dostawy	4 733 559 EUR
<b>Francja</b>	2	2 x usługi	brak danych
<b>Grecja</b>	3	3 x dostawy	919 872 EUR
<b>Litwa</b>	8	8 x dostawy	6 410 666 EUR
<b>Luksemburg</b>	9	1 x dostawy 8 x usługi	12 761 612 EUR
<b>Łotwa</b>	1	1 x usługi	235 000 EUR
<b>Portugalia</b>	1	1 x dostawy	469 500 EUR
<b>Rumunia</b>	2	2 x usługi	345 828 EUR
<b>Szwecja</b>	1	1 x dostawy	516 308 EUR
<b>Węgry</b>	3	3 x dostawy	19 689 379 EUR
<b>Włochy</b>	1	1 x dostawy	1 710 000 EUR
<b>Razem</b>	<b>57</b>	26 x dostawy 30 x usługi 1 x roboty budowlane	<b>69 687 143 EUR</b>

\* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

**Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień\***

Państwo	Rodzaj zamówienia – ilość kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Australia					1	4 500 000			1	4 500 000
Austria	1	920 460 073	6	10 004 312	4	358 249			11	930 822 634
Belgia			5	6 251 450	1	15 795 187			6	22 046 637
Chiny	2	1 153 063 430							2	1 153 063 430
Chorwacja					1	2 746 045			1	2 746 045
Czechy			14	344 385 927	12	22 072 054			26	366 457 981
Cypr			7	31 619 894					7	31 619 894
Dania					5	814 917			5	814 917
Estonia			1	24 888 000					1	24 888 000
Finlandia			3	239 142 284	2	12 206 795			5	251 349 079
Francja	1	233 328 710	11	53 418 294	16	37 289 369			28	324 036 373
Grecja	2	1 687 469 516							2	1 687 469 516
Hiszpania	6	3 103 277 109			8	89 612 312			14	3 192 889 421
Holandia			19	39 947 353	6	35 963 472			25	75 910 825
Indie					1	16 370 000			1	16 370 000
Irlandia			2	5 132 200	5	43 256 794			7	48 388 994
Izrael			1	812 000					1	812 000
Litwa			1	616 800	1	303 185			2	919 985
Niemcy	5	567 972 341	52	259 377 257	20	591 835 294	1	15 890	78	1 419 200 782
Norwegia			1	4 210 000	1	1 000 000			2	5 210 000
Portugalia	3	1 645 951 747			1	1 003 801			4	1 646 955 549
Rosja			1	23 780 100					1	23 780 100
Słowacja			2	13 085 213					2	13 085 213
Szwajcaria			21	18 813 689	3	38 132 016			24	56 945 705
Szwecja			5	5 778 649			1	0	6	5 778 649
Ukraina			1	2 880 000					1	2 880 000
USA			8	8 623 366	4	221 131 967			12	229 755 333
Węgry					1	2 904 000			1	2 904 000
Wielka Brytania			113	33 276 361	24	91 040 970	1	5 000	138	124 322 331
Włochy	2	5 528 262 062	31	32 561 336	3	14 351 174			36	5 575 174 572
<b>Razem</b>	<b>22</b>	<b>14 839 784 988</b>	<b>305</b>	<b>1 158 604 485</b>	<b>120</b>	<b>1 242 687 602</b>	<b>3</b>	<b>20 890</b>	<b>450</b>	<b>17 241 097 964</b>

\* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

## II. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

### Kontrole uprzednie

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	106	
Zakończone	100	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Ilość</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	61	61%
Stwierdzono naruszenia	39	39%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	8%
ponowna ocena	2	5%
uchybień formalne	34	87%

### Kontrole następcze

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	144	
Zakończone	141	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Ilość</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Brak naruszeń	17	12%
Stwierdzono naruszenia	124	88%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	65	52%

**Kontrole doraźne**  
**(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)**

<b>Kontrole</b>	<b>Liczba – 2009 r.</b>	
Wszczęte	40	
Zakończone	31	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Nie stosuje się ustawy	1	3%
Nie stwierdzono naruszeń	14	45%
Stwierdzono naruszenia	16	52%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	3	18%
uchybień formalne	6	38%
Zawiadomienie RDFP	4	25%

### III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

#### Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

		Liczba - 2009 r.	
Wniesiono ogółem		1 985	
Brak wpisu		102	
Rozpatrzono ogółem		1 653	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy	
Odrzucone	214	13%	
Umorzone postępowanie	237	14%	
Oddalone	689	42%	
Uwzględnione	513	31%	

#### Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2009 r.	2008 r.
Roboty budowlane	34%	38%
Dostawy	29%	32%
Usługi	37%	30%

#### Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej / zespołu arbitrów wniesionych do sądów

Skargi	2009 r.	2008 r.
Liczba wniesionych skarg	316	277
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	19%	18%



***Zespół redakcyjny Informatora UZP:***

*Joanna Czarnecka                      Joanna Orzeł  
Renata Dzikowska                  Anna Łagocka  
Urszula Krynicka                  Paweł Trojan  
Izabela Rzepkowska                Piotr Zabadeusz  
pod kierunkiem Anity Wichniak Olczak*

***KONTAKT:***

***Urząd Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa  
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov***