

**Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski,  
Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski**

# **PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

## **KOMENTARZ**

pod redakcją Tomasza Czajkowskiego

Wydanie drugie

Stan prawny na 1 października 2006 r.

Urząd Zamówień Publicznych  
Warszawa 2006

*Stan prawny na 1 października 2006 r.*

**REDAKCJA Tomasz Czajkowski**

**Autorzy poszczególnych części**

**DZIAŁ I**

Rozdział 1 – *Jerzy Baehr, Tomasz Kwieciński, Aleksander Stawicki*

Rozdział 2 – *Tomasz Kwieciński*

Rozdział 3 – *Aleksander Stawicki*

**DZIAŁ II**

Rozdział 1 – *Jerzy Baehr*

Rozdział 2, 4 – *Waldemar Łysakowski*

Rozdział 3

    Oddział 1–6 – *Tomasz Kwieciński*

    Oddział 7 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 5 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

**DZIAŁ III**

Rozdział 1 – *Jerzy Baehr*

Rozdział 2 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 3 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 4 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 5 – *Jerzy Baehr*

**DZIAŁ IV**

*Jerzy Baehr*

**DZIAŁ V**

Rozdziały 1–4 – *Tomasz Czajkowski*

**DZIAŁ VI**

Rozdziały 1–4 – *Waldemar Łysakowski*

**DZIAŁ VII**

*Jerzy Baehr, Tomasz Kwieciński, Jan Roliński*

**DZIAŁ VIII**

*Pominięto*

**DZIAŁ IX**

*Pominięto*

© Urząd Zamówień Publicznych  
Warszawa 2006 r.

Wydanie II

**ISBN 83-88686-65-8**

Skład, łamanie, druk: CO KPRM  
ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Publikacja sfinansowana z funduszy UE - Counterpart Funds (CPF)

# SPIS TREŚCI

<b>Wykaz skrótów</b> . . . . .	7
<b>Prawo zamówień publicznych z komentarzem</b> . . . . .	9
<b>Dział I Przepisy ogólne</b>	
Rozdział 1. Przedmiot regulacji . . . . .	11
Art. 1–6	
Rozdział 2. Zasady udzielania zamówień . . . . .	62
Art. 7–10	
Rozdział 3. Ogłoszenia . . . . .	74
Art. 11–13	
<b>Dział II Postępowanie o udzielenie zamówienia</b>	
Rozdział 1. Zamawiający i wykonawcy . . . . .	83
Art. 14–28	
Rozdział 2. Przygotowanie postępowania . . . . .	110
Art. 29–38	
Rozdział 3. Tryby udzielania zamówień . . . . .	139
Oddział 1. Przetarg nieograniczony . . . . .	139
Art. 39–46	
Oddział 2. Przetarg ograniczony . . . . .	157
Art. 47–53	
Oddział 3. Negocjacje z ogłoszeniem . . . . .	165
Art. 54–60	
Oddział 3a. Dialog konkurencyjny . . . . .	177
Art. 60a–60e	
Oddział 4. Negocjacje bez ogłoszenia . . . . .	186
Art. 61–65	
Oddział 5. Zamówienie z wolnej ręki . . . . .	192
Art. 66–68	
Oddział 6. Zapytanie o cenę . . . . .	206
Art. 69–73	
Oddział 7. Licytacja elektroniczna . . . . .	209
Art. 74–81	

Rozdział 4. Wybór najkorzystniejszej oferty . . . . .	219
Art. 82–95	
Rozdział 5. Dokumentowanie postępowania . . . . .	250
Art. 96–98	

### **Dział III. Przepisy szczególne**

Rozdział 1. Umowy ramowe . . . . .	258
Art. 99–101	
Rozdział 2. Dynamiczny system zakupów . . . . .	263
Art. 102–109	
Rozdział 3. Konkurs . . . . .	272
Art. 110–127	
Rozdział 4. Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane . . . . .	293
Art. 128–131	
Rozdział 5. Zamówienia sektorowe . . . . .	301
Art. 132–138f	

### **Dział IV. Umowy w sprawach zamówień publicznych . . . . . 321**

Art. 139–151

### **Dział V. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

Rozdział 1. Zakres działania . . . . .	341
Art. 152–156	
Rozdział 2. Rada Zamówień Publicznych . . . . .	348
Art. 157–160	
Rozdział 3. Kontrola udzielania zamówień . . . . .	351
Art. 161–171	
Rozdział 4. Arbitrzy . . . . .	374
Art. 172–176	

### **Dział VI. Środki ochrony prawnej**

Rozdział 1 Przepisy wspólne . . . . .	383
Art. 179	
Rozdział 2. Protest . . . . .	387
Art. 180–183	
Rozdział 3. Odwołanie . . . . .	401
Art. 184–193	
Rozdział 4. Skarga do sądu . . . . .	422
Art. 194–198	

<b>Dział VII. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy</b> . . . . .	429
Art. 199–203	
<b>Dział VIII. Zmiany w przepisach obowiązujących</b> . . . . .	438
Pominięto	
<b>Dział IX. Przepisy przejściowe i końcowe</b> . . . . .	438
Pominięto	
<b>Ustawa – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity) – Dz. U. z 2006 r.</b> Nr 164, poz. 1163) . . . . .	439
<b>Akty wykonawcze do ustawy Prawo zamówień publicznych</b> . . . . .	519
1. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 sierpnia 2006 r. w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony (Dz. U. Nr 147, poz. 1063) . . . . .	521
2. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 49, poz. 470) . . .	522
3. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu (Dz. U. Nr 98, poz. 997) . . .	523
4. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 87, poz. 603) . . . . .	528
5. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604) . . . . .	547
6. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) . . .	549
7. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 87, poz. 606) . . . . .	552
8. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów (Dz. U. Nr 87, poz. 607) . . . .	621
9. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szcze-	

<b>gółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. Nr 87, poz. 608)</b> . . . . .	622
10. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 maja 2006 r. w sprawie <b>wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych</b> (Dz. U. Nr 87, poz. 609) . . . . .	624
11. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 maja 2006 r. w sprawie <b>średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych</b> (Dz. U. Nr 87, poz. 610) . . . . .	655
12. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie <b>zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania</b> (Dz. U. Nr 155, poz. 1110) . . . . .	656
13. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie <b>określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym</b> (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) . . . . .	667
14. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie <b>szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego</b> (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm) . . . . .	680
<b>Zasady etyki arbitra</b> . . . . .	687
<b>Wykaz cytowanych oraz powoływanych aktów prawnych</b>	
Prawo polskie . . . . .	693
Prawo europejskie . . . . .	698
<b>Bibliografia</b> . . . . .	700

## Wykaz używanych skrótów

### Źródła prawa

<b>Kc</b>	– Kodeks cywilny
<b>Kpc</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>Kk</b>	– Kodeks karny
<b>Kpk</b>	– Kodeks postępowania karnego
<b>Kp</b>	– Kodeks pracy
<b>Kpa</b>	– Kodeks postępowania administracyjnego
<b>Ksh</b>	– Kodeks spółek handlowych
<b>Pzp</b>	– Prawo zamówień publicznych
<b>uzp</b>	– ustawa o zamówieniach publicznych

### Organy orzekające i kontrolne, organy administracji państwowej

<b>KBN</b>	– Komitet Badań Naukowych
<b>NIK</b>	– Najwyższa Izba Kontroli
<b>NSA</b>	– Naczelny Sąd Administracyjny
<b>RIO</b>	– Regionalna Izba Obrachunkowa
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>WSA</b>	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

### Instytucje europejskie

<b>CEN</b>	– Europejski Komitet Standaryzacji
<b>CENELEC</b>	– Europejski Komitet Standaryzacji Elektrotechnicznej
<b>ETS</b>	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
<b>EWG</b>	– Europejska Wspólnota Gospodarcza
<b>GPA</b>	– Porozumienia w sprawie Zamówień Rządowych (Government Procurement Agreement)
<b>OJ</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Official Journal)
<b>SDR</b>	– jednostka rozliczeniowa Międzynarodowego Funduszu Walutowego
<b>TWE</b>	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Traktat Rzymski)
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>UOPWE</b>	– Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich
<b>WE</b>	– Wspólnoty Europejskie

## **Inne skróty**

- BZP** – Biuletyn Zamówień Publicznych
- CPC** – Centralna klasyfikacja produktów (CPC Prov.) Narodów Zjednoczonych
- CPV** – Wspólny słownik zamówień
- EN** – norma europejska
- PN** – polska norma
- SIWZ** – specyfikacja istotnych warunków zamówienia



# **KOMENTARZ DO USTAWY**

z dnia 29 stycznia 2004 r.

## **Prawo zamówień publicznych**

(Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163)



# Dział I Przepisy ogólne

## Rozdział 1 Przedmiot regulacji

### Art. 1 [Zakres regulacji]

**Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.**

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych zastąpiła obowiązującą od 1 stycznia 1995 r. ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>1</sup>. Przepisy Pzp weszły w życie 2 marca 2004 r. Za przyjęciem nowego Prawa zamówień publicznych przemawiały dwie zasadnicze okoliczności. Pierwszą z nich była niedoskonałość istniejącej regulacji spowodowana w głównej mierze jej częstymi nowelizacjami. Drugą, równie istotną, była konieczność zakończenia procesu pełnej harmonizacji przepisów polskiego prawa z wymogami prawa wspólnotowego. Uzp spełniała w dużym stopniu wymogi prawa europejskiego, w szczególności dotyczące zakresu podmiotowego, dostępu do informacji o udzielanych zamówieniach (publikacja ogłoszeń), uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania oraz dostępności środków odwoławczych. Jednocześnie jednak istniały pewne rozbieżności, m.in. w zakresie klasyfikacji zamówień, zasad opisu i szacowania przedmiotu zamówienia, warunków uczestnictwa w postępowaniu. Nie wdrożono także do polskiego systemu zamówień publicznych części instytucji prawnych przewidzianych w przepisach dyrektyw, takich jak koncesje na roboty budowlane, atestacja czy koncyliacja. Od pełnego dostosowania polskiego prawa w zakresie zamówień publicznych do wymogów dyrektyw uzależniony był nieograniczony dostęp polskich przedsiębiorców do europejskiego rynku zamówień (przetargów organizowanych w krajach Unii Europejskiej), a także możliwość wydatkowania przez polskie podmioty środków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Zgodnie z wielokrotnie prezentowanym stanowiskiem Komisji Europejskiej wydatkowanie środków pochodzących z funduszy strukturalnych dla państw członkowskich powinno następować wyłącznie w oparciu o przepisy krajowe, które muszą być w tym zakresie w pełni zgodne z prawem wspólnotowym.
2. Przepisy Pzp były nowelizowane przez następujące akty prawne:
  - ustawę z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej<sup>2</sup>,
  - ustawę z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych<sup>3</sup>,
  - ustawę z dnia 28 maja 2004 r. o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw<sup>4</sup>,
  - ustawę z dnia 25 listopada 2004 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz o zmianie niektórych ustaw<sup>5</sup>,
  - ustawę z dnia 27 lipca 2005 r. o przeprowadzaniu konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów zarządów państwowych funduszy celowych<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 116, poz. 1207 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1537.

<sup>5</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 273, poz. 2703 z późn. zm.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1362 z późn. zm.

- ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych<sup>1</sup>,
  - ustawę z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>2</sup>.
3. Szczególnie istotne znaczenie ma nowelizacja przepisów Pzp dokonana ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. Konieczność przeprowadzenia tejże nowelizacji wynikała z publikacji w niespełna dwa miesiące po wejściu w życie Pzp nowych Dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które zastąpiły dotychczasowe regulacje unijne. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do wdrożenia tych Dyrektyw do dnia 31 stycznia 2006 r. Poza rozwiązaniami wynikającymi z norm prawa wspólnotowego wprowadzono w życie szereg przepisów, których celem było ułatwienie zamawiającym sprawnego i terminowego udzielania zamówień, przy jednoczesnym zapewnieniu prawidłowości prowadzonych postępowań. Dokonano również zmian niektórych przepisów, które mogły wywoływać wątpliwości interpretacyjne.
4. Pzp uwzględni następujące akty z zakresu *acquis communautaire*:
- Dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych<sup>3</sup>,
  - Dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji<sup>4</sup>,
  - Dyrektywę Komisji 2001/78/WE z 13 września 2001 r. zmieniającą Aneks IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG, Aneksy IV, V, VI do dyrektywy Rady 93/37/EWG, Aneksy III, IV do dyrektywy Rady 92/50/EWG zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE oraz Aneksy od XII do XV i od XVII do XVIII do dyrektywy Rady 93/38/EWG zmienionej przez dyrektywę 98/4/WE<sup>5</sup>,
  - Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. zmieniającym dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień<sup>6</sup>;
  - Dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. zmieniającym dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień<sup>7</sup>;
  - Rozporządzenie Nr 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 184, poz. 1539 z późn.zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551 z późn.zm.

<sup>3</sup> Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33.

<sup>4</sup> Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 1, str. 315.

<sup>5</sup> Dz. Urz. WE L 285 z 29.10.2001 r.

<sup>6</sup> Dz. Urz. UE L 326/17 z 29.10.2004, s. 17, dalej również jako „nowa Dyrektywa klasyczna”.

<sup>7</sup> Dz. Urz. UE L 326/17 z 29.10.2004, s. 17, dalej również jako „nowa Dyrektywa sektorowa”.

<sup>8</sup> Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002.

5. Nadanie Pzp rangi „Prawa” podkreśla jej znaczenie w systemie przepisów prawa polskiego oraz kompleksowy charakter zawartych w niej regulacji<sup>1</sup>. W Pzp zawarte są normy o różnym charakterze. Największą grupę stanowią przepisy o charakterze materialnoprawnym, które odnoszą się do wszystkich spraw związanych z udzielaniem zamówień (przygotowanie i przeprowadzenie postępowania). Przepisy odnoszące się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy zaliczyć do norm ustrojowych. Z kolei przepisy dotyczące protestów i odwołań mają charakter norm proceduralnych. Do spraw uregulowanych w Pzp mają zastosowanie także przepisy innych ustaw. I tak, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilnego. Przepisy kodeksu cywilnego mają także zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych. W tym zakresie Pzp ma charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów tego kodeksu. Jednocześnie, w Kc zawarte są przepisy dotyczące aukcji i przetargów (art. 70<sup>1</sup> do 70<sup>5</sup>) oraz negocjacji (art. 72 i 72<sup>1</sup>), które będą miały zastosowanie do wszystkich postępowań przetargowych i negocjacyjnych organizowanych w przypadkach, w których przepisy Pzp nie znajdują zastosowania (np. do procedury o udzielenie zamówienia na usługi organizowanej przez zamawiającego sektorowego, w której wartość zamówienia nie przekracza równowartości 422 000 euro). Przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego (przepisy o sędzie polubownym) oraz w przypadku postępowań toczących się w wyniku wniesienia skargi na orzeczenie zespołu arbitrów (przepisy dotyczące apelacji). Do postępowania przed Prezesem Urzędu będą z kolei miały zastosowanie, choć Pzp nie stanowi tego wprost, przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego. Przepisy kodeksu będą także miały zastosowanie do nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów Pzp.
6. Ponieważ przepisy Pzp w znacznej mierze oparte są o przepisy prawa wspólnotowego należy zastanowić się nad wzajemną relacją tych przepisów, a w szczególności nad relacją między przepisami Pzp i przepisami dyrektyw. Podstawę do wydawania dyrektyw stanowi art. 249 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską<sup>2</sup>, zgodnie z którym przepisem: *„Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, którym ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.”* Na podstawie powyższego przepisu przyjmuje się, że dyrektywy wymagają wprowadzenia do prawa krajowego. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika jednocześnie, że niektóre postanowienia dyrektyw mogą mieć skutek bezpośredni (tzw. *„direct effect”*). Warunkiem jest ich wyraźne i bezwarunkowe sformułowanie, tak, aby postanowienia te mogły być stosowane niezależnie od przepisów krajowych. Przepisy takie wywołują skutki dla podmiotów prawa także w sytuacji, w której przepis dyrektywy nie został inkorporowany do przepisów prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub gdy uczyniono to w sposób niewłaściwy. W takim przypadku można powoływać się bezpośrednio na przepisy dyrektyw, dochodząc swoich praw w toku procedury sądowej. Jednocześnie wszystkie organy administracji publicznej i samorządowej zobowiązane są do respektowania bezpośrednio obowiązujących przepisów dyrektyw, niezależnie od postanowień prawa krajowego w tym zakresie. Wypowia-

<sup>1</sup> Ranga „Prawa” zastrzeżona jest zasadniczo dla aktów regulujących w sposób kompleksowy określoną dziedzinę — np. ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. — Prawo energetyczne, regulujące kwestie związane z polityką energetyczną państwa i działalnością w sektorze energetycznym, ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. — Prawo telekomunikacyjne, regulująca kwestie związane ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych, ustawa z dnia 6 września 2001 r. — Prawo farmaceutyczne, regulująca w sposób kompleksowy kwestie związane z produkcją, obrotem, reklamą itp. produktów leczniczych.

<sup>2</sup> Dalej jako „Traktat”.

dając się na temat skutku bezpośredniego dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, Trybunał stwierdził, że skutek taki wywierają m.in. postanowienia dotyczące:

- zakresu podmiotowego i przedmiotowego dyrektyw oraz procedur;
- wyboru procedury,
- kryteriów wyboru oferty,
- kryteriów kwalifikacji wykonawców<sup>1</sup>.

7. Poza przepisami dyrektyw, bezpośrednie zastosowanie do procedur udzielenia zamówienia mają ogólne postanowienia Traktatu<sup>2</sup>. Co więcej, będą one miały zastosowanie także do tych procedur, które (np. z uwagi na podprogową wartość zamówienia), choć uregulowane w Pzp, nie mają oparcia w przepisach dyrektyw oraz tych procedur, które z różnych względów nie będą podlegać przepisom Pzp. Najważniejsze z postanowień Traktatu to: art. 6 (wprowadzający zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość), art. 23–31 (stanowiące zasadę swobodnego przepływu towarów), art. 43–48 (stanowiące swobodę przedsiębiorczości), art. 49–55 (stanowiące swobodę przepływu usług), art. 82 (wprowadzający zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku), art. 86 (odnoszący się do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, którym państwo przyznaje szczególne i wyłączne prawa) oraz art. 87 (dotyczący pomocy publicznej dla przedsiębiorców).<sup>3</sup> Przykładowo, w orzeczeniach w sprawach Dundalk (C-45/87) oraz Storebaelt (C-243/89) Trybunał zakwestionował zgodność z przepisami Traktatu klauzul, zawartych w zaproszeniach do składania ofert, które w różny sposób preferowały produkty pochodzące z określonego państwa członkowskiego (np. poprzez wprowadzenie wymogu zgodności z irlandzką normą (Dundalk) albo poprzez wprowadzenie wymogu korzystania w największym możliwym stopniu z duńskich surowców, dóbr i materiałów (Storebaelt)). Odrębną kwestią jest to, w odniesieniu do jakich podmiotów możliwe jest powoływanie się bezpośrednio na postanowienia traktatu. W doktrynie przyjmuje się zasadniczo, że dotyczy to działań wszystkich podmiotów zaliczonych do „zamawiających” na gruncie nowej Dyrektywy klasycznej. Wydaje się, że także niektóre podmioty objęte zakresem zastosowania nowej Dyrektywy sektorowej (organy władzy publicznej oraz przedsiębiorstwa publiczne) mogą być bezpośrednimi adresatami norm zawartych w Traktacie<sup>4</sup>.
8. O tym, jak istotne znaczenie mogą mieć przepisy Dyrektyw dla wykładni przepisów Pzp świadczy opublikowana przez Urząd Zamówień Publicznych opinia dotycząca nabywania akcji lub udziałów w spółkach prawa handlowego. UZP odwołał się w niej bezpośrednio do regulacji zawartych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, w tym w szczególności do dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy (93/36/EWG). Dyrektywa ta zawiera definicję, zgodnie z którą przez „zamówienie publiczne na dostawę” należy rozumieć umowę o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a zamawiającym, których przedmiotem jest kupno, kupno na raty, dzierżawa, najem lub leasing z opcją lub bez opcji zakupu produktów. W opinii UZP takie rozumienie dostawy wyłącza z zakresu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych

<sup>1</sup> Por. na ten temat publikację Urzędu Zamówień Publicznych „Zamówienie publiczne w Unii Europejskiej”, Warszawa 2001, s. 17.

<sup>2</sup> Por. np. punkt 2 Preambuły do nowej Dyrektywy klasycznej, w którym wyraźnie stwierdzono: „Zawieranie umów w imieniu Państwa, władz regionalnych i lokalnych oraz innych podmiotów prawa publicznego, podlega podstawowym zasadom Traktatu, w tym w szczególności zasadzie swobody przepływu towarów, zasadzie swobody przedsiębiorczości oraz swobodzie świadczenia usług oraz zasadom, które można z nich wywieść, w tym zasadzie równego traktowania, zasadzie niedyskryminacji, zasadzie wzajemnego uznania, zasadzie proporcjonalności oraz zasadzie przejrzystości”.

<sup>3</sup> Szerzej na ten temat zob. m.in. A. Sołtysińska „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, Zakamycze 2004, s. 145 i nast. oraz publikacja Urzędu Zamówień Publicznych pod tym samym tytułem, s. 9–10.

<sup>4</sup> Szerzej na ten temat pisze A. Sołtysińska w „Zamówienia publiczne...”, s. 11 i nast.

umowy, których przedmiotem jest nabycie udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego. Dodatkowo, Urząd wskazał na to, iż nabycie udziałów, a zwłaszcza akcji, w spółkach handlowych wiąże się nierzadko z koniecznością stosowania określonych reguł rządzących przeprowadzaniem tego typu transakcji. Zasady takie mogą w znacznym stopniu utrudniać lub wręcz uniemożliwiać stosowanie zasad i trybów udzielenia zamówień przewidzianych w Pzp. Powyższe uwarunkowania prawne doprowadziły do konkluzji, iż umowy, których przedmiotem jest nabycie udziałów (akcji) w spółkach kapitałowych wykazują cechy powodujące, iż stosowanie do nich przepisów o zamówieniach publicznych nie jest właściwe.

9. Przepisy Pzp nie znajdują również zastosowania do pewnych kategorii usług wykonywanych przez spółki zależne na rzecz gmin, których spółki te są własnością. Kwestia ta była przedmiotem orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05) stwierdził, iż „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania”. Z orzeczenia tego wynika zatem, iż jeżeli powierzenie zadań jednostce organizacyjnej gminy następuje drogą aktu prawnego kreującego tę jednostkę (np. aktu założycielskiego spółki z o.o.), gmina nie jest zobowiązana do stosowania procedur zamówień publicznych do zlecenia tego rodzaju usług tejże jednostce organizacyjnej<sup>1</sup> (oczywiście tylko w takim zakresie, w jakim usługi te objęte zostały aktem powołania danej jednostki organizacyjnej).
10. Wspólnota Europejska (włączając wszystkie jej państwa członkowskie) jest stroną międzynarodowej umowy dotyczącej zamówień publicznych tzw. Porozumienia w sprawie Zamówień Rządowych (ang. Government Procurement Agreement, skrót — GPA). Przepisy GPA oparte są na zasadzie równego i niedyskryminacyjnego traktowania dostawców i wykonawców z poszczególnych państw — stron umowy. Przepisy Porozumienia dotyczą jedynie zamówień o wartościach przekraczających progi wyrażone w jednostce rozliczeniowej Międzynarodowego Funduszu Walutowego — SDR<sup>2</sup> (130 000 SDR, 200 000 SDR lub 5 000 000 SDR — progi te odpowiadają co do zasady progom przyjętym w dyrektywach). Od 1 maja 2004 r., w związku z akcesją do Unii Europejskiej zamówienia publiczne udzielane w Polsce zostały objęte zakresem postanowień GPA. Ponieważ jednak w UE postanowienia GPA zostały wdrożone do porządku prawnego poprzez postanowienia Dyrektyw, objęcie krajowych procedur wymogami GPA nie będzie miało większych praktycznych konsekwencji<sup>3</sup>. Dodatkowo, wiążącym się z tym wymogiem jest wskazanie w ogłoszeniu, czy zamówienie jest objęte GPA<sup>4</sup>. Natomiast to, czy dane zamówienie będzie objęte porozumieniem zależne będzie od jego wartości oraz od osoby zamawiającego<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Powyższy wyrok NSA był szeroko komentowany, również pod kątem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Por. np. R. Szostak w: „Spółki komunalne a Prawo zamówień publicznych”, *Zamówienia Publiczne — Doradca* nr 1/2006, A. Stawicki „Trybunał kwestionuje bezpośrednie zlecenie”, *Rzeczpospolita* nr 260/2005.

<sup>2</sup> Ang. *special drawing rights*.

<sup>3</sup> Por. także punkt 7 Preambuły do nowej Dyrektywy Sektorowej oraz art. 5 tej Dyrektywy.

<sup>4</sup> Dotyczy to zarówno wstępnych i okresowych ogłoszeń informacyjnych, jak i ogłoszeń o konkretnym zamówieniu (por. wzory ogłoszeń stanowiące załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2004 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych i Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich).

<sup>5</sup> Szczegółowe informacje na ten temat podaje D. Piasta w „Informacji na temat postanowień Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA) Światowej Organizacji Handlu”, *Informator UZP* z 2004 r. Nr 4.

## Art. 2. [Definicje]

Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) cenie — należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.);
- 2) dostawach — należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu;
- 2a) dynamicznym systemie zakupów — należy przez to rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne;
- 3) kierownikowi zamawiającego — należy przez to rozumieć osobę lub organ, który — zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową — jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego;
- 4) koncesji na roboty budowlane — należy przez to rozumieć zamówienia publiczne na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą;
- 5) najkorzystniejszej ofercie — należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;
- 6) ofercie częściowej — należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;
- 7) ofercie wariantowej — należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego;
- 8) robotach budowlanych — należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 9) środkach publicznych — należy przez to rozumieć środki publiczne w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 9a) umowie ramowej — należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości;
- 10) usługach — należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy;
- 11) wykonawcy — należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;



**12) zamawiającym — należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy;**

**13) zamówieniach publicznych — należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.**

1. Art. 2 ustawy tworzy tzw. słowniczek wyrażeń ustawowych. Zawarte są w nim definicje legalne najważniejszych pojęć występujących w przepisach Pzp. Tym samym artykuł ten jest jednym z kluczowych narzędzi umożliwiających prawidłową wykładnię całości przepisów ustawy. Definicje zawarte w „słowniczku” dzielą się na dwie podstawowe kategorie. W części przypadków ustawodawca wprowadził definicje, które pewnym terminom nadają autonomiczne znaczenie, odrębne od znaczenia nadanego im w przepisach innych ustaw, czy też znaczenia wynikającego z praktyki gospodarczej (np. „dostawy”, „usługi”). W innych przypadkach uznano, że niecelowe jest normatywne ustalanie nowych znaczeń na potrzeby zamówień publicznych (np. „cena”, „środki publiczne”), bowiem są one wystarczająco unormowane w innych aktach prawnych, do których ustawa *expressis verbis* odsyła. Część definicji, których charakter uzasadniałby ich umieszczenie w słowniczku została zawarta w dalszych przepisach Pzp. Rozwiązanie takie zostało przyjęte dlatego, iż tak definiowane terminy mają zastosowanie ograniczone do wybranych jednostek redakcyjnych ustawy (por. np. art. 110, w którym została zawarta definicja „konkursu”)<sup>1</sup>.
2. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach<sup>2</sup> ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W tak rozumianej cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Wspomniana ustawa definiuje także pojęcie ceny jednostkowej, pod którym rozumie się cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach. Z przepisu tego wynika w związku z tym, że co do zasady pod pojęciem „ceny” należy na gruncie przepisów Pzp rozumieć tzw. cenę brutto (a więc z naliczonym podatkiem VAT). Oznacza to, że taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert<sup>3</sup>.
3. Dokonując interpretacji definicji „ceny” zawartej w przepisach Pzp należy pamiętać, że pojęcia występujące w ustawie o cenach nie są tożsame z pojęciami występującymi na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych. Dotyczy to przesądzenia w ustawie o cenach, iż cena jest wartością, „którą kupujący jest zobowiązany zapłacić za towar lub usługę”. Sformułowanie to nie oznacza, iż definicja ta może mieć zastosowanie jedynie do wybranych rodzajów dostaw (dostaw towarów) lub usług. Jest wręcz przeciwnie, definicja „ceny” znajduje zastosowanie do wszelkich rodzajów dostaw, usług i robót budowlanych w rozumieniu przepisów Pzp. Podobnie, nie jest właściwe uwzględnianie w procesie interpretacji tego fragmentu definicji, w którym mowa jest o kwocie, jaką „kupujący obowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”. Definicja ceny ma pełne zastosowanie także do tych przypadków, w których wykonawcą zamówienia będzie podmiot nie będący przedsiębiorcą.

<sup>1</sup> Innego rodzaju definicje zawarte są w poszczególnych przepisach ustawy, np. art. 5 ust. 1 zawiera definicję terminu „Prezes Urzędu”, pod którym to pojęciem rozumie się Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponieważ jednak w tych przypadkach definicje wprowadzone są jedynie dla uproszczenia tekstu ustawy, a nie w celu nadania pewnym terminom określonych znaczeń, definicji tych nie zawarto w słowniczku.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.

<sup>3</sup> Pzp przewiduje również specjalne rozwiązania związane z rozliczaniem podatku VAT w przypadku tzw. wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. Por. art. 91 ust. 3a.

4. Jak wskazano powyżej cena, o jakiej mowa w Pzp jest ceną brutto. W tym kontekście także ceny podane w ofertach będą co do zasady cenami brutto. Tymczasem, zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Różnica pomiędzy tymi pojęciami może mieć praktyczne znaczenie w przypadkach, w których wartość zamówienia (bez VAT) określona jest w wysokości podprogowej, a cena oferty ze względu na podatek VAT i akcyzę przekracza ten próg. W takim wypadku nie można postawić zamawiającemu zarzutu niezastosowania przepisów Pzp do udzielenia zamówienia<sup>1</sup>.
5. W praktyce zamówień publicznych pojawiał się problem dokonywania rozliczeń (tj. zapłaty ceny) w walucie innej niż złoty (np. w euro). Przepisy Pzp nie odnoszą się do kwestii waluty, w jakiej dokonywane są rozliczenia pomiędzy stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołać się w tym zakresie należy do innych przepisów prawa, w tym w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 358 § 1 Kc „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, zobowiązania pieniężne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej mogą być wyrażone tylko w pieniądzu polskim.” Przepis ten statuuje tzw. zasadę walutowości, z której wynika brak możliwości dokonywania na terenie Polski rozliczeń w walucie innej niż złoty polski. Odstępstwa od zasady walutowości wymagają wyraźnej podstawy prawnej. Nie ulega wątpliwości, iż do kategorii przepisów szczególnych, pozwalających na odstępstwo od zasady walutowości, zaliczają się przepisy Prawa dewizowego<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 9 pkt 15 tej ustawy ograniczeniom podlega dokonywanie w kraju, między rezydentami, rozliczeń w walutach obcych, z wyjątkiem rozliczeń między osobami fizycznymi, o ile nie mają one związku z prowadzeniem działalności gospodarczej. Z przepisu tego wynika, iż nie jest możliwe bez zezwolenia dewizowego dokonywanie rozliczeń w walucie obcej (w tym również w euro), jeżeli zarówno zamawiający jak i wykonawca mają siedzibę lub miejsce zamieszkania na terenie Polski. Przepis ten w poważnym stopniu ogranicza możliwość korzystania z rozliczeń w innej walucie (np. w euro). Zamawiający już w SIWZ musiałby w takim wypadku wskazywać, że zamierza prowadzić rozliczenia w euro i że w związku z tym krajowi wykonawcy powinni uzyskać stosowne zezwolenie. Wymóg taki mógłby jednak zostać oprotestowany przez krajowych wykonawców na gruncie art. 7 Pzp (brak równych warunków konkurencji z wykonawcami zagranicznymi). Nie wyłącza to możliwości określenia w umowie wysokości wynagrodzenia w euro, z tym jednak zastrzeżeniem, że na potrzeby płatności wynagrodzenie to zostanie przeliczone na złote polskie po określonym kursie, a płatność nastąpi w złotych polskich. Należy również wskazać, iż z art. 9 pkt 1 Prawa dewizowego wynika dopuszczalność dokonywania rozliczeń pomiędzy rezydentami i nierezydentami w walutach wymiennalnych, w tym w euro. Oznacza to, że jeżeli zamawiający udzieli zamówienia publicznego podmiotowi, który nie ma siedziby (miejsca zamieszkania) na terenie Polski, rozliczenia będą mogły być dokonywane w walutach wymiennalnych, w tym w euro.
6. Odrębną kwestią jest możliwość żądania przez zamawiającego, aby ceny podane w ofertach były cenami wyrażonymi w walucie obcej (np. w euro). W tym kontekście należy zauważyć, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2). Jak już wskazano, definiując pojęcie ceny należy odwołać się do przepisów ustawy o cenach. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy przez „cenę” należy rozumieć wartość wyrażoną

<sup>1</sup> Por. także komentarz do art. 32.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe, Dz. U. Nr 141, poz. 1178 z późn. zm.

w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Takie sformułowanie pozwala na przyjęcie, że zamawiający może żądać przedłożenia ofert z cenami wyrażonymi w euro.

7. Pzp, podobnie jak to było w przypadku ustawy o zamówieniach publicznych, zawiera autonomiczną definicję „dostaw”. Odbiega ona od pojęcia dostawy uregulowanego w art. 605 Kc, zgodnie z którym „przez umowę dostawcy zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny”. Rozbieżności dotyczą w pierwszej kolejności braku obowiązku wytworzenia rzeczy. Dlatego też przepisom Pzp dotyczącym dostaw podlega także dostarczanie produktów i innych dóbr zakupionych u ich producentów, a dostarczanych przez pośredników. Tym samym (poza szczególnymi przypadkami) nie jest dopuszczalne ograniczanie kręgu podmiotów, które mogą się ubiegać o zamówienie wyłącznie do wytwórców rzeczy (innego dobra). Definicja zawarta w Pzp nie akcentuje także wielokrotności dostarczania jako niezbędnego elementu dostawy. Stąd pod pojęciem „dostawy” będą się mieścić zarówno przypadki dokonywania pojedynczych zakupów, jak i zamówienia na co najmniej kilkakrotne dostarczanie surowców, produktów i innych rzeczy. Potwierdzenie takiego rozumienia tego pojęcia można znaleźć np. w art. 34 ust. 1, w którym określono metody obliczania wartości zamówienia na „dostawy (i usługi) powtarzające się okresowo”. A *con- trario*, należy uznać, że mogą występować także dostawy, które się nie powtarzają.
8. Kolejną istotną różnicą jest to, iż przedmiotem kodeksowej „dostawy” mogą być wyłącznie rzeczy oznaczone co do gatunku. Przedmiotem dostawy w rozumieniu przepisów Pzp mogą być natomiast rzeczy, prawa oraz inne dobra. Zgodnie z art. 45 Kc rzeczami są przedmioty materialne. Dodatkowo, cechą rzeczy jako przedmiotów stosunków cywilnoprawnych jest ich wyodrębnienie oraz możliwość samodzielnego występowania w obrocie. Za dostawę w rozumieniu przepisów Pzp należy także uznać przeniesienie praw. Dotyczyć to będzie w szczególności autorskich praw majątkowych. Kwestie związane z przeniesieniem tych praw regulują przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>1</sup>. Do „innych dóbr”, o jakich mowa w komentowanym przepisie, należy zaliczyć tylko te „przedmioty niematerialne”, które mogą uczestniczyć w obrocie. W grupie tej znajdzie się przede wszystkim energia, np. elektryczna, jądrowa, ciepła. W ujęciu Kc różnorodne postaci energii nie są rzeczami, nie mogą być zatem przedmiotem własności i innych praw rzeczowych. Ponieważ jednak mają charakter mierzalny, też uczestniczą w obrocie cywilnoprawnym (zob. np. art. 555 Kc, który nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów o sprzedaży rzeczy do sprzedaży energii)<sup>2</sup>.
9. Tak skonstruowana definicja dostaw jest zbliżona do definicji przyjętej w Dyrektywie 2004/18/WE, zgodnie z którą „zamówieniami publicznymi na dostawy są zamówienia (...) których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, produktów”. Definicja zawarta w Dyrektywie wskazuje jednocześnie, że dostawa może obejmować czynności związane z rozmieszczeniem i instalacją. Na gruncie przepisów Pzp problem ten reguluje art. 6 ust. 2, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.

<sup>1</sup> Tekst jednolity, Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631.

<sup>2</sup> Szczegółowe rozważania na temat pojęcia rzeczy i innych dóbr prowadzi w swoim komentarzu do art. 45 k.c. M. Bednarek (por. M. Bednarek, „Mienie. Komentarz do art. 44–55 Kc.”, Zakamycze 1997). Por. także orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-3/88, Komisja przeciwko Włochom (*Re Data Processing*), które poświęcone jest wykładni pojęcia „towar” użytego w definicji „dostaw” zawartej w przepisach Dyrektyw.

10. W definicji dostawy ustawodawca odwołał się do szeregu umów, na podstawie których można nabywać rzeczy, prawa i inne dobra. Są to umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Najczęściej stosowaną umową jest umowa sprzedaży, przez którą sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się do odebrania rzeczy i zapłaty ceny (art. 535 Kc). Umowa dostawy została już scharakteryzowana powyżej. Na mocy umowy najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać rzecz najemcy do używania przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a najemca zobowiązuje się uiszczać wynajmującemu umówiony czynsz (art. 659 Kc). Na podstawie umowy dzierżawy, wdzierżawiający zobowiązuje się oddać rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się do uiszczania umówionego czynszu (art. 693 Kc). Wreszcie poprzez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu, w uzgodnionych ratach, wynagrodzenie pieniężne równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego (art. 709 Kc)<sup>1</sup>. Jak widać z powyższego zastawienia, w ustawowym ujęciu „dostaw” mieścić się będą zarówno przypadki, w których na skutek zawartej umowy zamawiający nabywa własność przedmiotu umowy, jak i sytuacje, w których do przejścia własności na zamawiającego nie dochodzi.
11. Definicja dostawy zawarta w Pzp konstrukcyjnie różni się od analogicznej definicji zawartej w ustawie o zamówieniach publicznych („nabywanie rzeczy i praw na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, o dzieło, najmu, leasingu oraz innych umów o podobnym charakterze”). O ile w definicji obowiązującej na gruncie „starych” przepisów istniała pełna jasność, że „nabycie”, o jakim mowa w ustawie, może nastąpić wyłącznie na podstawie umowy, o tyle na gruncie nowej definicji, z uwagi na sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy”, może powstać wątpliwość, czy należy objąć przepisami Pzp także i takie sytuacje, w których do nabycia dochodzi w inny sposób niż poprzez zawarcie umowy (np. nabycie z mocy prawa). Z definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 13 wynika jednak w sposób wyraźny, że z zamówieniem publicznym możemy mieć do czynienia wyłącznie tam, gdzie zawarta zostaje umowa odpłatna. Sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy” należy w związku z tym odnosić wyłącznie do tego, że w omawianej definicji zawarty jest przykładowy katalog umów, w oparciu o które mogą być realizowane zamówienia publiczne na dostawy.
12. Przepisy Pzp po nowelizacji przewidują nowe możliwości udzielania zamówień publicznych z wykorzystaniem nowoczesnych, elektronicznych środków komunikacji. Przykładem takiego rozwiązania jest dynamiczny system zakupów. Zgodnie z definicją ustawową system taki jest „elektronicznym procesem udzielania zamówień, funkcjonującym z odpowiednim wykorzystaniem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego”. Tym samym należy przyjąć, iż dynamiczny system zakupów nie jest nowym, odrębnym trybem udzielenia zamówienia. Zgodnie z założeniami, jakie legły u podstaw wprowadzenia takiego rozwiązania, ustanowienie dynamicznego systemu zakupów powinno pozwolić zamawiającym uzyskać dużą liczbę ofert dzięki dostępności środków elektronicznych, a przez to zapewnić optymalne wykorzystanie środków publicznych. Wprowadzenie dynamicznego systemu zakupów powinno również pozwolić na ograniczenie nakładanych zarówno na zamawiających, jak i na wykonawców,

<sup>1</sup> Por. także P. Banaś „Leasing w zamówieniach publicznych”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2003 r. Nr 4, str. 54 i nast.

obowiązków natury formalnoprawnej. To z kolei sprzyjać powinno większej elastyczności w tworzeniu i prowadzeniu polityki zamówień. Należy jednocześnie pamiętać, że w ramach dynamicznego systemu zakupów mogą być udzielane jedynie zamówienia na dostawy powszechnie dostępne, nabywane na podstawie umowy sprzedaży oraz na usługi powszechnie dostępne. Użycie w komentowanym przepisie określenia „powszechnie dostępne” może budzić wątpliwości interpretacyjne. Należy przyjąć, iż powszechnie dostępne będą takie dostawy bądź usługi, które mają charakter standardowy i są oferowane na rynku przez szerokie grono potencjalnych wykonawców (nacisk położony być musi na stronę podażową). Nie można natomiast, jak się wydaje, utożsamiać „powszechnej dostępności” z tym, iż dana usługa bądź dostawa jest oferowana bez ograniczeń każdemu zainteresowanemu podmiotowi (i w tym kontekście jest „powszechnie” dostępna), pomimo swego specjalistycznego charakteru. Dynamiczny system zakupów nie może być stosowany, co wprost wynika z definicji ustawowej, do zamówień na roboty budowlane.

13. Ustawa o zamówieniach publicznych posługiwała się terminem „kierownik jednostki”<sup>1</sup>. Termin ten zaczerpnięty był z przepisów ustawy o finansach publicznych, co powodowało pewne problemy interpretacyjne w przypadku zamawiających innych niż jednostki sektora finansów publicznych. Dla uniknięcia podobnych kontrowersji Pzp posługuje się terminem „kierownik zamawiającego”, który bardziej przystaje do różnych form prawnych, w jakich mogą funkcjonować zamawiający. Przepisy precyzują jednocześnie, że jest to osoba lub organ, który — zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową — jest uprawniony do zarządzania zamawiającym. Można w związku z tym przyjąć, że tak rozumianym kierownikiem zamawiającego może być, w zależności od konkretnej sytuacji, zarówno określona osoba, jak i ciało kolegialne (organ). Przykładowo, w przypadku organów samorządu terytorialnego na szczeblu powiatu, kierownikiem zamawiającego będzie co do zasady zarząd, który zgodnie z przepisem art. 32 ust. 2 pkt 3 ustawy o samorządzie powiatowym<sup>2</sup> odpowiada za gospodarowanie mieniem powiatu. Nie będzie to jednak dotyczyć zamówień związanych z bieżącym funkcjonowaniem starostwa powiatowego. W tym przypadku funkcję kierownika zamawiającego pełnić będzie starosta, który kieruje sprawami powiatu (art. 34 ust. 1 wspomnianej ustawy) oraz jest kierownikiem starostwa powiatowego (art. 35 ust. 2). Z kolei w przypadku urzędów (np. urzędów centralnych) kierownikiem zamawiającego będzie właściwy minister (kierownik urzędu centralnego), a nie np. dyrektor generalny urzędu. Wynika to z przepisów ustawy o służbie cywilnej<sup>3</sup>, bowiem zgodnie z art. 20 ust. 1 te same ustawy dyrektor generalny podlega bezpośrednio kierownikowi urzędu centralnego. Wyłom od tej zasady stanowią będą jedynie zamówienia związane bezpośrednio z gospodarowaniem mieniem urzędu, w tym zlecenie usług i dokonywanie zakupów dla urzędu, te bowiem sprawy przekazane zostały do kompetencji dyrektora generalnego (art. 20 ust. 2 pkt 1 (d)). Jak wynika z powyższych rozważań, w każdym przypadku kluczowa jest kompetencja do „zarządzania” zamawiającym, a więc do podejmowania wszelkich decyzji związanych z bieżącym funkcjonowaniem zamawiającego w danym zakresie spraw. Jak już wspomniano, kompetencja ta może wynikać zarówno z przepisów prawa, jaki i ze statutu, a nawet z zawartej umowy, co oznacza, że dla określenia, kto jest w danym przypadku „kierownikiem zamawiającego” konieczne może być analizowanie zarówno przepisów prawa, jak i postanowień statutu (innych dokumentów o podobnym charakterze), a nawet zawartych umów. Należy zarazem przyjąć (choćby z uwagi na konieczność indywidualizacji odpowiedzialności), że każdy zamawiający może mieć wyłącz-

<sup>1</sup> Zgodnie z art. 20a ust. 4 tej ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej dokonywał kierownik jednostki lub osoba przez niego upoważniona, zatwierdzając propozycję komisji przetargowej.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej, Dz. U. z 1999 r. Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

nie jednego „kierownika”. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza w sytuacjach, w których kompetencja do zarządzania zamawiającym będzie miała swoje źródło w zawartej umowie. W takich przypadkach statutowy „kierownik zamawiającego” nie będzie pełnił tej funkcji, a w konsekwencji będzie także zwolniony z odpowiedzialności związanej z występowaniem w roli kierownika zamawiającego, o ile z zawartej umowy lub z przepisów stanowiących podstawę do jej zawarcia nie będzie wynikało nic innego.

14. Możliwość zawarcia umowy o zarządzanie innym podmiotem przewiduje przykładowo art. 7 Kodeksu spółek handlowych<sup>1</sup>. Jest to przepis regulujący stosunki prawne w układzie holdingowym (pomiędzy podmiotami powiązаныmi relacjami zależności i dominacji). Przepisy Ksh nie zawierają jednocześnie postanowień które precyzowałyby, jaka ma być treść zawartej umowy, poza kwestiami odnoszącymi się do odpowiedzialności spółki zarządzającej. Należy w związku z tym przyjąć, że w przypadku zawarcia takiej umowy, o ile nic innego nie wynikałoby z jej treści, zarząd spółki dominującej stałby się kierownikiem zamawiającego spółki zależnej. Możliwość zawarcia umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym przewiduje z kolei art. 45 a ustawy o przedsiębiorstwach państwowych<sup>2</sup>. Powierzenie zarządzania następuje w drodze umowy zawartej na czas oznaczony, nie krótszy niż trzy lata, między Skarbem Państwa reprezentowanym przez organ założycielski a zarządcą. Umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem powinna określać w szczególności obowiązki zarządcy w zakresie bieżącego zarządzania oraz zmian i usprawnień w przedsiębiorstwie, zasady wynagradzania zarządcy, kryteria oceny efektywności zarządzania oraz odpowiedzialność za powierzone przedsiębiorstwo. Dodatkowo, jeżeli zarządcą jest osoba prawna, umowa powinna przewidywać, kto w jej imieniu będzie dokonywał czynności zarządu. Z postanowień powołanej ustawy wynika, że w przypadku zawarcia umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym funkcję kierownika jednostki będzie pełnił albo zarządca (osoba fizyczna) albo osoba lub organ wskazany w umowie, jeżeli zarządcą będzie osoba prawna.
15. Przepisy Pzp przesądzają, że „kierownikiem zamawiającego” nie może być i nie jest osoba działająca jako pełnomocnik zamawiającego. Dotyczy to także prokurentów, bowiem prokura jest rodzajem pełnomocnictwa (por. art. 109<sup>1</sup> Kc). Nie wyłącza to oczywiście możliwości delegowania na podstawie pełnomocnictwa określonych kompetencji kierownika zamawiającego (uprawnienie takie wynika wprost z art. 18 ust. 2). Zasadniczo różnicę się będą jednocześnie konsekwencje prawne takiego postępowania. O ile w przypadku zawarcia umowy (np. o zarządzanie), delegacji kompetencji towarzyszyć będzie także „delegacja” odpowiedzialności, o tyle w przypadku delegacji określonych kompetencji na podstawie pełnomocnictwa odpowiedzialność w dalszym ciągu spoczywa także na kierowniku zamawiającego, co wprost wynika z treści wspomnianego powyżej przepisu.
16. Definicje terminu „kierownik jednostki” występują na gruncie przepisów innych ustaw. Zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych<sup>3</sup>, kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej, w tym za wykonywanie określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli finansowej. Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia<sup>4</sup>, kierownikiem jednostki jest osoba lub organ przedsiębiorcy lub innej jednostki organizacyjnej, uprawniony, zgodnie z przepisami prawa, statutem, umową, do zarządzania nią. W definicji tej za kierownika jednostki uznaje się również likwidatora lub syndyka. Zgodnie z art. 312 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze<sup>5</sup>, w razie ogło-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.

<sup>5</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

szenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego możliwe jest dalsze prowadzenie tego przedsiębiorstwa, jeżeli możliwe jest zawarcie układu z wierzycielami lub możliwa jest sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanej części. Jeżeli syndyk prowadzi przedsiębiorstwo upadłego, powinien, zgodnie z powołanym przepisem podjąć wszelkie działania zapewniające zachowanie przedsiębiorstwa w co najmniej nie pogorszonym stanie. Skoro zatem syndyk może prowadzić dalej przedsiębiorstwo, to, z braku wyraźnego wyłączenia przedmiotowego, należy uznać, że jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp przy zawieraniu związków z tym umów. Można zatem przyjąć, że w określonych przypadkach także syndyk albo likwidator mogą pełnić funkcję kierownika zamawiającego.

17. Przepisy Pzp wprowadzają pojęcie „koncesji na roboty budowlane”. Koncesją na roboty budowlane jest zamówienie publiczne na roboty budowlane, z tym, że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą. Przyjęta w ustawie regulacja oparte jest na rozwiązaniach zawartych w prawie wspólnotowym. Zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE „koncesją na roboty budowlane jest umowa tego samego rodzaju jak zamówienia publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzeniem za roboty budowlane, które mają być wykonane, jest albo wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością”<sup>1</sup>. Termin „koncesja” podkreśla znaczenie upoważnienia (od łacińskiego terminu *concessio*, czyli zgoda) do korzystania w celach komercyjnych z obiektów będących rezultatem wykonanych prac. Koncesja na roboty budowlane stanowi w istocie szczególny rodzaj zamówienia na roboty budowlane. O jego specyfice przesądza forma wynagrodzenia należnego wykonawcy. Wynagrodzeniem tym jest „prawo do eksploatacji” wykonanego obiektu budowlanego. Użycie przez ustawodawcę określenia „eksploatacja obiektu” może być mylące, ponieważ pod pojęciem eksploatacji rozumie się z reguły wykorzystywanie obiektu na potrzeby własne. Tymczasem istotą uzyskania koncesji jest możliwość czerpania pożytków z eksploatacji obiektu w stosunkach z osobami trzecimi. Skoro bowiem eksploatacja obiektu budowlanego ma stanowić formę wynagrodzenia, to w praktyce musi się ona sprowadzać do prawa wyłącznego zarządu tym obiektem, połączonego z prawem do czerpania korzyści ekonomicznych<sup>2</sup>. Taka konstrukcja wynagrodzenia należnego wykonawcy mieści się w ogólnej konstrukcji umowy o roboty budowlane według polskiego prawa cywilnego. Jakkolwiek w art. 647 Kc nie definiuje się bliżej pojęcia „wynagrodzenie” za wykonanie przewidzianego w umowie obiektu (remontu), jednocześnie powszechnie przyjmuje się, że do wynagrodzenia przy robotach budowlanych stosować trzeba w drodze analogii przepisy o wynagrodzeniu w ramach zbliżonej do niej umowy o dzieło (art. 627 Kc). Natomiast na gruncie stosunków z umowy o dzieło panuje pogląd, że wynagrodzenie to nie musi przybierać postaci świadczenia pieniężnego. Funkcję wynagrodzenia może pełnić świadczenie każdego innego rodzaju, które ma określoną wartość majątkową i w związku z tym może stanowić ekwiwalent wartości dzieła. Można w związku z tym przyjąć, iż bezpośrednio z przepisów Kc wynika, że wynagrodzenie z umowy o roboty budowlane może mieć, przynajmniej w części, postać prawa do czerpania pożytków z wykonanego na rzecz zamawiającego obiektu budowlanego. Pomimo tego wprowadzenie do Pzp definicji „koncesji na roboty budowlane” miało swoje uzasadnienie, bowiem w art. 128–131 uregulowano szczególne zasady udzielenia i wykonywania koncesji. Dla określenia zakresu ich zastosowania konieczne było zdefiniowanie koncesji na roboty budowlane.

<sup>1</sup> Podobne definicję zawierają nowe Dyrektywy (por. np. art. 1 ust. 3 pkt (a) nowej Dyrektywy klasycznej). Jednocześnie w przepisach tych Dyrektywy przewiduje się także możliwość udzielania koncesji na usługi (por. np. art. 1 ust. 3 pkt (b) nowej Dyrektywy klasycznej).

<sup>2</sup> Należy jednocześnie pamiętać, że godząc się na wynagrodzenie w postaci pożytków z eksploatacji obiektu budowlanego, wykonawca przyjmuje jednocześnie ryzyko gospodarcze z tym związane, które w normalnych warunkach spoczywałoby na zamawiającym.

18. Pzp zawiera także definicję „najkorzystniejszej oferty”. Co do zasady, ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jedyne w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ofertą najkorzystniejszą jest zawsze oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. W odniesieniu do takich zamówień ustawodawca wyłączył możliwość przyjmowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Przykładem takich zamówień mogą być zamówienia na prace projektowe wykonywane przez architektów. Projekty architektoniczne zaliczane są bowiem do utworów w rozumieniu przepisów Prawa autorskiego<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy utworem jest „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”. W ust. 2 pkt. 6 wymienia się wprost utwory architektoniczne. Tym samym ustawodawca zaliczył projekty architektoniczne do przejawów działalności twórczej. Potwierdzenie takiego charakteru tych prac znaleźć można również w art. 2 ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów<sup>2</sup>. Zgodnie z tym przepisem wykonywanie zawodu architekta polega na współtworzeniu kultury przez projektowanie architektoniczne obiektów budowlanych, ich przestrzennego otoczenia oraz ich realizacji, nadzorze nad procesem ich powstawania oraz na edukacji architektonicznej. Potwierdzenie prezentowanej tezy przynosi również orzecznictwo sądowe oraz orzecznictwo zespołów arbitrów. Przykładowo, w orzeczeniu sądu apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 czerwca 2003 r. (I Aca 510/03)<sup>3</sup> sąd ten potwierdził, iż utwory architektoniczne podlegają ochronie na gruncie Prawa autorskiego. Sąd wskazał, iż ochrona ta ma swoje źródło w przysługującej architektom swobodzie dokonywania wyborów odnośnie treści lub formy. Dlatego też sąd zajął stanowisko, iż pomimo tego, że zakres swobody projektantów w wyborze i uporządkowaniu elementów zagospodarowania placu został w konkretnej sprawie będącej przedmiotem orzeczenia znacząco ograniczony, to i tak ich opracowanie miało charakter autorski. W ocenie sądu: „Ograniczenie takie nie wykluczyło jednak możliwości dokonywania wyborów twórczych rozstrzygających o indywidualności utworu w rozumieniu prawa autorskiego”. „Przesłanka indywidualności utworu jest spełniona wtedy, gdy elementy jego formy i/lub treści nie są w pełni wyznaczone przez uprzednio dane elementy należące do domeny publicznej. Innymi słowy oznacza to, że przy kształtowaniu formy i/lub treści utworu jego twórca wykorzystał obszar swobody w wyborze i uporządkowaniu składników utworu. Uzależnienie ochrony od występowania w utworze cechy indywidualności nie oznacza, aby cecha ta miała się przejawiać w jakimś określonym stopniu jej natężenia. Także w razie minimalnego stopnia indywidualności dopuszczalne jest kwalifikowanie ujawniającego tę cechę utworu jako przedmiotu prawa autorskiego”. Potwierdzenie takiego rozumowania można znaleźć również w wyroku wydanym przez zespół arbitrów w dniu 20 lutego 2006 r., w którym to orzeczeniu stwierdzono: „Zdaniem Zespołu Arbitrów charakter przedmiotu zamówienia nosi znamiona dziełności twórczej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.), który stanowi, iż przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Natomiast ust. 2 tegoż przepisu określa przykładowo utwory, które są przedmiotem prawa autorskie-

<sup>1</sup> Tekst jednolity, Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.

<sup>3</sup> TPP 2004/1-2/143.



go, wymieniając w pkt 6 twory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne. Bezspornym jest, że ustawa autorska nie zamieszcza definicji poszczególnych utworów, posługuje się elastyczną definicją opisu „utworu”, określając jego wymagane cechy. Prawo budowlane natomiast posługuje się szerszym ujęciem projektu architektonicznego, jako części projektu budowlanego, który ma formę określoną przepisami ustawy Prawo budowlane i przepisów wykonawczych, która ogranicza swobodę działalności projektanta, jako twórcy utworu. Prawo autorskie nie zawiera natomiast ścisłych regulacji dotyczących formy i treści utworu twórcy jakim jest projektant. Uznaje więc każdą formę projektu za chroniony jej przepisami utwór, byleby wyróżniała go cecha nowości w porównaniu do innego twórcy oraz indywidualny charakter, który stanowi wyraźne odesłanie do osoby twórcy. Istota opracowania projektu architektonicznego — jego oryginalny i indywidualny charakter przesądza, w ocenie Zespołu Arbitrów, o tym, że nie można takiego zamówienia opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. To projektant — autor opracowania w trakcie swojej pracy proponuje indywidualne rozwiązania architektoniczne — konstrukcyjno-materiałowe(...). Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest działalność twórcza, której przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych za najkorzystniejszą ofertę należy uznać tą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia”.

19. Przykładowe, inne niż cena kryteria oceny ofert podane są w art. 91 ust. 2. Zgodnie z tym przepisem kryteriami oceny ofert mogą być m.in. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, oraz termin wykonania zamówienia. Tak sformułowane kryteria oceny ofert powinny się odnosić wyłącznie do przedmiotu zamówienia. Jedyne w przypadku zamówień, o których mowa w art. 5 możliwe jest sformułowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.<sup>1</sup>
20. W przypadku jednostek sektora finansów publicznych celowe jest dokonywanie wykładni pojęcia „oferta najkorzystniejsza” przez pryzmat art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z tym przepisem, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, tak by możliwa była terminowa realizacja zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jednostki sektora finansów publicznych są także zobowiązane do dokonywania wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków oraz wyłącznie na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych.
21. Ustawa wprowadza nowe rozumienie „robót budowlanych”. W definicji wyróżnia się trzy sytuacje, w których będziemy mieli do czynienia z zamówieniem na roboty budowlane. Po pierwsze, kwalifikować w ten sposób należy wszelkie przypadki, w których zamówienie obejmować będzie wykonywanie jakichkolwiek pojedynczych prac zaliczanych do robót budowlanych, a także sytuacje, w których nastąpi wykonanie obiektu budowlanego. Obiektem budowlanym jest — zgodnie z art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego — budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami względnie obiekt małej architektury.

<sup>1</sup> Podejście takie od dawna ugruntowane jest również w prawie wspólnotowym. Przykładowo, w opinii Rzecznika Generalnego przedłożonej Trybunałowi Sprawiedliwości w sprawie w sprawie C-31/87(Beentjies) także podkreśla się, że „kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie odnoszą się do produktu, a nie producenta, do jakości towaru (usługi, roboty budowlanej), a nie do jakości wykonawcy”. Por. także komentarz do art. 5 oraz do art. 91.

Ponadto, zamówienie zdefiniowane jako zamówienie na roboty budowlane może obejmować łącznie usługi projektowania oraz wykonanie robót budowlanych. Połączenie usługi projektowania z robotami budowlanymi może nastąpić na podstawie umowy o charakterze mieszanym. Do usług projektowania mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło — art. 627 Kc, przepisy reglamentujące zawodowe świadczenie usług projektowania robót budowlanych oraz przepisy prawa budowlanego. Ponieważ udzielenie takiego kompleksowego zamówienia może nieść ze sobą określone ryzyka dla zamawiającego, celowe może być zastosowanie zamówienia dwuetapowego warunkowego, tak, by uruchomienie zamówionych robót budowlanych następowало nie wcześniej niż po odbiorze przez zamawiającego projektu budowlanego<sup>1</sup>. W trzecim przypadku przedmiotem zamówienia będzie realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Regulacja zawarta w przepisach Pzp odpowiada regulacji prawa wspólnotowego. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE „zamówieniami publicznymi na roboty budowlane” są „zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót (...) lub obiektu budowlanego (...) albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”. Przyjmuje się, że ten ostatni przypadek obejmuje umowy zawierane z generalnym wykonawcą, który sam nie angażuje się w wykonanie prac, lecz jedynie koordynuje ich wykonanie przez podwykonawców<sup>2</sup>. Tym samym przepisom Pzp dotyczącym robót budowlanych będą podporządkowane umowy z generalnym wykonawcą i innego rodzaju umowy o zastępstwo inwestycyjne, których treścią jest wykonanie na rzecz zamawiającego konkretnych czynności organizatorskich mających zapewnić określony rezultat budowlany. Tak rozumiany inwestor zastępczy (generalny wykonawca) działa we własnym imieniu, ale na rzecz zamawiającego<sup>3</sup>.

22. Definicja „środków publicznych” zawarta jest w art. 5 ustawy o finansach publicznych<sup>4</sup>. W rozumieniu przepisów tej ustawy środkami publicznymi są dochody publiczne, środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, środki pochodzące ze źródeł zagranicznych, niepodlegające zwrotowi, inne niż pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące: ze sprzedaży papierów wartościowych oraz z innych operacji finansowych, z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego, ze spłat pożyczek udzielonych ze środków publicznych, z otrzymanych pożyczek i kredytów, jak również przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł. Zaliczenie pewnych środków do „środków publicznych” ma szczególne znaczenie w przypadku podmiotów, które w normalnych warunkach nie mają statusu „zamawiającego” i w związku z tym nie stosują przepisów Pzp w prowadzonej działalności. Jeżeli bowiem ponad 50% udzielanego przez te podmioty zamówienia pocho-

<sup>1</sup> Por. R. Szostak „Przegląd zmian w systemie zamówień publicznych. Część I”, Zamówienia Publiczne Doradca z 2004 r. Nr 2, s. 5.

<sup>2</sup> Tak M. Lemke „Zamówienia publiczne...”, s. 41. Autor podaje, że za taką interpretacją przepisu Dyrektywy opowiedział się także Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie C-389/92 (Ballast).

<sup>3</sup> W identyczny sposób rozumie komentowany przepis R. Szostak. Por. „Przegląd zmian... Część I”, s. 5. Autor wskazuje jednocześnie, że przepisom ustawy dotyczącym robót budowlanych będą także podporządkowane także umowy zastępstwa zleceńowego (w których wybrany wykonawca obsługuje jedynie odrębnie przez zamawiającego zawarty kontrakt z wykonawcą robót budowlanych). Z tezą tą nie można się jednak zgodzić. W takim przypadku, kiedy odrębnie zlecane są roboty budowlane, należy przyjąć, że podmiot, któremu zleca się obsługę kontraktu wykonuje pewną usługę na rzecz zamawiającego. O problemach związanych z wykładnią definicji „robót budowlanych” zawartej w przepisach prawa wspólnotowego pisze A. Sołtysińska w „Zamówienia publiczne...”, s. 29.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

dzić będzie ze środków publicznych w rozumieniu przepisów Pzp, a jednocześnie spełnione będą pozostałe przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 5, podmioty takie staną się „zamawiającymi”, ze wszystkimi tego konsekwencjami.

23. Umowy ramowe do czasu nowelizacji z dnia 7 kwietnia 2006 r. mogły być stosowane wyłącznie przez zamawiających sektorowych. Na przeszkodzie wprowadzeniu takiego rozwiązania, również dla zamawiających z sektora finansów publicznych, stała treść dyrektyw wspólnotowych. Zmiana podejścia ustawodawcy wspólnotowego spowodowała, że obecnie z rozwiązania tego korzystać mogą wszyscy zamawiający<sup>1</sup>. Zgodnie z definicją legalną umowę ramową zawiera zamawiający z jednym lub większą liczbą wykonawców. Celem zawarcia takiej umowy nie jest udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie określenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakich zamawiający zamierza udzielić w przyszłości. Zawierając umowę ramową zamawiający uzyskuje możliwość, o ile zajdzie taka potrzeba, szybkiego udzielenia zamówienia wybranym wcześniej wykonawcom z którymi zawarł umowę — z zastosowaniem negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności wypełniania przesłanek zastosowania tych trybów.
24. Podobnie jak to ma miejsce w przypadku „dostaw” i „robót budowlanych”, Pzp zawiera własną definicję „usług”. Usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są dostawy lub roboty budowlane. Konstrukcja taka, powszechnie zresztą stosowana, także w przepisach prawa wspólnotowego, ma na celu zapobieżenie nie stosowaniu przepisów Pzp. W świetle definicji zawartej w komentowanym przepisie nie ma możliwości takiej kwalifikacji przedmiotu zamówienia, aby nie było ono ani „dostawą”, ani „robotą budowlaną” ani „usługą”. Jeżeli dane zamówienie nie daje się zakwalifikować do żadnego z dwóch pierwszych rodzajów zamówienia, to z pewnością stanowić będzie trzeci z nich — usługę.
25. Pzp zawiera bardzo szeroką definicję „wykonawcy”. Wykonawcą jest każda osoba lub jednostka organizacyjna, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Taka szeroka definicja umożliwia odejście od sytuacji występującej na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, w której pojawiały się terminy „dostawca lub wykonawca”, „uczestnik postępowania”, „oferent”. Wprowadzenie jednolitego terminu „wykonawca” z pewnością przyczynia się do większej precyzji aktualnie obowiązujących przepisów. Nie zmienił się natomiast katalog potencjalnych wykonawców. Mogą być nimi osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej<sup>2</sup>. Definicja ustawowa podkreśla jednocześnie, że status wykonawcy łączy się zawsze z pewną formą uczestnictwa danego podmiotu lub jednostki organizacyjnej w procedurze udzielania zamówienia publicznego. W pierwszym okresie „ubiegania się o zamówienie” w przypadku procedur otwartych (np. przetargu nieograniczonego) status „wykonawcy” będzie przysługiwał każdemu podmiotowi (jednostce), który w ten czy inny sposób zadeklaruje zamawiającemu chęć uzyskania zamówienia (np. pobierając specyfikację, składając zapytanie lub protest). W przypadku procedur ograniczonych (np. negocjacje bez ogłoszenia) status wykonawcy przysługuje podmiotom (jednostkom) zaproszonym do udziału w postępowaniu. W kolejnym stadium postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu na składanie ofert) status wykonawcy przysługuje jedynie tym podmiotom (jednostkom), które złożyły oferty w postępowaniu. Po zakończeniu postępowania status wykonawcy przysługuje już tylko temu podmiotowi (jednostce), który zawarł z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia.

<sup>1</sup> Por. w szczególności art. 2 ust. 5 nowej Dyrektywy klasycznej.

<sup>2</sup> Warto pamiętać, iż zgodnie z art. 331 § 1 Kc do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych.

26. „Zamawiającym” jest każda osoba (fizyczna lub prawna) lub jednostka organizacyjna, która jest zobowiązana do stosowania przepisów Pzp. Należy przyjąć, choć nie wynika to bezpośrednio z treści komentowanego przepisu, że zakresem jego zastosowania objęte są jedynie takie sytuacje, w których zobowiązanie do stosowania procedur zamówień publicznych wynika z przepisu prawa i to rangi ustawowej. Przepisy niższego rzędu nie mogą nakładać obowiązków na podmioty prawa, co dotyczyć musi także i obowiązku stosowania przepisów Pzp. Status zamawiającego nie może także wynikać z różnego rodzaju klauzul umownych, nie znajdujących oparcia w przepisach ustawy, nawet, jeżeli będą one przewidywać dla jakiegoś podmiotu zobowiązanie do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych<sup>1</sup>. Należy także pamiętać, że każdy z tych podmiotów jest zamawiającym tylko w ramach konkretnej procedury udzielenia zamówienia, kiedy to aktualizuje się obowiązek stosowania przepisów Pzp (z uwagi na spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących powstanie tego obowiązku). Inaczej rzecz ujmując — podmiot, który mieści się w katalogu zamawiających wskazanych w art. 3, ale który jednocześnie udziela zamówienia o wartości niższej niż 6 000 euro, nie jest zamawiającym w rozumieniu komentowanego przepisu.
27. Zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne, zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja „zamówienia publicznego” kładzie zatem nacisk na element odpłatnej umowy jako formalnoprawnej podstawy udzielenia zamówienia publicznego. Nie są natomiast objęte regulacją przypadki świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na podstawie innej niż umowa odpłatna np. na podstawie umowy użyczenia lub darowizny. O ile, co do zasady, nie jest istotny charakter środków, z jakich następuje odpłatność za wykonanie zamówienia (nie ma znaczenia, czy są to środki własne zamawiającego, czy np. środki uzyskane w drodze kredytu czy pożyczki), o tyle w pewnych przypadkach, żeby można było mówić o zamówieniu publicznym, odpłatność musi następować przy wykorzystaniu środków o określonym pochodzeniu (por. art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6). Odrębnym problemem jest natomiast to, czy w każdym przypadku płatność za wykonaną usługę, dostawę lub robotę budowlaną musi zostać dokonana przez zamawiającego. Innymi słowy — czy przepisami Pzp objęte są również sytuacje, w których zamawiający otrzymuje świadczenia, za które płaci ktoś inny, np. kiedy organ założycielski zleca wykonanie analizy przedprywatyzacyjnej, ale koszty analizy obciążają prywatyzowany podmiot albo kiedy gmina zleca innemu podmiotowi usuwanie na parkingi miejskie nieprawidłowo zaparkowanych samochodów, ale koszty z tym związane pokrywane są przez właścicieli pojazdów. Wychodząc z przyjętego w doktrynie prawa cywilnego rozumienia „umów odpłatnych”, zgodnie z którym odpłatne czynności prawne to czynności, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową, niekoniecznie w postaci pieniężnej, należy uznać, że wspomniane powyżej sytuacje objęte będą zakresem zastosowania przepisów Pzp. W każdym bowiem przypadku zamawiający uzyska korzyść majątkową (w postaci wykonanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej). Korzyść majątkową uzyska także wykonawca zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że wypłacone mu środki pochodzą od podmiotu trzeciego. Dotyczyć to będzie zarówno sytuacji, w których środki na wynagrodzenie wykonawcy zostaną przekazane przez innego zamawiającego, jak i przypadków, w których środki przekaże podmiot nie zobowiązany do stosowania przepisów Pzp.

---

<sup>1</sup> Por. także komentarz do art. 15.

### **Art. 3. [Zakres podmiotowy]**

- 1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez:**
  - 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;**
  - 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;**
  - 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
    - a) finansują je w ponad 50% lub**
    - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub**
    - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**
    - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;****
  - 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;**
  - 4) inne niż określone w pkt 1–3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
    - a) finansują je w ponad 50% lub**
    - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub**
    - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub**
    - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**
    - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;****
  - 5) inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
    - a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,**
    - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,**
    - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;****
  - 6) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie;**
  - 7) podmioty, którym podmioty określone w pkt 1–3a udzieliły koncesji na roboty budowlane, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.**
- 2. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu ust. 1 pkt 4 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania.**

1. W art. 3 zawarty został katalog podmiotów, które są zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych. W miejsce enumeratywnych wyliczeń zamawiających, jakie funkcjonowały na gruncie przepisów uzp, wprowadzono ich generalne kategorie odpowiadające kategoriom funkcjonującym na gruncie przepisów prawa wspólnotowego. Przykładowo, nie zostały wymienione, choć nadal będą miały obowiązek stosować jej przepisy, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz ich jednostki zależne, a także państwowe agencje oraz jednostki publicznej radiofonii i telewizji i ich jednostki zależne. Podmioty te są bowiem albo uznawane za instytucje prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw Unii Europejskiej, albo z racji prowadzonej działalności, podlegają reżimowi zamówień sektorowych. W obydwu przypadkach podlegać będą przepisom Pzp, w związku z tym nie ma potrzeby ich wyszczególniania.
2. Wyróżniono dwie podstawowe grupy „zamawiających”. W pierwszej kolejności, w ust. 1 pkt 1 i 2 komentowanego przepisu, wskazano na podmioty szeroko rozumianego sektora finansów publicznych. Są one zobowiązane do stosowania przepisów ustawy bezwarunkowo i w najszerszym zakresie. W punktach 3–7 wskazano z kolei podmioty, na których obowiązek stosowania przepisów Pzp spoczywa tylko wówczas, kiedy spełnione są warunki wskazane w treści omawianego przepisu. Ten sam podmiot może spełniać warunki określone w kilku punktach i w zakresie każdego z nich mieć status „zamawiającego” oraz związany z tym obowiązek stosowania przepisów ustawy. Przykładowo, podmiot zaliczany do zamawiających sektorowych (o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4), co do zasady udziela zamówień publicznych zgodnie z przepisami art. 132 i nast. (tj. w tak zwanym reżimie sektorowym). Jeżeli jednak ten sam podmiot otrzyma dotację bezpośrednią ze środków publicznych w wysokości ponad 50% wartości zamówienia na roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej, o wartości przekraczającej kwoty wynikające z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8, nie będzie miał możliwości skorzystania z udogodnień zawartych w rozdziale sektorowym, choćby nawet zamówienie udzielane było w celu wykonywania działalności sektorowej. W tym bowiem konkretnym przypadku podmiot taki zaliczać się będzie do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5, a ta grupa podmiotów nie jest uprawniona do stosowania przepisów rozdziału „sektorowego” Pzp. Prowadzi to do wniosku, iż w każdym konkretnym przypadku określona kwalifikacja na gruncie art. 3 przesądza o zakresie stosowania przepisów ustawy.
3. W pierwszej kolejności do stosowania przepisów ustawy zobowiązane są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z art. 4 tej ustawy sektor finansów publicznych tworzą:
  - organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały;
  - gminy, powiaty i samorząd województwa oraz ich związki;
  - jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych;
  - państwowe i samorządowe fundusze celowe;
  - państwowe szkoły wyższe;
  - jednostki badawczo-rozwojowe;
  - samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
  - państwowe i samorządowe instytucje kultury;
  - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i zarządzane przez nie fundusze;
  - Narodowy Fundusz Zdrowia;
  - Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
  - inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego.

4. Organami władzy publicznej są Sejm i Senat oraz Prezydent. Do organów administracji rządowej należy zaliczyć Radę Ministrów, przewodniczących określonych w ustawach komitetów oraz kierowników urzędów centralnych, takich jak Urząd Zamówień Publicznych, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty, Urząd Służby Cywilnej itd. Przedstawicielami Rady Ministrów w województwie są wojewodowie, których także należy zaliczyć do organów administracji rządowej. Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich i Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji są z kolei organami kontroli państwowej i ochrony prawa. Wymiar sprawiedliwości sprawują w Polsce sądy oraz trybunały (por. Rozdział VIII Konstytucji). W tym zakresie odrębne jednostki organizacyjne tworzą m.in. Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz Trybunał Konstytucyjny. Odrębnymi jednostkami organizacyjnymi (a tym samym odrębnymi zamawiającymi) są także sądy powszechne, wojskowe oraz administracyjne.
5. Jednostkami samorządu terytorialnego są gminy, powiaty i województwa. Szczegółowe zasady ich funkcjonowania regulują tzw. ustawy samorządowe<sup>1</sup>. W związku z pojawiającymi się wątpliwościami należy podkreślić, że zamawiającym jest w każdym przypadku dana jednostka samorządu terytorialnego (np. gmina), która działa przez swoje organy.
6. Terminy „państwowa jednostka budżetowa”, „zakład budżetowy”, „gospodarstwo pomocnicze” oraz „fundusz celowy” zdefiniowane są w przepisach ustawy o finansach publicznych<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 20 tego aktu prawnego jednostką budżetową jest jednostka, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Zakładem budżetowym jest natomiast taka jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych, która zgodnie z art. 24 ustawy o finansach publicznych odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych. Zgodnie z art. 26 tej ustawy gospodarstwem pomocniczym jednostki budżetowej jest wyodrębniona z jednostki budżetowej, pod względem organizacyjnym i finansowym, część jej podstawowej działalności lub działalność uboczna. Funduszem celowym jest, zgodnie z art. 29 ustawy o finansach publicznych, fundusz ustawowo powołany, którego przychody pochodzą ze środków publicznych, a wydatki przeznaczane są na realizację zadań wyodrębnionych z budżetu państwa. Fundusz celowy może działać jako osoba prawna lub stanowić wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje organ wskazany w ustawie tworzącej fundusz.
7. Działalność uczelni wyższych reguluje ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym.<sup>3</sup> Status zamawiającego posiadają jedynie uczelnie publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 2 wspomnianej ustawy. Statusu takiego nie będą natomiast miały niepubliczne szkoły wyższe, tj. zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym uczelnie utworzone przez osoby fizyczne albo osoby prawne niebędące państwowymi ani samorządowymi osobami prawnymi. Uwaga ta dotyczy tylko statusu zamawiającego zgodnie z komentowanym przepisem, bowiem szkoły niepaństwowe mogą np. korzystać z dotacji z budżetu państwa, a tym samym być zobowiązane do stosowania Pzp w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 5.

<sup>1</sup> Por. przepisy ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.), ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.

8. Jednostkami badawczo-rozwojowymi są, zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych<sup>1</sup>, państwowe jednostki organizacyjne wyodrębnione pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. W szczególności, zgodnie z art. 2 wskazanej powyżej ustawy, do jednostek badawczo-rozwojowych zalicza się: instytuty naukowo-badawcze, ośrodki badawczo-rozwojowe oraz centralne laboratoria. Tak rozumianym jednostkom badawczo-rozwojowym przysługuje osobowość prawna.
9. Działalność samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej uregulowana jest w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>2</sup>. Zgodnie z przepisami tej ustawy zakładem opieki zdrowotnej jest wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych, utworzony i utrzymywany w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia lub w celu prowadzenia badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia albo realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia. Do tak rozumianych zakładów opieki zdrowotnej zalicza się m.in. szpitale, zakłady opiekuńczo-lecznicze, zakłady pielęgnacyjno-opiekuńcze, sanatoria, przychodnie, ośrodki zdrowia, pogotowie ratunkowe. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 2 wspomnianej ustawy publicznym zakładem opieki zdrowotnej jest zakład, którego założycielem jest minister lub centralny organ administracji rządowej, wojewoda albo jednostka samorządu terytorialnego. „Samodzielne” są natomiast tylko te zakłady zdrowotne, które są odrębnymi jednostkami organizacyjnymi i nie podlegają innym jednostkom organizacyjnym.
10. Zgodnie z przepisami ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej<sup>3</sup>, działalność kulturalna polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Uprawnienie do tworzenia instytucji kultury przysługuje ministrom oraz kierownikom urzędów centralnych (państwowe instytucje kultury — art. 8 ustawy) oraz jednostkom samorządu terytorialnego (samorządowe instytucje kultury — art. 9 ustawy). Instytucje kultury uzyskują osobowość prawną i mogą rozpocząć działalność z chwilą wpisu prowadzonego przez organizatora (art. 14 ust 1 przywoływanej ustawy).
11. Zgodnie z art. 66 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>4</sup> Zakład Ubezpieczeń Społecznych jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną, nad którą nadzór sprawuje minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego. W skład Zakładu wchodzi centrala i terenowe jednostki organizacyjne. Funduszami, jakimi zarządza Zakład Ubezpieczeń Społecznych są Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (art. 51 i nast.) oraz Fundusz Rezerwy Demograficznej (art. 58 i nast.). Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, której prezes jest centralnym organem administracji państwowej podległym Ministrowi Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej, funkcjonuje zgodnie z przepisami ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników<sup>5</sup>. Prezes Kasy zarządza z urzędu Funduszem Składowym Ubezpieczenia Społecznego Rolników, który jest odrębną osobą prawną (art. 76).
12. Narodowy Fundusz Zdrowia funkcjonuje w oparciu o przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych<sup>6</sup>. Fundusz jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną (art. 96 ustawy). W skład Funduszu wchodzi centrala oraz oddziały wojewódzkie.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 33, poz. 388 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 13, poz. 123 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 1998 r. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 1998 r. Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm. .



13. Polska Akademia Nauk jest państwową instytucją naukową, która działa poprzez wyłonioną w drodze wyborów korporację uczonych oraz placówki naukowe zgodnie z przepisami ustawy o Polskiej Akademii Nauk<sup>1</sup>. Polskiej Akademii Nauk przysługuje osobowość prawna.
14. Status „państwowych osób prawnych” przysługuje większości agencji państwowych. Przykładowo, państwowymi osobami prawnymi są Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Nieruchomości Rolnych, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Innym przykładem osób prawnych utworzonych w celu wykonywania zadań publicznych są kolumny transportu sanitarnego. Stosownie bowiem do treści art. 70b ust. 1 w zw. z art. 70a ust. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>2</sup>, kolumna transportu sanitarnego jest jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, tworzoną, przekształcaną i likwidowaną przez organ założycielski, którym jest sejmik województwa. Kolumna transportu wykonuje usługi transportu sanitarnego (art. 70c wspomnianej ustawy).
15. Zakresem stosowania Pzp objęte zostały także „inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej”. Są to instytucje państwowe niezaliczone do sektora finansów publicznych, uznane za organy państwowe w rozumieniu Dyrektywy 2004/18/WE. Zabieg ten zakończył spory interpretacyjne dotyczące obowiązku stosowania ustawy o zamówieniach publicznych przez niebędące jednostkami sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Do państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej można zaliczyć np. jednostki organizacyjne Wojska<sup>3</sup>, Policji<sup>4</sup> czy Państwowej Straży Pożarnej<sup>5</sup>, a także Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe<sup>6</sup>.
16. Przepisy ust. 1 pkt. 1 i 2 przesadzają o objęciu przepisami prawa polskiego wszystkich „Instytucji zamawiających”, tj. „państwa, jednostek samorządu terytorialnego, podmiotów prawa publicznego, związków złożonych z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego”, które zgodnie z przepisami Dyrektywy 2004/18/WE są zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych (por. art. 2 ust. 9). Dyrektywa nie zawiera definicji „państwa” ani „jednostek samorządowych”. W doktrynie podkreśla się, że pojęcia te powinny być interpretowane raczej rozszerzająco niż zawężająco<sup>7</sup>. Pojęcie państwa czy też organu państwowego powinno obejmować wszystkie instytucje sprawujące władzę ustawodawczą, wykonawczą, i sądowniczą, zarówno na poziomie krajowym, jak i regionalnym. Istotne dla wykładni tego pojęcia jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 (Beentjes). W postępowaniu przed sądem krajowym powstała wątpliwość, czy holenderski Komitet Konsolidacyjny Terenów Lokalnych Waterland, nie będący formalnie częścią administracji publicznej i niezależny od władzy wykonawczej, jednakże finansowany z budżetu samorządu lokalnego, którego cele, sposób działania i sposób powoływania członków władz określała ustawa, powinien stosować procedury udzielania zamówień zgodne z dyrektywą dotyczącą zamówień publicznych na

<sup>1</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 75, poz. 469 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

<sup>3</sup> Por. przepisy ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jednolity Dz. U. z 2004 r. Nr 241, poz. 2416 z późn. zm.).

<sup>4</sup> Por. przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 7, poz. 58, z późn. zm.).

<sup>5</sup> Por. przepisy ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 96, poz. 667 z późn. zm.).

<sup>6</sup> Por. art. 32 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Por. M. Lemke w „Zamówienia publiczne...”, s. 31.

roboty budowlane (jako organ państwowy). ETS orzekł, iż pojęcie państwa należy interpretować funkcjonalnie. Oznacza to, że każda instytucja, której skład i funkcje są określone przepisami prawa, której członków władz powołują władze państwowe lub w odniesieniu do której władza państwowa decyduje o zakresie i sposobie realizacji zadań, niezależnie od tego, czy formalnie jest częścią administracji państwowej czy nie, powinna być traktowana jako organ władzy państwowej. W opinii ETS przyjęcie odmiennej, węższej i bardziej formalnej interpretacji osłabiłoby skuteczność Dyrektyw i umożliwiłoby ich łatwe obchodzenie. Intencją takiej wykładni było także objęcie procedurami zamówień publicznych nowych instytucji, o nieznanach wcześniej formach organizacyjnych. Powszechne jest bowiem zjawisko „decentralizacji” administracji, przejawiające się w zlecaniu części jej tradycyjnych zadań i uprawnień. Taka praktyka nie może jednak przesłonić faktu, że funkcjonalnie jednostki takie w dalszym ciągu wykonują zadania publiczne. W orzecznictwie ETS podkreśla się także, że dla oceny, czy dana instytucja jest „organem państwowym” w rozumieniu Dyrektyw nie mają znaczenia przepisy krajowe. Jest to materia objęta wyłącznie regulacją prawa wspólnotowego. Tak więc nawet w przypadku przyjęcia przez przepisy prawa krajowego rozwiązań odbiegających od postanowień Dyrektyw rozstrzygać będzie prawo wspólnotowe, a nie krajowe<sup>1</sup>.

17. Pojęcie „osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego” nie funkcjonowało w prawie polskim. Zostało ono przeniesione z przepisów Dyrektyw, w których podmioty takie stanowią odrębną kategorię zamawiających. Celem tej regulacji jest wdrożenie do polskiego porządku prawnego unijnego pojęcia „podmiotu prawa publicznego”, które ma kluczowe znaczenie przy określaniu zakresu zastosowania unijnych przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 2 ust. 9 nowej Dyrektywy klasycznej, podmiotem prawa publicznego jest podmiot, który:

- został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiada osobowość prawną

oraz spełnia co najmniej jeden z poniższych warunków:

- jest finansowany w całości lub przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, albo
- ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub podmioty prawa publicznego<sup>2</sup>.

Przy interpretacji tego przepisu celowe jest odwołanie się do dorobku orzecznictwa wspólnotowego, w tym szczególnie do orzecznictwa ETS. Kwestii tej Trybunał poświęcił obszernie orzeczenie w sprawie C-360/96 (Arnhem). Dotyczy ono rozróżnienia pomiędzy potrzebami o charakterze powszechnym, nie mającymi charakteru handlowego lub przemysłowe-

<sup>1</sup> M. Lemke wskazuje także, że wykładnia funkcjonalna pojęcia organów państwowych i samorządowych nie pokrywa się z (szerszym) pojęciem stosowanym przez ETS — z pojęciem organów, za które państwo członkowskie ponosi odpowiedzialność w świetle prawa wspólnotowego. W różnych orzeczeniach Trybunał uznawał odpowiedzialność państwa członkowskiego za naruszenia prawa wspólnotowego przez organy, na których działalność państwo członkowskie ma wpływ, którym zleca wykonywanie określonych zadań lub uprawnień i za które ponosi odpowiedzialność, mimo, iż nie są one częścią administracji państwowej (samorządowej). Jednak nie wszystkie organy, za które państwo ponosi odpowiedzialność wobec instytucji wspólnotowych, są organami państwowymi w rozumieniu dyrektyw o zamówieniach publicznych.

<sup>2</sup> Pojęcie instytucji prawa publicznego nie jest związane z pojęciami występującymi w art. 86 Traktatu Rzymskiego: przedsiębiorstwa publicznego (ust.1) czy przedsiębiorstwa świadczącego usługi w ogólnym interesie gospodarczym (ust. 2). Na etapie prac legislacyjnych rozważano możliwość nawiązania w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych do pojęć Traktatowych, lecz zamiast tego wprowadzono nowe pojęcie, niewystępujące w Traktacie Rzymskim.

go oraz potrzebami o charakterze powszechnym, które mają charakter przemysłowy lub handlowy. ETS położył silny nacisk na stan konkurencji na określonym rynku. W opinii Trybunału, przynajmniej co do zasady, potrzeby o charakterze handlowym lub przemysłowym zaspokajane są przez konkurujących przedsiębiorców. Jednakże sam fakt, że na określonym rynku, na jakim zaspokajana jest pewna potrzeba, istnieje konkurencja, nie przesądza jeszcze, że potrzeba ta musi zostać uznana za „potrzebę o charakterze powszechnym mającą charakter handlowy lub przemysłowy”. Przyjęcie takiego stanowiska musiałoby być równoznaczne z przyjęciem, że z zaspokajaniem potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru handlowego lub przemysłowego mamy do czynienia tylko tam, gdzie nie działają przedsiębiorstwa prywatne. Teza taka jest w opinii ETS błędna, chociażby z tego względu, że trudno byłoby sobie w chwili obecnej wyobrazić działania, które nie mogłyby być prowadzone przez przedsiębiorców prywatnych. Taka interpretacja sprawiałaby zatem, że termin „instytucje prawa publicznego” stały się pusty. Jednocześnie w opinii Trybunału istnienie znaczącej konkurencji na rynku (w tym istotnej konkurencji ze strony podmiotów prywatnych) może wskazywać, że konkretna potrzeba nie jest potrzebą o charakterze powszechnym, nie mającą charakteru handlowego lub przemysłowego.

W innym orzeczeniu (sprawa C-44/96, Mannesmann) ETS uznał za instytucję prawa publicznego Austriacką Drukarnię Państwową, która działając pod kontrolą państwa zajmowała się publikacją, z zachowaniem wymogów poufności i bezpieczeństwa, druków urzędowych administracji państwowej. W świetle tego orzeczenia specyficzne potrzeby administracji państwowej *sensu stricto*, których realizacja jest tradycyjnie domeną państwa, są potrzebami o charakterze powszechnym, nie mającymi charakteru przemysłowego lub handlowego.

18. ETS dokonał rekapitulacji swojego orzecznictwa w omawianej kwestii w orzeczeniu z 16 października 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (sprawa C-283/00). Orzeczenie dotyczyło statusu będącej własnością Skarbu Państwa spółki Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEPSA), której podstawowym zadaniem było budowanie nowych budynków więziennych na potrzeby państwa. Ponieważ w omawianym orzeczeniu Trybunał przyjął ostatecznie, że SIEPSA jest „podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego”, celowe jest omówienie tych cech działalności spółki, które w opinii ETS przesądzały o jej szczególnym charakterze. Decydujące znaczenie miało powołanie tego podmiotu dla realizacji programów rządowych (w tym wypadku programów budowy zakładów penitencjarnych). Wywiązanie się przez SIEPSA z postawionych jej zadań warunkowało w związku z tym wykonanie zadań państwa związanych z polityką karną, a tym samym miało kluczowe znaczenie dla zapewnienia porządku publicznego. Z uwagi na jej szczególne zadania, państwo zachowało decydujący wpływ na działalność SIEPSA — spółka zajmowała się realizacją planów zatwierdzonych przez Radę Ministrów, działając zgodnie z wytycznymi organów administracji państwowej. Trybunał podkreślił także, że trudno byłoby mówić o rynku na usługi świadczone przez SIEPSA, skoro w praktyce to wyłącznie państwo odpowiada za realizację polityki karnej (nie ma innych nabywców usług związanych z budową i planowaniem zakładów penitencjarnych). ETS nie podzielił także argumentów rządu hiszpańskiego odnoszących się do tych postanowień statutu SIEPSA, z których wynikało nastawienie tego podmiotu na zysk. Całokształt okoliczności wskazywał na to, że osiągnięcie zysku przez tą spółkę nie było jej podstawowym zadaniem. Mało prawdopodobne było także, aby państwo hiszpańskie, jako jedyny udziałowiec SIEPSA dopuściło do jej upadłości. W konkluzji Trybunał stwierdził: *„W powyższych okolicznościach, jest możliwe, że w organizowanych przez siebie procedurach przetargowych SIEPSA kierować się będzie względami innymi niż czysto ekonomiczne. To właśnie dla ochrony przed takimi sy-*

*tuacjami konieczne jest stosowanie postanowień Dyrektywy*”. Ta konkluzja ma kluczowe znaczenie dla zrozumienia omawianego przepisu. Trybunał jest gotów do jego szerokiej wykładni. U jej podstaw leżeć zaś będzie każdorazowo to, czy w świetle wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych sprawy, w tym głównie zadań danego podmiotu i jego związków z szeroko rozumianym państwem, istnieje ryzyko, że podmiot ten, udzielając zamówień będzie się kierował kryteriami innymi niż kryteria czysto ekonomiczne.

19. Komentowany przepis akcentuje cel utworzenia określonego podmiotu, istotne jest zatem ustalenie, jakie dokumenty mogą decydować o celu jego utworzenia. Podstawową kwestią jest odpowiedź na pytanie, czy w każdym przypadku rozstrzygać ma treść statutu, czy faktycznie założony i realizowany profil wykonywanej działalności. Odpowiedź na to pytanie utrudnia przyjęta w Dyrektywach i w konsekwencji zastosowana przez polskiego ustawodawcę technika legislacyjna. Treść przepisu akcentuje historyczne podstawy utworzenia danego podmiotu, jednak dosłowne brzmienie przepisu nie jest jednoznaczne. Sformułowanie „osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze (...)” należy odnosić przede wszystkim do faktycznego celu powołania danej osoby prawnej, a nie wyłącznie do tego, co zostało zapisane w dokumentach formalnoprawnych, tym bardziej, że powszechna jest praktyka bardzo szerokiego (często „na wyrost”) określania statutowego przedmiotu działalności tworzonych podmiotów. Potwierdzenia dla powyższej interpretacji można szukać w orzecznictwie ETS. W szczególności, w wyroku C-470/99 wskazano, że podmiot, którego przedmiot działalności określony w statucie nie dotyczy czynności objętych Dyrektywami, który faktycznie wykonuje te czynności, powinien stosować przepisy o zamówieniach publicznych. Natomiast w orzeczeniu C-283/00 dokonując oceny charakteru prawnego danego podmiotu Trybunał uwzględnił zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne. Można zatem przyjąć, że w obu sprawach dokumenty formalnoprawne nie były jedynym (ani decydującym) wyznacznikiem celu, dla którego powołano dany podmiot, choć odgrywały ważną rolę przy jego ustalaniu. Dla określenia celu powołania danego podmiotu należy zatem uwzględniać nie tylko postanowienia jego statutu, ale także innego rodzaju okoliczności i dokumenty, pozwalające określić, jakie były rzeczywiste intencje „założyciela”. Rzeczywisty cel powołania spółki powinien mieć swoje odzwierciedlenie w innych dokumentach odpowiedniej rangi, np. w biznesplanach i innego rodzaju analizach tworzonych w związku z powołaniem danego podmiotu. Dyrektywy zawierają załączniki wymieniające podmioty prawa publicznego w poszczególnych krajach, spełniające określone w komentowanym przepisie warunki i w związku z tym zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych. Wykazy te mają charakter wyłącznie pomocniczy i nie są wiążące. Rozstrzygające znaczenie ma w każdym przypadku to, czy dana instytucja ma cechy instytucji prawa publicznego.
20. Przykładem osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego mogą być różnego rodzaju fundacje<sup>1</sup>, których fundatorem jest Skarb Państwa i w odniesieniu do których Skarb Państwa posiada prawo powoływania większości lub wszystkich członków organów fundacji. Fundacje takie zaliczać się będą do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, o ile powołane zostały do realizacji celów służących ogółowi społeczeństwa (np. podejmowanie działań na rzecz pojednania i porozumienia między narodami), ściśle związanych z instytucjonalną działalnością państwa. Kolejną istotną grupą podmiotów posiadających cechy instytucji prawa publicznego są agencje rozwoju regionalnego lub lokalnego, na które dominujący wpływ wywierają władze samorządowe, a powołane w celu realizacji zadań związanych z zaspokajaniem

<sup>1</sup> Por. ustawa z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (tekst jednolity Dz. U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203).

potrzeb lokalnej społeczności. Można w takich wypadkach uznać, że za pośrednictwem takich podmiotów państwo realizuje część swoich zadań. Tym samym, przy udzielaniu zamówień służących realizacji ich celów statutowych, podmioty takie zobowiązane są do stosowania przepisów Pzp.

21. W odniesieniu do zakresu podmiotowego, przepisy nowelizacji dokonały zmiany, polegającej na uzupełnieniu katalogu zamawiających obowiązanych do stosowania Pzp o związki podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 lub podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 3. Zmiana taka uzasadniona jest koniecznością dostosowania przepisów ustawy do postanowień Dyrektyw, zgodnie z którymi podmiotami obowiązany do stosowania procedur udzielania zamówień są również związki złożone z jednej lub wielu jednostek państwa, samorządu terytorialnego lub podmiotów prawa publicznego<sup>1</sup>. Związki takie są samodzielnymi zamawiającymi, co oznacza, iż są zobowiązane do stosowania przepisów Pzp w pełnym zakresie niezależnie od konieczności spełnienia jakichkolwiek dalszych przesłanek. Powstaje pytanie czy związki, o których mowa w omawianym przepisie, muszą posiadać odrębną osobowość prawną. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być pozytywna. Jeżeli bowiem zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1–3 zawrą porozumienie nie tworzące odrębnego podmiotu, którego jednym z elementów będzie wspólne udzielanie zamówień, do udzielanych przez nich zamówień wspólnych znajdą zastosowanie inne przepisy ustawy (por. art. 16). Należy również przyjąć, że związek może być tworzony przez dowolną konfigurację zamawiających wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt. 1–3. Wskazuje na to użycie w komentowanym przepisie spójnika „lub” (alternatywa zwykła). Ostatnia kwestia, która wymaga rozważenia, to odpowiedź na pytanie, czy związek utworzony przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt .1–3 oraz inne podmioty (nie mające statusu zamawiających) będzie zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Co do zasady należy na takie pytanie udzielić odpowiedzi pozytywnej. Przyjęcie innej wykładni umożliwiłoby stosunkowo łatwe obchodzenie komentowanego przepisu.
22. Z treści ust. 1 pkt 4 wynika, iż podstawowym kryterium zakwalifikowania określonego podmiotu do kategorii „zamawiających” jest to, że udziela on zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132<sup>2</sup>. Dodatkowo, musi być spełniony jeden z dwóch warunków: podmiot ten musi działać na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo pozostawać pod dominującym wpływem zamawiających wskazanych w punktach 1–3a. Tak skonstruowany przepis obejmuje zarówno podmioty pozostające pod wpływem państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, jak i podmioty w pełni prywatne. Konstrukcja ta nawiązuje do rozwiązań, przyjętych wcześniej w Dyrektywie sektorowej i przeniesionych do nowej Dyrektywy sektorowej, które to akty prawne obejmują swoim zakresem poza zamawiającymi sektora finansów publicznych także „przedsiębiorstwa publiczne” (ang. *public undertakings*) oraz działające na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych podmioty prywatne<sup>3</sup>.
23. Definicję praw szczególnych lub wyłącznych zawiera art. 3 ust. 2, zgodnie z którym „prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania”. Pojęcie „praw szczególnych lub wyłącznych” zostało przeniesione do prawa polskiego

<sup>1</sup> Por. art. 2 ust. 9 nowej Dyrektywy klasycznej, zawierający definicję „instytucji zamawiającej”.

<sup>2</sup> Szerzej na temat „celu” udzielania zamówienia w komentarzu do art. 132.

<sup>3</sup> Por. art. 2 ust. 1 pkt. (b) oraz art. 2 ust. 2 nowej Dyrektywy Sektorowej.

z przepisów prawa wspólnotowego. Występuje m.in. w przepisach zarówno „starej” jak i nowej Dyrektywy sektorowej<sup>1</sup> oraz w innych przepisach prawa Unii Europejskiej, w tym m.in. w art. 86 Traktatu. W doktrynie wskazuje się na następujące rozumienie praw szczególnych lub wyłącznych: „Podobna zależność wobec władzy publicznej wyróżnia takie przedsiębiorstwa, którym przyznaje ona „prawa specjalne lub wyłączne”, (*special or exclusive rights*). O „prawach specjalnych” lub” „prawach wyłącznych” w rozumieniu art. 86 ust. 1 TWE można bowiem mówić wtedy, gdy indywidualnym przedsiębiorstwom przyznawane są w trybie władczym uprawnienia, które — z jednej strony — sprawiają, że przedsiębiorstwa te uzyskują szczególną pozycję w stosunku do innych przedsiębiorstw, z drugiej zaś — powodują, że przedsiębiorstwa te podlegają wpływowi władzy publicznej, jakiego nie ma ona na inne przedsiębiorstwa. Do kategorii tej należą niewątpliwie wszystkie takie sytuacje, w których państwo monopolizuje, w pełni lub częściowo, określoną dziedzinę gospodarki. Nie należą natomiast wszelkie przypadki koncesjonowania jeśli koncesję może otrzymać każdy, kto spełnia określone warunki ustawowe.”<sup>2</sup> Ostatnie zdanie obrazuje ewolucję rozumienia pojęcia „prawa szczególne lub wyłączne”, jaka dokonała się głównie za sprawą orzeczeń ETS. Kluczowe znaczenie miało w tym zakresie orzeczenie w sprawie C-302/94<sup>3</sup>. W orzeczeniu tym Trybunał przesądził, że prawami szczególnymi lub wyłącznymi są tylko prawa udzielone przez władze państwa członkowskiego jednemu lub kilku podmiotom w oparciu o kryteria, które nie są obiektywne, proporcjonalne i niedyskryminacyjne. Tym samym przyznanie tych praw w istotny sposób wpływa na zdolność innych podmiotów do wykonywania określonych usług (w tym wypadku usług telekomunikacyjnych). Trybunał wskazał, że prawami szczególnymi lub wyłącznymi nie są koncesje (zezwolenia), o ile może je uzyskać każdy podmiot, który spełnia obiektywne kryteria. W orzeczeniu podkreślono też, iż sam fakt przyznania określonym podmiotom uprawnień do np. wyłączenia nieruchomości na cele związane z budową sieci nie jest równoznaczny z przyznaniem im praw szczególnych. Wreszcie, w opinii ETS tylko tam, gdzie przyznanie praw szczególnych lub wyłącznych przez państwo członkowskie ogranicza w istotny sposób konkurencję na rynku określonych usług, mogą mieć zastosowanie szczególne instrumenty prawne przewidziane dyrektywą, których celem jest właśnie zapobieganie negatywnym skutkom dla konkurencji. Istotna jest również kwestia, czy o obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych przesądza posiadanie przez konkretny podmiot praw szczególnych lub wyłącznych, czy też wystarczający jest w tym zakresie sam fakt prowadzenia działalności lub przygotowywania się do prowadzenia działalności, która co do zasady prowadzona może być wyłącznie przez podmioty, które uzyskały prawa szczególne lub wyłączne. Z cytowanych powyżej orzeczeń ETS oraz przepisów Dyrektyw wynika, że prawo wspólnotowe dopuszcza sytuacje, w których określonym podmiotom przyznaje się prawa szczególne lub wyłączne, ale w konsekwencji działalność tych podmiotów poddaje się określonym, dodatkowym rygorom. Istnieje zatem w każdym przypadku ścisły związek pomiędzy prawem przyznanym konkretnemu podmiotowi i ograniczeniami jakie się na ten podmiot nakłada. Tam natomiast, gdzie nie ma mowy o prawach szczególnych lub wyłącznych nie może być także mowy o szczególnych ograniczeniach w prowadzeniu działalności gospodarczej, zwłaszcza w odniesieniu do prywatnych przedsiębiorców. Oznacza to, że obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych powstaje z momentem uzyskania przez konkretny podmiot prawa szczególnego lub wyłącznego.

<sup>1</sup> Por. art. 2 ust. 3 nowej Dyrektywy sektorowej.

<sup>2</sup> Tak T. Skoczny w „Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki”, Warszawa 2003, s. 261–262. Por. także M. Nestereowicz w „Konkurencja”, Warszawa 2004, s. 309–310.

<sup>3</sup> *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications*.

24. Wykładni pojęcia „prawa szczególne i wyłączne” poświęcone jest również stanowisko opublikowane przez Komisję Europejską<sup>1</sup>. Podkreśla się w nim, iż zmodyfikowana definicja „praw szczególnych i wyłącznych” przyjęta w przepisach nowej Dyrektywy sektorowej, która kładzie nacisk na uprzywilejowanie jednych podmiotów kosztem innych, wynikające z przyznania im określonych praw ma daleko idące konsekwencje dla zakresu podmiotowego zastosowania Dyrektywy. Komisja wskazuje, iż rodzaj wykonywanej działalności nie może już w nowym stanie prawnym przesądzać o tym, iż dany podmiot działa w oparciu o prawa szczególne lub wyłączne. Każdy przypadek wymaga indywidualnej oceny, która musi opierać się o dwa kryteria. W pierwszej kolejności należy wykazać, iż rzeczywiście jest tak, że określone prawa przyznane jednemu podmiotowi w sposób istotny ograniczają innym podmiotom możliwość wykonywania tej samej działalności na określonym obszarze. Samo spełnienie tego warunku (tj. istnienie uprzywilejowania) nie jest jeszcze wystarczające. Konieczne jest wykazanie, iż prawa szczególne bądź wyłączne zostały przyznane w sposób arbitralny (a więc inaczej niż przy zastosowaniu obiektywnych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów). Jeżeli zatem określony podmiot uzyskał prawa szczególne bądź wyłączne np. w wyniku publicznej procedury przetargowej, to podmiot taki nie jest zamawiającym w rozumieniu przepisów Dyrektywy sektorowej. Rozważania Komisji Europejskiej znajdują zastosowanie do wykładni pojęcia „prawa wyłączne lub szczególne” na gruncie znowelizowanych przepisów Pzp. Jak już bowiem wspomniano, nowa definicja tych praw, zawarta w art. 3 ust. 2 kładzie nacisk na uprzywilejowanie jednych podmiotów kosztem innych („spełnienie określonych przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania”).
25. Nowelizacja kwietniowa w istotnym zakresie ograniczyła obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych przez podmioty, które korzystają ze środków publicznych. Uprzednio (przed nowelizacją) każdy podmiot, który udzielał zamówienia finansowanego w ponad 50% ze środków publicznych lub przez podmioty z sektora finansów publicznych (o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1–3) był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy. Obecnie obowiązek taki powstaje, o ile kumulatywnie spełnione są dodatkowe przesłanki dotyczące wartości i przedmiotu zamówienia. I tak, wartość zamówienia musi być równa lub przekraczać progi określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Natomiast przedmiotem zamówienia muszą być roboty budowlane i to ściśle określone, tj. obejmujące wykonanie czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych i rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. W pozostałych przypadkach, nawet jeżeli udział środków publicznych kształtować się będzie na poziomie 100% wartości zamówienia, przepisy Pzp nie znajdują zastosowania. Definicja „środków publicznych” została omówiona w komentarzu do art. 2. Każdy podmiot, niezależnie od jego formy prawnej, własności itp., który spełnia warunki określone w pkt 5 jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy. W związku z tym każdy podmiot, który otrzymuje środki publiczne bądź otrzymuje środki od podmiotów wskazanych w punktach 1–3 komentowanego przepisu i zamierza z wykorzystaniem tych środków sfinansować zamówienie spełniające kryteria określone w omawianym przepisie, powinien określić przedmiot tego zamówienia i jego szacunkową wartość zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 29–35. Do tak określonej szacunkowej wartości zamówienia powinna następnie zostać odniesiona wartość środków publicz-

<sup>1</sup> Por. dokument zatytułowany „*Explanatory note — Utilities Directive. Definition of exclusive or special rights*” opublikowany na stronach Komisji.

nych. Dopiero od wyniku tak przeprowadzonej operacji powinna zależeć decyzja o zastosowaniu bądź nie stosowaniu przepisów Pzp, chyba że w konkretnej sytuacji można z góry przesądzić, czy próg 50% zostanie czy też nie zostanie przekroczony. Należy także pamiętać, że komentowany przepis znajdzie zastosowanie w sytuacji, w której łączny udział środków publicznych i środków przekazanych przez zamawiających, o których mowa w punktach 1–3, przekroczy 50% wartości zamówienia. Z „przekazaniem środków” będziemy mieli do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której to przekazanie będzie miało charakter współfinansowania określonego przedsięwzięcia. Nie jest natomiast „przekazaniem środków” opłacenie przez podmiot z sektora finansów publicznych usługi świadczonej przez inny podmiot. Wypłacone w formie wynagrodzenia środki stają się środkami własnymi wykonawcy i przy ich wydatkowaniu nie ma on obowiązku stosowania przepisów Pzp<sup>1</sup>. Przykładem takiej partycypacji finansowej, która rodzi obowiązek stosowania przepisów ustawy jest wspólnota mieszkaniowa, w której udział finansowy ma podmiot sektora finansów publicznych. Jeżeli wspólnota mieszkaniowa udziela zamówienia na usługę, dostawę lub robotę budowlaną, której ponad 50% wartości finansowane jest ze środków publicznych, jest zobowiązana do stosowania procedur Pzp. Środki publiczne mogą pochodzić z partycypacji w kosztach utrzymania nieruchomości wspólnej podmiotu będącego jej współwłaścicielem, który jednocześnie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy<sup>2</sup>.

26. Do stosowania przepisów Pzp będą także zobowiązane inne, niż określone w pkt. 1 i 2 podmioty, jeżeli udzielane przez nie zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie. W odróżnieniu od przesłanki wskazanej w pkt 5, nie jest w tym przypadku istotny procentowy udział przyznanych środków. Jeżeli zamówienie będzie finansowane z ich choćby minimalnym udziałem, stosowanie procedur przewidzianych w Pzp będzie konieczne. Należy zarazem pamiętać, że przyznanie środków (a więc decyzja o ich przekazaniu) musi być uzależnione od stosowania procedur przewidzianych w ustawie. Jeżeli przyznanie środków będzie uzależnione od zastosowania procedur odmiennych od przewidzianych w Pzp, zamówienie nie będzie podlegało jej przepisom (por. komentarz do art. 4 pkt 1 lit. a).
27. Ostatnią kategorią zamawiających są podmioty, którym podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, udzieliły koncesji na roboty budowlane w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania. Problematykę udzielania koncesji na roboty budowlane oraz zasady udzielania zamówień związanych z wykonaniem koncesji przez koncesjonariusza uregulowano w art. 128–131.

<sup>1</sup> Podobny pogląd prezentowany był w opiniach prawnych Urzędu. W opinii dotyczącej statusu niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej stwierdzono: „przychody tych podmiotów, otrzymywane jako wynagrodzenie z tytułu wykonywania umowy z Kasą Chorych o udzielenie świadczeń zdrowotnych, w myśl art. 3 ustawy o finansach publicznych, nie są środkami publicznymi. Powyższe oznacza, iż finansowanie ponad 50% wartości zamówienia ze środków otrzymywanych jako wynagrodzenie z tytułu wykonywania umowy z Kasą Chorych o udzielenie świadczeń zdrowotnych nie zobowiązuje niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej, indywidualnej i grupowej praktyki lekarskiej oraz pielęgniarskiej do stosowania ustawy o zamówieniach publicznych”. Cytowana opinia sformułowana została na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, należy jednak uznać, że zachowuje ona swoją aktualność także na gruncie przepisów Pzp (z tym zastrzeżeniem, że Kasy Chorych zostały zastąpione przez Narodowy Fundusz Zdrowia).

<sup>2</sup> Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali wspólnotę mieszkaniową tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 80, poz. 903 z późn. zm.).



#### Art. 4. [Wyłączenia]

Ustawy nie stosuje się do:

- 1) zamówień udzielanych na podstawie:
  - a) procedury organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych niż określone w ustawie,
  - b) umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczących stacjonowania wojsk, jeżeli umowy te przewidują inne niż ustawa procedury udzielania zamówień,
  - c) umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury udzielania zamówień;
- 2) zamówień Narodowego Banku Polskiego związanych z:
  - a) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,
  - b) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa,
  - c) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym,
  - d) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami;
  - e) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami,
  - f) gromadzeniem złota i metali szlachetnych,
  - g) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 3) zamówień, których przedmiotem są:
  - a) usługi arbitrażowe lub pojednawcze,
  - b) usługi Narodowego Banku Polskiego,
  - c) (uchylona),
  - d) (uchylona),
  - e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność,
  - f) dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską,
  - g) nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych,
  - h) zakup czasu antenowego,
  - i) nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu,
  - j) usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału;
- 4) umów z zakresu prawa pracy;
- 4a) (uchylony);
- 5) zamówień objętych tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa;
- 6) zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, któremu przyznano, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, wyłączne prawo do świadczenia tych usług;

- 7) przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przyznawane na podstawie ustaw;
- 8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 6 000 euro;
- 9) (uchylony);
- 10) zamówień udzielanych przez podmioty wykonujące co najmniej jeden z następujących rodzajów działalności:
  - a) udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  - b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  - c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej lub usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci
    - jeżeli zamówienie jest udzielane wyłącznie w celu wykonywania jednego z tych rodzajów działalności;
- 11) nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego.

1. W komentowanym artykule zawarto katalog wyłączeń przedmiotowych. Należy przyjąć, że z uwagi na istotne konsekwencje jego zastosowania, przepis ten nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Wyłączenia mają zastosowanie w każdym przypadku, niezależnie od osoby zamawiającego. W art. 136–138a zawarte są wyłączenia, które mają zastosowanie tylko do zamówień udzielanych przez tzw. zamawiających sektorowych.
2. Rozstrzygnięcia wymaga kwestia zamówień „mieszanych”, tzn. obejmujących swoim zakresem zamówienia podlegające przepisom ustawy oraz zamówienia wyłączone. W doktrynie<sup>1</sup> postuluje się rozstrzygnięcie tego problemu z uwzględnieniem podstaw wyłączenia. Kluczowe jest to, czy istnieją „pozytywne” przesłanki wyłączenia określonych zamówień, co dotyczy np. zamówień na usługi w zakresie arbitrażu i mediacji, zamówień związanych z obronnością bądź zamówień objętych tajemnicą państwową, których natura nie pozwala na objęcie ich przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, czy też może brak jest jedynie dostatecznych przesłanek uzasadniających konieczność objęcia tego typu zamówień szczegółową regulacją. W pierwszym przypadku, o ile tylko podział zamówienia mieszanego na części nie będzie możliwy, całe zamówienie mieszane pozostawać powinno poza zakresem zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. W drugim przypadku decydujące znaczenie powinna mieć wartość tej części zamówienia, która podlega przepisom Pzp. Jeżeli wartość zamówienia niewyłączonego przekracza progi, powyżej których zamówienie to powinno być udzielone zgodnie z przepisami Pzp, całe zamówienie mieszane powinno być udzielone zgodnie z jego przepisami.
3. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych od procedur przewidzianych w Pzp. Z brzmienia pkt 1 lit. a wynika, że dla zastosowania zwolnienia muszą zostać spełnione łącznie trzy przesłanki: (1) zamówienie musi być udzielane na podstawie procedury organizacji międzynarodowej; (2) zastosowanie tej procedury musi być warunkiem przyznania środków, z udziałem których ma być finansowane zamówienie. Ponieważ w Pzp mowa jest o „udziale” środków, należy uznać, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczający będzie każdy udział takich środków (tzn., że nie ma procentowej granicy, której przekroczenie umożliwiłoby zamawiającemu skorzystanie ze zwolnienia); (3) procedura, według której ma być udzielone zamówienie musi być odmienna

<sup>1</sup> Por. np. rozważania A. Sołtysińskiej w „Zamówienia publiczne...”, s. 31.

od procedur przewidzianych w Pzp. W zakresie tego ostatniego warunku możliwe są dwie interpretacje. Po pierwsze można uznać, że „odmienność” procedury musi mieć charakter istotny, a zatem istnienie pewnych różnic (np. terminologicznych) nie będzie wystarczającą przesłanką uznania, że mamy do czynienia z odmienną procedurą. W szczególności sytuacja taka nie wystąpi wszędzie tam, gdzie procedury organizacji międzynarodowej będą oparte na przepisach Dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z którymi zgodne są przepisy Pzp.

Druga dopuszczalna interpretacja zakładałaby, iż o odmienności procedury decyduje sam fakt, że nie jest to procedura przewidziana Pzp, nawet, jeżeli procedura ta jest w istocie zgodna z jego przepisami (np. odpowiada przepisom o przetargu nieograniczonym). Za prawidłową uznać należy drugą interpretację — „odmienność” procedury może mieć charakter wyłącznie formalny. W każdym przypadku decydująca będzie w związku z tym praktyka podmiotu przyznającego środki.

4. Znowelizowany przepis pkt 1 lit. a) nie obejmuje międzynarodowych instytucji finansowych. Powstaje pytanie o konsekwencje takiego stanu rzeczy. Zasadniczo należałoby przyjąć, iż w obowiązującym stanie prawnym omawianym wyłączeniem nie są objęte zamówienia publiczne współfinansowane ze środków międzynarodowych instytucji finansowych, takich jak choćby Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju, Europejski Bank Inwestycyjny, nawet gdyby wspomniane powyżej instytucje finansowe wymagały stosowania procedur innych, niż określone w ustawie. Pewne wątpliwości może jednak budzić to, iż na gruncie prawa międzynarodowego publicznego niektóre instytucje finansowe mogą być kwalifikowane jako tzw. organizacje wyspecjalizowane. Przykładowo, status taki posiada, na gruncie ratyfikowanej przez Polskę konwencji o przywilejach i immunitetach organizacji wyspecjalizowanych<sup>1</sup>, Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju. Należy zatem przyjąć, iż w każdym przypadku dopiero indywidualna ocena statusu danej instytucji finansowej może dać odpowiedź na pytanie, czy zamówienia finansowane z udziałem przekazanej przez tę instytucję środków objęte są omawianym zwolnieniem.
5. Omawiane wyłączenie było również przedmiotem opinii prawnej opublikowanej na stronach UZP. Podkreślono w niej, iż dotyczy ono sytuacji, w których zastosowanie procedur organizacji międzynarodowej ma charakter obligatoryjny, tj. warunkiem otrzymania środków finansowych przez zamawiającego na określone zadania inwestycyjne jest udzielenie zamówienia na podstawie procedur organizacji międzynarodowej. W ocenie UZP to właśnie wymóg stosowania odrębnych procedur oraz ryzyko utraty przyznanych środków w przypadku ich niezastosowania ma decydujące znaczenie dla możliwości zastosowania wyłączenia przewidzianego w pkt 1 lit a). Jeżeli brak jest uzależnienia przyznania środków na finansowanie określonej inwestycji od zastosowania odrębnej procedury, jak również jeżeli zamawiający może samodzielnie podjąć decyzję o wyborze procedury, przesłanki zastosowania zwolnienia nie są spełnione. Dodatkowo, w ocenie UZP, należy wskazać, iż wyłączenie określone w tym przepisie dotyczy wyłączenie odstąpienia od stosowania prawa zamówień publicznych w zakresie wyboru wykonawcy, realizującego określone przedsięwzięcie inwestycyjne. Przepis ten nie ma natomiast zastosowania do udzielania zamawiającym kredytów przez banki krajowe ze środków międzynarodowych instytucji finansowych. W konsekwencji, zamawiający w celu pozyskania kredytu na realizację określonego zadania inwestycyjnego ze środków międzynarodowych instytucji finansowych zobowiązany jest stosować procedury zamówień publicznych<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dz. U. z 1970 r. Nr 4, poz. 25.

<sup>2</sup> UZP wskazuje jednocześnie, iż przynajmniej w części wypadków możliwe jest zastosowanie trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia na kredyty udzielane na warunkach preferencyjnych. Szczegółowe wywody zawarte są w cytowanej opinii.

6. Wyłączenie przewidziane w pkt 1 lit. b dotyczy sytuacji, w których zamówienie udzielane jest na podstawie umowy zawartej przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej i rządy innych państw, której przedmiotem jest stacjonowanie wojsk, niezależnie od tego, czy konkretne zamówienie ma związek ze stacjonowaniem wojsk na terenie naszego kraju. Wyłączenie nie będzie natomiast obejmować zamówień udzielanych na podstawie umów o innym przedmiocie. Przykładowo, udzielanie zamówień w ramach Sojuszu Północnoatlantyckiego (NATO) oparte jest na zasadzie zaopatrywania w towary i usługi z najtańszych źródeł dostępnych w krajach członkowskich Sojuszu, pod warunkiem, że towary lub usługi spełniają określone minimalne wymogi wojskowe<sup>1</sup>. Dopiero w sytuacji, kiedy towary lub usługi nie mogą być dostarczone z krajów członkowskich w wymaganej jakości i ilości mogą być pozyskane z innych źródeł. Zamówienia w NATO udzielane są w następujących trybach:

- drobny zakup gotówkowy (petty cash),
- zakup jednorazowy (single tender),
- przetarg ograniczony (restricted bidding),
- przetarg zwykły (formal bidding),
- przetarg międzynarodowy (international bidding).

Możliwość skorzystania z poszczególnych trybów uzależniona jest od wartości zamówienia.

7. Przepisów ustawy nie stosuje się także do zamówień udzielanych na podstawie umowy międzynarodowej, której stronami są Rzeczpospolita Polska oraz jedno lub więcej państw nie będących członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż Pzp procedury udzielania zamówień. W prawie międzynarodowym publicznym definiuje się umowę międzynarodową jako zgodne oświadczenie woli dwu lub więcej podmiotów prawa międzynarodowego, które rodzi prawa i obowiązki skuteczne w prawie międzynarodowym. W art. 2 pkt 1 ustawy o umowach międzynarodowych<sup>2</sup>, zawarta jest definicja, zgodnie z którą umowa międzynarodowa to porozumienie między Rzeczypospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie, czy w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa.

8. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień Narodowego Banku Polskiego (pkt 2 lit. a–g), a więc do zamówień udzielanych przez ten bank<sup>3</sup>. Zwolnienie podmiotów z obowiązku stosowania przepisów Pzp w zakresie, w jakim korzystają one z usług NBP zawarte jest w pkt. 3 lit. b komentowanego przepisu. NBP został zwolniony z obowiązku stosowania przepisów Pzp tylko w odniesieniu do konkretnych zamówień, które pozostają w związku z określoną działalnością tego podmiotu. W pozostałym zakresie NBP jest zobowiązany stosować przepisy ustawy.

9. Z obowiązku stosowania przepisów Pzp zostały wyłączone zamówienia na określone kategorie usług. Zgodnie z pkt 3 lit. a wyłączeniem objęte są usługi arbitrażowe i pojednawcze. Przyczyną tego jest charakter tych usług — zainteresowani decydują się na skorzystaniu z usług konkretnego sądu arbitrażowego (konkretnego mediatora) i to w wielu wypadkach jeszcze przed powstaniem sporu.

<sup>1</sup> Por. także M. Lemke „Zamówienia publiczne w NATO”, artykuł opublikowany na stronach internetowych UZP.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 39, poz. 443 z późn. zm.

<sup>3</sup> Zgodnie z art. 227 ust. 1 Konstytucji, NBP jest centralnym bankiem państwa, któremu przysługuje wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Podstawą działania NBP są przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.).

10. Wyłączeniu podlegają usługi świadczone przez Narodowy Bank Polski (pkt 3 lit. b). Literalna wykładnia przepisu nakazuje szeroko traktować omawiane wyłączenie i przyjąć, że obejmuje ono wszelkie usługi świadczone przez ten bank, nawet tam, gdzie mógłby się on spotykać z konkurencją ze strony innych podmiotów prowadzących działalność bankową. Choć taka interpretacja prowadzi do uprzywilejowania NBP w stosunku do innych banków, które podobne zlecenia mogą uzyskiwać tylko w drodze procedur o udzielenie zamówienia publicznego, brak jest w przepisach Pzp podstaw do jej kwestionowania. Zakres usług, które mogą być świadczone przez NBP określony jest w przepisach ustawy o Narodowym Banku Polskim<sup>1</sup>.
11. Ustawodawca zwolnił z obowiązku stosowania przepisów ustawy podmioty, które zamawiają usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, jak również świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność (pkt. 3 lit. e). Definicje „badań naukowych” oraz „badań rozwojowych” zawarte są w przepisach ustawy o zasadach finansowania nauki<sup>2</sup>. Zgodnie z przepisami tej ustawy badania naukowe to badania podstawowe, obejmujące działalność badawczą — eksperymentalną lub teoretyczną — podejmowaną w celu zdobycia nowej wiedzy o zjawiskach i faktach, nieukierunkowaną na bezpośrednie zastosowanie w praktyce oraz badania stosowane, obejmujące działalność badawczą, podejmowaną w celu zdobycia nowej wiedzy, ukierunkowaną na bezpośrednie zastosowanie w praktyce. Z kolei prace rozwojowe definiowane są jako prace wykorzystujące dotychczasową wiedzę, uzyskaną w wyniku działalności badawczej lub doświadczeń praktycznych, prowadzone w celu wytworzenia nowych lub udoskonalenia istniejących materiałów, wyrobów, urządzeń, usług, procesów lub metod. Należy w związku z tym przyjąć, że usługi „w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych” obejmować będą usługi wykonywane z zastosowaniem odpowiednich, przyjętych przy analizowaniu danego rodzaju zjawisk metod naukowych, których celem będzie zdobycie nowej wiedzy o zjawiskach i faktach. Dla określenia zakresu wyłączenia istotne jest także to, że nie obejmuje ono usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność. Nie ma bowiem uzasadnienia dla wyłączenia tych przypadków, w których świadczone usługi mają czysto komercyjny charakter, a ich wyniki służyć będą wyłącznie zamawiającemu. Należy także uznać, że wyłączenie nie będzie miało zastosowania w sytuacjach, w których usługi, na warunkach wskazanych powyżej, będzie zlecać więcej niż jeden podmiot (rezultaty prac będą stanowiły wyłączną własność więcej niż jednego zamawiającego). Należy również pamiętać, iż ustawa wyłącza z zakresu obowiązywania jedynie zamówienia na wykonywanie „usług”, tym samym zakup sprzętu, aparatury, czy też innych materiałów koniecznych do wykonania danego typu usług, który kwalifikowany być musi jako dostawa, podlegać będzie przepisom Pzp.
12. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do dostaw i usług, do których stosuje się art. 296 TWE (pkt 3 lit. f). Zgodnie z tym przepisem Traktatu, żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa; jednocześnie każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Środki takie nie mogą jednak negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są prze-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 238, poz. 2390 z późn. zm.

znaczone wyłącznie do celów wojskowych. Komentowany przepis może budzić pewne wątpliwości, bowiem art. 296 TWE nie odnosi się do zamówień publicznych. Z treści tego przepisu wywieść jednak można, iż przepisy Pzp nie będą miały zastosowania do zamówień publicznych, których przedmiot związany jest z produkcją lub handlem bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, które jednocześnie nie przystają do specyfiki zamówień publicznych z uwagi na ściśle powiązanie z bezpieczeństwem państwa. W prawie polskim szczegółowe zasady dotyczące uzbrojenia zawarte są w przepisach ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa<sup>1</sup>. Przepisy te mogą być w związku z tym pomocne przy wykładni omawianego przepisu Pzp. Zgodnie ze wskazanym powyżej aktem prawnym uzbrojeniem jest broń, amunicja, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie, o ile zostały ujęte w wykazie, o którym mowa w art. 6 ust. 5 omawianej ustawy. Przepis ten zawiera delegację dla ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia, w drodze rozporządzenia, wykazu uzbrojenia, na obrót którym wymagane jest zezwolenie. Wykaz taki został zawarty w załączniku nr 3 i 4 do rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie wykazu uzbrojenia<sup>2</sup>. Tym samym, udzielanie zamówień na uzbrojenie określone w tych załącznikach jest wyłączone spod stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>3</sup>. Należy przyjąć, iż również zamówienia, których przedmiotem jest dostawa uzbrojenia nie ujętego w wykazie, o ile łączyć się będą z bezpieczeństwem Państwa, mogą być wyłączone z zakresu zastosowania przepisów Pzp.

13. Zgodnie z przepisami nowych Dyrektyw udzielanie zamówień publicznych na niektóre nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co powoduje, że procedury zamówień publicznych nie powinny mieć zastosowania do zamówień o takim zakresie. Dlatego też konieczne było wyłączenie spod obowiązku stosowania Pzp nabycia, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych (pkt 3 lit. g). Omawiane wyłączenie obejmuje nie tylko zakup gotowych programów, ale również usługi przygotowawcze związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej, niezbędnymi w produkcji programów. Wyłączenie to nie obejmuje natomiast zamówień na dostawy urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania programów.
14. Ustalenie zakresu przedmiotowego omawianego wyłączenia wymaga zdefiniowania kluczowych terminów. Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji<sup>4</sup>, „programem” jest uporządkowany zestaw audycji radiowych lub telewizyjnych, reklam i innych przekazów, regularnie rozpowszechniany oraz pochodzący od jednego nadawcy. Wspomniana ustawa zawiera także definicję audycji — audycją jest część programu radiowego lub telewizyjnego, stanowiąca odrębną całość ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo (art. 4 pkt 5). W przepisach tego aktu prawnego brak jest natomiast definicji terminu „transmisja”. Uprawnione jest w związku z tym posłużenie się posiłkowo jego powszechnie przyjętym znaczeniem. Pomocna może być definicja zawarta w Słowniku Języka Polskiego PWN, zgodnie z którą transmisja to „przesyłanie, przekazywanie na odległość dźwięków, obrazów, sygnałów za pośrednictwem fal elektromagnetycznych”. W zakresie transmisji radiowych i telewizyjnych pojęcie „transmisja” odnosi się do

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 221, poz. 2248.

<sup>3</sup> Definicję broni i amunicji zawiera art. 4 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2004 r. Nr 52, poz. 525 z późn. zm.).

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 z późn. zm.

„przekazywania do studia programów radiowych i telewizyjnych spoza studia, np. z sali koncertowej, z teatru, z stadionu sportowego”. Powyższe rozumienie pojęcia „transmisja” znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy o radiofonii i telewizji. W art. 20b ust. 1 tej ustawy wspomina się o „transmisji z wydarzeń o zasadniczym znaczeniu społecznym”, natomiast w pkt 2 tego ustępu — między innymi o umowach nabycia prawa do transmisji danego wydarzenia. Uwzględniając powyższe należy przyjąć, że zakresem omawianego zwolnienia objęte jest m.in. nabywanie praw do przekazywania do studia materiałów programowych (audycji) z danego wydarzenia. Przedmiotem umowy mogą być bowiem wyłącznie określone elementy (audycje) składające się na „program”, nie zaś „program” jako zestaw wszystkich składających się nań elementów, pochodzący od jednego nadawcy. Nadawcy radiowi i telewizyjni to podmioty, które tworzą lub zestawiają programy i rozpowszechniają je lub przekazują innym osobom w celu rozpowszechnienia w całości i bez zmian (art. 4 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji).

15. Ustawa o radiofonii i telewizji nie zawiera definicji „czasu antenowego”. W jej przepisach mowa jest jedynie o „czasie trwania programu”. Należy w związku z tym uznać, że „czasem antenowym” będzie czas w trakcie trwania programu pochodzącego od konkretnego nadawcy. Zawarcie umowy, na mocy której jeden podmiot uzyska prawo do wykorzystania (np. na reklamy) określonej części czasu trwania programu przygotowywanego przez określonego nadawcę nie będzie w związku z tym podlegać przepisom ustawy (pkt. 3 lit. h).
16. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do nabycia własności i innych praw do nieruchomości, w tym w szczególności najmu i dzierżawy (pkt. 3 lit i). Omawiane wyłączenie ma zatem zastosowanie do nabycia wszelkich praw do nieruchomości, zarówno ograniczonych praw rzeczowych oraz użytkowania wieczystego, jaki i praw o charakterze obligacyjnym. Takie wyłączenie jest w pełni zgodne z prawem wspólnotowym. Przykładowo, w art. 16 (a) Dyrektywy 2004/18/WE wyraźnie wskazano, iż jej postanowienia nie mają zastosowania do zamówień, których przedmiotem są nieruchomości.
17. Nowelizacja kwietniowa rozszerzyła zakres wyłączenia związanego z usługami finansowymi, co wiązało się z koniecznością implementacji przepisów nowych Dyrektyw (2004/17/WE oraz 2004/18/WE) do prawa polskiego. Przepisy Pzp nie znajdują obecnie zastosowania do usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związanych z pozyskaniem dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału. Definicję „papieru wartościowego” zawiera art. 921<sup>6</sup> Kc. Zgodnie natomiast z art. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi<sup>1</sup>, papierami wartościowymi są akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów Kodeksu spółek handlowych<sup>2</sup>, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego oraz inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych powyżej, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego (prawa pochodne). „Inne instrumenty finansowe” wymienione są w art. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Zaliczyć do nich można przykładowo: tytuły uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania, instrumenty rynku pieniężnego, finansowe kontrakty terminowe oraz inne równoważne instrumenty

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.

finansowe rozliczane pieniężnie, umowy forward dotyczące stóp procentowych, swapy akcyjne, swapy na stopy procentowe, swapy walutowe czy też prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od wartości oznaczonych co do gatunku rzeczy, określonych rodzajów energii, mierników i limitów wielkości produkcji lub emisji zanieczyszczeń. Pod pojęciem „emisji” tak rozumianych instrumentów finansowych (w tym papierów wartościowych) należy rozumieć tzw. obrót pierwotny tymi papierami, tzn. ich pierwsze wprowadzenie do obrotu. Instrumenty finansowe wprowadzone do obrotu mogą być przedmiotem transakcji kupna-sprzedaży. „Transferem” papierów wartościowych będą czynności związane z przeniesieniem praw do tych papierów. Czynności takie mogą być, przynajmniej w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi, dokonywane wyłącznie za pośrednictwem banków, domów maklerskich i innych instytucji finansowych. Szczegółowe zasady uczestnictwa w obrocie instrumentami finansowymi, w tym zasady wykonywania usług na rzecz podmiotów uczestniczących w obrocie (które to usługi objęte są omawianym zwolnieniem) uregulowane są w dziale IV ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

18. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do umów z zakresu prawa pracy (pkt 4). Posłużenie się przez ustawodawcę terminem „umowy z zakresu prawa pracy”, w miejsce terminu „umowy o pracę” sugeruje, że wyłączenie ma stosunkowo szeroki zakres i dotyczy nie tylko umowy o pracę sensu stricto (art. 25 Kodeksu pracy<sup>1</sup>), ale także innych umów „z zakresu prawa pracy”. Dotyczyć to będzie m.in. umów, których przedmiotem jest wykonywanie pracy tymczasowej, zawieranych za pośrednictwem agencji pracy tymczasowej trudniących się tzw. leasingiem personelu<sup>2</sup>. Zakresem zwolnienia nie będą objęte umowy cywilnoprawne (zlecenie, umowa o dzieło), na podstawie których często wykonywane są czynności zbliżone do czynności wykonywanych w ramach stosunku pracy. Umowy te nie podlegają bowiem regulacji kodeksu pracy, a tym samym nie są „umowami z zakresu prawa pracy”, o jakich mowa w Pzp. Zakresem omawianego wyłączenia nie będą także objęte umowy, których przedmiotem są różnego rodzaju świadczenia na rzecz pracowników (np. umowy o badanie lekarskie pracowników).
19. Należy zwrócić uwagę, iż od daty wejścia w życie przepisów kwietniowej nowelizacji zwolnieniem nie są objęte usługi telekomunikacyjne świadczone drogą satelitarną (skreślony w art. 4 pkt 3 lit. c) oraz usługi telefoniczne, telexowe lub radiotelefoniczne (skreślony w art. 4 pkt 3 lit. d). Oznacza to, iż zamówienia na te usługi podlegają przepisom ustawy.
20. W pkt. 5 wyłączono zamówienia dwojakiego rodzaju. Po pierwsze te, które objęte są tajemnicą państwową w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych.<sup>3</sup> Zgodnie z przepisami tej ustawy, tajemnicę państwową stanowią informacje niejawne określone w wykazie rodzajów informacji niejawnych, stanowiącym załącznik Nr 1 do ustawy, których nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności dla niepodległości lub nienaruszalności terytorium, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, albo narazić te interesy na co najmniej znaczną szkodę. Tak rozumiane tajemnice państwowe mogą być oznaczone klauzulą „ściśle tajne” — gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla niepodległości, nienaruszalności terytorium albo polityki zagranicznej lub stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej albo zagrażać nieodwracalnymi lub wielkimi stratami dla intere-

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 z późn. zm.

<sup>2</sup> Por. przepisy ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. Nr 166, poz. 1608 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.



sów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli lub innych istotnych interesów państwa, albo narazić je na szkodę w wielkich rozmiarach, albo „tajne” — gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować zagrożenie dla międzynarodowej pozycji państwa, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, innych istotnych interesów państwa albo narazić je na znaczną szkodę. Tajemnice państwowe przeciwstawione są tajemnicy służbowej, którą stanowią informacje niejawne nie będące tajemnicą państwową, uzyskane w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, których nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki organizacyjnej. Wspomniana ustawa określa także procedurę nadawania informacjom niejawnym klauzuli tajności. Zgodnie z art. 21 tej ustawy klauzulę tajności przyznaje osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. Osoba taka ponosi odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności i bez jej zgody albo zgody jej przełożonego klauzula nie może być obniżona lub zniesiona. Przepisy ustawy zawierają jednocześnie zakaz zawyżania lub zaniżania klauzuli tajności. Z przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych wynika w związku z tym, że o wyłączeniu danego zamówienia z zakresu zastosowania przepisów Pzp decydować będzie mogła jedynie osoba posiadająca stosowne uprawnienia, która ponosić będzie odpowiedzialność za ewentualne nieuprawnione zastosowanie klauzuli tajności w celu uniknięcia stosowania jego przepisów. Ustawa nie daje żadnych wskazań dotyczących postępowania w przypadku zamówień, które objęto tajemnicą służbową. Brak wyłączenia stosowania Pzp w tym przypadku oznacza, że jej przepisy powinny być stosowane, o ile nie zaistniały inne, szczególne przesłanki wymienione w art. 4.

21. Ustawie nie podlegają zamówienia, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa. W przepisie tym mamy do czynienia z pojęciem nieostrym, jakim jest „istotny interes bezpieczeństwa państwa”. Jak się wydaje wyłączenie to będzie przede wszystkim dotyczyć zamówień, przy których ujawnienie informacji poufnych powodowałoby szkodę dla interesów bezpieczeństwa państwa, ale już nie tam, gdzie szkoda dotyczyłaby innych interesów państwa<sup>1</sup>. Decyzję o skorzystaniu z tej przesłanki każdorazowo podejmuje zamawiający, analizując okoliczności udzielenia zamówienia i wystąpienie zagrożenia istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, które mogłoby mieć miejsce w przypadku zastosowania do udzielenia zamówienia procedury Pzp. Zagrożenie to mogłoby wynikać z zastosowania zawartych w ustawie zasad jawności i powszechności dostępu do wykonywanych zamówień. Zagrożenie to musi mieć przy tym charakter rzeczywisty, a rozszerzająca interpretacja wyłączenia jest niedopuszczalna. Nie można bez wątpliwości uznać za zagrożenie „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” ujawnienia informacji lub pozyskania wiadomości, które można uzyskać z innych, powszechnie dostępnych źródeł.
22. Przepisy ustawy nie znajdują zastosowania do zamówień na usługi udzielane podmiotom, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1–3a (por. komentarz do tych przepisów) w zakresie, w jakim podmiotom tym przyznano, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, wyłączne prawo świadczenia tych usług (pkt 6). Przykładem podmiotu, któremu przysługuje prawo wyłączne do świadczenia usług jest PPUP Poczta Polska. Zgodnie z art. 47 Prawa pocztowego<sup>2</sup> przedsiębiorstwu temu, jako operatorowi publicznemu, przysługuje wyłączne prawo (i obowiązek) świadczenia usług zastrzeżonych polegających przykładowo na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją, przesyłek reklamowych i innych przesyłek nadanych

<sup>1</sup> Por. także J. Sadowy „Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa”, Informator UZP z 2004 r. Nr 4.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188, z późn. zm.

w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej (tj. 50 g) czy też przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej (50 g). Zamówienia na usługi zastrzeżone nie będą w związku z tym podlegać przepisom Pzp. Należy jednocześnie pamiętać, że konstrukcja omawianego zwolnienia — poprzez odwołanie się do podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, uniemożliwia odstąpienie od stosowania przepisów ustawy, gdy prawa wyłączne przysługują podmiotom innym niż wymienione w tym przepisie. W licznych przypadkach możliwe będzie w tym zakresie skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki.

23. Z obowiązku stosowania przepisów ustawy wyłączono przyznawanie dotacji ze środków publicznych, jeżeli są one przyznawane na podstawie ustaw (pkt 7). Zgodnie z art. 106 ust. 2 ustawy o finansach publicznych „dotacjami” są podlegające szczególnym zasadom rozliczania wydatki budżetu państwa. Wśród tak rozumianych dotacji wyróżnia się m.in. dotacje „celowe” (przeznaczone na realizację określonych zadań), „podmiotowe” (przeznaczone na dofinansowanie działalności bieżącej ustawowo wskazanego podmiotu) oraz „przedmiotowe” (przeznaczone na dopłaty do określonych rodzajów wyrobów lub usług, kalkulowanych według stawek jednostkowych). Przykładem dotacji udzielanych „na podstawie ustaw” mogą być m.in. dotacje dla przedsiębiorców, udzielane w oparciu o przepisy ustawy o finansach publicznych.
24. W wielu aktach prawnych przyjmuje się pewien próg bagatelności, poniżej którego przepisy tych aktów nie znajdują zastosowania. Z reguły uzasadnia się to tym, że ewentualne korzyści wynikające z rozszerzenia zakresu stosowania przepisów danego aktu prawnego na czynności „bagatelne” nie równoważyłoby kosztów, wysiłku organizacyjnego itp. wdrożenia pewnych rozwiązań. Podobnie jest w przypadku przepisów Pzp. Z zakresu ich zastosowania wyłączono te zamówienia, których szacunkowa wartość nie przekracza równowartości w złotych polskich kwoty 6000 euro (pkt. 8). Zamawiający, chcąc uniknąć ryzyka zarzutu naruszenia przepisów ustawy powinien każdorazowo zastosować dla określenia przedmiotu zamówienia i jego szacunkowej wartości zasady wynikające z art. 29–35. Gdy w rezultacie tych czynności ustali, że wartość zamówienia nie jest wyższa niż równowartość 6000 euro może poniechać stosowania Pzp.
25. Z obowiązku stosowania przepisów Pzp zwolnione zostały również podmioty prowadzące ściśle określoną działalność w sektorze telekomunikacji, o ile udzielają zamówień wyłączenie w celu prowadzenia tej działalności. Zakres wyłączenia jest zgodny z art. 13 Dyrektywy klasycznej, który to przepis nie przewiduje obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych w przypadku zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na udostępnianiu lub eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej albo świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci. Jak jednocześnie wynika z preambuły do tej Dyrektywy zamówienia publiczne w sektorze telekomunikacji powinny być wyłączone z zakresu Dyrektywy (a tym samym również z zakresu Pzp) tylko wówczas, gdy są ukierunkowane głównie na umożliwienie zamawiającym realizacji pewnych działań w sektorze telekomunikacji. Określenie szczegółowego zakresu wyłączenia wymaga odwołania się do przepisów Prawa telekomunikacyjnego<sup>1</sup>. Zgodnie z przepisami tej ustawy, „przedsiębiorca telekomunikacyjny” to przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.

czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest „dostawcą usług”, a przedsiębiorca uprawniony do dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących, zwany jest „operatorem” (art. 2 pkt 27 ustawy). „Sieć telekomunikacyjna” to systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju (art. 2 pkt 35). Sieć taka jest siecią „publiczną” jeżeli wykorzystywana jest głównie do świadczenia publicznie dostępnych „usług telekomunikacyjnych” (art. 2 pkt 29), to jest usług polegających głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej (nie zalicza się do nich jednak usługi poczty elektronicznej) (art. 2 pkt 48). Pojęciem „celu udzielania zamówienia” posługuje się również art. 132 Pzp (por. komentarz do tego przepisu). Omawiane wyłączenie dotyczy tylko tych zamówień, które udzielane są „wyłącznie” w celu prowadzenie określonej działalności. Jeżeli zatem określony podmiot prowadzi także innego rodzaju działalności, a jednocześnie może zostać zakwalifikowany jako „zamawiający”, dla skorzystania z przedmiotowego zwolnienia musi szczególnie starannie zadbać, aby nie było wątpliwości, iż określone zamówienie służy wyłącznie realizacji jednej z działalności określonych w pkt 10.

26. Zgodnie z art. 15a Pzp, centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego oraz na potrzeby innych zamawiających (pkt 11). Dokonując powyższych czynności centralny zamawiający działa zgodnie z przepisami Pzp. Nie ma zatem uzasadnienia, aby również w następczych relacjach między centralnym zamawiającym a innymi zamawiającymi, którzy nabywają od niego bądź od wybranych przez niego wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane stosowane były procedury zamówień publicznych.
27. Przedmiotowe ograniczenie zakresu stosowania przepisów Pzp przewidziano także w innych aktach prawnych. Przykładowo, w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>1</sup> wyłączono stosowanie Pzp do zamówień na świadczenia zdrowotne. Definicję świadczeń zdrowotnych zawiera art. 3 tej ustawy. Z kolei w myśl art. 70d ust. 5 te same przepisy Pzp nie stosuje się do udzielania zamówień na świadczenie usług transportu sanitarnego. Zgodnie z brzmieniem art. 70d ust. 2 umowy o wykonywanie usług transportu sanitarnego zawierane przez Kasy Chorych i publiczne zakłady opieki zdrowotnej muszą być poprzedzone konkursem ofert, którego szczegółowe zasady określa rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne<sup>2</sup>.
28. Choć przepisy Pzp nie przesadzają tego w sposób jednoznaczny (brak jest wyłączenia, które zawarte było w przepisach uzp) należy uznać, że procedury zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do zamówień udzielanych własnym gospodarstwom pomocniczym lub zakładom budżetowym przez zamawiających będących jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa lub jednostkami samorządu terytorialnego. Do takiej konkluzji prowadzi definicja legalna zamówienia publicznego zawarta w art. 2 pkt 13. Zgodnie z tym przepisem przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Oznacza to, że o zamówieniu publicznym można mówić wyłącznie

<sup>1</sup> Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1998 r. Nr 93, poz. 592.

wówczas, gdy umowa zawierana jest pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami. Tymczasem w omawianym przypadku „zamówienie” udzielane jest w ramach jednego podmiotu (Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), co wyłącza możliwość stosowania przepisów ustawy. Należy pamiętać, że reguła ta nie znajdzie zastosowania tam, gdzie zamówienie udzielane będzie państwowej lub komunalnej osobie prawnej (np. spółce prawa handlowego), a także w sytuacji, w której mamy do czynienia z jednostkami organizacyjnymi różnych podmiotów (np. udzielenie przez gminę zamówienia zakładowi budżetowemu utworzonemu przez inną gminę).

#### **Art. 4a [Zamówienia do 60 000 euro]**

- 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, terminów składania ofert, ofert wstępnych i ofert orientacyjnych oraz przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg.**
  - 2. W przypadku zamówienia, o którym mowa w ust. 1, ogłoszenie o wszczęciu postępowania oraz o zawarciu umowy zamawiający zamieszcza na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych oraz na własnej stronie internetowej, a jeżeli takiej nie posiada, umieszcza w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym, wskazując odpowiednio przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, a także termin i miejsce składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert oraz uzasadnienie wyboru wykonawcy, któremu udzielono zamówienia.**
  - 3. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, ustalone przez zamawiającego terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminy składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych nie mogą być krótsze niż 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych albo od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych, jeżeli z przepisów ustawy wynika obowiązek wyznaczenia terminów dłuższych niż 7 dni.**
1. Nowelizacja kwietniowa w sposób bardzo daleko idący uprościła procedury udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej 60 000 euro. Zamówienia takie nie są objęte przepisami Dyrektyw unijnych, a zatem państwo członkowskie jest uprawnione do samodzielnego określenia zasad, na jakich mają być one udzielane. Komentowany przepis zawiera odstępstwa od wymogów określonych w ustawie w stosunku do zamówień o większej wartości.
  2. Pierwszą istotną zmianą jest odstępienie od obowiązku publikacji ogłoszeń o zamówieniach, których wartość nie przekracza 60 000 euro w Biuletynie Zamówień Publicznych. Uznano, iż w pełni wystarczające będzie ogłoszenie o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż w komentowanym przepisie pojawiają się nowe kategorie ogłoszeń — „ogłoszenie o wszczęciu postępowania” w miejsce „ogłoszenia o zamówieniu” oraz „ogłoszenie o zawarciu umowy” w miejsce „ogłoszenia o udzieleniu zamówienia”. Zawartość takich ogłoszeń oraz konsekwencje ich publikacji uregulowane są wyłącznie w art. 4a. Zasadniczo jednak należy przyjąć, iż są to ogłoszenia o tożsamej roli, a zatem należy do nich stosować, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 4a, przepisy dotyczące ogłoszeń o zamówieniu oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Od 25 maja 2006 r., na stronach portalu UZP został umieszczony interaktywny formularz,

umożliwiający zamawiającym publikację ogłoszeń poprzez jego wypełnienie. Ogłoszenie jest publikowane niezwłocznie po wprowadzeniu i zaakceptowaniu danych, tak więc data zaakceptowania danych jest datą publikacji ogłoszenia. Zamieszczenie ogłoszenia potwierdza m.in. automatycznie generowana wiadomość e-mail, wysyłana na podany w ogłoszeniu adres zamawiającego. Należy również pamiętać, że ogłoszenia nie mogą być przesyłane do publikacji na stronie portalu np. w formie papierowej (listem poleconym czy faksem). Jeżeli zamawiający nie posiada własnej strony internetowej, powinien umieścić ogłoszenie w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym, wskazując odpowiednio przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, a także termin i miejsce składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert. Na analogicznych zasadach zamawiający ma obowiązek ogłosić o zawarciu umowy, podając jednocześnie uzasadnienie wyboru wykonawcy, któremu udzielono zamówienia.

3. W postępowaniach o wartości nieprzekraczającej 60 000 euro nie stosuje się przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, terminów składania ofert, ofert wstępnych i ofert orientacyjnych. Aby jednak zapewnić wykonawcom ochronę ich praw ustawodawca zdecydował, iż ustalone przez zamawiającego terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminy składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych nie mogą być krótsze niż 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych albo od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych, jeżeli z przepisów ustawy wynika obowiązek wyznaczenia terminów dłuższych niż 7 dni.
4. Ostatnie wyłączenie dotyczy stosowania przepisów o odwołaniach i skargach. W postępowaniach o wartości nieprzekraczającej 60 000 euro wykonawcy będą mogli wnosić protesty na czynności i zaniechania zamawiającego, natomiast w przypadku oddalenia lub odrzucenia protestu przez zamawiającego nie będą im przysługiwać dalsze środki ochrony prawnej w postaci odwołania i skargi. Nie oznacza to jednak, iż składanie protestów bez możliwości dalszego dochodzenia swoich racji jest bezzasadne. Korzystając z tego środka wykonawcy mają możliwość zwrócenia uwagi zamawiającego na wszelkie uchybienia przepisom prawa, a w konsekwencji doprowadzenia do usunięcia naruszeń. Jeżeli zamawiający nie uwzględni uzasadnionego protestu i nie usunie uchybień, może się narazić na ryzyko nieważności zawartej umowy. Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 1 pkt 5 umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokona wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Nieważność umowy może również mieć miejsce, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6). Nie można również wykluczyć wystąpienia z roszczeniami odszkodowawczymi przeciwko zamawiającemu przez wykonawców, którzy poniosą szkodę na skutek bezprawnego działania lub zaniechania zamawiającego.

## **Art. 5. [Wyłączenia dotyczące usług]**

1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiotem są usługi:
  - 1) w zakresie ochrony osób i mienia, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności,
  - 2) socjalne,
  - 3) hotelarskie lub restauracyjne,
  - 4) transportu kolejowego,
  - 5) transportu morskiego lub żeglugi śródlądowej,

- 6) prawnicze,
  - 7) rekrutacji lub pozyskiwania personelu,
  - 8) szkoleniowe lub edukacyjne,
  - 9) zdrowotne,
  - 10) w zakresie kultury, sportu lub rekreacji, z wyjątkiem usług kablowej sieci radiowej i telewizyjnej,
  - 11) detektywistyczne,
  - 12) związane bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej
- zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a dla zamówień określonych w pkt 3–12 — również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu”.
2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, o których mowa w ust. 1, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.
  3. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami, o których mowa w ust. 1.
1. Komentowany artykuł wprowadza daleko idącą liberalizację zasad udzielania zamówień na pewne rodzaje usług. Jest on oparty na rozwiązaniach przyjętych w art. 20 i 21 Dyrektywy 2004/18/WE. Przepisy te wyróżniają „usługi priorytetowe” (ang. „*priority services*”), do których mają zastosowanie wszystkie przepisy Dyrektywy oraz pozostałe, nie-priorytetowe usługi (ang. „*non-priority services*”), do których poza przepisami ogólnymi mają zastosowanie wyłącznie przepisy Dyrektywy dotyczące specyfikacji technicznych (art. 23) oraz publikacji ogłoszenia o wyniku zamówienia (art. 35 ust. 4). Usługi nie-priorytetowe wymienione są w załączniku II B do Dyrektywy. Ich wykaz jest w dużej mierze zbieżny z listą usług zawartą w art. 5. W załączniku II B do Dyrektywy zawarta jest także pozycja „inne usługi”, co teoretycznie otwiera możliwość zaliczania do usług nie-priorytetowych wszelkich usług niewymienionych wyraźnie na liście usług priorytetowych (stanowiącej załącznik IIA do Dyrektywy). Tymczasem wykaz usług wymienionych w art. 5 jest zamknięty. Nie ma zatem możliwości udzielania na zasadach przewidzianych w komentowanym przepisie zamówień na jakiegokolwiek inne usługi.
  2. Różne jest także podejście ustawodawcy polskiego do zasad udzielania zamówień na usługi wskazane w art. 5. Jak już wyżej powiedziano, przepisy Dyrektywy 2004/18/WE nakazują stosować do nich jedynie postanowienia dotyczące specyfikacji technicznych oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zakres zastosowania przepisów Pzp jest szerszy, choć w dalszym ciągu swoboda zamawiających w odniesieniu do tych usług jest daleko posunięta.
  3. Do udzielania zamówień na usługi wymienione w komentowanym artykule mają zastosowanie przepisy dotyczące np. zamawiających i wykonawców (także w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów wykluczenia), opisu przedmiotu zamówienia i ustalania jego szacunkowej wartości (w tym przepisy dotyczące zamówień na usługi powtarzające się okresowo), trybów udzielania zamówienia (z wyłączeniem przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu, terminów oraz wadium), dokumentowania postępo-

wań, środków odwoławczych itp. Nad udzielaniem tego typu zamówień kontrola Prezesa Urzędu nie została wyłączona. Art. 5 daje zamawiającemu możliwość wyboru stosowania albo nie stosowania określonych przepisów Pzp. Możliwość wyboru ustaje jednak z chwilą wszczęcia postępowania. Jeżeli zamawiający podejmie decyzję o stosowaniu pewnych przepisów, zamieszczając odpowiednie postanowienia w specyfikacji, nie może decyzji tej dowolnie zmieniać w trakcie postępowania, np. wprowadzając dodatkowe podmiotowe kryteria oceny ofert. Takie działania z jednej strony sprzeczne byłyby z zasadami udzielania zamówień (np. zasadą uczciwej konkurencji, zasadą równego traktowania wykonawców), z drugiej — z konkretnymi przepisami Pzp, np. art. 38 ust. 5, zabraniającymi zmiany kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji.

4. Udzielając zamówienia na usługi wskazane w ust. 1 zamawiający ma możliwość niestosowania przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz terminów składania ofert. Oznacza to, że może wyznaczyć zarówno krótszy jak i dłuższy termin składania wniosków lub ofert. Podejmując decyzję w tej sprawie zamawiający jest związany jedynie ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym szczególnie zasadami określonymi w art. 7 ust. 1. Ustalenie terminów nierealistycznych, zwłaszcza zbyt krótkich na przygotowanie oferty mogłoby zostać potraktowane jako naruszenie tych zasad. Swoboda kształtowania terminów nie rozciąga się natomiast na terminy związania ofertą (por. art. 85). Komentowany przepis nie odnosi się również do terminów proceduralnych, w tym zwłaszcza terminów na wniesienie i rozpatrzenie protestów.
5. W postępowaniach dotyczących usług, o których mowa w komentowanym przepisie, zamawiający może odstąpić od żądania wadium. Jeżeli jednak nie korzysta z tego uprawnienia i żąda wadium, jest związany przepisami regulującymi instytucję wadium (por. art. 45 i art. 46). W szczególności, nie może odstąpić od tego wymogu dopiero na etapie oceny złożonych ofert. Jeżeli żądał wniesienia wadium, jest zobowiązany wykluczyć tych wykonawców, którzy nie wypełnili tego wymagania. Nie może już w trakcie postępowania zrezygnować z wadium z powołaniem się na art. 5 ust. 1 po to, aby nie wykluczyć określonych wykonawców z postępowania. Takie działanie sprzeczne byłoby z regułami uczciwej konkurencji.
6. W postępowaniach prowadzonych w oparciu o komentowane przepisy zamawiający ma również możliwość ustalenia kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Oznacza to, że poza kryteriami oceny ofert wskazanymi w art. 91 ust. 2, które odnoszą się do właściwości przedmiotu zamówienia, zamawiający może ustalić kryteria oceny ofert odnoszące się np. do wiedzy i doświadczenia czy też potencjału technicznego wykonawcy. Granice swobody w tym zakresie wyznaczają ogólne zasady udzielania zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zasada równego traktowania oferentów oraz zasada zapewnienia uczciwej konkurencji. Treść komentowanego przepisu nie może stanowić uzasadnienia dla wprowadzenia kryteriów oceny ofert nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia czy jego skali, kryteriów faworyzujących w nieuzasadniony sposób określonych wykonawców, itp.
7. Zamawiający udzielający zamówień na usługi wskazane w omawianym przepisie mają możliwość swobodnego stosowania trybów udzielenia zamówienia innych niż tryby podstawowe (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, a w przypadku zamawiających sektorowych również negocjacje z ogłoszeniem), niezależnie od występowania przesłanek stosowania tych trybów oraz bez konieczności powiadamiania Prezesa UZP o dokonanym wyborze trybu. W przypadku zamówień wskazanych w punktach 3 do 12 dotyczy to także trybu zamówienia z wolnej ręki.

8. W ust. 2 unormowano postępowanie w przypadku zamówień wielorodzajowych (zwanych także mieszanymi), w skład których wchodzi zamówienie na usługi objęte art. 5 ust. 1. Ustawodawca wprowadził regułę stosowaną powszechnie: o tym, jaki reżim przepisów należy zastosować decyduje wartościowy udział poszczególnych przedmiotów zamówienia w całkowitej wartości zamówienia (por. także komentarz do art. 6). Z uwagi na daleko idącą liberalizację zasad rządzących udzielaniem zamówień o których mowa w ust. 1, w ust. 3 wprowadzono generalny zakaz łączenia zamówień na usługi wskazane w ust. 1 z innymi zamówieniami. Zakaz ten ma przeciwdziałać sztucznemu łączeniu zamówień, dokonywanemu w celu uniknięcia stosowania procedur przewidzianych w Pzp. W każdym przypadku zamawiający powinien wykazać, że za połączeniem konkretnych, różnorodnych zamówień przemawiają określone względy. W braku należytego uzasadnienia dla łączenia zamówień dojdzie do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Gdy łączenie będzie miało na celu uniknięcie stosowania przepisów Pzp, konsekwencją takich poczynań może stać się unieważnienie postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7).
9. Dla zamawiających szczególnie istotne jest ustalenie, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z usługą objętą omawianym przepisem. Mogą się w tym zakresie kierować załącznikiem IB do Dyrektywy 2004/18/WE, w którym zawarta jest tabela korelacji pomiędzy poszczególnymi usługami niepriorytetowymi a numerami CPC. Podstawowe znaczenie należy przypisać postanowieniom Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) przy pomocy których, zgodnie z art. 30 ust. 4, zamawiający powinni określić przedmiot zamówienia oraz przepisom prawa krajowego dotyczącym wykonywania określonych rodzajów działalności. Tylko odwołując się do tych dwóch źródeł zamawiający będą mogli rozstrzygnąć ewentualne wątpliwości, odnoszące się do objęcia określonego zamówienia reżimem art. 5. W szczególności nie można w tym zakresie podzielić poglądów prezentowanych w doktrynie, iż kluczowe i wyłączne znaczenie mają postanowienia CPV<sup>1</sup>. W wielu przypadkach dopiero odniesienie zapisów CPV do przepisów polskiego prawa pozwala na ustalenie zakresu zastosowania art. 5.
10. Pierwszą kategorią usług, które wymagają zdefiniowania, są usługi w zakresie ochrony osób i mienia, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności. Usługi te, wraz z usługami detektywistycznymi, stanowią odrębną grupę CPV, oznaczoną kodem 74600000-5. Wśród kategorii tych usług, Słownik wymienia m.in. usługi nadzoru przy użyciu alarmu, usługi dozoru, usługi w zakresie nadzoru oraz usługi patrolowe. W prawie polskim kwestie związane ze świadczeniem usług ochroniarskich uregulowane są w ustawie o ochronie osób i mienia<sup>2</sup>. W art. 2 tej ustawy zdefiniowano ochronę osób jako działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej oraz ochronę mienia jako działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałające powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz nie dopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. Zgodnie z art. 3 tej ustawy, ochrona osób i mienia realizowana jest w formie bezpośredniej ochrony fizycznej: (1) stałej i doraźnej, (2) polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych oraz (3) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Ochrona fizyczna może być także realizowana w formie zabezpieczenia technicznego, polegającego na (1) montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eks-

<sup>1</sup> Tak E. Norek, „Prawo zamówień...”, s. 36.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.



placacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania oraz (2) montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Wskazane powyżej usługi (formy ochrony osób i mienia) nie podlegają przepisom ustawy, z wyjątkiem usług polegających na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych<sup>1</sup>.

11. Pojęcie „usługi socjalne” nie jest definiowane w przepisach prawa. Powszechnie przyjmuje się, że w jego zakresie będą mieścić się wszelkiego rodzaju usługi dotyczące wypoczynku, działalności kulturalno-oświatowej i sportowo-rekreacyjnej, które finansowane są przez pracodawców z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych<sup>2</sup>. Pomocne w interpretacji tego pojęcia może być także odwołanie się do znaczenia przypisywanego mu na gruncie języka powszechnego. Pod terminem „socjalny” rozumie się „mający na celu zaspokojenie potrzeb bytowych i kulturalnych”<sup>3</sup>. Takie rozumienie pozwala zaliczyć do usług socjalnych m.in. usługi opiekuńcze. Zgodnie bowiem z art. 2 ustawy o pomocy społecznej<sup>4</sup>, celem pomocy społecznej jest m.in. zaspokajanie niezbędnych potrzeb życiowych osób i rodzin. Art. 17 ust. 1 pkt 17 wspomnianej ustawy zalicza do zadań gminy w zakresie pomocy społecznej m.in. świadczenie usług opiekuńczych, w tym specjalistycznych, w miejscu zamieszkania.
12. „Usługi hotelarskie i restauracyjne” stanowią odrębny Dział CPV (kod 55000000-0), zaś „usługi hotelarskie” odrębną grupę usług w ramach tego Działu (kod 55100000-1). Do usług hotelarskich zalicza się zgodnie z CPV poza usługami hotelarskimi sensu stricto także usługi w zakresie m.in. pól kempingowych, schronisk młodzieżowych, oraz domów wypoczynkowych (CPV nie wyróżnia w ramach tego działu kategorii — najniższą jednostką klasyfikacji są klasy). Zasady świadczenia „usług hotelarskich” określają przepisy ustawy o usługach turystycznych<sup>5</sup>. Ustawa ta definiuje usługi hotelarskie jako krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych. Zgodnie z jej art. 35 usługi te mogą być świadczone w obiektach hotelarskich, do których zalicza się: hotele, motele, pensjonaty, kempingi (campingi), domy wycieczkowe, schroniska młodzieżowe, schroniska oraz pola biwakowe. Świadczenie usług hotelarskich w innego rodzaju obiektach jest możliwe pod warunkiem wypełnienia wymogów w zakresie wyposażenia, wymogów sanitarnych, wymogów przeciwpożarowych itp.
13. Jak już wspomniano, „usługi hotelarskie i restauracyjne” stanowią odrębny dział CPV, w ramach którego funkcjonuje grupa „Usługi restauracyjne i dotyczące podawania posiłków” (kod 55300000-3). Do kategorii tak rozumianych „usług restauracyjnych” CPV zalicza m.in. restauracyjne usługi kelnerskie dla ograniczonej grupy klientów, usługi przygotowywania posiłków, usługi gotowania posiłków, usługi prowadzenia bufetów,

<sup>1</sup> W ramach odrębnego działu CPV wymienia się np. „usługi ochrony wystaw” oraz „usługi ochrony obiektów i budynków historycznych”. W świetle postanowień Słownika nie jest więc jasne, czy także i te usługi mogą korzystać ze szczególnego reżimu udzielania zamówień przewidzianego w art. 5 ustawy. Jak się wydaje, odpowiedzi należy w takich wypadkach szukać w przepisach prawa krajowego. Jeżeli usługi ochrony muzeum wykonywane są przez agencję ochrony, to nie ma podstaw do tego, by tylko z uwagi na ich wyodrębnienie w ramach CPV traktowane były w sposób odmienny od pozostałych usług ochroniarskich.

<sup>2</sup> Por. przepisy ustawy z 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (tekst jednolity Dz. U. z 1996 r., Nr 70, poz. 335 z późn. zm.). CPV nie wyróżnia „usług socjalnych”. Mieścić się jednak one będą w znaczącej części w usługach rekreacyjnych, kulturalnych i sportowych, które także objęte są reżimem art. 5.

<sup>3</sup> Por. A. Markowski (red.) „Nowy słownik poprawnej polszczyzny PWN”, Warszawa 1999, s. 943.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2004 r., Nr 64, poz. 583 z późn. zm.

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 z późn. zm.

oraz usługi rozwożenia posiłków. Przepisy prawa nie definiują „usług restauracyjnych”. W ustawie o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia mowa jest jedynie o zakładach żywienia zbiorowego, tzn. miejscach prowadzenia działalności w zakresie zorganizowanego żywienia konsumentów oraz zakładach żywienia zbiorowego typu zamkniętego, tzn. miejscach prowadzenia działalności w zakresie zorganizowanego żywienia w szczególności w szpitalach, zakładach opiekuńczo-wychowawczych, żłobkach, przedszkolach, szkołach, internatach, zakładach pracy, określonych grup konsumentów, z wyłączeniem żywienia w samolotach i innych środkach przewozu.

14. Towarowy transport kolejowy stanowi odrębną kategorię CPV, wchodzącą w skład działu pod nazwą „Usługi transportu lądowego oraz przesył za pomocą rurociągów” (kod kategorii — 60121000-2). W prawie polskim zasady świadczenia usług transportu kolejowego określone są w przepisach ustawy o transporcie kolejowym<sup>1</sup>. „Usługi transportu wodnego” stanowią odrębny Dział CPV (kod 6100000-5), w ramach którego nie wyróżnia się transportu morskiego i śródlądowego. Z kolei w prawie polskim zasady świadczenia transportu morskiego regulują przepisy ustawy Kodeks morski<sup>2</sup>. Kwestie związane z żeglugą śródlądową regulują przepisy ustawy o żegludzie śródlądowej<sup>3</sup>.
15. „Usługi prawnicze” stanowią odrębną klasę wchodzą w skład działu zatytułowanego „Usługi w zakresie prawa, księgowości, audytu, działalności gospodarczej, zarządzania i podobne” (kod klasy — 74110000-3). Wśród kategorii usług prawniczych CPV wymienia m.in.: usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej oraz usługi w zakresie dokumentów (usługi uwierzytelniania). W Polsce usługi prawnicze świadczone są przez adwokatów, zgodnie z przepisami ustawy Prawo o adwokaturze<sup>4</sup>, notariuszy, zgodnie z przepisami ustawy Prawo o notariacie<sup>5</sup> oraz radców prawnych, zgodnie z przepisami ustawy o radcach prawnych<sup>6</sup>.
16. Termin „usługi rekrutacji lub pozyskiwania personelu” należy, jak się wydaje, interpretować przez pryzmat załącznika IIB do Dyrektywy 2004/18/WE w którym mowa jest o „usługach rekrutacji i pozyskiwania pracowników”. Usługi te we CPV objęte są grupą o kodzie 74500000-4. Zalicza się do nich m.in. usługi poszukiwania pracy, usługi w zakresie relokacji pracowników oraz usługi rekrutacyjne. Zasady prowadzenia działalności w zakresie doradztwa personalnego przez agencje zatrudnienia określają przepisy ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy<sup>7</sup>.
17. W skład działu pod nazwą „Usługi edukacyjne” wchodzi odrębna klasa pod nazwą „Usługi szkoleniowe” (kod 80420000-4). Wśród kategorii tej klasy wyróżnia się m.in. usługi szkolenia specjalistycznego, placówki szkoleniowe, usługi szkolenia w zakresie środowiska naturalnego, bezpieczeństwa, zdrowia i pierwszej pomocy. W skład klasy nie wchodzi natomiast np. usługi szkół nauki jazdy, pilotażu, żeglownia, nurkowania itp. Z załącznika II B do Dyrektywy 2004/18/WE wynika, że zwolnieniem powinny być objęte również te usługi. Wchodzi one bowiem w skład „usług edukacyjnych i szkoleniowych”, zaliczanych do usług niepriorytetowych.
18. W opublikowanej na stronach internetowych Urzędu opinii prawnej, UZP odniósł się do kwestii usług szkoleniowych świadczonych w trakcie projektów realizowanych w ra-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 138, poz. 1545 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 857.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.

<sup>5</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 z późn. zm.

<sup>6</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.

<sup>7</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001 z późn. zm.

mach Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004–2006<sup>1</sup>. W ocenie UZP, Zamawiający (projektodawca) jest zobligowany do wskazania Wojewódzkiemu Urzędowi Pracy (w załączniku do wniosku o dofinansowanie) wykonawców przedmiotowych usług w zakresie szkolenia. Od spełnienia tego warunku uzależnione jest uzyskanie przez projekt dodatkowych punktów warunkujących jego wybranie oraz zawarcie przez projektodawcę umowy w sprawie dofinansowania. Projektodawca (beneficjent pomocy) jest zobowiązany do stosowania Pzp przy pozyskiwaniu usług w zakresie szkolenia, niezbędnych do realizacji projektu szkoleniowego. Stosując tę ustawę może jednak powołać się na art. 5 ust. 1 pkt 9 i zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki bez konieczności spełniania przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1–7. W wyniku zastosowania tego trybu projektodawca może udzielać zamówienia wykonawcom wskazanym w załączniku do wniosku i umowie w sprawie dofinansowania szkolenia z Europejskiego Funduszu Społecznego.

19. CPV wyróżnia odrębny dział pod nazwą „Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej” (kod 85000000-9). Wśród kategorii usług wchodzących w skład tego działu wyróżnia się m.in. usługi szpitalne, ogólne usługi lekarskie, usługi stomatologiczne, usługi ambulatoryjne oraz usługi medycznej. Kwestie związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych regulują przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>2</sup>. Zgodnie z przepisami tej ustawy „świadczeniem zdrowotnym” jest działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. W ustawie zawarty jest także katalog przykładowych świadczeń zdrowotnych. W art. 32e ust. 1 zdefiniowano pojęcie „usługi medycznej”. Rozumie się przez nie świadczenia zdrowotne i związane z ich udzielaniem usługi, udzielane w publicznych zakładach opieki zdrowotnej oraz przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych na zasadach określonych w przepisach ustawy, podlegające rejestrowaniu i monitorowaniu w systemie ewidencyjno-informatycznym, zwanym dalej „rejestrem usług medycznych”. Powstaje pytanie, jaka jest wzajemna relacja między „świadczeniami zdrowotnymi” i „usługami medycznymi”, o jakich mowa w przepisach ustawy o świadczeniach zdrowotnych, a „usługami zdrowotnymi”, o jakich mowa w przepisach Pzp. „Świadczenia zdrowotne” realizowane są na rzecz „ludności” (ogółu pacjentów) i mają charakter powszechnie dostępny. W konsekwencji, przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej przewidują specjalne tryby ich zamawiania, z wyłączeniem przepisów Pzp (por. art. 35 ust. 3). „Usługi zdrowotne”, o których mowa w Pzp należą natomiast do grupy „usług medycznych” zamawianych przez konkretnego zamawiającego, który dokonuje ich zakupu na swoją rzecz (np. opieka zdrowotna nad pracownikami zamawiającego)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por. rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 14 października 2004 r. w sprawie wzorów umów o dofinansowanie projektu realizowanego w ramach Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004–2006 (Dz. U. Nr 225, poz. 2285 z późn. zm.) i zastąpionym przez obecnie obowiązujące rozporządzeniem z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie wzorów umów o dofinansowanie projektów realizowanych w ramach Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004–2006 (Dz. U. Nr 137, poz. 1153 z późn. zm.); rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 10 listopada 2004 r. w sprawie trybu składania i wzorów wniosków o dofinansowanie realizacji projektów w ramach Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004–2006 (Dz. U. Nr 257, poz. 2575 z późn. zm.); oraz rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 25 sierpnia 2004 r. w sprawie przyjęcia Uzupełnienia Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004–2006 (Dz. U. Nr 200, poz. 2051 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

<sup>3</sup> W opublikowanej na stronach UZP opinii w sposób jednoznaczny przesądzono, iż art. 5 pkt 9 ma zastosowanie m.in. do usług medycyny pracy.

20. „Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe” stanowią odrębny dział CPV (kod 9200000-1). Zalicza się do nich m.in. usługi kinematograficzne oraz wideo, usługi radiowe i telewizyjne, usługi rozrywkowe, usługi świadczone przez biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi kulturalne oraz usługi sportowe. Termin „usługi kulturalne” nie ma w przepisach prawa jednolitej i precyzyjnej definicji. Za usługi w tym zakresie należy uznać w szczególności usługi świadczone przez podmioty prowadzące działalność kulturalną, przez którą zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej<sup>1</sup>, należy rozumieć działalność polegającą na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Tak rozumianą działalność kulturalną mogą prowadzić osoby prawne, osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, w szczególności w formach organizacyjnych wymienionych w art. 2 przywoływanej ustawy, takich jak: teatry, opery, filharmonie, opery, operetki, orkiestry, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury. Kluczowe kwestie związane z uprawianiem sportu oraz rekreacją ruchową regulują przepisy ustawy o kulturze fizycznej<sup>2</sup>.
21. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o lasach<sup>3</sup>, gospodarka leśna to działalność leśna w zakresie zarządzania, ochrony i zagospodarowania lasu, utrzymania i powiększania zasobów i upraw leśnych, gospodarowania zwierzyną, pozyskiwania — z wyjątkiem skupu — drewna, żywicy, choinek, karpiny, kory, igliwia, zwierzyny oraz produktów runa leśnego, a także sprzedaż tych produktów oraz realizacja pozaprodukcyjnych funkcji lasu. Przepisy tej ustawy definiują również „trwale zrównoważoną gospodarkę leśną”. Jest to „działalność zmierzająca do ukształtowania struktury lasów i ich wykorzystania w sposób i w tempie zapewniającym trwałe zachowanie ich bogactwa biologicznego, wysokiej produktywności oraz potencjału regeneracyjnego, żywotności i zdolności do wypełniania, teraz i w przyszłości, wszystkich ważnych ochronnych, gospodarczych i socjalnych funkcji na poziomie lokalnym, narodowym i globalnym, bez szkody dla innych ekosystemów” (art. 6 ust. 1 pkt. 1 (a)). Szczegółowe zasady prowadzenia gospodarki leśnej określają przepisy art. 7 i nast. przywoływanej ustawy. Zgodnie z tymi przepisami gospodarka leśna prowadzona być musi w oparciu o plan urządzenia lasu (względnie uproszczony plan urządzenia lasu) z uwzględnieniem następujących zasad: powszechnej ochrony lasów; trwałości utrzymania lasów; ciągłości i zrównoważonego wykorzystania wszystkich funkcji lasów; powiększania zasobów leśnych. Nadzór nad gospodarką leśną prowadzi, w zakresie lasów będących własnością Skarbu Państwa, minister właściwy do spraw środowiska. Pojęcie „bezpośredniego związku zamówienia z określoną działalnością” było przedmiotem opinii opublikowanej przez UZP na gruncie art. 4a uzp<sup>4</sup>. Zgodnie z tą opinią: „pojęcie bezpośredniego związku zamówienia powinno być rozumiane możliwie szeroko, w kierunku objęcia [ustawą o zamówieniach publicznych] wszystkich zamówień udzielanych w celu prowadzenia [określonej] działalności (...) a to jest — zamówień niezbędnych lub koniecznych dla sprawnego prowadzenia takiej działalności.” W opinii UZP, zamówienia bezpośrednio związane z określoną działalnością to zarówno „zamówienia specyficzne dla danego rodzaju działalności”, jak i „pozostałe zamówienia, pozostające w bezpośrednim funkcjonalnym związku z działalnością, konieczne dla sprawnego jej prowadzenia.” Należy uznać, iż analogicznej wykładni powinno być poddane pojęcie „zamówień bezpośrednio związanych z gospodarką leśną”.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 13, poz. 123.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 81, poz. 889 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435 z późn. zm.

<sup>4</sup> Opinia jest dostępna na stronach internetowych UZP.

## Art. 6. [Zamówienia wielorodzajowe]

- 1. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.**
- 2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.**
- 3. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych.**
- 4. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług.**

1. Komentowany artykuł dotyczy tzw. zamówień wielorodzajowych (zwanymi także „mieszczanymi”), tzn. zamówień na świadczenia właściwe dla różnych rodzajów zamówień (dostaw, usług lub robót budowlanych). Zawarte w nim wytyczne pozwalają rozstrzygnąć, czy udzielenie zamówienia wielorodzajowego odbywać się będzie na zasadach przewidzianych dla dostaw, usług czy też może robót budowlanych.<sup>1</sup> Rozstrzygnięcie takie może mieć wpływ na wiele aspektów formalnych procedury udzielenia zamówienia. Reguły zawartej w tym artykule nie stosuje się do art. 29–35. W tych ostatnich unormowano zasady oznaczania przedmiotu zamówienia i ustalania jego szacunkowej wartości. Przepisy tych artykułów należy zastosować w pierwszej kolejności, bowiem przy ich pomocy możliwe jest zdefiniowanie zakresu każdego z rodzajów zamówienia wielorodzajowego (dostaw, usług, robót budowlanych) oraz ich szacunkowej wartości. Dopiero po takim zabiegu można stosować art. 6. Reguły kolizyjne zawarte w tym artykule mają zastosowanie wyłącznie do postępowania o zamówienie, w żaden sposób nie determinują natomiast kwalifikacji umowy o zamówienie wielorodzajowe — umowę tę należy kwalifikować jako tzw. umowę mieszaną, nie zaś jako umowę typową (o roboty budowlane, sprzedaży, dostaw etc.).

2. Ustawa wprowadza generalną zasadę, zgodnie z którą w przypadku zamówień obejmujących równocześnie dostawy lub usługi do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku zamówień obejmujących równocześnie roboty budowlane oraz usługi. Od wskazanej wyżej reguły przewidziano trzy wyjątki.
3. W pierwszym wyjątku, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem terminu „instalacja” przypadki takie obejmować będą m.in. zakładanie lub montowanie np. dostarczonych urządzeń technicznych<sup>2</sup>, a tym samym tak rozumiana „instalacja” może być kwalifikowana, w zależności od konkretnej sytuacji, jako usługa lub robota budowlana. Jeżeli dostawie towarzyszyć będą innego rodzaju usługi lub roboty budowlane, niebędące „instalacją” — choćby związane ze szkoleniem personelu zamawiającego w zakresie obsługi dostarczonego sprzętu, stosuje się regułę zawartą w ust. 1 omawianego przepisu.

<sup>1</sup> Regulacja zawarta w Pzp jest pod tym względem szersza niż regulacja zawarta w ustawie o zamówieniach publicznych. Art. 3b, który dotyczył tej właśnie kwestii, zawierał tylko jedną generalną normę kolizyjną, która w przypadku wszystkich zamówień wielorodzajowych nakazywała stosować przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w wartości całego zamówienia był największy.

<sup>2</sup> Tak „Słownik języka polskiego PWN”, Warszawa 2002.

4. Drugi wyjątek stanowi sytuacja, w której zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania. Do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych, niezależnie od tego, czy w danym przypadku większa jest wartość dostaw czy robót budowlanych. Powstaje w związku z tym pytanie, jakie zasady powinny rządzić przypadkiem, w którym przedmiotem jednego zamówienia powinny być roboty budowlane oraz dostawy, które nie są niezbędne do wykonania zamówienia. Sytuacja taka nie jest objęta ani dyspozycją ust. 1, ani dyspozycją ust. 3. Jeżeli przyjąć, że założeniem ustawodawcy było uregulowanie wszystkich możliwych przypadków należy dojść do wniosku, że takie połączenie dostaw i robót budowlanych jest nieuprawnione. Stanowi ono naruszenie zakazu określonego w art. 29 ust. 2 (opis przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami).
5. Ostatni wyjątek stanowią zamówienia obejmujące równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług. Użycie przez ustawodawcę terminu „niezbędne” oznacza, iż na podstawie omawianego przepisu kwalifikowane mogą być tylko te przypadki, w których wykonanie robót budowlanych warunkuje wykonanie usług (bez wykonania robót budowlanych nie jest możliwe wykonanie usług). W takich przypadkach do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. W pozostałych przypadkach zamówień mieszanych obejmujących roboty budowlane i usługi zastosowanie znajdzie reguła zawarta w ust. 1 komentowanego przepisu.

## **Rozdział 2**

### **Zasady udzielania zamówień**

#### **Art. 7 [Podstawowe zasady]**

- 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.**
- 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.**
- 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.**

1. Przepis art. 7 ust. 1 statuuje fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych. Przy zmienionej redakcji w przepisie tym powtórzono treść art. 16 ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców określana jest także jako zasada „sprawiedliwego traktowania oferentów”<sup>1</sup>. Tę fundamentalną zasadę *expressis verbis* wyrażono w art. 2 Dyrektywy klasycznej i art. 10 Dyrektywy sektorowej<sup>2</sup>. W Dyrektywie sektorowej zasadę równego traktowania wykonawców połączono z zasadą transparentności. Podobnie uczyniono w art. 2 Dyrektywy klasycznej. Zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

<sup>1</sup> A. Niedziela, *Zamówienia publiczne*..., s. 4.. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Kraków 2006, s. 106 i nast.; C. Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford 2006, s. 137 i nast.

<sup>2</sup> Directive 2004/18/EC z 31 marca 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts oraz Directive 2004/17/EC z 31 marca 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

2. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania wskazanych zasad tak w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, przygotowując warunki konkursu, powołując komisję przetargową lub sąd konkursowy zamawiający musi więc postępować tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców. Obowiązek przestrzegania omawianych zasad ciąży także na zamawiającym w trakcie przeprowadzania postępowania (w każdym trybie). Przygotowanie postępowania uregulowano w art. 29–38, natomiast prowadzenia postępowania dotychczas art. 39–81 (Tryby udzielania zamówień) oraz dalsze przepisy, w szczególności regulujące wybór najkorzystniejszej oferty (art. 82–95).
3. Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje rozwinięcie w dalszych przepisach Pzp. Szczególne znaczenie mają w tym zakresie art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90. Zamawiający obowiązany jest przestrzegać nie tylko powołane przepisy, ale także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>1</sup> oraz przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup>. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W przepisie art. 3 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji. Są nimi np. wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomówienie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej.<sup>3</sup>
4. W procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji o szczególnym znaczeniu jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych wykonawców (dumping — art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują między innymi zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 5–8). Skutkiem naruszenia zakazów jest wydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania.<sup>4</sup>
5. Zamawiający ma kompetencję do samodzielnego ustalania, czy działania wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy Pzp regulują szczegółowo procedurę weryfikowania dumpingu. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia obowiązany jest zwrócić się pisemnie do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (por. uwagi do art. 90). Jak można sądzić również w innych przypadkach zamawiający może dokonywać w tym zakresie samodzielných ustaleń. Skutkiem stwierdzenia popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji jest odrzucenie oferty tego wykonawcy (patrz komentarz do art. 89).

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

<sup>3</sup> Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — komentarz pod red. Janusza Szwejki, Warszawa 2006, s. 129 i nast.

<sup>4</sup> Szerzej patrz Elżbieta Modzelewska-Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów — komentarz, Warszawa 2002, s. 63–124

6. Zasada równego traktowania ubiegających się o zamówienie oznacza, że bez wpływu na dokonany wybór powinien pozostawać status prawny wykonawcy. Równe prawa służą zatem wszystkim wykonawcom: przedsiębiorstwom kupieckim, spółkom osobowym i kapitałowym, spółdzielniom, przedsiębiorstwom państwowym, oddziałom przedsiębiorstw zagranicznych itp. W praktyce zdolność oddziałów przedsiębiorstw zagranicznych do występowania w postępowaniach zamówieniowych wywoływała pewne wątpliwości. Ostatecznie w orzecznictwie zespołów arbitrów uznano, że oddział przedsiębiorstwa zagranicznego może, zgodnie z art. 85 i art. 88 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>1</sup> — występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działa on w imieniu, na rzecz i w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego. Zamawiający nie może dyskryminować podmiotu uczestniczącego w procedurze zamówieniowej (poszczególnych wykonawców) ze względu na jego status prawny czy strukturę<sup>2</sup>. W niektórych przypadkach wykonawca musi mieć jednak określone przymioty (kwalifikacje) — por. przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>3</sup>. Za aktualną należy uznać tezę przyjętą w wyroku SN z 13 grudnia 1999 r.<sup>4</sup> Sąd Najwyższy stwierdza, iż z reguły równości i uczciwej konkurencji wynika, że o zamówienie publiczne zasadniczo może ubiegać się każdy, nawet osoba nie prowadząca zawodowej działalności gospodarczej, jeśli tylko spełnia ustawowe lub indywidualnie wyznaczone przez zamawiającego warunki. Natomiast dostrzegalne ograniczenia w zakresie statutowej działalności występują już po stronie jednostek zamawiających.
7. Z zasady równego traktowania wykonawców wypływa zakaz dyskryminacji podmiotów ubiegających się o zamówienie ze względu na siedzibę wykonawcy i jego właściwości. Pzp, odmiennie niż wcześniejsza ustawa, nie przewiduje możliwości stosowania tzw. preferencji krajowych. Wykonawcy o cesze zakrajowości mają zatem takie same prawa, jak wykonawcy mający siedzibę w Polsce. Zasada równości jest również jedną z podstawowych zasad prawa unijnego. Stanowi ona właściwie tyle, że niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamyh sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych, chyba że znajduje to obiektywne uzasadnienie. Cudzoziemcy pochodzący z Unii Europejskiej nie mogą być traktowani gorzej niż obywatele danego państwa członkowskiego (art. 12 (b) TWE). Chodzi przy tym zarówno o zakaz tzw. dyskryminacji bezpośredniej, jak i zakaz tzw. dyskryminacji pośredniej. Zasada równego traktowania obowiązuje jedynie w ramach Unii Europejskiej, albowiem TWE nie zawiera żadnej ogólnej reguły dotyczącej niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów spoza Wspólnoty<sup>5</sup>. Co więcej w ograniczonym zakresie Pzp wprost nakazuje stosować preferencje wspólnotowe w grupie zamówień sektorowych (patrz komentarz do art. 138c ust. 1 pkt 4). Ustawa nie przewiduje także, co do zasady, możliwości stosowania tzw. preferencji lokalnych lub też preferencji regionalnych. Zgodnie jednak z art. 91 ust. 2 kryteriami oceny ofert mogą być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Po nowelizacji kwietniowej kryterium oceny ofert nie może już być wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia. Ustawodawca w ślad za rozwiązaniami przyjętymi w prawie unijnym w pełni poniechał stosowania jakichkolwiek preferencji lokalnych lub regionalnych. Problem tzw.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

<sup>2</sup> Por. Przemysław Szustakiewicz, Zasady Prawa zamówień publicznych, Radca Prawny Nr 3 z 2004 r. s. 106.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

<sup>4</sup> III CKN 478/98 (Samorząd Terytorialny 2001 Nr 6, s. 68–71).

<sup>5</sup> Szerzej patrz Aleksandra Sołtysińska, Zamówienia publiczne z Unii Europejskiej, Kraków 2004 r., s. 130 i nast. oraz też Europejskie prawo zamówień publicznych — komentarz, Kraków 2006, s. 111 i nast.



preferencji regionalnych był przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W licznych orzeczeniach uznał on, że przepisy rezerwujące część zamówień dla określonych przedsiębiorców są sprzeczne z prawem unijnym.<sup>1</sup> Zakaz dyskryminacji wykonawców ze względu na właściwości wykonawcy został *expressis verbis* wyrażony w art. 91 ust. 3. W myśl tego przepisu kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (patrz uwagi do wskazanego przepisu). W orzecznictwie przyjęto, że wymóg żądania wykazu realizacji zamówień w okresie ostatnich trzech lat nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania (wyrok SO w Warszawie z 12.06.2003 r. V CA 580/03). Orzeczenie to jest w pełni aktualne w nowym stanie prawnym. Stawianie wszystkim wykonawcom jednakowych, niedyskryminujących wymogów udziału w postępowaniu zamówieniowym nie może być kwalifikowane jako naruszające treść art. 7 Pzp. Gwarancje poszanowania zasady równości zawierają liczne przepisy ustawy. Poza powołanymi wyżej wskazać należy w szczególności art. 38 ust. 2, 4 i 6, art. 181 ust. 3. Orzecznictwo zespołów arbitrów dowodzi, że zarzuty naruszenia zasady równości lub zasady ochrony uczciwej konkurencji są najczęstszą przyczyną występowania z protestami i odwołaniami.

8. W ust. 2 przewiduje się, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia mogą dokonywać tylko osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Instytucjonalne gwarancje bezstronności i obiektywizmu przygotowania i przeprowadzenia procedur zamówieniowych zawarto w art. 17.
9. W przepisie ust. 3 w pewnej mierze powtórzono treść art. 12a uzp. Normatywny sens obu wskazanych przepisów może wywoływać pewne wątpliwości. W braku tego przepisu zamawiający obowiązywałby również do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nakazywanie zamawiającemu w odrębnej normie postępowania zgodnego z prawem może wydawać się zbędne. Zakładając racjonalność prawodawcy trzeba w tej sytuacji uznać, że w ust. 3 wypowiedziano zakaz dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oznacza to, iż wykonawca nie może, nawet za zgodą zamawiającego, przenieść praw i obowiązków wynikających z umowy na osobę trzecią. Zamawiający natomiast ma obowiązek udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z zasady legalizmu działania zamawiającego można wywieść nakaz powierzania wykonania zamówienia tylko takiemu wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu oraz nakaz powierzania wykonania zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy.
10. Pzp nie wyraża *expressis verbis* nakazu udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Nie zawiera także jednoznacznego zakazu unieważnienia postępowania w braku podstaw do podjęcia takiego rozstrzygnięcia bądź też bez podania przyczyn. Obowiązki wskazanego wyżej nakazu i zakazu można wywieść z zestawienia ust. 3 oraz art. 89, art. 91 i art. 93. Ustawa przewiduje *numerus clausus* przyczyn unieważnienia postępowania. Przewiduje także, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Oznacza to, że nie może on poniechać dokonania tej czynności w braku podstaw do unieważnienia postępowania. Zasada równości przesądza zatem o tym, że zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, o ile postępowanie prowadzono zgodnie z prawem.

<sup>1</sup> Patrz orzecznictwo Trybunału, orzeczenie z 20.03.1990 r. w sprawie C-21/88 Du Pont de Nemours Halina Spa przeciwko Unita Sanitaria Locale No. 2 di Carrari orzeczenie z 11.07.1991 r. w sprawie C-351/88 Laboratori Bruneau Srl przeciwko Unita Sanitaria Locale RM/24 di Monterando w Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej — orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, Warszawa 2000 r., s. 21–25.

11. Naruszenie przez zamawiającego norm zawartych w komentowanym artykule stanowi podstawę do skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI Pzp. Gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego powinno być unieważnione (art. 93 ust. 1 pkt 7). W braku takiego rozstrzygnięcia (podobnie w braku odrzucenia oferty) dochodzi najczęściej do naruszenia art. 7. Podobnie dzieje się w przypadku wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub naruszeniem przepisów ustawy, gdy miało to wpływ na wynik postępowania. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wówczas nieważna (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6). W przypadku unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego np. z powodu naruszenia art. 7, wykonawcom, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, przysługują roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4). W przypadku naruszenia art. 7 przez zamawiającego wykonawca może także dochodzić, niezależnie od środków ochrony przewidzianych w Pzp, roszczeń cywilnoprawnych. Podstawę takich roszczeń stanowią przepisy o odpowiedzialności Skarbu Państwa, gdy zamawiającym jest jednostka organizacyjna Skarbu Państwa nie wyposażona w osobowość prawną (art. 417 § 1 Kc). Ten sam przepis stanowi podstawę odpowiedzialności jednostki samorządu terytorialnego lub innej osoby prawnej wykonującej władzę publiczną z mocy prawa. Gdy szkoda wynika z czynu innego podmiotu zobowiązanego do stosowania Pzp, podstawę odpowiedzialności mogą stanowić dalsze przepisy regulujące odpowiedzialność deliktową, bowiem przepis art. 93 ust. 4 nie wyłącza zastosowania właściwych przepisów Kc o odpowiedzialności odszkodowawczej.
12. Pogląd przeciwny nie ma jakiegokolwiek oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Działania zamawiających mają umocowanie w obowiązujących przepisach prawa, tj. ustawie Prawo zamówień publicznych. Działania lub zaniechania zamawiających niezgodne z Pzp są zatem sprzeczne z prawem. Zamówienia publiczne są zarazem po stronie liczących zamawiających w pełnym tego słowa znaczeniu sferą wykonywania władzy publicznej. Zamawiający działa w tym obszarze nie tylko jako równoprawny z wykonawcami uczestnik obrotu, ale także — w oparciu o Pzp — jako organ administracji podejmujący istotne rozstrzygnięcia poprzedzające zawarcie umowy. Równoprawność występuje zatem po zawarciu kontraktu. Wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej nie uzasadniają zatem jakiegokolwiek względy. Dyrektywy wykładni językowej, systemowej i celowościowej muszą prowadzić do przyjęcia tezy, że niezgodne z prawem poczynania zamawiającego mogą prowadzić do powstania jego odpowiedzialności odszkodowawczej. Podstawę tej odpowiedzialności stanowią przepisy kodeksu cywilnego o odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody powstałe przy wykonywaniu władzy publicznej. Uchylenie art. 418–420<sup>2</sup> Kc nie tyle wyłącza tę odpowiedzialność co rozszerza jej zakres. Warto przy tym podkreślić, że przepis art. 94 ust. 4 ogranicza odpowiedzialność zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania. W przepisach Pzp nie przewidziano natomiast wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego w razie niezgodnego z prawem lub SIWZ wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, iż w takim przypadku podstawę odpowiedzialności zamawiającego i jej zakres określają przepisy Kodeksu cywilnego. W interesującej nas sprawie (w związku z dokonaniem wyboru oferty w sposób niezgodny z prawem) nie znajduje zastosowania art. 72 § 2 Kc, bowiem dotyczy on winy w kontraktowaniu, nie zaś odpowiedzialności odszkodowawczej za zachowania niezgodne z prawem. Gdyby nawet uznać, że art. 417 Kc nie może stanowić podstawy odpowiedzialności zamawiającego, to konsekwencją takiego stanowiska musiałoby być uznanie, iż podstawą tej odpowiedzialności są inne odpowiednie przepisy Kc dotyczące deliktów. W miejscu tym należy podkreślić, że przepis art. 72

§ 2 Kc może znaleźć zastosowanie nie tyle w przypadku postępowania zamawiającego sprzecznego z prawem, co w sytuacji prowadzenia przezeń z wykonawcą (wykonawcami) niezgodnych z dobrymi obyczajami negocjacji (*culpa in contrahendo*). Powołany przepis może być stosowany wyłącznie w negocjacyjnych trybach udzielania zamówień. Treść art. 93 ust. 4 nie wyłącza zatem możliwości zastosowania art. 72 § 2 Kc. Zakresy stosowania tych przepisów nie są tożsame, co ma ten skutek, że nie działają *reguly lex specialis derogat legi generali* oraz *lex posterior derogat legi priori*.

## Art. 8 [Zasada jawności]

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.**
- 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.**
- 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.**

1. Art. 8 ustanawia zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne. Nowela uzp z listopada 2002 r.<sup>1</sup> przewidziała, że umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Podobny przepis zawarto w Pzp. W myśl art. 139 ust. 3 umowy w sprawie zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zasada jawności obejmuje zatem nie tylko samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, lecz również efekt tego postępowania w postaci umowy cywilno-prawnej zawartej przez zamawiającego z wykonawcą, aczkolwiek zakres jawności (zarazem konfidencjonalności) jest w obu przypadkach różny<sup>2</sup>. Warte podkreślenia jest to, iż komentowany przepis nie odsyła do ustawy o dostępie do informacji publicznej<sup>3</sup>, odesłanie takie występuje wyłącznie w art. 139 ust. 3.
2. Zasada jawności może być rozpatrywana w różnych aspektach. W pierwszym chodzi o ujawnianie informacji o planowanych i podejmowanych procedurach zamówieniowych. W tym ujęciu zasadę jawności realizuje się przez obowiązek ogłoszeń, obejmujący obowiązek ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach, obowiązek ogłoszeń o konkretnych procedurach zamówieniowych oraz obowiązek ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (patrz komentarz do art. 11–14 oraz art. 95). Jawności postępowania w tym ujęciu służy także obowiązek sprawozdawczy nałożony na zamawiającego w art. 98, a skonkretyzowany w przepisach wykonawczych. W drugim aspekcie jawność dotyczy dokumentacji konkretnej procedury zamówieniowej. W myśl art. 96 ust. 3 pisemny protokół postępowania o zamówienie publiczne jest jawny. Jawne są również załączniki do protokołu, wskazane w art. 96 ust. 2. Oferty stanowiące załączniki do protokołu są jawne od chwili ich

<sup>1</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 2, poz. 16.

<sup>2</sup> Szerzej o jawności umów W. Eysakowski, Jawność umów w sprawach zamówień publicznych, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2003 r. Nr 3, s. 16–17.

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

otwarcia. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępniane są po upływie terminu ich składania. Pozostałe załączniki do protokołu ujawnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania (patrz komentarz do art. 96 ust. 2 i 3). Konsekwencją zasady jawności jest to, że oferty mogą być udostępnione wszystkim zainteresowanym od chwili ich otwarcia. Zasady udostępniania reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>1</sup>, zgodnie z którym zamawiający umożliwia robienie odpisów, kopii i udostępnia do wglądu w swojej siedzibie protokół wraz z załącznikami. Kopie są wykonywane na koszt wykonawcy. Zamawiający nie ma jednak obowiązku przesyłania protokołu na żądanie wykonawcy. Przepisy szczególne dotyczące jawności ofert i protokoły są dostosowane do treści ustawy o dostępie do informacji publicznej<sup>2</sup>. Zasada jawności wiąże się także z toczącymi się procedurami odwoławczymi i sądowymi. Zespół arbitrow rozpoznał odwołanie wykonawcy na jawnej rozprawie (art. 187 ust. 2). Postępowanie sądowe ze skargi wnoszonej na podstawie art. 194 jest również co do zasady jawne.

3. Zasada jawności doznaje pewnych ograniczeń. Zakres konfidencjalności (poufności) wyznacza w szczególności przepis art. 8 ust 3. Sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami reguluje art. 96 ust. 3 oraz przepisy wykonawcze i związkowe do PZP<sup>3</sup>. Zakres jawności postępowania został ponadto uregulowany w art. 138c ust. 1 pkt 1. Regulacja ta jest o tyle odmienna od rozwiązań generalnych, że dotyczy kompetencji zamawiającego do wyznaczania zakresu konfidencjalności postępowania. W myśl powołanego przepisu w zamówieniach sektorowych zamawiający może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W konkurencyjnych postępowaniach pozaprzetargowych regułą jest natomiast poufność procedowania. Strony nie mogą ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z prowadzoną procedurą (por. art. 58 ust. 3 dotyczący negocjacji z ogłoszeniem, art. 60d ust. 7 dotyczący dialogu konkurencyjnego, art. 65 dotyczący negocjacji bez ogłoszenia). Postępowanie odwoławcze może być prowadzone z całkowitym albo częściowym wyłączeniem jawności na wniosek strony lub z urzędu, jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną (patrz komentarz do art. 187 ust. 3). Zasady jawności nie stosuje się także w tych trybach procedury zamówieniowej, w których występują negocjacje. W myśl art. 57 ust. 6 oraz art. 65 poufne są negocjacje prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz trybie negocjacji bez ogłoszenia.
4. Problemu jawności ofert oraz skutków nieuprawnionego zastrzeżenia poufności części oferty przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie dotyczy uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. w której stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta na podstawie art. 96 zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji, potwierdzających spełnienie wymogów wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, nie zaś odrzucenie oferty (wyrok w sprawie III CZP 74/05). Wskazane orzeczenie w pełni zachowuje

<sup>1</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dz. U. Nr 87, poz. 606.

<sup>2</sup> Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 87, poz. 606) oraz ustawa o dostępie do informacji publicznej.

wało swoją aktualność, mimo uchylecia art. 96 ust. 4, bowiem treść tego przepisu, z pewnymi zmianami, powtórzono w art. 8 dodając doń ust. 3.

5. Kwestia zakresu stosowania ust. 3 należy do zagadnień niezwykle interesujących, a zarazem kontrowersyjnych. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przepis ten dotyczy wyłącznie postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś postępowania związanego z korzystaniem ze środków ochrony, w szczególności odwołania i skargi do sądu powszechnego. Za uprawniony należy uznać postulat stosowania tego przepisu w postępowaniu protestacyjnym. W postępowaniu odwoławczym omawiana materia ma odrębną regulację prawną (art. 187 ust. 3). W postępowaniu skargowym stosuje się natomiast odpowiednie przepisy kodeksu postępowania cywilnego (w szczególności art. 153 Kpc).
6. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter poufny, gdy wykonawca zastrzegł poufność nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zastrzeżenie poufności po tej chwili z reguły pozostaje bezskuteczne. W orzecznictwie zespołów arbitrów rozważano problem skuteczności zastrzeżenia poufności po terminie składania ofert, gdy zastrzeżenie to poczyniono w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 90. Przyjęto regułę priorytetu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa bez względu na to, na jakim etapie postępowania zastrzeżenie poufności zostanie złożone zamawiającemu przez wykonawcę. Wskazane stanowisko opiera się nie tyle na interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych, co na wykładni przepisów szczególnych dotyczących tajemnicy handlowej. Interpretacja ta nie jest zatem dokonywana wbrew wyraźnej treści ust. 3 (*contra legem*), a z uwzględnieniem całokształtu przepisów regulujących problematykę tajemnicy handlowej. Nie ujawnia ona luki w przepisach, a potwierdza potrzebę dokonywania kompleksowej wykładni wszystkich przepisów obowiązujących w tym zakresie.
7. Ustawodawca zakazuje zastrzegania poufności informacji wskazanych w art. 86 ust. 4. Wykonawca musi być jednoznacznie zindywidualizowany, ujawnić cenę, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności zawarte w ofercie. Nakaz ujawniania ceny nie oznacza nakazu upublicznienia metody jej kalkulacji. Sposób wyliczenia ceny może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i w tym zakresie w pełni skuteczne jest zastrzeżenie poufności. Nie może być także tajemnicą przedsiębiorstwa — zgodnie z orzecznictwem zespołów arbitrów — koncepcja funkcjonalno-użytkowa i dokumentacja projektowo-kosztorysowa stworzona na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Stanowią one bowiem istotę treści oferty składanej w prowadzonym postępowaniu zamówieniowym.
8. Granice jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyznaczają również przepisy wspólnotowe. Zgodnie z art. 6 Dyrektywy klasycznej oraz art. 13 Dyrektywy sektorowej zamawiający nie ujawnia informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawców którzy je przekazali. Informacje takie obejmują w szczególności tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert.
9. Naruszenie przez zamawiającego zasady jawności może prowadzić do skutecznego zaskarżenia wykonanych przez niego czynności. Poniechanie obligatoryjnego upublicznienia informacji o czynnościach dokonanych przez zamawiającego może zostać oprotestowane. Może być także przedmiotem odwołania i skargi. Po nowelizacji kwietniowej prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności jest czynem powodującym odpowiedzialność porządkową na podstawie art. 200 (patrz komentarz do art. 200 ust. 2 pkt 3).

## Art. 9 [Zasada pisemności, język dokumentów]

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.
2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.
3. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

1. W ust. 1 ustanowiona została zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta dotyczy wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Formy pisemnej musi dochować przede wszystkim zamawiający. Czynności dokonywane przez wykonawców również wymagają, jak można sądzić, formy pisemnej. Od obowiązku dochowania formy pisemnej może uwalniać tylko szczególny przepis ustawy. Formę pisemną należy uznać za zachowaną, gdy na dokumencie obejmującym treść oświadczenia lub zawiadomienia składający oświadczenie lub dokonujący zawiadomienia złoży własnoręczny podpis. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron lub wymiana dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 Kc.). Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 78 § 2 Kc).
2. Wymóg pisemnego utrwalania przebiegu postępowania przewidziano w art. 96 ust. 1. W myśl tego przepisu zamawiający ma obowiązek sporządzenia pisemnego protokołu postępowania o udzieleniu zamówienia. Protokołu nie można prowadzić w formie elektronicznej.
3. Od zasady pisemności przewidziano liczne wyjątki. Dotyczą one tak relacji między zamawiającym a organem publikacyjnym, jak i relacji między zamawiającym a wykonawcami. Szczególne znaczenie ma w tej materii forma elektroniczna, która niejako wypiera, a w każdym razie występuje jako równoprawna obok zwykłej formy pisemnej.<sup>1</sup> W niektórych konstrukcjach jurydycznych forma elektroniczna dokonywania czynności jest formą wyłączną, w tym znaczeniu, że pewnych czynności można dokonać tylko za pomocą łączności elektronicznej, np. w licytacji elektronicznej i aukcji elektronicznej. W innych o formie dokonywania czynności decyduje zamawiający. Po nowelizacji kwietniowej art. 27 przewiduje, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Wybrany sposób przekazywania tych dokumentów bądź informacji nie może jednak ograniczać konkurencji. Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Oznacza to, iż nawet wówczas, gdy zamawiający wybierze faksową lub elektroniczną formę komunikowania się z wykonawcami mogą oni własne oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje kierować do zamawiającego w formie pisemnej (patrz komentarz do art. 27). Gdy zamawiający nie dokona wyboru formy należy stosować formę pisemną. W takiej sytuacji nie można przyjąć koncepcji dorozumianej zgody zamawiającego na dokonywanie czynności, o których mowa w art. 27 w jakiegokolwiek

<sup>1</sup> D. Adamski, Wykorzystanie łączności elektronicznej w procedurze zamówień publicznych, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego z 2006 r., Nr 3.

formie przewidzianej w tym przepisie. Warto podkreślić, że reguły, o których mowa w art. 27 ust. 1–3 mają odpowiednie zastosowanie w postępowaniu protestacyjnym (patrz komentarz do art. 180). Trzeba także podkreślić, że zapewnienia i oświadczenia ustne nie mogą zastąpić formy pisemnej. Tylko informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie, z zastrzeżeniem, że wniosek ten został wysłany pisemnie przed upływem terminu składania wniosków (patrz komentarz do art. 27 ust. 5).

4. Ustawa nie wskazuje w przepisach Działu I Rozdziału 2 skutków niedochowania pisemnej formy dokumentacji, oświadczeń, zawiadomień, informacji. Nie może budzić wątpliwości, że niezachowanie formy pisemnej przewidzianej dla oświadczeń woli pod rygorem nieważności powoduje nieważność czynności prawnej. Tak dzieje się w przypadku uregulowanym w art. 82 oraz w sytuacji wskazanej w art. 139 ust. 2. Dotyczy to tak czynności wskazanych w tych przepisach, jak i pełnomocnictw do dokonania tych czynności (złożenia oferty, podpisania umowy) — art. 99 § 1 Kc. Do oświadczeń woli stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące skutków czynności prawnej, formy oświadczeń woli oraz wad oświadczeń woli. Skutkiem niedochowania pisemnej formy zawiadomień, informacji, oświadczeń nie mających cech oświadczeń woli może stać się unieważnienie postępowania z powodu stwierdzenia wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (patrz komentarz do art. 93 ust. 1 pkt 7, a także do art. 89 ust. 1 pkt 1). Ujawnienie wady w postaci braku pisemności po zawarciu umowy może prowadzić do stwierdzenia nieważności tej umowy (gdy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik tego postępowania — art. 146 ust. 1 pkt 6).
5. Ustawa wymaga prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim. Obowiązek dochowania zasady prowadzenia postępowania w języku polskim dotyczy wbrew dosłownemu brzmieniu ust. 2 zarówno fazy przygotowania postępowania, jak i prowadzenia postępowania w konkretnym trybie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego również powinna być sporządzona i zawarta w języku polskim. Wymóg ten wynika nie tylko z treści ust. 2, ale i ustawy o języku polskim (art. 5 w związku z art. 4 i art. 7 ust. 2 i 3)<sup>1</sup>. Wymóg dokonywania wszelkich czynności urzędowych oraz składania oświadczeń woli w języku polskim dotyczy, w myśl tej ustawy, podmiotów wykonujących zadanie publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz osób (w znaczeniu juredyicznym) dokonujących wskazanych czynności (oświadczenia woli, podania i inne pisma) wobec takich podmiotów.
6. Obowiązek prowadzenia postępowania w języku polskim oznacza zobowiązanie wykonawców do przedstawiania wszelkich dokumentów w tym języku. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje, załączniki do oferty etc. powinny być przedkładane w języku polskim. Uchybienie treści ust. 2 może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1.
7. Zamawiający w uzasadnionych przypadkach może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w innym języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym. Za język taki należy uznać w szczególności język angielski. W przepisie ust. 3 użyto jednak liczby mnogiej, co może wywoływać kontrowersje, czy dany język można kwalifikować jako powszechnie używany w handlu międzynarodowym, czy też nie. Za języki takie uznajemy język francuski i język hiszpański. Wydaje się, że decy-

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.

dujące znaczenie mają w tym zakresie dokumenty Światowej Organizacji Handlu (WTO). Organizacja ta za swoje języki oficjalne uznaje język angielski, francuski i hiszpański. Przymiotu języka powszechnie używanego w handlu międzynarodowym nie mają w tym kontekście język niemiecki i język rosyjski. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na nieprecyzyjną redakcję ust. 3. Posłużenie się słowem „również” może oznaczać, że umożliwienie składania oświadczeń w języku obcym nie uwalnia wykonawców od obowiązku przedkładania wszystkich dokumentów w języku polskim. Kontrowersje mogą wiązać się także z zagadnieniem dokumentacji i oświadczeń zamawiającego. Wyrażamy przekonanie, że udzielenie zgody na dokonanie określonych czynności w języku obcym nie uwalnia zamawiającego od przygotowania postępowania w języku polskim. Wykonawcy mogą natomiast za zgodą zamawiającego porzucić na dokonywanie czynności w języku obcym. W wyjątkowych przypadkach postępowanie może być prowadzone w języku obcym, który nie jest językiem powszechnie używanym w handlu międzynarodowym.

## **Art. 10 [Tryby]**

- 1. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.**
- 2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.**

1. W ust. 1 komentowanego artykułu przewidziano zasadę prymatu przetargowych trybów postępowania. Zasadę prymatu procedur otwartych (przetargowych) wyrażono także w przepisach unijnych (art. 28 Dyrektywy klasycznej). Zamawiający wedle własnego wyboru może zastosować tryb przetargu nieograniczonego (art. 39–46) albo tryb przetargu ograniczonego (art. 47–53). Zasada prymatu przetargowych trybów postępowania ze szczególnym nasileniem występuje w zamówieniach publicznych, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro w przypadku robót budowlanych oraz 10 000 000 euro w przypadku dostaw lub usług. Zamawiający obowiązany jest wówczas zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem bądź w trybie dialogu konkurencyjnego, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania konkretnego trybu pozaprzetargowego (art. 55 ust. 2 i art. 60b ust. 2). Podobnie rzecz ma się w przypadku zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia, z tą jednak różnicą, iż obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP dotyczy zamówień, których wartość jest równa albo przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 62 ust. 2). Konstrukcja zawiadomienia o wszczęciu postępowania służy sprawowaniu kontroli nad prawidłowością zastosowania pozaprzetargowych trybów udzielania zamówień. Przy zamówieniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zasady prymatu trybów przetargowych nie stosuje się. Równoprawnym trybem jest w tym przypadku tryb negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 1 pkt 5). Podobnie rzecz ma się w przypadku zamówień sektorowych, w których negocjacje z ogłoszeniem są trybem postępowania równoprawnym z przetargowym (patrz art. 134 ust. 1). Zamawiający obowiązany jest do wskazania trybu postępowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 2). W piśmie protokole postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający również obowiązany jest do zamieszczenia informacji o trybie udzielania zamówienia (art. 96 ust. 1 pkt 2).
2. Przepisy Pzp ustalają *numerus clausus* trybów udzielania zamówień publicznych. Poza wskazanymi w ust. 1 przetargami nieograniczonym i ograniczonym zamówienia publicznego można udzielić w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia



szenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej. Warto zwrócić uwagę, że przepisy Pzp przewidują odmienny katalog pozaprzetargowych trybów udzielania zamówień od katalogu zawartego w ustawie o zamówieniach publicznych. W przepisach Pzp poniechano przetargu dwustopniowego oraz negocjacji z zachowaniem konkurencji. W ich miejsce przewidziano negocjacje z ogłoszeniem oraz negocjacje bez ogłoszenia. Katalog trybów poszerzono ponadto o licytację elektroniczną oraz po nowelizacji kwietniowej o dialog konkurencyjny. Szczegółowa regulacja wszystkich trybów udzielania zamówienia zawarta jest w Dziale II Rozdziale 3 (art. 39–81), w którym przewidziano osiem trybów udzielania zamówień publicznych. Nie stanowi odrębnego trybu udzielania zamówienia tzw. dynamiczny system zakupów oraz umowa ramowa. Dynamiczny system zakupów oraz umowę ramową uregulowano w przepisach Działu III. Umowę ramową zawiera się po przeprowadzeniu postępowania z odpowiednim zastosowaniem przepisów o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacji z ogłoszeniem. Ustanowienie dynamicznego systemu zakupów następuje natomiast z odpowiednim zastosowaniem przepisów o przetargu nieograniczonym. Odrębnego trybu udzielania zamówienia nie stanowi w końcu aukcja elektroniczna. Jest to konstrukcja służąca wyborowi najkorzystniejszej oferty w trybach przetargowych oraz negocjacjach z ogłoszeniem. W prawie unijnym przewidziano mniejszą liczbę trybów udzielania zamówień, a dynamiczny system zakupów i umowy ramowe uregulowano w rozdziale zatytułowanym procedury, w którym zawarto regulacje dotyczące trybów<sup>1</sup>. W Pzp przetarg nieograniczony uregulowano w art. 39–46, przetarg ograniczony w art. 47–53, negocjacje z ogłoszeniem w art. 54–60, dialog konkurencyjny w art. 60a–art. 60e, negocjacje bez ogłoszenia w art. 61–65, zamówienie z wolnej ręki w art. 66–68, zapytanie o cenę w art. 69–73, licytację elektroniczną w art. 74–81.

3. Pozaprzetargowe tryby udzielania zamówień mogą być zastosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie. W razie zastosowania niedozwolonego trybu udzielania zamówień Prezes UZP może podjąć działania wskazane w art. 171. W szczególności może on zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, nałożyć karę pieniężną w oparciu o art. 199–203, wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części (art. 146). Zastosowanie niewłaściwego trybu udzielania zamówień może być także kwestionowane przez wykonawców. Przepisy Pzp nie wyłączają możliwości wniesienia protestu i odwołania w przypadku zastosowania przez zamawiającego niewłaściwego trybu postępowania (patrz komentarz do art. 179–180 i nast.). Gdy wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60.000 euro wybór trybu może być wyłącznie przedmiotem protestu. Wykonawcy nie służą odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego w tej materii (patrz komentarz do art. 4a). W orzecznictwie sądowym w pełni potwierdzono regułę prymatu procedur przetargowych. Wprawdzie orzeczenia te dotyczyły przetargu nieograniczonego i przesłanek stosowania innych trybów ale należy przyjąć, że teza ta z modyfikacją wynikającą z przyjęcia w Pzp reguły równoprawności przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego zachowała pełną aktualność (wyrok NSA z 3.11.1999 r. sygn. akt. I SA 2128/98 — nie publikowany, wyrok NSA z 22.03.2000 r. sygn. akt II SA 2169/99 — nie publikowany).
4. Zasadę prymatu procedur przetargowych ogranicza treść art. 5 oraz art. 134 ust. 1. Przepis art. 5 uprawnia zamawiającego do prowadzenia postępowania w każdym trybie w odniesieniu do niektórych typów usług. W postępowaniach sektorowych tryb negocjacji z ogłoszeniem jest równoprawny z trybami przetargowymi.

<sup>1</sup> Szerzej patrz Dariusz Piasta, Prawo zamówień publicznych a nowe unijne dyrektywy, *Zamówienia Publiczne Do-radca* z 2004 r. Nr 5, s. 7–9; C. Bovis, op. cit., s. 251 i nast.

5. W kilku przypadkach zastosowanie pozaprzetargowego trybu udzielania zamówienia wymaga nie tylko wystąpienia konkretnych okoliczności, ale także przekazania Prezesowi UZP informacji o zastosowaniu trybu pozaprzetargowego wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym (patrz komentarz do art. 55 ust. 2, art. 60b ust. 2, art. 62 ust. 2, art. 67 ust. 2). Tryby zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej mogą być stosowane wyłącznie w okolicznościach wskazanych we właściwych przepisach. Nie przewiduje się takich przypadków, w których o zastosowaniu tych trybów zamawiający obowiązany byłby informować Prezesa UZP. Warto podkreślić, że przepisy Pzp nie przewidują jakichkolwiek sankcji za niedochowanie przez zamawiającego wskazanego wyżej obowiązku informacyjnego. Niedopełnienie tego obowiązku nie może być kwalifikowane jako naruszenie zasady jawności (art. 200 ust. 2 pkt 4), bowiem przepisów karnoprawnych nie można interpretować rozszerzająco.
6. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem procedury przetargowej jest nieważna.<sup>1</sup> Sankcję nieważności umowy przewidziano wprost w art. 146 ust. 1 pkt 5. Zastosowanie niewłaściwego trybu postępowania powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wada ta została stwierdzona jeszcze przed zawarciem umowy (patrz komentarz do art. 93 ust. 1 pkt. 7).
7. Udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia, a więc z naruszeniem art. 10 ust. 1, art. 55, art. 60b ust. 1, art. 62, art. 67, art. 70, art. 74 ust. 2, art. 134 ust. 1 powoduje powstanie odpowiedzialności prawnej na podstawie art. 200 (patrz komentarz do powołanych przepisów)<sup>2</sup>.

## Rozdział 3 Ogłoszenia

### Art. 11. [Zasady ogłaszania]

1. **Ogłoszenia, o których mowa w ustawie, przekazywane Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich publikuje się odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.**
2. **Ogłoszenia przekazywane Prezesowi Urzędu publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”.**
3. **Prezes Urzędu wzywa do sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli ogłoszenie nie zawiera informacji wymaganych przepisami ustawy dotyczących ogłoszeń lub zawartych we wzorach określonych w przepisach wydanych na podstawie ust. 6. Sprostowanie przekazane Prezesowi Urzędu publikuje się w formie obwieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu.**
4. **Prezes Urzędu z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego prostuje niezwłocznie, w formie obwieszczenia publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, błędy w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego przez zamawiającego do publikacji.**

<sup>1</sup> Por. wyrok SN z 13.09.2001 IV CKN 381/00, OSNC 2002/6/75 — glosa krytyczna A. Szyszkowski, Monitor Prawniczy 2002/21/1004.

<sup>2</sup> W literaturze wskazuje się również jako jedną z fundamentalnych zasadę decentralizacji (art. 18 ust. 1 Pzp) — por. Przemysław Szustakiewicz op. cit. s. 111; zasady tej nie zawarto jednak w przepisach Rozdziału 2 Działu I Pzp.

5. Prezes Urzędu, na wniosek zamawiającego, publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa.
6. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu, mając na względzie rodzaje ogłoszeń.
7. Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się, zgodnie z wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1), jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.
8. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej.

1. Publikowanie ogłoszeń o zamówieniach publicznych służy zachowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oferentów). To właśnie dzięki publikowanym ogłoszeniom wszystkie podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia mogą w tym samym czasie i na jednakowych warunkach uzyskać dostęp do kluczowych informacji dotyczących nie tylko konkretnych procedur (ogłoszenia o postępowaniu), ale także i planów zamawiających dotyczących zamówień o większej wartości (okresowe i wstępne ogłoszenia informacyjne). Pozwala to wszystkim potencjalnym wykonawcom rozpocząć z odpowiednim wyprzedzeniem przygotowania do uczestnictwa w interesujących ich postępowaniach. Publikacja ogłoszeń służy także zamawiającym. Mogą oni bowiem dotrzeć z informacją o swoich potrzebach do szerokiego kręgu odbiorców. Od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, ogłoszenia o zamówieniach publicznych publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich służą realizacji podstawowych zasad prawa wspólnotowego (swobody przepływu towarów, usług, osób i kapitału)<sup>1</sup>.
2. Przepisy ustawy wyróżniają następujące podstawowe grupy ogłoszeń o zamówieniach publicznych:
  - ogłoszenia informacyjne o planowanych zamówieniach, w postaci wstępnego ogłoszenia o zamówieniach publicznych (art. 13) oraz okresowego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniach sektorowych (art. 135). Podstawowym celem publikacji tych ogłoszeń jest przekazanie informacji o planach zamawiających w pewnej dłuższej perspektywie czasowej; dzięki takim informacjom potencjalni wykonawcy mogą zaplanować swój udział w poszczególnych postępowaniach, dokonać ich wstępnej selekcji itp.;
  - ogłoszenia o podjęciu przez zamawiającego działań zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego, w tym: ogłoszenia o zamówieniach publicznych, udzielanych w trybie przetargu nieograniczonego (art. 40), przetargu ograniczonego (art. 48), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56), dialogu konkurencyjnego (art. 60c);
  - ogłoszenia o konkursie (art. 115) oraz koncesji (art. 128);
  - ogłoszenie o wszczęciu licytacji elektronicznej zamieszczone wyłącznie na stronie internetowej zamawiającego oraz na stronie, na której prowadzona ma być licytacja publikowane jest j (art. 75);

<sup>1</sup> Por. także „Dyrektywy...”, s. 53 i nast. oraz A. Sołtysińska „Zamówienia publiczne...”, s.165 i nast.

- ogłoszenia dotyczące zawierania przez zamawiającego umów ramowych (por. art. 99) oraz ustanawiania dynamicznego systemu zakupów (por. art. 102);
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub zawarciu umowy ramowej (art. 95). W ogłoszeniach tego typu przekazywane są podstawowe dane dotyczące warunków, na jakich zostało udzielone zamówienie publiczne; w tym kontekście ogłoszenia te mogą być istotnym źródłem informacji na temat rynku określonych zamówień;

Zasady publikacji ogłoszeń o wszczęciu postępowania oraz o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego przy zamówieniach, których wartość nie przekracza 60 000 euro normuje art. 4a (patrz komentarz do tego artykułu).

3. Zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego wobec potencjalnych wykonawców. We wszystkich trybach konkurencyjnych dniem wszczęcia postępowania będzie więc, co do zasady, data zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Ma to dla zamawiającego i potencjalnych oferentów wiele konsekwencji. Od tej daty unieważnienie postępowania może nastąpić tylko w przypadku zajścia okoliczności określonych w Pzp, opublikowanie ogłoszenia daje możliwość wnoszenia środków odwoławczych itp.
4. Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (UOPWE) odpowiada za przygotowywanie, wydawanie i dystrybucję unijnych publikacji oraz za ich katalogowanie i archiwizację. Podstawowym zadaniem UOPWE jest publikacja Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Official Journal of the European Union) i Raportu na temat Działalności UE (General Report on the Activities of the European Union). Seria C Dziennika Urzędowego UE posiada podserię oznaczoną symbolem OJ C E w której dokumenty publikowane są wyłącznie elektronicznie. Suplement oznaczony symbolem OJ S zawiera ogłoszenia o zamówieniach publicznych (publikowane również wyłącznie elektronicznie). Dziennie publikuje się około 900 ogłoszeń tego typu<sup>1</sup>. Informacja o opublikowanych w Dzienniku Urzędowym (OJ) ogłoszeniach zawarta jest w elektronicznej bazie „Tenders Electronic Dalily”. Ogłoszenie publikowane jest w języku państwa, z którego pochodzi, a streszczenie ważniejszych ogłoszeń publikowane jest w językach urzędowych Unii Europejskiej. W razie rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wersjami językowymi, wiążąca jest zawsze treść oryginalnego ogłoszenia. Koszty publikacji ogłoszenia pokrywane są przez Wspólnoty (a więc w praktyce z budżetu UOPWE, co oznacza, że dla zamawiających publikacja ogłoszeń jest bezpłatna). UOPWE publikuje ogłoszenia w terminie 12 dni od daty ich wysłania (z wyjątkiem procedur przyspieszonych, w przypadku których ogłoszenie publikowane jest w terminie 5 dni od daty przesłania).
5. Ogłoszenia przekazywane Prezesowi Urzędu publikowane są w Biuletynie Zamówień Publicznych. Obowiązek publikowania ogłoszeń w BZP nakłada na Prezesa Urzędu art. 154 pkt. 3. Biuletyn, poza formą papierową, publikowany jest także w wersji elektronicznej. Ogłoszenia publikowane są wyłącznie w języku polskim, w terminie 10 dni od daty doręczenia do Urzędu. Termin ten należy uznać za termin instrukcyjny. Jego przekroczenie nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla Prezesa Urzędu. Na gruncie przepisów uzp istotne dla postępowania terminy liczone były od daty publikacji ogłoszenia. Ewentualne przekroczenie terminu publikacji powodowało w związku z tym konieczność każdorazowego korygowania tych terminów. Na gruncie przepisów Pzp terminy te liczone są od daty przekazania ogłoszenia do publikacji, co jest z pewnością korzystniejsze dla zamawiających, choć może w praktyce skracać (i to znacznie, bo nawet o 10 lub więcej dni) termin, jaki oferenci będą mieli na przygotowanie i złożenie ofert (por. także art. 43 i komentarz do tego przepisu).

<sup>1</sup> Informacja na podstawie danych UZP.

6. Pzp nie przewiduje możliwości odmowy publikacji ogłoszenia, które nie spełnia wymogów formalnych określonych w jego przepisach i wydanego na jego podstawie rozporządzenia. Przyjęto inne rozwiązanie, polegające na dokonywaniu na wezwanie Prezesa Urzędu sprostowań opublikowanych już ogłoszeń. Sprostowanie publikowane jest w terminie 10 dni od daty doręczenia do Urzędu. Publikacja sprostowania ma formę obwieszczenia. Przyjęte w ślad za postanowieniami dyrektyw rozwiązanie jest mniej korzystne dla potencjalnych oferentów. O ile na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych wadliwe ogłoszenie nie było publikowane, a w konsekwencji nie rozpoczął się bieg terminu na złożenie ofert, o tyle na gruncie przepisów Pzp ogłoszenie jest publikowane, a jego sprostowanie może nastąpić po kilku, a nawet kilkunastu dniach. Ustawa nie określa terminu na zastosowanie się do wezwania, jednocześnie termin publikacji obwieszczenia wynosi 10 dni od dnia doręczenia sprostowania do UZP. Jeżeli dodatkowo uwzględnić, że termin na złożenie ofert rozpoczyna swój bieg wraz z przekazaniem ogłoszenia do publikacji, a nie wraz z jego faktyczną publikacją, może w praktyce okazać się, że termin na przygotowanie i złożenie ofert jest znacząco krótszy niż zakładany. Dlatego też należałoby uznać, że o ile nastąpi sprostowanie już opublikowanego ogłoszenia w zakresie, który ma wpływ na treść i zawartość przygotowywanych ofert, zamawiający, pomimo braku wyraźnej podstawy prawnej, powinien przedłużyć termin składania ofert. Powstaje także pytanie, jaka jest sankcja za niezastosowanie się do wezwania Prezesa Urzędu do złożenia sprostowania opublikowanego ogłoszenia. Choć Pzp nie stanowi o tym wprost istnieją przesłanki do uznania, że opublikowanie wadliwego ogłoszenia i niedokonanie jego sprostowania pomimo wezwania w pewnych sytuacjach będzie równoznaczne z niewypełnieniem obowiązku publikacji ogłoszenia. Całe postępowanie dotknięte jest wówczas poważną wadą, która może skutkować nieważnością umowy (art. 146 ust. 1 pkt. 1)<sup>1</sup>. Zamawiający narażony jest także na karę pieniężną (por. art. 200 pkt. 1)<sup>2</sup>.
7. Sprostowane, i to zarówno na wniosek zamawiającego, jak i z urzędu, mogą być również błędy polegające na niezgodności treści ogłoszenia opublikowanego z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji. W tym wypadku sprostowanie ma także formę obwieszczenia publikowanego w BZP. Analogiczne rozwiązanie dla ogłoszeń publikowanych w OJ przewiduje art. 12 ust. 4.
8. Przepisy Pzp zezwalają na publikację w BZP ogłoszeń, których publikacja, ze względu na wartość zamówienia, nie jest obowiązkowa. Z treści omawianego przepisu wynika, iż jeżeli zamawiający złoży stosowny wniosek, na Prezesie UZP spoczywa obowiązek publikacji ogłoszenia („Prezes Urzędu (...) publikuje” a nie „może opublikować”). Należy również przyjąć, iż przepis ten dotyczy zarówno ogłoszeń o zamówieniach, których wartość jest niższa od progu publikacji (tj. poniżej 60 000 euro), jak i zamówień, których wartość uzasadnia publikację w OJ. Podobne rozwiązanie dla ogłoszeń nie objętych obowiązkiem publikacji w OJ przewiduje art. 12 ust. 5.

<sup>1</sup> Odmienny pogład prezentuje J. Pieróg w „Zamówienia publiczne...”. W opinii tego autora niezastosowanie się do wezwania nie rodzi ujemnych konsekwencji po stronie zamawiającego, wadliwe ogłoszenie może być co najwyżej przedmiotem protestu. Z poglądem takim nie można się zgodzić. Trudno bowiem uznać, że zamawiający, który publikuje wadliwe ogłoszenie, a następnie świadomie nie usuwa takiej wady, dopełnia obowiązku ogłoszenia o zamówieniu. Koncepcja proponowana przez tego autora powoduje również w praktyce uwolnienie zamawiających od obowiązku dopełnienia staranności przy przygotowywaniu ogłoszenia. Ciężar zapewnienia, że ogłoszenie jest zgodne z przepisami Pzp spoczywa w pewnym sensie na wykonawcach. Oczywiście ocena konkretnych sytuacji zależna być musi również od rodzajów braków. Można sobie wyobrazić, że pominięcie elementów czysto formalnych o małej doniosłości z punktu widzenia celów dokonywania ogłoszeń nie będzie prowadzić do nieważności zawartej umowy.

<sup>2</sup> Na temat zasad dokonywania ogłoszeń por. także D. Piasta „Publikacja ogłoszeń o zamówieniach publicznych”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2003 r. Nr 10 s. 17 i nast.

9. Wzory ogłoszeń określone są w dwóch różnych aktach prawnych. Wzory ogłoszeń publikowanych w BZP określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup>. Interaktywny wzór ogłoszenia dla zamówień nieprzekraczających wartości 60 000 euro zamieszczony jest na stronach portalu internetowego UZP. Wzory ogłoszeń publikowanych przez UOPWE określa rozporządzenie Komisji Europejskiej<sup>2</sup>. O miejscu publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym decyduje jego wartość. Ogłoszenia o zamówieniach, których wartość przekracza kwotę 60 000 euro ale nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 11 ust. 8, obowiązkowo publikowane są w BZP. Ogłoszenia o zamówieniach, których wartość przekracza progi wynikające z rozporządzenia, obowiązkowo publikowane są w OJ.
10. Istotną zmianą jest powierzenie Prezesowi Rady Ministrów określania progów wartości zamówienia, których przekroczenie powoduje obowiązek przekazania ogłoszenia do publikacji przez UOPWE. Jest to z pewnością rozwiązanie która ułatwia dostosowywanie polskiego systemu zamówień publicznych do zmian, następujących w prawie wspólnotowym. Proces wydania rozporządzenia jest z założenia znacznie krótszy i mniej sformalizowany niż proces nowelizacji przepisów rangi ustawowej. Jest to o tyle istotne, że przepisy Dyrektyw nakładają na Komisję Europejską obowiązek dokonywania przeglądu i ewentualnej zmiany progów stosowania tych aktów prawnych w regularnym, dwuletnim odstępie<sup>3</sup>. Wyniki przeglądu ogłaszane są przez Komisję Europejską w OJ w listopadzie roku, w którym Komisja wypełniła nałożony na nią obowiązek.
11. W dniu 19 maja 2006 r. Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (UOPWE)<sup>4</sup>. Zgodnie ze wspomnianym rozporządzeniem, ogłoszenia dotyczące zamówień przekazuje się do UOPWE w następujących przypadkach:
- gdy zamówienia udziela zamawiający z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem państwowych szkół wyższych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także gdy zamawiający jest inną państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza 137 000 euro dla dostaw lub usług oraz 5 278 000 euro dla robót budowlanych; próg 137 000 euro przyjęto również dla konkursów przeprowadzanych przez tych zamawiających;
  - gdy zamówienia udzielają zamawiający inni niż wskazani w punkcie powyżej, z wyjątkiem zamawiających sektorowych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza 211 000 euro dla dostaw lub usług oraz 5 278 000 euro dla robót budowlanych; w przypadku tych zamawiających próg dla konkursów wynosi 211 000 euro;
  - gdy zamówienia udziela zamawiający sektorowy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza 422 000 euro dla dostaw lub usług oraz 5 278 000 euro dla robót budowlanych; próg 422 000 euro przyjęto również dla konkursów przeprowadzanych przez zamawiających sektorowych.

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 609.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1564 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1).

<sup>3</sup> Por. np. art. 78 nowej Dyrektywy sektorowej.

<sup>4</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 604.

12. Progi określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 mają istotne znaczenie nie tylko dla miejsca publikacji ogłoszenia. Ich przekroczenie ma wpływ na wiele istotnych aspektów postępowania — zależne są od nich np. terminy składania ofert (por. art. 43, art. 52), obowiązek żądania wadium (art. 45) czy też obowiązek powiadomienia Prezesa UZP o zastosowanym trybie udzielenia zamówienia (por. np. art. 62 ust. 2, art. 67 ust. 2).

## **Art. 12. [Przekazywanie ogłoszenia właściwemu organowi]**

1. Prezesowi Urzędu ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu.
2. Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadkach przewidzianych w ustawie — drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi albo w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energii, transportu i usług pocztowych, zwanej dalej „stroną internetową określoną w dyrektywie”.
3. Zamawiający jest obowiązany udokumentować:
  - 1) dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w szczególności przechowywać dowód jego nadania;
  - 2) publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w szczególności przechowywać dowód jego publikacji.
4. Jeżeli ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawiera błędy polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji, zamawiający niezwłocznie przesyła sprostowanie ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
5. Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowa.

1. W art. 12 wskazane zostały dopuszczalne sposoby przekazywania ogłoszeń Prezesowi Urzędu oraz UOPWE. W obydwu przypadkach przekazanie ogłoszenia może nastąpić pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Przekazanie ogłoszenia drogą elektroniczną może sprowadzać się do wypełnienia odpowiedniego formularza na stronie internetowej (odpowiednio, UZP albo UOPWE).
2. Zamawiający jest zobowiązany udokumentować dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu oraz UOPWE. Dopiero po przekazaniu ogłoszenia do publikacji w, odpowiednio, OJ albo BZP może nastąpić jego publikacja na stronach internetowych zamawiającego i w jego siedzibie. Tym samym wymóg dokumentowania daty przekazania ogłoszenia do publikacji pełni istotną rolę w zapewnieniu równej konkurencji pomiędzy wykonawcami mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich. Przepisy Pzp nakładają również na zamawiającego obowiązek upewnienia się, iż przekazane do publikacji ogłoszenie zostało faktycznie opublikowane. Zamawiający powinien sprawdzić również, czy treść opublikowanego ogłoszenia odpowiada treści przekazanej do publikacji (patrz komentarz do art. 11).

3. Pewne wątpliwości może budzić wymóg przechowywania „dowodu nadania” ogłoszenia. Wymóg ten stosunkowo łatwo będzie wypełnić tym wykonawcom, którzy przekazywać będą ogłoszenia w tradycyjny sposób, tj. pisemnie, za pomocą przesyłki listowej. W takich wypadkach wystarczające będzie nadanie listu poleconego i przechowywanie dowodu jego nadania. Nie jest natomiast jasne, jak miałyby wyglądać dowód nadania w przypadku przekazania ogłoszenia w inny sposób (np. przy wypełnieniu formularza znajdującego się na stronach Urzędu). Należy uznać, że w takich przypadkach omawiany wymóg nie znajduje zastosowania, zamawiający powinien jednak zapewnić w inny sposób możliwość weryfikacji daty przekazania ogłoszenia (np. dokonując stosownych wydruków z komputera, z którego została nadana poczta elektroniczna lub wydruków ze strony, na której znajdował się właściwy formularz). Najpewniejszym sposobem wykazania, iż ogłoszenie zostało opublikowane jest dokonanie stosownych wydruków ze stron internetowych publikatorów. Warto również zachować numer referencyjny ogłoszenia, co umożliwi jego identyfikację w zasobach archiwalnych.
4. O wadze obowiązków nałożonych na zamawiającego w komentowanym przepisie świadczy treść art. 146 ust. 1, który przewiduje, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli nie opublikowano wymaganego przepisami prawa ogłoszenia oraz art. 200 ust. 1 pkt. 1, który przewiduje karę pieniężną za udzielenia zamówienia bez wymaganego ogłoszenia (patrz komentarz do tych artykułów).

#### **Art. 13. [Wstępne ogłoszenie informacyjne]**

1. Zamawiający niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego — raz w roku, przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszcza na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, zwanym dalej „profilem nabywcy”, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych, których wartość:
  - 1) dla robót budowlanych — jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
  - 2) zsumowana dla dostaw o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach danej grupy określonej w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień CPV (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001–0562, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 3, z późn. zm.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
  - 3) zsumowana dla usług o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach kategorii 1–16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.
2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może zamieścić w profilu nabywcy po przekazaniu ogłoszenia o profilu nabywcy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.



**3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do planowanych zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1, oraz planowanych zamówień udzielanych w trybie innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny.**

1. Wszyscy zamawiający, niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego raz w roku są zobowiązani sporządzić i przekazać UOPWE lub opublikować na własnej stronie internetowej, w wyodrębnionym miejscu zwanym „profilem nabywcy”, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w ciągu następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych. Przepisy Pzp nie przewidują obowiązku publikacji takiego ogłoszenia w BZP. Należy pamiętać, iż publikacja ogłoszenia w profilu nabywcy będzie skutecznie zwalniać zamawiającego z obowiązku jego publikacji w OJ tylko wówczas, gdy wcześniej przekazano do publikacji ogłoszenie o profilu nabywcy.
2. Wzór wstępnego ogłoszenia informacyjnego został zawarty w załączniku Nr I do rozporządzenia Komisji (WE) 1564/2005 z dnia 7 września 2005 roku ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>1</sup>. Zgodnie z tym rozporządzeniem w ogłoszeniu informacyjnym powinny być zawarte m.in. następujące informacje:
  - szczegółowe dane dotyczące zamawiającego (w tym dane osoby do kontaktu w sprawie zamówienia) oraz wskazanie jego głównego przedmiotu działalności,
  - miejsce wykonania zamówienia,
  - przedmiot zamówienia (głównego oraz zamówień dodatkowych) — opisany za pomocą kodów Wspólnego Słownika Zamówień,
  - planowane daty rozpoczęcia i zakończenia wykonywania zamówienia,
  - główne warunki finansowe (o ile są znane),
  - procedury udzielenia zamówienia.
3. Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień<sup>2</sup> (CPV) wprowadziło obowiązek stosowania kodów zawartych w Słowniku do opisu przedmiotu zamówienia we wszystkich państwach członkowskich. Na gruncie przepisów prawa krajowego, obowiązek stosowania CPV istnieje od momentu akcesji Polski do UE, tzn. od 1 maja 2004 r. (por. art. 227 pkt 2 w związku z art. 30 ust. 4). CPV jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych. Dzięki wykorzystaniu wspólnych we wszystkich państwach członkowskich kodów CPV, wykonawcy z różnych państw mają możliwość zlokalizowania interesujących ich zamówień bez konieczności każdorazowego tłumaczenia fragmentów ogłoszenia odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Formularze ogłoszeń o zamówieniach publicznych zawierają punkt „kategoria usług”. Na wpisane tej kategorii przeznaczona jest dwucyfrowa pozycja. W tym przypadku chodzi o kategorię usług wskazaną w Centralnej Klasyfikacji Produktów Narodów Zjednoczonych (CPC), stanowiącej załącznik nr 3 do CPV, zawartą również w załączniku IA lub IB do Dyrektywy 92/50/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Dyrektywa wyróżnia 27 kategorii usług oznaczonych numerami od 1 do 27. Należy pamiętać, że zgodnie z ust. 1 pkt 3 sumowanie wartości usług powinno następować w ramach kategorii określonej w tym załączniku. Zawiera on tabelę zbieżności pomiędzy kodami CPC, CPV oraz załącznikami IA i IB Dyrektywy 92/50/EWG.

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005.

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE L 329 z 17.12.2003, str. 0001–0270.

4. Publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego musi być traktowana wyłącznie jako wyraz intencji zamawiającego. Tym samym jego publikacja nie rodzi jeszcze po stronie potencjalnych wykonawców żadnych uprawnień. W szczególności nie daje im możliwości występowania z roszczeniem o wszczęcie konkretnej procedury o udzielenie zamówienia<sup>1</sup>. Publikacja wstępnego ogłoszenia nie jest także warunkiem publikacji ogłoszenia o wszczęciu procedury udzielenia konkretnego zamówienia.
5. Na gruncie przepisów Dyrektyw istniał spór o to, czy opublikowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego jest obowiązkowe czy fakultatywne. Kwestia ta była przedmiotem orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 września 2000 r. (sprawa C-225/98). Trybunał (wbrew stanowisku Komisji i Rzecznika Generalnego) opowiedział się za wykładnią celowościową przepisów Dyrektyw. W opinii Trybunału publikacja wstępnego ogłoszenia o planowanych zamówieniach jest obowiązkowa tylko wówczas, gdy zamawiający zamierza skorzystać z możliwości skrócenia terminów składania ofert, jaką daje publikacja tego ogłoszenia. W pozostałych przypadkach publikacja ogłoszenia nie jest obowiązkowa. Przepis ust. 3 sformułowany jest w sposób kategoriyczny („przekazuje”, a nie „może przekazać”), co może świadczyć o tym, że intencją polskiego ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku publikacji wstępnych ogłoszeń. Jest to jednakże obowiązek, którego naruszenie nie jest zagrożone żadną sankcją. W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-45/87 (Dundalk) Trybunał stwierdził, że publikacja wstępnego ogłoszenia przez podmiot, który nie jest zamawiającym w rozumieniu Dyrektyw, nie powoduje dla tego podmiotu obowiązku stosowania procedur przewidzianych w Dyrektywach.
6. Opublikowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego umożliwia zamawiającemu skrócenie terminu składania ofert (patrz np. art. 43 ust. 4). Należy także pamiętać, że zamawiający sektorowi mogą przekazywać do publikacji wstępne ogłoszenia informacyjne o planowanych zamówieniach (patrz komentarz do art. 135).
7. W ust. 3 komentowanego przepisu ograniczono zakres przedmiotowy wstępnego ogłoszenia. Nie ujmuje się w nim zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1 oraz zamówień, które zamawiający zamierza udzielić w trybach innych niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny.

---

<sup>1</sup> Tak m.in. „Dyrektywy...”, s. 54.

## Dział II Postępowanie o udzielenie zamówienia

### Rozdział 1 Zamawiający i wykonawcy

#### Art. 14. [Odesłanie do Kc]

**Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.<sup>1</sup>), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.**

1. Kodeks cywilny zawiera przepisy ogólne, w stosunku do których Prawo zamówień publicznych stanowi *lex specialis*. W szczególności do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego zawarte w Tytule IV Księgi Pierwszej „Czynności prawne”. Istotne jest to, że „czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów” (art. 56 Kc). Kolejnym przykładem tego, że Pzp w stosunku do Kodeksu cywilnego stanowi *lex specialis* są przepisy zawarte w dziale zatytułowanym „Zawarcie umowy”. Znajdują się tam przepisy dotyczące aukcji i przetargu. Przykładowo, w odniesieniu do zamówień publicznych nie znajdzie zastosowania art. 70<sup>1</sup> § 3, który stanowi „Ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści”. W reżimie zamówień publicznych przypadki, w których można dokonać modyfikacji warunków przetargu lub unieważnić postępowanie, są szczegółowo określone w przepisach Pzp.
2. Należy zaznaczyć, że w komentowanym przepisie mowa jest o wszelkich czynnościach podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców. Mogą one być uznane za tzw. działania prawne, dla których wspólnym mianownikiem jest wiązanie z zachowaniem danego podmiotu określonych konsekwencji prawnych. Działania takie stanowią szerszą kategorię pojęciową od czynności prawnych. Na przykład nie jest oświadczeniem woli akt wiedzy, jakim jest zawiadomienie wykonawców o tym, że jeden z nich złożył protest. W odniesieniu do działań prawnych można rozważyć zastosowanie *per analogiam* przepisów o oświadczeniach woli<sup>2</sup>.
3. Ustawa reguluje szczegółowo sytuację w której wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 ust. 2). Nie reguluje natomiast sytuacji, w której zamawiający uchyla się od zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Należy wówczas przyjąć, że zastosowanie znajduje art. 70<sup>4</sup> § 2 Kc który stanowi między innymi, że jeżeli organizator przetargu uchyla się od zawarcia umowy uczestnik przetargu, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.

<sup>1</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1971 r. Nr 27, poz. 252, z 1976 r., Nr 19, poz. 122, z 1982 r. Nr 11, poz. 81, Nr 19, poz. 147 i Nr 30, poz. 210, z 1984 r. Nr 45, poz. 242, z 1985 r. Nr 22, poz. 99, z 1989 r. Nr 3, poz. 11, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, Nr 55, poz. 321 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 107, poz. 464 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 17, poz. 78, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 85, poz. 388 i Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, Nr 139, poz. 646 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 117, poz. 741 i poz. 751, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 758, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 271, Nr 74, poz. 855 i poz. 857, Nr 88, poz. 983 i Nr 114, poz. 1191, z 2001 r. Nr 71, poz. 733 i Nr 130, poz. 1450, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 i Nr 141, poz. 1176 oraz z 2003 r. Nr 49, poz. 408, Nr 60, poz. 535 i Nr 64, poz. 592, Dz. U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692.

<sup>2</sup> Na ten temat zobacz szerzej Kodeks cywilny, tom I, Komentarz pod redakcją K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 238.

4. Mimo, że Pzp nie zawiera *expressis verbis* zakazu składania ofert opatrzonych warunkiem, uznanie dopuszczalności składania ofert warunkowych na podstawie kodeksu cywilnego nie jest zasadne. Art. 89 Kc przewiduje, że „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek)”. Należy przyjąć, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i czynności w ramach tego postępowania mają taką właściwość, że np. złożenie oferty z zastrzeżeniem warunku jest niedopuszczalne.

## **Art. 15. [Prowadzący postępowanie]**

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.**
- 2. Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.**
- 3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.**

1. Co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza sam zamawiający. Może on jednakże powierzyć przygotowanie i przeprowadzenie postępowania własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Powierzenie może dotyczyć samego przygotowania postępowania. Może dotyczyć też samego tylko przeprowadzenia postępowania. Powierzenie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania własnej jednostce organizacyjnej zamawiającego może być przesądzone w wewnętrznym dokumencie zamawiającego jak np. regulamin zamówień publicznych (zarządzanie, instrukcja). Jednocześnie niezbędne będzie udzielenie stosownego pełnomocnictwa osobom, które w ramach takiej jednostki będą działały w imieniu zamawiającego. Udzielenie stosownego pełnomocnictwa będzie także niezbędne w odniesieniu do powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania osobom trzecim. Osobą trzecią może być zarówno osoba fizyczna jak i osoba prawna, która będzie działała poprzez swoje organy.
2. Ust. 3 stanowi, że „podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego”. Pełnomocnikami, co do zasady, mogą być tylko osoby trzecie, albowiem tylko takim osobom, co wynika z natury pełnomocnictwa, można pełnomocnictwa udzielić. Własna jednostka organizacyjna zamawiającego nie może być pełnomocnikiem tego samego zamawiającego. Jeżeli zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania własnej jednostce organizacyjnej, mamy w praktyce do czynienia z delegowaniem pewnych kompetencji kierownika zamawiającego. Kiedy natomiast zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, mamy do czynienia z klasycznym działaniem w cudzym imieniu.
3. Osoba trzecia, której powierzono przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działa w imieniu i na rzecz zamawiającego. Powinna ona ujawnić, że działa w imieniu i na rzecz zamawiającego. Jej działania są dla zamawiającego wiążące; są traktowane jak działania samego zamawiającego. Na przykład niewłaściwe działania pełnomocnika mogą spowodować konieczność unieważnienia postępowania. W takim przypadku, jeżeli przyczyny unieważnienia postępowania będą leżały po stronie zamawiającego, wykonawcom, zgodnie z art. 93 ust. 4, będzie przysługiwało roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu.
4. Przepis ust. 3 oznacza w praktyce obowiązek zamawiającego udzielenia stosownego pełnomocnictwa. Zamawiający, udzielając osobie trzeciej pełnomocnictwa, może określić czas, na który go udziela. Z treści pełnomocnictwa może wynikać, że jest ono udzielone

np. na czas przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Niezależnie od powyższego zamawiający może w każdym czasie odwołać pełnomocnictwo. Należy przyjąć, że co do zasady udzielenie pełnomocnictwa do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie upoważnia pełnomocnika do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego, chyba, że z treści pełnomocnictwa wynika co innego.

5. Zarówno przygotowywanie jak i przeprowadzanie postępowania przez osobę trzecią jest usługą w rozumieniu Pzp, z wyjątkiem sytuacji, w której działania osoby trzeciej mają charakter nieodpłatny. W związku z tym, jeżeli zamawiający przewiduje, że wynagrodzenie za tego typu usługi będzie przekraczało odpowiednie progi ustawowe, powinien dla samego wyboru takiej osoby trzeciej zastosować Pzp.

#### **Art. 15a. [Centralny zamawiający]**

- 1. Centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego.**
  - 2. Zamawiający z administracji rządowej mogą udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, jeżeli umowa ramowa to przewiduje.**
  - 3. Centralny zamawiający może dokonywać czynności, o których mowa w ust. 1, również na potrzeby innych zamawiających.**
  - 4. Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych.**
  - 5. Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, może, w drodze zarządzenia, polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określić zakres informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz sposób współdziałania z centralnym zamawiającym.**
  - 6. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do centralnego zamawiającego.**
1. Przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji pojęcia „centralny zamawiający”. Z treści komentowanego artykułu wynika, że będzie to organ administracji rządowej, albo jednostka organizacyjna podległa organowi administracji rządowej lub przez organ taki nadzorowana. Uzyskanie statusu centralnego zamawiającego przez określony organ administracji rządowej albo jednostkę organizacyjną wymaga konkretnego wskazania przez Prezesa Rady Ministrów. Niezależnie od tego, że dany organ albo jednostka organizacyjna będą miały status centralnego zamawiającego, w roli tej wystąpią tylko wówczas, gdy zamówienie będzie związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego. Gdyby taki organ udzielał zamówienia tylko dla siebie, nie będzie działał jako centralny zamawiający.
  2. Status centralnego zamawiającego jest niezwykle istotny z tego względu, że zgodnie z art. 4 pkt. 11 przepisów Pzp nie stosuje się do nabywania dostaw i usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego. Relacje zamawiających z centralnym zamawiającym będą miały dwojaki charakter. W wielu przypadkach działania centralnego zamawiającego będą po-

dejmowane na podstawie wcześniejszej inicjatywy zamawiającego, który będzie przedstawiał centralnemu zamawiającemu swoje potrzeby. Z kolei w każdym przypadku, gdy centralny zamawiający będzie, ze względu na wcześniejsze zakupy, dysponował towarami, które chciałby nabyć dany zamawiający, będzie on mógł to uczynić nie tylko bez stosowania Pzp, ale także bez wcześniejszych uzgodnień z centralnym zamawiającym.

3. Niekiedy działania centralnego zamawiającego mogą być ograniczone do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (nie obejmowałyby one udzielenia zamówienia). Jeżeli w trakcie postępowania centralny zamawiający dokonałby wyboru najkorzystniejszej oferty, wtedy, zakładając, że wybór ten, w kontekście możliwości zastosowania środków ochrony prawnej, miałyby charakter definitywny, możliwe byłoby zgodnie z art. 4 ust. 11, niestosowanie ustawy przy nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych od wykonawcy wybranego przez centralnego zamawiającego.
4. Naturalną rzeczą będzie zawieranie przez zamawiających umów przedwstępnych lub umów warunkowych z centralnym zamawiającym. Umowy takie będą służyły każdej ze stron. Z jednej strony zamawiający będą mogli w takiej umowie doprecyzować przedmiot pożądanego zamówienia, z drugiej strony centralny zamawiający, angażujący swoje środki finansowe będzie miał pewność odbioru usług lub towarów, zakupionych przez siebie na potrzeby innych zamawiających. Umowy takie powinny zawierać szereg klauzul, nietypowych dla „zwykłych” umów o świadczenie usług czy sprzedaży. Z jednej strony centralny zamawiający powinien brać pod uwagę budżet danego zamawiającego przeznaczony na sfinansowanie konkretnych zamówień, z drugiej — że nie zawsze, ze względu m.in. na treść ofert lub okoliczności dotyczące postępowania, możliwe będzie dokonanie wyboru oferty w ogóle lub oferty satysfakcjonującej zamawiającego.
5. Zakłada się, że należyte działanie instytucji centralnego zamawiającego powinno zapewnić znaczną redukcję kosztów działalności organów administracji rządowej. Służyć temu powinna duża siła nabywcza centralnego zamawiającego, co ma istotne znaczenie w relacjach handlowych oraz, co należy założyć, głęboka specjalizacja w zakresie udzielania zamówień publicznych. Niezależnie od tych obiektywnych argumentów niejednym zamawiającym wołałoby sam przeprowadzać postępowania i sam wpływać na ich przebieg. W związku z tym ustawodawca uznał, że wykorzystanie atutów działania centralnego zamawiającego będzie możliwe tylko wtedy, gdy możliwy będzie swoisty przymus korzystania z jego usług (ust. 5).
6. Możliwość wykorzystania przez zamawiających z administracji rządowej umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego będzie zależała od stosownych postanowień takiej umowy. Z kolei sposób tego wykorzystywania będzie zależał od tego, czy centralny zamawiający w danym przypadku zawarł umowę z jednym, czy też większą ilością wykonawców (zob. przepisy Działu III Rozdziału 1). Niezależnie od tego, że umowa ramowa będzie zawarta przez centralnego zamawiającego, podmiot samodzielnie udzielający zamówienia publicznego na podstawie takiej umowy, będzie udzielał go albo w trybie z wolnej ręki albo w trybie negocjacji bez ogłoszenia.
7. Rozważyć należy, czy na podstawie ust. 4 i 5 Prezes Rady Ministrów wydaje dwa akty prawne, czy też jeden. W przypadku uznania, że wydaje dwa akty rozważyć należy, jaką formę powinien posiadać akt wydany na podstawie ust. 4, gdzie w odróżnieniu od wyraźnego wskazania formy działania na podstawie ust. 5, forma taka nie została określona. W tej sytuacji najbardziej uzasadnione jest wydanie jednego zarządzenia, w którym zrealizowana byłaby dyspozycja zarówno ust. 4 jak i 5. Wydanie jedynie aktu prawnego na podstawie ust. 4 nie pozwalałoby na zagwarantowanie właściwej pozycji centralnemu zamawiającemu, natomiast materia określona w ust 4 i 5 jest istotnie ze sobą powiązana.

8. Jednym z obowiązków centralnego zamawiającego jest powołanie komisji przetargowej, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro. Należy postawić pytanie, czy w komisji (komisjach) takiej powinni się znaleźć przedstawiciele podmiotów korzystających z usług centralnego zamawiającego lub tych, na rzecz których zakupy będą przez niego dokonywane. Zapewne problem ten rozstrzygnie praktyka, ale wydaje się celowe, aby w składach komisji przetargowych powoływanych przez centralnego zamawiającego znajdowali się także przedstawiciele tych zamawiających, którzy nabędą od niego towary lub usługi stanowiące przedmiot danego postępowania.

## **Art. 16. [Zamówienia wspólne]**

- 1. Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.**
  - 2. (uchylony)**
  - 3. Minister kierujący działem administracji rządowej może, w drodze zarządzenia, wskazać, spośród podległych jemu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także polecić tym jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz polecić udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego.**
  - 4. Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.**
  - 5. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1.**
1. Wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia przez zamawiających może być uzasadnione w wielu przypadkach. Co do zasady, im zamawiający więcej zamawiają usług, dostaw czy robót budowlanych, tym lepsze mogą uzyskać warunki zakupu. Niekiedy wspólne udzielenie zamówienia mogą uzasadnić okoliczności natury technicznej (np. pożądaný jeden system komputerowy dla wielu jednostek). Podstawą podjęcia decyzji o wspólnym udzieleniu zamówienia mogą być także okoliczności natury organizacyjnej (np. wybór doradcy przez przedsiębiorstwa energetyczne podlegające konsolidacji).
  2. W ust 1, podobnie jak w art. 15a, a w odróżnieniu od regulacji art. 15, przewiduje się upoważnienie nie tylko do przeprowadzenia postępowania (w czym będzie się mieściło także ewentualne jego przygotowanie), ale także do udzielenia zamówienia, czyli podpisania umowy. Biorąc pod uwagę daleko idące skutki upoważnienia, o którym mowa w komentowanym artykule, niezbędne jest szczegółowe uregulowanie w umowie relacji pomiędzy zamawiającymi i udzielającymi wspólnie zamówienia. Biorąc pod uwagę, że każdy zamawiający ma z reguły własne zasady udzielania zamówień publicznych (w tym zasady działania komisji przetargowych), zamawiający działający wspólnie powinni ustalić, że albo np. będą stosowane zasady funkcjonujące u tego, komu powierzono przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, albo na potrzeby tego postępowania ustalą specjalne zasady. W umowie strony powinny ustalić m.in. zasady powołania członków i sposób działania komisji przetargowej, zasady podejmowania kluczowych decyzji (np. wybór najkorzystniejszej oferty, unieważnienie postępowania), ewentualne wynagrodzenie dla podmiotu przeprowadzającego w imieniu pozostałych postępowanie itp.

3. Nowelizacja kwietniowa rozszerzyła zakres delegacji ustawowej zawartej w ust 3. Obecnie dotyczy ona nie tylko jednostek organizacyjnych podległych ministrowi kierującemu działem administracji rządowej, ale także jednostek przez niego nadzorowanych. Podobnie jak w regulacji dotyczącej centralnego zamawiającego (art. 15a ust. 5) przewidziana jest możliwość polecenia wskazanym jednostkom nabywania określonych rodzajów zamówień od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz polecenie udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego.
4. Niezależnie od tego, że kilku zamawiających wyznacza spośród siebie jednego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, wiele przepisów ustawy dotyczy wszystkich zamawiających, bez względu na to, czy działają poprzez pełnomocników. Dotyczy to w szczególności kontroli oraz odpowiedzialności za naruszenie przepisów Pzp.

### **Art. 17. [Wyłączenie z postępowania]**

#### **1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:**

- 1) **ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;**
  - 2) **pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;**
  - 3) **przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;**
  - 4) **pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;**
  - 5) **zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.**
2. **Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.**
3. **Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.**

1. Ust. 1 stanowi, że nie tylko proces przeprowadzania postępowania, ale także jego przygotowanie powinno przebiegać w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem komentowany ustęp dotyczy tylko osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie osób przygotowujących postępowanie. Gdyby jednak czynności przygotowawcze realizowała osoba, która następnie będzie ubiegała się o udzielenie zamówienia, może ona być wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1. Objęcie regulacją tylko osób uczestniczących w postępowaniu jest uzasadnione o tyle, że większość przesłanek wyłączenia osób wykonujących czynności



w postępowaniu odnosi się do relacji z wykonawcami, których zidentyfikować można dopiero po wszczęciu postępowania.

2. Czynności wykonywane w postępowaniu to konkretne czynności przewidziane w przepisach Pzp, takie jak wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty, czy też wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Osobami wykonującymi czynności w postępowaniu nie są np. prawnicy, którzy na potrzeby zamawiającego dokonują wykładni Prawa zamówień publicznych, a także biegli powołani przez zamawiającego, z tym, że ze względu na rangę ich roli w postępowaniu stosuje się do nich art. 17, o czym mowa *expressis verbis* w art. 21 ust. 4.
3. Przepis ust. 2 nie precyzuje, kiedy mają być składane oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Pożądane jest, aby oświadczenia takie złożono przed podjęciem jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niekiedy jednak może się okazać, że przesłanki wykluczenia zaistniały dopiero w trakcie postępowania, np. wtedy, gdy powstanie stosunek prawny lub faktyczny, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osoby dokonującej czynności w postępowaniu. W takiej sytuacji osoba, której to dotyczy powinna niezwłocznie złożyć oświadczenie o zaistnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.
4. Powstaje pytanie, czy przy zaistnieniu przesłanek określonych w ust. 1 wyłączenie ma skutek z mocy prawa, czy dana osoba, której dotyczą przesłanki wyłączenia sama się wyłącza, czy też wyłączenie wymaga czynności kierownika zamawiającego. Wydaje się, że tak jak kierownik zamawiającego lub osoby, które na podstawie uprawnienia nadanego przez kierownika zamawiającego powierzają wykonanie pewnych czynności określonym osobom, tak mogą oni to upoważnienie cofnąć. Podobnie zamawiający, niezwłocznie po zapoznaniu się z oświadczeniem wskazującym na istnienie przesłanek wyłączenia, powinien daną osobę wyłączyć z udziału w postępowaniu. Osobom, które zostaną wyłączone z udziału w postępowaniu nie przysługują żadne środki ochrony prawnej.
5. Odrębnego komentarza wymaga przesłanka określona w ust. 1 pkt 4 z uwagi na jej nieostrość. Dla zaistnienia tej przesłanki nie jest potrzebny żaden dowód stronniczości danej osoby. Już sam fakt istnienia stosunku prawnego lub okoliczności faktycznych, które obiektywnie mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności danej osoby (nawet jeśli nie budzą one wątpliwości u konkretnej osoby) jest wystarczający dla wyłączenia jej z postępowania. Na przykład, jeżeli osoba wykonująca czynności w postępowaniu pozostaje w związku małżeńskim z członkiem zarządu podwykonawcy zaangażowanego przez określonego wykonawcę, powinna być wyłączona z postępowania.
6. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu, po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, należy uznać za nieważne. Powstaje wobec tego pytanie o konsekwencje nie powtórzenia takich czynności, wbrew regulacji ust. 3. W zależności od charakteru czynności można rozważać, czy nie istnieje przesłanka obligatoryjnego unieważnienia postępowania, co powinno mieć miejsce np. wtedy, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7). Z kolei umowa jest nieważna między innymi wówczas, gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6).

7. Oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 jest składane pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania. Zgodnie z art. 233 § 1 Kodeksu karnego<sup>1</sup> „kto składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zamawiający powinni mieć jednocześnie świadomość, że warunkiem powyższej odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie (oświadczenie), działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej lub odebrał od niego przyrzeczenie (art. 233 § 2 Kk).

## **Art. 18. [Odpowiedzialność]**

- 1. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.**
- 2. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego.**
- 3. Jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu.**

1. Pzp stanowi, że „kierownik zamawiającego” to osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego (art. 2 pkt. 3). „Kierownikiem zamawiającego” może być organ kolegialny (patrz komentarz do art. 2). Fakt, iż kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania nie oznacza, że to kierownik sam powinien postępowanie przygotować i przeprowadzić. Kierownik zamawiającego może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania pracownikom zamawiającego, a także osobom trzecim (patrz komentarz do art. 15). Dotyczy to także dokonania poszczególnych czynności.
2. Powstaje pytanie, jakie czynności są zastrzeżone dla kierownika zamawiającego, a jakie może on powierzyć „innym osobom”, o czym mowa w ust. 2 komentowanego artykułu. Należy przyjąć, że będą to w szczególności: wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i wybór najkorzystniejszej oferty (art. 20 ust. 3), powołanie i odwoływanie członków komisji przetargowej (art. 21 ust. 1). Powierzenie wykonania innych czynności, niż tylko zastrzeżonych dla zamawiającego, powinno mieć formę pisemną. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, delegowanie kompetencji kierownika zamawiającego, przygotowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego, itp. są bardzo często regulowane różnego typu zarządzeniami, instrukcjami i regulaminami. Niezależnie od tego powierzenie pracownikom zamawiającego wykonania określonych czynności wymaga formy adresowanej do nich indywidualnie zgodnie z prawem pracy.
3. Odpowiedzialność kierownika zamawiającego oparta jest o przepisy prawa (np. Kodeks spółek handlowych) oraz o umowę (o pracę, kontrakt menedżerski, itp.) Zakres odpowiedzialności innych osób, którym powierzono wykonanie czynności w postępowaniu zależy w istotnej mierze od treści umów, na podstawie których wykonują one określone czyn-

<sup>1</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

ności. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów Pzp dotyczy tylko zamawiających a nie osób, o których mowa wyżej. Tak więc kara pieniężna, o której mowa w art. 200 nie może być nałożona ani na kierownika zamawiającego, ani na osoby, którym powierzył on wykonywanie określonych czynności.

4. Odpowiedzialność za naruszenie zasad lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego przewiduje ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.<sup>1</sup> Fundamentalne znaczenie ma art. 17 tej ustawy, określający w jakich sytuacjach związanych z udzielaniem zamówień publicznych dochodzi do naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z tym przepisem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego:
  1. 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;
  - 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:
    - a) przesłanek stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia publicznego,
    - b) obowiązku zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
    - c) obowiązku uzyskania wymaganej zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
  - 3) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;
  - 4) z innym, niż wymienione w pkt 1–3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego:
  - 1) bez zachowania formy pisemnej;
  - 2) na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków określonych w przepisach o zamówieniach publicznych;
  - 3) na czas dłuższy niż 3 lata bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
  - 4) przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.
3. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.
4. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych.
5. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych.
6. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.
7. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2, 3 i 5, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.”

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

## **Art. 19. [Komisja przetargowa]**

- 1. Kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zwaną dalej „komisją przetargową”, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro.**
- 2. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się.**
- 3. Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań.**

1. Powołanie komisji jest z wielu względów pożądane. Pzp przewiduje, że przy wartości zamówienia nie wyższej niż 60 000 euro powołanie przez zamawiającego komisji przetargowej jest fakultatywne, natomiast powyżej tej kwoty jest obligatoryjne. Przy przetargach o wartości nie wyższej niż 60 000 euro, jeżeli kierownik zamawiającego zdecyduje się powołać komisję przetargową mimo braku takiego obowiązku, będzie zobowiązany do stosowania właściwych przepisów dotyczących komisji przetargowej zawartych w Pzp, przede wszystkim w rozdziale „Zamawiający i Wykonawcy”. Zgodnie z art. art. 138b ust. 1 „udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej” (patrz komentarz do tego artykułu). Także przy zamówieniach udzielanych w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 3 kierownik zamawiającego nie ma obowiązku powoływania komisji przetargowych.
2. Sam fakt powołania komisji przetargowej o stałym charakterze, czy też powołanie jej do przygotowania i przeprowadzenia określonego postępowania, nie ma wpływu na jej funkcje, zadania czy kompetencje. Powołanie komisji o charakterze stałym, to znaczy takiej, która przeprowadza wszystkie lub niektóre postępowania zamawiającego, nie ogranicza kierownika jednostki w podejmowaniu decyzji co do zmian składu takiej komisji. Nie ma przeszkód, aby u zamawiających prowadzących wiele postępowań w sprawach zamówień publicznych równoległe działało wiele komisji przetargowych zarówno stałych, jak i powołanych do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań.
3. Członkowie komisji przetargowej, jako osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu z tego postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 i są zobowiązane złożyć pisemne oświadczenia, o których mowa w art. 17 ust. 2. Nawet, jeżeli zamawiający nie powoła komisji, powinien przeprowadzić postępowanie w sposób bezstronny i obiektywny.

## **Art. 20. [Zadania komisji]**

- 1. Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.**
- 2. Kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej dokonanie innych, niż określone w ust. 1, czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio.**
- 3. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.**

1. Minimalny zakres działań komisji przetargowej to ocena spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badanie i ocena ofert. W kontekście realizacji tych zadań komisja, w zależności od okoliczności, przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, itp. Zakres zadań i czynności, które kierownik zamawiającego może powierzyć komisji jest o wiele szerszy i może odnosić się zarówno do etapu przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Rozwiązaniem uzasadnionym będzie, mimo, że wykracza to poza regulację art. 20, kiedy działająca permanentnie komisja przetargowa oceni, czy ewentualna zmiana zawartej umowy jest zgodna z art. 144.
2. Kierownik zamawiającego decyduje o tym, kiedy komisja przetargowa rozpoczyna i kiedy kończy pracę. Komisja może podjąć prace jeszcze na długo przed opublikowaniem ogłoszeń o postępowaniu, przygotowując całą dokumentację przetargową, w tym w szczególności SIWZ. Może być i tak, że działania komisji rozpoczną się dopiero od momentu otwarcia ofert i analizy spełnienia przez wykonawców formalnych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli komisja została powołana do przeprowadzenia całego postępowania nie są uzasadnione postanowienia, zawierane niekiedy w wewnętrznych regulaminach zamówień publicznych, że komisja kończy pracę wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Należy liczyć się z tym, że w ramach tego samego postępowania będzie konieczne podejmowanie kolejnych czynności, np. powtórnej oceny ofert.
3. Propozycje komisji przetargowej, będącej zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego nie mogą być z natury rzeczy dla niego wiążące. Kierownik zamawiającego ma prawo podejmowania decyzji niezgodnych z propozycjami komisji przetargowej, nie tylko wtedy, gdy stwierdzi, że swoim działaniem naruszyła przepisy prawa. Ze względu na jawny charakter postępowania wykonawcy będą mogli zapoznać się zarówno z rekomendacjami komisji, jak i decyzjami kierownika zamawiającego, a następnie według swego uznania wyciągnąć wnioski z rozbieżności ich stanowisk.

## **Art. 21. [Skład komisji]**

- 1. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego.**
  - 2. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób.**
  - 3. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.**
  - 4. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis art. 17 stosuje się.**
1. Powołanie i odwołanie członków komisji przetargowej, podobnie jak powołanie biegłego to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego. Kierownik zamawiającego decyduje też o tym, z ilu osób ma składać się komisja przetargowa, z tym, że nie może to być mniej niż trzy osoby. Jakkolwiek przepisy prawa nie przewidują żadnych ograniczeń w odwoływaniu przez kierownika zamawiającego członków komisji przetargowej wskazane jest, aby przy braku istotnych przesłanek skład komisji prowadzącej dane postępowanie nie był zmieniany.
  2. Kierownik zamawiającego najczęściej określa organizację, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej w regulaminie komisji przetargowej lub podob-

nym dokumencie. Może w nim być też określony skład komisji, jakkolwiek, w szczególności w odniesieniu do komisji nie mających stałego charakteru, skład ten może być ustalony dla poszczególnych postępowań odrębnymi decyzjami. Jest zasadne, aby w regulaminie komisji przetargowej określić między innymi: prawa i obowiązki członków komisji, udział innych osób (biegłych) w pracach komisji, dokumentację niezbędną dla prawidłowego dokumentowania przebiegu postępowania, czynności w trakcie postępowania, w tym związane z oceną ofert. Regulamin powinien określać także sposób zwoływania komisji, sposób głosowania, wskazywać, kiedy głosowanie oraz inne czynności wykonywane przez komisję są ważne, itp.

3. Powstaje pytanie, na czym ma polegać indywidualizacja odpowiedzialności członków komisji przetargowej, o której mowa w ust. 3. Bez wątplenia powinna się wyrażać w określeniu szczególnych zadań dla przewodniczącego i sekretarza. Do zadań przewodniczącego może należeć między innymi: kierowanie pracami komisji, wyznaczenie terminów posiedzeń komisji, informowanie kierownika zamawiającego o treści złożonych oświadczeń członków komisji co do istnienia lub nieistnienia podstaw wyłączenia z postępowania, nadzorowanie prawidłowego prowadzenia dokumentacji postępowania, nadzór nad terminowym i prawidłowym dokonywaniem czynności przez komisję itp. Do szczególnych obowiązków sekretarza komisji może należeć prowadzenie dokumentacji postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, wysyłanie ogłoszeń do publikacji, wysyłanie korespondencji do wykonawców itp.
4. Jest rzeczą kontrowersyjną, czy indywidualizacja odpowiedzialności i związana z tym indywidualizacja zadań członków komisji przetargowej ma wybiegać dalej, niż indywidualizacja zadań przewodniczącego i sekretarza komisji. Z jednej strony można rozważyć argumenty za dalszą indywidualizacją, np. takie, że badania spełnienia przez wykonawców warunków formalnych powinien dokonywać członek komisji przetargowej mający wykształcenie prawnicze, a z kolei inżynier biegły w sprawach robót budowlanych badałby, czy wykonawcy posiadają rzeczywiście niezbędny potencjał techniczny dla realizacji umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. Z drugiej jednak strony, aby zapewnić przestrzeganie zasad udzielania zamówień, takich jak bezstronność i obiektywizm jest wskazane, aby poprzez daleko idącą indywidualizację zadań i odpowiedzialności członków komisji sama komisja nie utraciła charakteru organu działającego zespołowo. W każdym przypadku kierownik zamawiającego, dokonując stosownego wyważenia wyżej określonych argumentów i uwarunkowań, powinien podjąć stosowne decyzje w zakresie indywidualizacji zadań i odpowiedzialności członków komisji.
5. Członkowie komisji będący pracownikami zamawiającego odpowiadają na podstawie prawa pracy, z kolei ci, którzy nimi nie są, mogą odpowiadać na podstawie Kodeksu cywilnego za nienależyte wykonanie zobowiązania. Jedni i drudzy mogą odpowiadać na podstawie Kodeksu karnego np. za przestępstwa korupcyjne czy przestępstwa przeciwko ochronie informacji. Nie dotyczy ich odpowiedzialność, o której mowa w art. 200 Pzp, bowiem odpowiedzialność ta odnosi się do samego zamawiającego.
6. Nie obowiązuje już niezwykle sżywny i niezyciowy przepis który przewidywał, że kierownik zamawiającego może powoływać do komisji przetargowej tylko pracowników zamawiającego. Kierownik zamawiającego może powoływać do komisji przetargowych zarówno osoby, które są zatrudnione przez zamawiającego na podstawie umowy o pracę jak i na podstawie umów zlecenia i innych umów. Żaden przepis nie przewiduje, że zamawiającego powinna łączyć z członkiem komisji jakkolwiek umowa. Z drugiej jednak strony powinien on zadbać, aby każdy z członków komisji przetargowej należycie troszczył się o interesy zamawiającego, aby był zobowiązany do poufności, miał możliwości uczestniczenia w pracach komisji przetargowej, itp.

7. Zbyt daleko idąca jest teza, że powołanie do komisji osób niebędących pracownikami zamawiającego powinno mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych<sup>1</sup>. W niektórych sytuacjach powołanie takich osób jest wręcz pożądane (np. powołanie do komisji przez kierownika centralnego zamawiającego przedstawicieli zamawiającego, który będzie nabywał towary i usługi od centralnego zamawiającego). Powołanie takie może być też uzasadnione szczególną wiedzą lub doświadczeniem w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.
8. Ustawa nie zawiera szczegółowych przepisów dotyczących roli i statusu biegłych w procedurach przygotowania i przeprowadzania postępowań. Bez wątplenia mogą oni służyć kierownikowi zamawiającego, osobom, którym kierownik zamawiającego powierzył dokonanie określonych czynności czy komisjom przetargowym, zarówno dokonując pisemnych opracowań jak i udzielając ustnie odpowiedzi na postawione im pytania. Odpowiedzi udzielane ustnie powinny być zaprotokołowane.
9. Wyjaśnienia wymaga pojęcie „wiadomości specjalne”, o którym mowa w ust. 4. Występuje ono także w Kodeksie postępowania cywilnego. Zdaniem Sądu Najwyższego „wiadomości specjalne” to wiadomości wykraczające poza zakres tych, jakimi dysponuje ogół osób inteligentnych i ogólnie wykształconych<sup>2</sup>. W literaturze dotyczącej regulacji zawartych w Kpc wskazuje się, że przez „wiadomości specjalne” należy rozumieć wiadomości z zakresu nauki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego<sup>3</sup>. Na tym gruncie istnieją kontrowersje co do tego, czy za „wiadomości specjalne” można uważać wiadomości z dziedziny prawa, zakłada się bowiem, że sąd powinien sam prawo znać i należy je stosować<sup>4</sup>. Wątpliwości te nie powinny istnieć na płaszczyźnie Pzp, bowiem nie należy zakładać, że członkowie komisji przetargowych zawsze będą posiadali niezbędną wiedzę z zakresu prawa.

## Art. 22. [Warunki ubiegania się o zamówienie]

### 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

### 2. Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

1. Wykonawcy powinni spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w ust. 1. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 3 stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jest to konsekwencją założenia, że zamówienia publiczne powinny być realizowane tylko przez takie podmioty, które zostały zweryfikowane pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia. W każdym postępowaniu zamawiający powinien żądać, aby jednym z wymaganych elementów oferty było oświadczenie wykonawcy, że spełnia wymogi określone w ust. 1 komentowanego artykułu (zob. art. 36 ust. 1 pkt 9).

<sup>1</sup> Tak J.E. Nowicki „Komisja przetargowa”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2005 r., Nr 3, s. 27.

<sup>2</sup> Wyrok powołany w Komentarzu do kodeksu postępowania cywilnego, tom I, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa, 1996, s. 870.

<sup>3</sup> Tak W. Siedlecki „Postępowanie cywilne — Zakres wykładu”, Warszawa, 1998, s. 156.

<sup>4</sup> Zob. bliżej J. Turek „Opinie biegłych w zakresie wycen majątkowych”, *Monitor Prawniczy* z 2000 r., Nr 7, s. 462.

2. Część przesłanek, o których mowa w komentowanym artykule ma charakter ogólny, a zawarte w nich pojęcia nie są ostre. Jest to naturalną konsekwencją tego, że nie sposób precyzyjnie określić warunków, jakie ma spełnić wykonawca w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. To właśnie w kontekście potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia zamawiający precyzyjnie określa warunki, które musi spełnić każdy wykonawca, aby jego oferta mogła być poddana merytorycznej ocenie.
3. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy, aby posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli obowiązek posiadania takich uprawnień nie wynika z przepisów prawa. Nie może także żądać od wykonawcy większej wiedzy, doświadczenia, czy potencjału technicznego, niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Podobnie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy nie może być oderwana od wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie powinien stawiać wykonawcom warunku prowadzenia działalności przez określony minimalny okres czasu. Warunek taki naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców. Wykonawca, który nawet bardzo krótko prowadzi działalność (np. został wydzielony w procesie restrukturyzacyjnym) może jednocześnie dysponować potencjałem ludzkim i technicznym, czy też podwykonawcami gwarantującymi wykonanie zamówienia na poziomie nie gorszym, niż wykonawcy, którzy mogą się pochwalić wieloletnią działalnością gospodarczą.
4. Przez uprawnienia do wykonywania określonej działalności należy rozumieć wszelkie koncesje, licencje, zezwolenia itp. Należą do nich także szczególne kwalifikacje zawodowe. Niektóre usługi mogą być wykonywane tylko przez geodetów, adwokatów, radców prawnych, architektów, inne tylko przez biegłych rewidentów, itd. Brak zapisu przy określeniu przedmiotu działalności wykonawcy, np. w statucie lub umowie spółki, działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie może być postrzegany jako brak uprawnienia do wykonywania określonej działalności. Przykładem uprawnienia do wykonywania określonej czynności będzie świadectwo wydane przez komisję kwalifikacyjną, które zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne<sup>1</sup> powinny posiadać osoby zajmujące się eksploatacją sieci. Uprawnienia te muszą być ważne przynajmniej w dacie składania ofert. Należy zakładać, że sam zamawiający wie, jakie uprawnienia są niezbędne dla wykonywania określonej działalności lub czynności. Powinien on w SIWZ, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 6, wskazać konkretne uprawnienia, które wykonawca zobowiązany jest posiadać i w jaki sposób powinien to udokumentować.
5. Obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie określenia „niezbędna wiedza i doświadczenie” w kontekście danego zamówienia oraz wskazanie zasad oceny spełnienia tego warunku. W doktrynie zaznacza się, że zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, „jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym) eksperymentem, czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności, (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów”<sup>2</sup>. Należy uznać np., że nie będzie żądaniem ograniczającym konkurencję postawienie przez zamawiającego wymogu wykazania przez wykonawcę realizacji przynajmniej trzech dostaw w zakresie porównywalnym ilościowo z danym zamówieniem.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 189 poz. 625 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tak J. Dolecki „Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta”, w: *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2003 r. Nr 5, s. 57.



6. Określenie warunków potwierdzających, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia jest trudne także i z tego względu, że potwierdzenie spełnienia tych warunków może być oparte w praktyce tylko na trzech dokumentach: sprawozdaniu finansowym (ewentualnie opinii do takiego sprawozdania), informacji banku lub polisie albo podobnym dokumencie potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej<sup>1</sup>. Stawianie wymogu prowadzenia działalności z zyskiem, a w szczególności z zyskiem na określonym poziomie nie jest rozwiązaniem właściwym. Wielu wykonawców może nie móc wykazać się zyskiem, choć wcale nie musi to oznaczać, że ich sytuacja ekonomiczna jest zła. W świetnie prosperującej firmie brak zysku w danym czasie może wynikać z prowadzenia nowej, dużej inwestycji. W niektórych sytuacjach postawienie wymogu pewnego minimalnego poziomu przychodów może być uzasadnione. Jeżeli np. zamawiający zamierza udzielić jednorazowego zamówienia o wartości kilkudziesięciu milionów złotych (stworzenie i implementacja dużego systemu komputerowego), nie powinno być uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji wymaganie wykazania przychodów rocznych przynajmniej na tym samym, a nawet wyższym poziomie.
7. Generalnie należy uznać, że niedopuszczalne jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, że jeżeli zamawiający pragnie uzyskać usługi lub towary najwyższej jakości, nie może postawić odpowiednio wysokich żądań. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie powinien abstrahować od tego, że istnieją ograniczenia co do możliwości żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie oczekiwanych warunków. Wskazane jest, aby warunki udziału w postępowaniu były precyzowane w taki sposób, aby dokumenty, których może żądać zamawiający pozwalały we właściwy sposób ocenić, czy zostały one spełnione.
8. Nowelizacja kwietniowa w nieznacznym stopniu zmieniła treść ust. 1 pkt 2. W obecnym stanie prawnym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „dysponują” odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia (wcześniej obowiązujący przepis przewidywał „posiadanie” potencjału technicznego). Wydaje się, że zmiana ta nie ma istotnego znaczenia. Zarówno bowiem kategoria „posiadania” jak i „dysponowania” nie wymaga, aby zamawiający był właścicielem środków technicznych niezbędnych do udzielenia zamówienia. Jednocześnie zmiana ta ma znaczenie o tyle, że wykonawca, aby złożyć prawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie musi być fizycznie w posiadaniu środków technicznych w momencie składania oświadczenia. Wystarczy, że w sytuacji, gdy takich środków nie posiada, zawarł stosowne porozumienia, na podstawie których będzie dysponował stosownymi środkami technicznymi w dacie wykonania zamówienia.

### **Art. 23. [Konsorcjum]**

- 1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.**
- 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.**
- 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.**

<sup>1</sup> Wynika to z treści rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2.

**4. Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę tych wykonawców.**

1. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia (dzieje się to często na podstawie umów konsorcjalnych), każdy z nich powinien spełnić wszelkie warunki formalne, które dotyczą wykonawców, a wynikają z przepisów prawa i są określone w ogłoszeniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli wykonawca zamierza wykonać zamówienie we współpracy z podwykonawcą, w rozumieniu Pzp nie są oni wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji obowiązek spełnienia wymogów formalnych dotyczy wykonawców, nie dotyczy natomiast podwykonawców.
2. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika, przynajmniej do reprezentowania ich w toczącym się postępowaniu. Pełnomocnictwo może także objąć upoważnienie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalnym rozwiązaniem będzie ustanowienie pełnomocnikiem jednego z wykonawców działających wspólnie. Nie ma jednak przeszkód prawnych, aby pełnomocnikiem został, na zasadach ogólnych, podmiot niebędący żadnym z wykonawców działających wspólnie.
3. Przepisy ustawy dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są lakoniczne. Jednocześnie odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ust. 3) może w wielu kwestiach budzić wątpliwości. Wskazane jest, aby zamawiający w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu precyzował warunki uczestnictwa w postępowaniu, odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim zamówień co do których, z uwagi na ich przedmiot i zakres, jest prawdopodobne, że ubiegać się o nie będą wykonawcy działający wspólnie. Jeżeli zamawiający tego nie uczyni na wyżej wskazanym etapie zasadne jest, aby to wykonawcy, w procedurze zgłaszania pytań i wniosków o wyjaśnienia, wnosili o doprecyzowanie wymogów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
4. Co do zasady każdy z wykonawców działających wspólnie powinien złożyć wszelkie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z drugiej strony należy dopuścić możliwość wspólnych oświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia potwierdzających, że razem spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3. Gdyby zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców działających wspólnie posiadał uprawnienia do wykonywania określonych czynności, podczas gdy jeden z nich takie posiada w zakresie wystarczającym do wykonania całego zamówienia, byłoby to żądanie naruszające przepisy Pzp zakazujące nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Jest rzeczą naturalną, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są wobec siebie komplementarni (np. jeden jest producentem towarów, drugi świadczy usługi). Żądanie od każdego z nich spełnienia wymogów adekwatnych do statusu drugiego nie jest racjonalne, nie wymaga tego też interes zamawiającego.
5. W szczególności, jeżeli dla wykonania danego zamówienia wystarczające jest posiadanie uprawnień przez jednego z konsorcjantów, zamawiający nie może żądać, aby wszyscy członkowie konsorcjum posiadali takie uprawnienia. Żądanie, iż każdy z konsorcjantów powinien posiadać uprawnienia wymagane dla realizacji zamówienia nie jest konieczne i jest niezgodne z wymogami obrotu gospodarczego. Jeżeli np. w postępowaniu uczestniczy konsorcjum spółki prawniczej i spółki geodetów trudno oczekiwać od geodetów uprawnień radcy prawnego lub adwokata i odwrotnie. Także przepis o solidarnej

odpowiedzialności członków konsorcjum (art. 141) nie może być podstawą dla żądania od każdego z członków konsorcjum wymaganych uprawnień. W wyjątkowej sytuacji, gdy nie mógłby działać członek konsorcjum posiadający uprawnienia, a zamawiający wezwałby do wykonania zamówienia członka konsorcjum nieposiadającego uprawnień, nie ma prawnych przeszkód, aby wykonał on zamówienie angażując podwykonawców posiadających stosowne uprawnienia.

6. W powyższym kontekście powstaje pytanie, czy istnienie jednej z przesłanek wykluczenia z postępowania w odniesieniu do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uzasadnia wykluczenie wszystkich pozostałych wykonawców, którzy wspólnie z nim ubiegają się o udzielenie zamówienia. Należy przyjąć, że jest niedopuszczalne, aby zamówienie było realizowane przez wykonawców działających wspólnie, z których choćby jeden podlega wykluczeniu. W takim przypadku zamawiający, nie mogąc wykluczyć tylko takiego wykonawcy, jest zobowiązany wykluczyć wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
7. Jeżeli wykonawcy działający wspólnie ustanowią pełnomocnika, zamawiający nie ma obowiązku wysyłania pism, zawiadomień, itp. na adres każdego z wykonawców działających wspólnie, natomiast powinien to czynić na adres pełnomocnika. Konsekwentnie np. termin na wniesienie protestu będzie liczony od dnia, kiedy pełnomocnik dowiedział się lub mógł dowiedzieć się o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 180 ust. 2), niezależnie od tego, czy wykonawcy, których on reprezentuje dowiedzieli się o tym w takim samym czasie, czy później. Jeżeli wykonawcy działający wspólnie naruszą przepis ust. 2 i nie ustanowią pełnomocnika, wtedy ich działania będą skuteczne pod warunkiem, że każde pismo, oświadczenie, itp. będzie podpisane przez każdego z wykonawców działających wspólnie.
8. Powstaje problem, czy w postępowaniach dwuetapowych możliwe są zmiany w składzie konsorcjum po zakwalifikowaniu go do drugiego etapu. Generalnie należy przyjąć, że w tym czasie nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, że z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników, nawet wówczas, gdy w jego miejsce wchodziłby inny podmiot. To właśnie skład określonego konsorcjum przesądził o tym, że zakwalifikowało się ono do drugiego etapu. Odejście z takiego konsorcjum jednego z jego uczestników mogłoby w niejednym przypadku przesądzić o innej decyzji zamawiającego. Dodatkowo, kolejne badanie spełniania przez konsorcjum w nowym składzie warunków udziału w postępowaniu opóźniłoby całą procedurę. Mogłyby także istnieć wątpliwości, czy zgoda zamawiającego na takie działania nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.
9. Istnieje dylemat czy w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest, aby jeden z nich jednocześnie samodzielnie ubiegał się o udzielenie tego samego zamówienia i składał własną ofertę. Należy przyjąć, że zgoda zamawiającego na taki stan rzeczy byłaby sprzeczna z przepisami Pzp, a w szczególności z art. 7 ust. 1, który nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. We wskazanym przypadku zasada uczciwej konkurencji byłaby naruszona, a zatem zamawiający powinien obie oferty odrzucić.
10. Nowelizacja kwietniowa rozszerza regulację dotyczącą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z ust. 4, jeżeli oferta takich wykonawców zostanie wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego okazania umowy regulującej współpracę tych podmiotów. Z przepisu tego wynika, że powyższe żądanie nie może być skierowane do wykonawców przed dokonaniem wyboru najlepszej oferty. Może być natomiast skierowane do wykonaw-

ców, których oferta została wybrana nawet przed upływem okresu, w którym możliwe jest wykorzystanie środków ochrony prawnej kwestionującej taki wybór. Zamawiający nie jest zobowiązany wskazywać w SIWZ, czy zamierza w danym postępowaniu skorzystać z omawianego uprawnienia. Wydaje się, że regulacja ta nie ma istotnego znaczenia dla przeprowadzanych procedur. Co do zasady należy przyjąć, że treść umowy ujawnionej zamawiającemu przez wykonawców działających wspólnie nie będzie miała żadnego wpływu ani na treść oferty (która została wcześniej złożona i wybrana), ani na treść umowy. Żadne ustalenia między wykonawcami nie mogą mieć wpływu w stosunku do zamawiającego na stosowanie przepisu art. 141 Pzp, zgodnie z którym wykonawcy działający wspólnie ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

11. Umowa regulująca współpracę wykonawców działających wspólnie nie musi być dla swej ważności zawarta na piśmie. Bez formy pisemnej jednak nie będzie możliwe spełnienie żądania zamawiającego, o którym mowa w ust. 4. Standardowa umowa regulująca współpracę wykonawców będzie wskazywała na cel ich działań, jakim jest wspólny udział w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty, a potem wykonanie zamówienia publicznego. W tym drugim zakresie typowym rozwiązaniem będzie uzależnienie realizacji tej części umowy od uzyskania przez konsorcjum zamówienia publicznego. Nie ma przeszkód, aby strony konsorcjum zawarły więcej niż jedną umowę dotyczącą ich współdziałania. Na żądanie zamawiającego powinni przedłożyć umowę o współpracy między nimi przy wykonywaniu zamówienia (te właśnie postanowienia mają dla zamawiającego najistotniejsze znaczenie). Należy przyjąć, że gdyby strony zawarły dwie umowy, jedną o współpracy w powyższym rozumieniu, a drugą np. regulującą rozliczenia między nimi, nie są oni zobowiązani przedkładać zamawiającemu tej drugiej umowy.
12. Ustawa nie przewiduje konkretnych sankcji za niespełnienie przez wykonawców działających wspólnie żądania, o którym mowa w ust. 4. Wykonawcy, którzy nie spełnili wspomnianego żądania nie mogą być wykluczeni z postępowania, bowiem zamknięty katalog przesłanek wykluczenia, określony w art. 24, sytuacji takiej nie obejmuje. Nie przewiduje jej także zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania określony w art. 93. W szczególności ranga wspomnianego braku nie może uzasadniać tezy, że postępowanie w takim przypadku byłoby obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Także przepisy Pzp przewidujące odpowiedzialność karną za naruszenie przepisów ustawy dotyczą tylko naruszeń dokonywanych przez zamawiającego i nie obejmują omawianego przypadku.

## **Art. 24. [Przesłanki wykluczenia]**

### **1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:**

- 1) wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;
- 2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego;
- 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali

- oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
  - 5) spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
  - 6) spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
  - 7) spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
  - 8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
  - 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
  - 10) wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3.
2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:
- 1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonaw-

- ców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;
- 2) **złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;**
  - 3) **nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3;**
  - 4) **nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.**
3. Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3.
4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
1. Katalog przesłanek wykluczenia z postępowania jest zamknięty. Jednocześnie w przypadku zaistnienia którejkolwiek z nich zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Przesłanki określone w ust. 1 komentowanego artykułu nie są bezpośrednio związane z prowadzonym postępowaniem, w trakcie którego istnienie przesłanek wykluczenia z postępowania jest rozpatrywane, natomiast przesłanki o których mowa w ust. 2 są związane z prowadzonym postępowaniem. Rozróżnienie to nie ma wpływu na konsekwencje zaistnienia którejkolwiek z powyższych przesłanek. Wyjątek od zasady określonej w art. 24 dotyczy zamawiających udzielających zamówień sektorowych. Zgodnie z art. 138c zamawiający tacy mogą odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w ust. 1 pkt 1, 2 lub 3, o ile stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (patrz komentarz do art. 138c).
  2. Mogą powstać wątpliwości, co oznacza określenie „wyklucza się”, a w szczególności, czy wykluczenie następuje z mocy prawa, przy zaistnieniu jednej z przesłanek wykluczenia, czy też jest czynnością zamawiającego. Konsekwencje przyjęcia pierwszego rozwiązania byłyby dla wykonawcy bardzo niekorzystne. Gdyby do wykluczenia z postępowania dochodziło z mocy prawa, wykonawcy nie przysługiwałyby żadne środki ochrony prawnej (zgodnie z art. 180 ust. 1 protest można wnieść tylko wobec czynności podjętych przez zamawiającego). Należy wobec tego przyjąć, że określenie „wyklucza się” oznacza nałożony przez ustawodawcę na zamawiającego obowiązek dokonania czynności wykluczenia w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia.
  3. Wykluczenie z postępowania jest czynnością zamawiającego, o której powinien on zawiadomić wykonawcę, który został wykluczony, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu należy precyzyjnie wskazać okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie, jak i konkretną podstawę prawną wykluczenia (jedną lub więcej z czternastu przesłanek, o których mowa w ust. 1 i 2). Od powyższej czynności wykonawcy przysługuje protest, zgodnie z art. 180. Zamawiający, informując wykonawcę o wykluczeniu nie jest zobowiązany do pouczenia go o przysługującym mu prawie do protestu. Jednocześnie, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców którzy złożyli ofertę, o wykonawcach którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 92 ust. 1 pkt 3).
  4. Zamawiający powinien wykluczać wykonawców z postępowania niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o istnieniu przesłanek, o których mowa w ust. 1 i 2. Tak jak niektóre przesłanki mogą być rozpatrywane dopiero po otwarciu ofert (zobacz np. art. 24 ust. 2

pkt 4), tak inne mogą być rozpatrywane już po złożeniu wniosku o udostępnienie specyfikacji (zobacz np. art. 24 ust. 1 pkt 2).

5. Przesłanka, o której mowa w ust. 1 pkt 1 jest bardzo rygorystyczna. W niejednym przypadku, a dotyczy to w szczególności firm, których istotna część towarów lub usług jest kontraktowana na podstawie prawa zamówień publicznych, wyrażenie szkody, o której mowa w tym przepisie, może skutkować nawet bankructwem. Z drugiej strony ustawodawca przyjął, że na rynku który jest coraz bardziej konkurencyjny, nie ma powodu, aby udzielać zamówień publicznym podmiotom, które wcześniej nienależycie realizowały przyjęte zamówienia. Rygoryzm tej przesłanki wyraża się w tym, że wystarczy jeden przypadek wyrządzenia przez wykonawcę wspomnianej szkody (mimo, że wcześniej i później wykonywał on zobowiązania należycie), aby wspomniany przepis znalazł zastosowanie. Co więcej, mowa tu o szkodzie wyrządzonej jakimkolwiek zamawiającemu, a nie tylko zamawiającemu prowadzącemu dane postępowanie.
6. O istnieniu przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1 można mówić tylko wtedy, gdy jakiegokolwiek zamawiającego i wykonawcę wiązała ważna umowa i zobowiązania wynikające z tej umowy nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie. Tak więc, jeżeli wcześniej wykonawca wygrał przetarg, ale nie doszło do podpisania umowy z jakiegokolwiek przyczyny, przesłanka ta nie znajdzie zastosowania. Zobowiązanie nie jest wykonane, jeżeli wykonawca nie spełnia świadczenia, które zgodnie z treścią umowy należy się zamawiającemu. Ten sam skutek Pzp przewiduje w przypadku, gdy świadczenie zostało wykonane, ale nienależycie (np. wykonawca dostarczył towary obciążone wadami i po umówionym terminie). O nienależytym wykonaniu zamówienia można też mówić w aspekcie niezachowania terminu (zwłoki w spełnieniu świadczenia), czy niewłaściwego miejsca spełnienia świadczenia. Omawiana przesłanka nie znajdzie natomiast zastosowania, jeżeli co prawda wykonawca nie wykonał zobowiązania lub wykonał je nienależycie, ale zamawiający nie poniósł szkody. Będzie tak także w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, nawet wtedy, gdy odpowiedzialności tej nie ponosi też sam zamawiający. Okolicznością, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność jest w szczególności zachowanie noszące znamiona winy. Jest nią między innymi niezachowanie należytej staranności. Ponadto wykonawca może ponosić odpowiedzialność w szerszym zakresie, niż tylko za zachowania noszące znamiona winy, a możliwość ukształtowania zakresu jego odpowiedzialności wynika z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kc oraz z zasady wyrażonej w art. 473 Kc. Gdy wykonawca do dnia wszczęcia postępowania dobrowolnie naprawi wyrządzoną szkodę, nie zaistnieje przesłanka wykluczenia go z tego postępowania.
7. Samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1 nie jest wystarczające, aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania. Niezbędne będzie potwierdzenie oparte na dokumentach, z których najbardziej miarodajnym będzie orzeczenie sądu, w tym także sądu polubownego. Przy wykluczeniu wykonawcy na podstawie wspomnianej przesłanki, podobnie jak każdej innej przesłanki wykluczenia, ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym.
8. Krajowy Rejestr Sądowy może służyć weryfikacji, czy wykonawca jest należycie reprezentowany. Za trafną należy uznać tezę zawartą w jednym z wyroków zespołu arbitrów, iż zamawiający nie ma prawa wymagać odrębnych dokumentów, które mają wskazywać osoby uprawnione do podpisania oferty, jeżeli sposób reprezentacji spółki wynika wprost z Krajowego Rejestru Sądowego.<sup>1</sup> Rzeczywiście taki odrębny dokument w powyższej

<sup>1</sup> Orzeczenie z 5 kwietnia 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-932/06).

sytuacji nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Słuszna była także konkluzja zespołu arbitrów w innej sprawie, kiedy uznali, że zamawiający niezasadnie wykluczył wykonawcę, który jakkolwiek bezspornie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, uczynił to w innych dokumentach niż wymagał zamawiający (zamiast wykazu wykonanych robót przedstawił referencje potwierdzające wykonanie wymaganych robót)<sup>1</sup>.

9. Jeżeli wykonawca, który został wykluczony przez zamawiającego składa protest, odwołanie lub skargę do sądu, powinien być przez cały czas, aż do dnia w którym sąd oddali jego skargę, traktowany jako uczestnik postępowania. Może zatem wnosić protesty i odwołania dotyczące innych czynności zamawiającego, ma prawo być poinformowanym o wyborze oferty (art. 92) itp. W przypadku, gdy wykonawca korzystał ze wszystkich przysługujących mu środków ochrony prawnej, dopiero po wydaniu przez sąd niekorzystnego dla niego orzeczenia zamawiający może uznać, że stracił on status wykonawcy, to jest w tym przypadku podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia (patrz komentarz do art. 179).
10. Przepęstwem popełnionym w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia jest np. przestępstwo określone w art. 305 § 1 Kodeksu karnego<sup>2</sup>, zgodnie z którym „*któ w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*”. Katalog przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową zawiera Rozdział XXXVIII Kk. Przepęstwo przepukstwa reguluje art. 229 Kk. Przepęstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu są uregulowane w Rozdziale XXXVI. Poza Kodeksem karnym istnieje grupa przepisów karnych chroniących obrót gospodarczy, określające inne przestępstwa gospodarcze. Są one zawarte między innymi w Kodeksie spółek handlowych<sup>3</sup>, ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>4</sup>, ustawie o rachunkowości<sup>5</sup> i Prawie o publicznym obrocie papierami wartościowymi<sup>6</sup>, ustawie o działalności ubezpieczeniowej<sup>7</sup>, ustawie o obligacjach<sup>8</sup>, Kodeksie spółek handlowych<sup>9</sup>, Prawie własności przemysłowej<sup>10</sup>, itp. Przepęstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej to między innymi żądanie korzyści majątkowej przez osobę pełniącą funkcję publiczną oraz przestępstwo oszustwa (art. 228 § 1 i 286 Kk). Zgodnie z art. 115 § 4 Kk korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie jak i dla kogo innego. Przepęstwo skarbowe jest to czyn zabroniony przez Kodeks karny skarbowy pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności (art. 53 § 2 Kks). Przepęstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego jest uregulowane w art. 258 Kk.
11. Kluczowym aktem prawnym regulującym m.in. zobowiązania podatkowe i postępowania podatkowe jest ustawa Ordynacja podatkowa<sup>11</sup>. Przewiduje ona m.in., że „Organ podatko-

<sup>1</sup> Orzeczenie z 4 kwietnia 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-922/06).

<sup>2</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.

<sup>6</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447 z późn. zm.

<sup>7</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1151 z późn. zm.

<sup>8</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r., Nr 120, poz. 1300 z późn. zm.

<sup>9</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

<sup>10</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

<sup>11</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.



wy, na wniosek podatnika, w przypadku uzasadnionym ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym może odraczać terminy przewidziane w przepisach prawa podatkowego, z wyjątkiem terminów określonych w art. 68–71, art. 77 § 1–3, art. 79 § 2, art. 80 § 1, art. 87 § 3 i 4, art. 88 § 1 i art. 118” (art. 48 § 1). Organ podatkowy w przypadkach określonych w ustawie może wstrzymać wykonanie decyzji (art. 224 § 2 Ordynacji podatkowej). W procedurze ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawca może skutecznie powoływać się na wstrzymanie wykonania decyzji, jeżeli wstrzymano wykonanie decyzji w całości (Ordynacja podatkowa przewiduje też możliwość wstrzymania wykonania decyzji w części). Powyższe problemy, w odniesieniu do składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne są uregulowane w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>1</sup>.

12. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności (z wyjątkami określonymi w przepisie). Uczestnictwo w postępowaniu podmiotów, które nabyły w trakcie jego przygotowywania wiedzę dotyczącą postępowania stawia je w uprzywilejowanej pozycji. Wykluczeniem mającym na celu zapewnienie uczciwej konkurencji skutkuje wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania, określonych w Rozdziale 2 Działu II Pzp (określenia przedmiotu zamówienia, określania wartości szacunkowej zamówienia, sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Aby zaistniała przesłanka wykluczenia uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni. Regulacja ta ma służyć temu, aby żaden z wykonawców nie miał przewagi nad innymi, co występowałoby zarówno wtedy, gdy np. inspirowałby pewne postanowienia SIWZ, jak i wtedy, gdy przed innymi znałby jej treść.
13. Problematykę dotyczącą likwidacji przedsiębiorców regulują przepisy odrębne, które kompleksowo ustalają status i funkcjonowanie poszczególnych form prawnych, w jakich mogą działać przedsiębiorcy. Np. kodeks spółek handlowych w odniesieniu do spółki akcyjnej stanowi, że otwarcie likwidacji następuje z dniem uprawomocnienia się orzeczenia o rozwiązaniu spółki przez sąd, powzięcia przez walne zgromadzenie uchwały o rozwiązaniu spółki lub zaistnienia innej przyczyny jej rozwiązania. Podobna regulacja dotyczy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 274 § 1 Ksh). Z kolei w odniesieniu do spółdzielni zagadnienia likwidacji tej osoby prawnej reguluje Prawo spółdzielcze<sup>2</sup>.
14. Problematykę upadłościową reguluje ustawa z 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe i naprawcze<sup>3</sup>. Ogłoszenie upadłości jest czynnością dokonywaną przez sąd w formie postanowienia (art. 51). Zgodnie z art. 53 ust 1 tej ustawy postanowienie o upadłości podaje się niezwłocznie do publicznej wiadomości przez obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz opublikowanie w dzienniku o zasięgu lokalnym. Wykluczenie wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość jest obligatoryjne, z tym, że nie wyklucza się wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego.
15. Zamawiający, który wyklucza wykonawców na podstawie ust 2 pkt 1 powinien wykazać nie tylko to, że wykonywali oni bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty oso-

<sup>1</sup> Dz. U. z 1998 r. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

bami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, ale także i to, że udział tych wykonawców w postępowaniu utrudniałby uczciwą konkurencję. Jeżeli wykazanie tego ostatniego nie jest możliwe, wtedy omawiany przepis nie znajdzie zastosowania. Czynności związane z przygotowaniem postępowania to w szczególności określenie przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia czy opracowanie SIWZ (w tym między innymi przyjęcie kryteriów oceny ofert).

## **Art. 25. [Dokumenty składane przez wykonawców]**

**1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie:**

- 1) warunków udziału w postępowaniu;**
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego**  
— zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

**2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną.**

1. Zamawiający nie może żądać od wykonawców złożenia innych oświadczeń lub dokumentów niż te, które wskazał w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert, a które jednocześnie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Wyjątek od tej zasady stanowi art. 33 ust. 4 (patrz komentarz do tego artykułu). Jeżeli wykonawca uzna, że żądany przez zamawiającego dokument lub oświadczenie nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, może złożyć protest. Może to uczynić także wtedy, gdy zamawiający żąda całego dokumentu, podczas gdy część dokumentu jednoznacznie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3.
2. Powstaje pytanie, co powinien uczynić zamawiający w sytuacji, gdy określony wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, ale oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane nie spełniają określonych przez niego wymagań. Pomimo tego, że wspomniane wymagania są swoistym warunkiem, w tej mierze nie należy dokonywać wykładni rozszerzającej art. 24 ust. 2 pkt 3, która uzasadniałaby wykluczenie wykonawcy. Musi on jednak liczyć się z tym, że jego oferta będzie odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 pkt 2.
3. Co do zasady, o tym jaka powinna być treść ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, zaproszenie do składania ofert w kontekście żądania oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania decydują przepisy właściwe dla poszczególnych trybów udzielania zamówienia. W postępowaniach dwuetapowych oświadczenia powinny być, co do zasady, składane już na pierwszym etapie postępowania (dotyczy to na przykład oświadczeń,

o których mowa w art. 22 ust. 1). Zamawiający z własnej inicjatywy lub na wniosek wykonawcy może zgodzić się, aby niektóre dokumenty potwierdzające spełnienie wymaganych warunków (prawdziwość oświadczeń) były składane dopiero na drugim etapie postępowania (tzw. oferta ostateczna). Decyzja w tej sprawie należy do zamawiającego, może on chcieć np. prowadzić negocjacje po ich ogłoszeniu tylko z tymi podmiotami, które spełniają wszelkie wymogi formalne i nie ponosić ryzyka straty czasu na negocjacje z wykonawcami, którzy mogą w ofercie ostatecznej nie złożyć wymaganych dokumentów. Rozstrzygnięcia zamawiającego w taki sam sposób powinny dotyczyć wszystkich wykonawców.

4. W dniu 25 maja 2006 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>. Wskazuje ono, jakich dokumentów zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 (§ 1 ust. 1 rozporządzenia), jakich dokumentów może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (§ 1 ust. 2 rozporządzenia), a także, jakich dokumentów może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (§ 1 ust. 3 rozporządzenia). Rozporządzenie wskazuje także, jakie dokumenty, zamiast omówionych wyżej może złożyć wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (§ 2 rozporządzenia). Lista dokumentów, których może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 stanowi katalog zamknięty. Natomiast lista potencjalnych żądań, które może przedstawić zamawiający wykonawcom w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego nie jest takim katalogiem, ale listą przykładową (§ 3 rozporządzenia). Co do zasady, dokumenty składane są w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a w przypadku składania elektronicznych kopii dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (§ 4 ust. 1 rozporządzenia).
5. Wspomniane wyżej rozporządzenie wskazuje, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może on żądać min. zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewnianiu jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Zaświadczenie takie, zgodnie z wyjaśnieniami opublikowanymi na stronie internetowej UZP, nie ma charakteru zaświadczenia w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego. Zdaniem UZP „dokument taki może być wydany w dowolnej formie, o ile zawiera oświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Może to więc być np. certyfikat lub atest. Tylko w przypadku, gdy odpowiednie przepisy prawa wymagają, by potwierdzenie spełniania norm, specyfikacji technicznych czy wymogów jakościowych wydane było w ściśle określonej formie, jej zachowanie jest konieczne”.
6. W jednym z orzeczeń arbitry uznali, że zamawiający nie może wymagać, aby sprzedawca towaru uzyskał autoryzację jego producenta<sup>2</sup>. Co do zasady orzeczenie to należy uznać za trafne, bowiem najczęściej żądanie takiego dokumentu będzie bezprawnym ogranicze-

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 605.

<sup>2</sup> Postanowienie z dnia 2 marca 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-555/06).

nieniem grupy potencjalnych wykonawców. W wielu przypadkach podmiot nieposiadający autoryzacji będzie dysponował dokładnie takim samym towarem jak podmiot posiadający autoryzację. Od tej zasady mogą jednak istnieć wyjątki. W każdym przypadku oceniający powinien rozważyć, czy żądanie wspomnianej autoryzacji jest rzeczywiście dokumentem niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania.

#### **Art. 26. [Potwierdzenie spełniania warunków]**

- 1. Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.**
  - 2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.**
  - 3. 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.**
  - 4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.**
1. W przypadku zamówień mniejszej wartości ustawodawca pozostawia zamawiającym swobodę co do tego, czy będą żądali od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Stosowne żądanie powinno być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli zamawiający żąda takich dokumentów, mimo że w danym postępowaniu nie jest to obowiązkowe, żądanie musi w takim samym zakresie dotyczyć wszystkich zamawiających. W postępowaniach, o których mowa w ust. 1 (powyżej progów określonych w przepisach, wydanych na podst. art. 11 ust. 8) żądanie od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ma charakter obligatoryjny.
  2. Zmiana dokonana nowelizacją kwietniową w ust. 3 pozwala na dalej idące niż dotychczas „ratowanie postępowań”, w których złożono oferty zawierające braki oświadczeń lub dokumentów. Jeżeli wykonawcy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, zamawiający jest zobowiązany do wezwania ich do dokonania stosownych uzupełnień. Takiego obowiązku nie ma tylko w sytuacji, gdy mimo tych uzupełnień konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powstaje pytanie, czy zamawiający jest zobowiązany do wezwania do uzupełnienia oświadczeń, które zawierają błędy (przepis art. 23 ust. 3 wspomina tylko o dokumentach zawierających błędy). Za odpowiedź pozytywną przemawia *ratio legis* tego przepisu. Intencją ustawodawcy było, aby zamawiający mógł wybrać ofertę najlepszą pod względem merytorycznym i aby ograniczone były przypadki wykluczenia wykonawców, którzy złożyli dobre oferty, a także odrzucenia dobrych ofert ze względów formalnych. Przemawia za tym także to, iż oświadczenie wykonawcy jest dokumentem prywatnym w rozumieniu art. 245 Kpc, wedle którego „dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie”.
  3. Zamawiający, który wzywa do uzupełnienia dokumentów nie powinien uznawać, iż nie spełniają one ustawowych wymogów z tego względu, że data ich wystąpienia jest późniejsza niż data składania ofert, choć nie jest późniejsza niż wyznaczony przez zamawiającego termin do ich uzupełnień. Intencją ustawodawcy w takiej sytuacji było umożliwie-

nie zamawiającemu „ratowania” postępowania zarówno w sytuacji, gdy przed datą składania ofert wykonawca taki dokument posiadał, lecz go nie złożył (np. przez zapomnienie), jak i w sytuacji, gdy go wtedy nie posiadał, ale uzyskał i złożył przed wyznaczonym terminem. Jest to uzasadnione tym bardziej, że na czas uzyskania wielu dokumentów, które wydawane są przez urzędy lub osoby trzecie, wykonawcy mają ograniczony wpływ.

4. W każdym przypadku, kiedy oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 budzą wątpliwości zamawiającego, ma on obowiązek wzywania wykonawców, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień.

#### **Art. 27. [Forma dokumentów i sposób ich przekazywania]**

1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.
2. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.
3. Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie.
4. Zamawiający może żądać w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzane pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
5. Informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej zamawiającemu.

1. Przed nowelizacją dokonaną w kwietniu 2006 roku oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą teleksu, telefaksu lub drogą elektroniczną były uważane za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie. Obecnie zgodnie z obowiązującym ust. 2 komentowanego artykułu od woli (wyboru) zamawiającego zależy, czy wykonawcy, poza formą pisemną, będą mogli posługiwać się także faksem lub drogą elektroniczną. Zgodnie z ust. 3 forma pisemna dopuszczalna jest zawsze.
2. Zgodnie z ust. 1 od zamawiającego zależy, czy dopuści do tego, że w danym postępowaniu będzie możliwe przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną. W związku z tym wykonawca nie powinien z góry zakładać, że formy te są dopuszczalne w każdym postępowaniu z mocy prawa, tylko upewnić się, że w danym postępowaniu zamawiający rzeczywiście dopuścił inne formy komunikowania się niż forma pisemna. Zamawiający może zastrzec, że droga elektroniczna lub faks mogą być dopuszczalne tylko w odniesieniu do konkretnych oświadczeń, wniosków, itp. Przepis ust. 1 nie przesądza, w jakiej formie i w jakim miejscu zamawiający powinien dokonać wyboru, o którym mowa w tym przepisie. Należy przyjąć, że powinien to zrobić w pierwszym dokumencie w danym postępowaniu, którego adresatami są wykonawcy (co do zasady będzie to ogłoszenie o zamówieniu).
3. Do wyjątków przewidzianych w ustawie, o których mowa w ust. 3 należy art. 77, który stanowi, iż zamawiający i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia licytacji przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną. Należy

też do nich art. 103 ust. 1, który stanowi, że w postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający przekazują oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną (patrz komentarze do wskazanych przepisów).

4. Kwestię bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, o którym mowa w ust. 4 reguluje kompleksowo ustawa o podpisie elektronicznym.<sup>1</sup> Określa ona warunki stosowania podpisu elektronicznego, skutki prawne jego stosowania, zasady świadczenia usług certyfikacyjnych oraz zasady nadzoru nad podmiotami świadczącymi te usługi. Zgodnie z tą ustawą podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny (art. 3 pkt 1). Z kolei bezpieczny podpis elektroniczny to taki podpis elektroniczny, który jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego i danych służących do składania podpisu elektronicznego i który jest powiązany z danymi, do których został dołączony w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna (art. 3 pkt 2). Przez kwalifikowany certyfikat rozumie się certyfikat spełniający warunki określone w ustawie o podpisie elektronicznym, wydany przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne, spełniający wymogi określone w tej ustawie (art. 3 pkt 12).
5. W ograniczonym zakresie ustawa dopuszcza też komunikowanie się drogą telefoniczną. W ten sposób może być złożona zamawiającemu jedynie informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Informacja ta dokonana drogą telefoniczną wywoła skutek prawny tylko w sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie udziału w postępowaniu został wysłany w formie pisemnej przed upływem terminu składania wniosków. Dowód wysłania wniosku przed upływem terminu obarcza wykonawcę. Problem może powstać w sytuacji, gdy wniosek został wysłany przed upływem terminu, na co wykonawca posiada wiarygodne potwierdzenie, niemniej nie dotarł on nigdy (np. z winy poczty) do zamawiającego. W takiej sytuacji nie mogą być wyciągane wnioski negatywne dla wykonawcy. Wydaje się, że jedynym rozsądnym rozwiązaniem będzie wezwanie takiego wykonawcy do powtórnego złożenia wniosku wraz ze wskazaniem nowego terminu. Rozwiązania, których skutkiem byłaby eliminacja takiego wykonawcy z postępowania byłyby niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji. W każdym przypadku wykonawca powinien zadbać o wiarygodne potwierdzenie wysłania wniosku.

## **Art. 28 (uchylony)**

## **Rozdział 2 Przygotowanie postępowania**

### **Art. 29. [Opis przedmiotu zamówienia]**

- 1. 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.**

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.

- 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.**
- 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.**

1. Przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są: usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13). Przepisy art. 29–31 określają sposoby opisanie przez zamawiających przedmiotu zamówienia. Uwzględniają one postanowienia dyrektyw Unii Europejskiej<sup>1</sup> oraz doświadczenia zdobyte w okresie funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce.
2. Stosownie do ust. 1 komentowanego artykułu, 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. Treść przepisu wskazuje na potrzebę rozróżnienia dwóch pojęć: „opis” i „określenie” przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: po pierwsze, pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia i, po drugie, spełnia doniosłą funkcję normatywną jako składnik SIWZ<sup>2</sup>. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć skrótowe zdefiniowanie przedmiotu zamówienia (skrótowe wskazanie co jest przedmiotem zamówienia). Wyraz „jednoznaczny” należy rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, „dokładnie określony”, „nie budzący wątpliwości”<sup>3</sup>, wyraz zaś „wyczerpujący” — jako „przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo”, „gruntowny”, „dokładny”, przy czym pojęcia te (podobnie zresztą, jak zwrot: „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”) powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie bez znaczenia dla rozumienia tych niedookreślonych pojęć jest też okoliczność, że są one adresowane przede wszystkim do profesjonalistów tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie. Wreszcie, wymaga podkreślenia, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania określone w ust. 1 leży zarówno w interesie zamawiającego (stwarza mu szansę otrzymania porównywalnych ofert), jak też wykonawców (pozwala im na zawarcie korzystnej umowy i jej wykonanie zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego).
3. Oprócz pozytywnych przesłanek określania sposobu opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne, stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać: (a) w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2) i (b) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 3). Zwrot „lub równoważny” oznacza możliwość uzyskania efektu założonego przez zamawiającego i sprecyzowanego w SIWZ za pomocą innych rozwiązań technicznych. Zamawiający, jak wynika z dyrektyw unijnych, powinni otwierać się na konkurencję i w tym celu umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, a w konsekwencji brać

<sup>1</sup> W tym ostatnio implementowaną do polskiego systemu zamówień publicznych Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane dostawy i usługi.

<sup>2</sup> Zob. R. Szostak: „Przegląd zmian w systemie zamówień publicznych”. Część II, Zamówienia Publiczne Doradca z 2004 r, Nr 3 s.14–15; zob. też tego Autora: Kierunki zmian Prawa zamówień publicznych, Zamówienia Publiczne Doradca z 2006 r, Nr 3. s. 7 i nast.

<sup>3</sup> Słownik języka polskiego Wydawnictwo Naukowe PWN S.A., 1995.

pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach (oferty równoważne). W przypadku składania takich ofert, zamawiający są obowiązani umożliwić oferentom wykazanie dowodami przedstawianymi w dowolnej formie owej „równoważności”. W razie stwierdzenia braku równoważności, co skutkuje odrzuceniem oferty równoważnej, zamawiający są obowiązani uzasadnić swe stanowisko w tym względzie.

4. Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.
5. Zakaz dotyczący wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskaże konkretny znak towarowy<sup>1</sup>, patent<sup>2</sup>, czy pochodzenie<sup>3</sup>, a nie wchodzi w grę wyjątek związany ze specyfiką przedmiotu zamówienia oraz z trudnością opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Obie te przesłanki muszą przy tym wystąpić łącznie. Podkreślić należy, że trudność opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń w przypadku wyjątku, o którym wyżej mowa, ma charakter subiektywny.
6. W orzecznictwie dopuszcza się możliwość użycia przy opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia nie tylko w sytuacji określonej w ust. 3, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, ale także wtedy, gdy jest to niezmiernie trudne i nieracjonalne. Zamawiający powinien jednak ową „niezmierną trudność” i „nieracjonalność” wykazać przytoczeniem stosownych okoliczności natury faktycznej.

### **Art. 30. [Stosowanie norm]**

- 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.**
- 2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:**
  - 1) europejskie aprobaty techniczne;**
  - 2) wspólne specyfikacje techniczne;**

<sup>1</sup> Znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa (w szczególności wyraz, rysunek, kompozycja kolorystyczna itp.) — art. 120 i nast. Prawa własności przemysłowej (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Przez uzyskanie patentu nabywa się prawa wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej — art. 63 i nast. ustawy powołanej wyżej.

<sup>3</sup> Oznaczenie słowne odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar pochodzący z tego terenu, jeżeli określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru — art. 174 i nast. powołanej wyżej ustawy.



- 3) normy międzynarodowe;
  - 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.
3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:
- 1) Polskie Normy;
  - 2) polskie aprobaty techniczne;
  - 3) polskie specyfikacje techniczne.
4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1–3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.
5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.
6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.
7. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.
1. Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Przepis ust. 1 w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej wymaga, aby zamawiający opisywał przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub normy innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Użyty w nim uprzednio (w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją) zwrot „przy przestrzeganiu (...)” zastąpiono zwrotem „z zachowaniem (...)”. Nie wydaje się, aby była to zmiana jakościowa, bowiem żadnego z tych zwrotów nie można utożsamiać z obowiązkowym stosowaniem Polskich Norm do opisu przedmiotu zamówienia. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, użyłby w rozważanym przepisie, zamiast zwrotu „z zachowaniem Polskich Norm (...)” jednoznacznego nakazu stosowania tych właśnie norm. Uprawnia to do wyrażenia poglądu, że rozważany przepis ust. 1 jest przepisem szczególnym wobec przepisu art. 5 ust. 3 ustawy normalizacji<sup>1</sup>, traktującego o dobrowolności stosowania Polskich Norm, i ma przed nim pierwszeństwo, a to oznacza, że zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w ust. 1 „z zachowaniem” Polskich Norm, a zatem mając je także na uwadze. Na rzecz tego poglądu przemawia całość regulacji zawartej w przepisach art. 29 i art. 30. Byłaby ona nieracjonalna przy założeniu, że opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany w sposób odpowiadający li tylko danej Polskiej Normie. Wykaz Polskich Norm przenoszących normy europejskie został ogłoszony w obwieszczeniu Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z 6 kwietnia 2004 r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych<sup>2</sup>.
2. Przy rozważaniu problematyki opisu przedmiotu zamówienia należy uwzględnić także przepisy ustawy o systemie oceny zgodności<sup>3</sup>. Określa ona zasady wprowadzania wyrobów do obrotu. Związek przepisów tej ustawy z problematyką opisu przedmiotu zamówienia

<sup>1</sup>Dz. U. z 2002 r. Nr 169, poz. 1386 z późn. zm.

<sup>2</sup>M. P. Nr 17, poz. 297.

<sup>3</sup>Tekst jednolity Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.

wienia publicznego jest oczywisty gdy się zważy, że wymagania stawiane przez zamawiających przy opisanu przedmiotu zamówienia nie mogą być sprzeczne z przepisami stanowiącymi o dopuszczeniu danego wyrobu do obrotu. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy opis dotyczy przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa.

3. Przepis ust. 2 określa i wymienia cechy jakościowe i techniczne, które będą uwzględniane w przypadku braku Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Są to, uwzględniane w następującej kolejności: europejskie aprobaty techniczne, wspólne specyfikacje techniczne, normy międzynarodowe, inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne — przede wszystkim przez Europejski Komitet Standaryzacji (CEN) i Europejski Komitet Standaryzacji Elektrotechnicznej (CENELEC).
4. Definicje specyfikacji technicznych, norm (międzynarodowych, europejskich i krajowych), europejskich aprobat technicznych oraz wspólnych specyfikacji technicznych, o których mowa w ust. 2, są zawarte w Załączniku VI do powołanej wyżej Dyrektywy 2004/18/WE. I tak:
5. — „Specyfikacja techniczna”, w przypadku zamówień publicznych na dostawy lub usługi, oznacza specyfikację w dokumencie określającym wymagane cechy produktu lub usługi, takie jak poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko, dostosowanie do potrzeb wszystkich użytkowników (w tym dostępność dla osób niepełnosprawnych) oraz ocena zgodności, funkcjonalność, użytkowanie produktu, bezpieczeństwo lub wymiary, w tym wymagania odnoszące się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany, terminologii, symboli, testów i metod testowania, opakowania, znakowania i etykietowania, instrukcji obsługi, procesów i metod produkcji oraz procedur oceny zgodności.
6. — „Europejska aprobata techniczna” oznacza pozytywną ocenę techniczną przydatności produktu do użycia w określonym celu dokonaną w oparciu o spełnienie podstawowych wymagań dla robót budowlanych, według charakterystyki własnej produktu oraz określonych warunków jego zastosowania i użytkowania. Europejskie aprobaty techniczne są wydawane przez organ zatwierdzający, wyznaczony do tego celu przez Państwa Członkowskie.
7. — „Wspólna specyfikacja techniczna” oznacza specyfikację techniczną określoną zgodnie z procedurą uznaną przez Państwa Członkowskie i opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
8. — „Norma” oznacza specyfikację techniczną zatwierdzoną przez uznaną instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe i która należy do jednej z następujących kategorii:
  - a. — norma międzynarodowa: norma przyjęta przez międzynarodową organizację normalizacyjną oraz dostępną publicznie,
  - b. — norma europejska: norma przyjęta przez europejską organizację normalizacyjną oraz dostępną publicznie,
  - c. — norma krajowa: norma przyjęta przez krajową organizację normalizacyjną oraz dostępną publicznie (w Polsce — Polski Komitet Normalizacyjny).
9. W przypadku braku możliwości określonych w ust. 1 i 2 uwzględnia się w następującej kolejności: Polskie Normy (PN), polskie aprobaty techniczne i polskie specyfikacje techniczne. Problematykę Polskich Norm i innych dokumentów normalizacyjnych reguluje powołana już wyżej ustawa o normalizacji<sup>1</sup> (patrz art. 2 i art. 23 ustawy).

<sup>1</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 169, poz.1386 z późn. zm.

10. Zamawiający jest obowiązany, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, określonych w ust. 1–3, każdorazowo wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Zwrot „rozwiązania równoważne opisywanym” oznacza rozwiązania oparte na równoważnych ustaleniach (patrz komentarz do art. 29). Ustawa nakłada na wykonawcę, który w swej ofercie powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (ust. 5). Wykonawca spełnia ten obowiązek przez przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów<sup>1</sup>. Zamawiający nie może zatem ograniczać katalogu dowodów, przy pomocy których wykonawca może dowodzić (a na nim spoczywa ciężar dowodu — art. 6 Kc) zgodności rozwiązań równoważnych z rozwiązaniami przez niego żądanymi.
11. Ustawa dopuszcza możliwość odstąpienia przez zamawiającego od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3 pod warunkiem, że zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych; mogą one obejmować opis oddziaływania na środowisko. Z brzmienia przepisu wynika, że zasadą jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób ustalony przepisami ust. 1–3, odstąpienie od tej zasady zaś — jako wyjątek, a że przepis stanowiący wyjątek powinien być interpretowany ściśle, wskazanie wymagań funkcjonalnych powinno być bardzo dokładne, zwłaszcza gdy chodzi o wymienione in fine wymaganie opisu oddziaływanie na środowisko. Pomocna w tym względzie powinna być treść zalecenia 29 Dyrektywy 2004/18/WE, wedle którego zamawiający, chcąc zdefiniować wymagania dotyczące ochrony środowiska w ramach specyfikacji technicznej danego zamówienia może określić aspekty środowiskowe obejmujące, dla przykładu, metody produkcji i/lub specyficzny wpływ grupy produktów na środowisko.
12. Przepis ust. 7 wprowadza obowiązek stosowania („stosuje się...”) do opisu przedmiotu zamówienia nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV). Obowiązku „stosowania” nazw i kodów, o którym wyżej mowa nie należy utożsamiać z obowiązkiem „podawania” tych oznaczeń przy opisie zamówienia, bowiem tego obowiązku powołany przepis nie przewiduje. CPV jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych. W następstwie wejścia w życie nowelizacji kwietniowej znaczenie CPV uległo poważnemu ograniczeniu, praktycznie do opisu przedmiotu zamówienia, wskazania podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo (patrz art. 34 ust.1 i komentarz do tego przepisu), a także do wstępnych ogłoszeń informacyjnych (patrz art. 13 i komentarz do tego przepisu).
13. Tekst rozporządzenia Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r., zmieniającego rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) jest dostępny w tłumaczeniu na język polski<sup>2</sup>.

## **Art. 31. [Roboty budowlane]**

### **1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.**

<sup>1</sup> Por. zalecenie 29 powołanej wyżej Dyrektywy 2004/18/WE.

<sup>2</sup> Zob. stronę internetową UZP.

- 2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.**
- 3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.**
- 4. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:
  - 1) dokumentacji projektowej,**
  - 2) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych,**
  - 3) programu funkcjonalno-użytkowego**— mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.**

1. Według przepisu art. 2 pkt 8 w brzmieniu noweli z 7 kwietnia 2006 r., „przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane” a także „realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”. Definicji legalnej robót budowlanych podanej w powołanym wyżej przepisie nie należy utożsamiać z definicją robót budowlanych zawartą w art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego. Według przepisów tego prawa przez roboty budowlane należy rozumieć budowę (wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego), a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie (wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym prac polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji...) lub rozbiórce obiektu budowlanego. Obiektem budowlanym jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (obiekt budowlany trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni przedrodami budowlanymi, posiadający fundamenty i dach), budowla (każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak lotniska, drogi, linie kolejowe, mosty, wiadukty, tunele...), obiekt małej architektury (niewielkie obiekty kultu religijnego, jak: kapliczki, krzyże przydrożne, figury, a także posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej oraz użytkowe służące rekreacji i utrzymaniu porządku...).
2. W przypadku określonym w ust. 1 zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych<sup>1</sup>; w przypadku określonym w ust. 2 — za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program ten obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (ust. 3). Jeśli rzeczywistym wykonawcą robót budowlanych jest osoba trzecia, działająca

---

<sup>1</sup> Według Załącznika VI do Dyrektywy 2004/18/WE, „Specyfikacja techniczna”, w przypadku zamówień publicznych na roboty, oznacza całość zaleceń technicznych zawartych w szczególności w dokumentacji zamówienia, określających wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy w sposób pozwalający na opisanie materiału, produktu lub dostawy zgodnie z ich przeznaczeniem przez instytucję zamawiającą. Charakterystyka ta obejmuje poziomy oddziaływania na środowisko, dostosowanie do potrzeb wszystkich użytkowników (w tym dostępność dla osób niepełnosprawnych) oraz ocenę zgodności, funkcjonalność, bezpieczeństwo lub wymiary, w tym procedury dotyczące zapewnienia jakości, terminologię, symbole, testy i metody testowania, opakowanie, znakowanie i etykietowanie oraz procesy i metody produkcji. Obejmuje ona również zasady dotyczące projektowania i kosztorysowania, warunki testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, metod i technik budowy oraz wszelkich pozostałych warunków technicznych, które instytucja zamawiająca może określić, na mocy przepisów ogólnych lub szczególnych, w odniesieniu do ukończonych obiektów budowlanych, lub części, z których są one wykonane.

(na podstawie umowy zawartej z wykonawcą, któremu udzielono zamówienia) w imieniu własnym, ale na rzecz zamawiającego, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia bądź za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, bądź też, jeżeli roboty są wykonywane zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną przez wykonawcę robót, za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Prawo budowlane, a także Prawo zamówień publicznych nie określają szczegółowego zakresu „dokumentacji projektowej”, „specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych” i „programu funkcjonalno-użytkowego”. Problematykę tę normuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 4 komentowanego artykułu<sup>1</sup>. Zgodnie z tym rozporządzeniem dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projektów wykonawczych, w zakresie o którym mowa w § 4, przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 5, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów (§ 4 ust. 1).
4. Dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania, przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 5, projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami (§ 4 ust. 2). Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych (§ 5 ust. 1).
5. Przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 ust. 1).
6. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości materiałów oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót (§ 12). Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (§ 15).
7. Przepis § 1 powołanego rozporządzenia wprowadza też nieznanne Pzp pojęcie „roboty podstawowe”, stanowiąc, że należy przez nie rozumieć „*minimalny zakres prac, które po wykonaniu są możliwe do odebrania pod względem ilości i wymagań jakościowych oraz uwzględniają przyjęty stopień scalenia robót*”. Wydaje się, że pojęcie to wyczerpuje np. oddanie budynku w stanie surowym.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072.

## Art. 32. [Wartość zamówienia]

1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.
2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.
3. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.
4. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.
5. Jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową.
6. Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów.
7. Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej.

1. Przepisy art. 32–35 regulują w sposób szczegółowy problematykę ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, przy czym: przepis art. 32 ust. 1 określa generalną zasadę — podstawę ustalenia wartości zamówienia, przepisy art. 32 ust. 2–5 i art. 34 ust. 5 określają metodykę szacowania wartości wszystkich zamówień, pozostałe zaś tylko wskazanych w nich rodzajów zamówień. Wprowadzenie takiej regulacji było, jak się wydaje, konsekwencją wiedzy w tej materii, wynikającej z jednej strony z wadliwości dotychczasowych rozwiązań opartych na wykorzystaniu PKWiU do agregowania zamówień i ustalania w ten sposób ich wartości, z drugiej zaś z konieczności wypracowania rozwiązań odpowiadających potrzebom systemu zamówień publicznych w nowej rzeczywistości związanej z wejściem Polski do Unii Europejskiej. Mamy tu do czynienia z istotnym wycinkiem szerszego procesu doskonalenia polskiego systemu zamówień publicznych, który zresztą nadal trwa.
2. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „wartość zamówienia”, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia. Podstawę tę stanowi całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy brutto, bez podatku od towarów i usług (VAT), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1). Czynność oszacowania wartości zamówienia powinna być dokonana przez zamawiającego w fazie postępowania przygotowawczego, za czym przemawia zarówno ogólna systematyka ustawy, jak i okoliczność, że od wyniku tego oszacowania zależy usytuowanie danego zamówienia w siatce kwot progowych systemu zamówień publicznych<sup>1</sup>.
3. Pojęcie „całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy” nie zostało zdefiniowane w ustawie. Stosując metody wykładni gramatycznej i logicznej należy przyjąć, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie, w oparciu o przygotowaną dokumentację, dokładnego szacunku całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Mogą tu mieć zastosowanie różne sposoby obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, oparte na przepisach art. 628 i nast. Kc w zw. z art. 14 Pzp, w tym w szczególności: wynagrodzenie kosztorysowe (sto-

<sup>1</sup> Zob. bliżej w tej kwestii J. Borowicz „Negatywne zachowania cenotwórcze”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2006 r. Nr 1, s. 10.

sowane w oparciu o opracowaną przez zamawiającego dokumentację projektową), wynagrodzenie ryczałtowe (jego istota wyraża się w tym, że wykonawca nie może żądać podwyższenia tego wynagrodzenia). Wynagrodzenie wykonawcy może być też ustalane przy zastosowaniu obu wymienionych wyżej sposobów (np. podstawę stanowi wynagrodzenie kosztorysowe, z tym, że do niektórych pozycji stosuje się wynagrodzenie ryczałtowe).

4. Ustalenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy powinno być dokonane z należytą starannością. W prawie cywilnym funkcjonuje pojęcie „należytnej staranności” wymaganej od dłużnika. Jest on obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 1 i 2 Kc). Definicja ta może być przydatna w stosunkach związanych z zamówieniami publicznymi, przy uwzględnieniu specyfiki tych stosunków. W rozważanym przypadku należy jednak mieć na uwadze, że nie chodzi tu o należytą staranność wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (wykonawca jest obowiązany do należytnej staranności w cywilistycznym rozumieniu tego pojęcia), lecz o należytą staranność zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i to w tym zakresie, który wiąże się z podstawą ustalenia wartości zamówienia. Uwzględniając różnice, o których mowa, wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytnej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej).
5. W ustawie utrzymany został dotychczasowy zakaz dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy oraz zaniżania wartości zamówienia (ust. 2). *Lege non distinguente*, dzielenie zamówienia na części w innym celu, niż uniknięcie stosowania przepisów ustawy czy zniżenie wartości zamówienia — jest dopuszczalne. Podstawowe znaczenie ma w tym względzie regulacja zawarta w ust. 4. Przepis ten uprawnia do wniosku, że sens zakazu dzielenia zamówienia na części wyraża się w formule: zamawiający może dzielić, jeśli chce, zamówienie na części, ale z uwzględnieniem treści przepisu ust. 4, stosownie do którego wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zakaz, o którym mowa, pozostaje w związku z ustalaniem wartości zamówienia. Naruszenie tego zakazu przez zamawiającego polega bądź na świadomym zaniżeniu wartości zamówienia, bądź na niewykazaniu należytnej staranności w ustalaniu jego wartości. Zaniżanie wartości zamówienia stoi więc w sprzeczności z dwoma przepisami Pzp. Po pierwsze, jest uchybieniem zasadzie należytnej staranności przy jego ustalaniu, po wtóre zaś, może prowadzić do uniknięcia stosowania przepisów ustawy.
6. Przepis ust. 3 (w brzmieniu nowelizacji kwietniowej) normuje kwestię wartości zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający, udzielając zamówienia podstawowego, przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3. Zamawiający może mianowicie udzielić zamówienia z wolnej ręki: — po pierwsze — w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w SIWZ dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego (art. 67 ust. 1 pkt 6),

- po drugie — w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w SIWZ dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego (art. 67 ust. 1 pkt 7),
  - po trzecie — w razie udzielenia zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w nim określonego (art. 134 ust. 6 pkt 3).
7. Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się wówczas wartość zamówień uzupełniających. Wartość zamówień uzupełniających z racji tożsamości przedmiotu zamówienia z zamówieniem podstawowym powinna być przy tym określana w taki sam sposób, jak wartość zamówienia podstawowego. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku udzielania zamówienia uzupełniającego znajdzie zastosowanie przepis art. 35 ust. 1, traktujący o terminach, w których ustalenie wartości zamówienia powinno być dokonane. Szczególnej uwagi wymaga też jedna z koniecznych przesłanek stosowania tej instytucji — udzielenie zamówień uzupełniających powinno być przez zamawiającego przewidywane już w chwili udzielania zamówienia podstawowego na usługi lub roboty budowlane, co wymaga stosownego uwzględnienia w SIWZ dla zamówienia podstawowego (art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7), w przypadku zaś udzielenia zamówienia sektorowego — w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego (art. 134 ust. 6 pkt 3).
  8. Przepis ust. 4 pozostaje w związku z uprawnieniem zamawiającego w przedmiocie dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych albo udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku skorzystania przez zamawiającego z powyższego uprawnienia, niezależnie od tego, którą z wskazanych wyżej możliwości wybierze wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Podkreślenia wymaga, że jest to przepis wprowadzony dopiero w Pzp, w „starej” ustawie jego odpowiednika nie było.
  9. Zamówienia publicznego może udzielić jednostka organizacyjna zamawiającego. Chodzi tu o zamawiającego, który, funkcjonując w złożonej strukturze organizacyjnej, (a) wyodrębnił w ramach tej struktury jednostki organizacyjne, (b) zapewnił każdej z nich uprawnienie do udzielania zamówień publicznych związanych z ich działalnością, oraz, co szczególnie istotne, (c) zapewnił im samodzielność finansową. Nie mamy w tym przypadku do czynienia z kreowaniem odrębnej kategorii zamawiających. Katalog zamawiających zawiera art. 3 ust. 1. W rozważanej sytuacji nie występuje jednostka organizacyjna jako samodzielny zamawiający, lecz jako jednostka organizacyjna zamawiającego. Zamawiającym pozostaje podmiot, ze struktury którego jednostka organizacyjna została wyodrębniona.
  10. Za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną zamawiającego należy uznać jednostkę wydzieloną organizacyjnie ze struktury zamawiającego, której: przekazano do dyspozycji środki służące realizacji jej zadań, przekazano uprawnienie do zatrudniania pracowników,



a tym samym posiadanie zdolności sądowej w tym zakresie, przyznano podmiotowość prawnopodatkową (uprawnia do tego przepis art. 7 § 2 Ordynacji podatkowej), czy też w aspekcie samodzielności finansowej zapewniono otwarcie odrębnego rachunku bankowego, odrębne prowadzenie księgi rachunkowej oraz sporządzanie bilansu. Wreszcie, o posiadaniu statusu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zamawiającego mogą wprost przesądzać przepisy aktów prawnych. Dla przykładu, stosownie do art. 6 pkt 7 ustawy Prawo geologiczne i górnicze<sup>1</sup> za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną można uznać zakład górniczy. Zgodnie z definicją ustawową zawartą w tym przepisie przez zakład górniczy należy rozumieć wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wydobycia kopaliny ze złoża, w tym wyrobiska górnicze, obiekty budowlane oraz technologicznie związane z nimi obiekty i urządzenia przerobcze. Druga z przesłanek, o których wyżej mowa, wyraża się w uprawnieniu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zamawiającego do udzielania zamówień publicznych związanych wyłącznie z jej własną działalnością, a tym samym realizacji celów wynikających z aktu o jej powołaniu (nie wchodzi tu w rachubę zamówienie związane z zadaniem powierzonym czy zleconym przez inną jednostkę organizacyjną zamawiającego). Trzecią i ostatnią z wymienionych wyżej przesłanek jest samodzielność finansowa jednostki organizacyjnej zamawiającego. Istota zagadnienia sprowadza się do tego, czy samodzielność finansowa jednostki ma mieć swe źródło w ustawie, czy też może być nim inny akt prawny lub umowa. Wobec tego, że pojęcie samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych, o których mowa nie zostało zdefiniowane w obowiązujących przepisach, należy przyjąć, posiłkując się rozwiązaniami przyjętymi w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego (zagwarantowano im odpowiednie zasoby finansowe umożliwiające realizację zadań i prawo dysponowania zgromadzonymi zasobami), że wyznacznikiem samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych zamawiającego na gruncie ust. 5 jest przyznane im prawo samodzielnego prowadzenia swej gospodarki finansowej w oparciu o akty wewnętrzne (np. statuty), w tym samodzielności w sferze: uchwalania planu finansowego i wydatkowania środków na realizowane przez jednostkę organizacyjną zadania. W przypadku udzielenia zamówienia przez jednostkę organizacyjną zamawiającego, o której wyżej mowa, wartość tego zamówienia, zgodnie z ust. 5, ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielonych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające również samodzielność finansową. Ratio legis tego przepisu wyraża się w stworzeniu jednostkom organizacyjnym zamawiającego, spełniającym wskazane wyżej przesłanki, prawnej możliwości racjonalnego udzielania zamówień o niewielkiej z reguły wartości przez uniknięcie sytuacji, w której jedna jednostka organizacyjna byłaby obowiązana brać pod uwagę zamówienia udzielane przez inne jednostki organizacyjne.

11. Ustawową definicję dynamicznego systemu zakupów zawiera przepis art. 2 pkt 2a (w brzmieniu nowelizacji kwietniowej). Stosownie do tego przepisu, przez dynamiczny system zakupów należy rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępnej. Instytucja dynamicznego systemu zamówień, wprowadzona po raz pierwszy do ustawy powołaną wyżej nowelą, polega na procedurze powtarzalnego przetargu elektronicznego<sup>2</sup>. Przepis ust. 6 określa wartość tego systemu zakupów: jest nią łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w czasie jego trwania. Regulacja ta jest konsekwencją przepisu art. 29 dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, którym w rozważanym przypadku jest całkowita ilość planowanego w ramach systemu zakupu,

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.

<sup>2</sup> Zob. przepisy art. 102–109 Pzp i komentarz do tych przepisów, a także art. 33 Dyrektywy 2004/18/WE.

ujęta w jednostkach obowiązującego w Polsce międzynarodowego układu SI. Właśnie dlatego wartością zamówienia jest łączna wartość zamówień objętych powtarzalnym przetargiem w przyjętym kilkuletnim (nie dłuższym niż 4 lata) okresie. Skutkuje to siłą rzeczy wyłączeniem ogólnego przepisu art. 34 ust.1, według którego podstawą ustalenia wartości zamówienia na dostawy lub usługi powtarzających się okresowo jest łączna wartość zamówienia tego samego rodzaju za okres 12 miesięcy<sup>1</sup>. Ustalona wartość zamówienia jest wartością maksymalną i jako taka nie może być przekroczona, a zatem skutkuje zaprzestaniem kontynuacji zakupów w tym systemie.

12. Ustawową definicję umowy ramowej zawiera przepis art. 2 pkt 9a (w brzmieniu nowelizacji kwietniowej). Według tego przepisu przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Instytucja umowy ramowej została wprowadzona do systemu zamówień publicznych przepisami Pzp (art. 124–126), z przedmiotowym ograniczeniem do zamówień sektorowych. Obecnie regulują ją przepisy art. 99–101 (patrz powołane przepisy i komentarz do nich)<sup>2</sup>. Przepis ust. 7 określa wartość umowy ramowej. Jest nią mianowicie łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie jej trwania. Takie określenie wartości umowy ramowej wynika z samej istoty tej umowy, wyrażającej się w tym, że zamawiający ze względu na jej charakter i inne okoliczności nie jest w stanie z góry określić precyzyjnie przedmiotu zamówienia. Chodzi tu o wartość maksymalną, której przekroczenie w trakcie trwania umowy ramowej nie jest możliwe (skutkuje niemożnością kontynuowania umowy, jej wygaśnięciem).

### **Art. 33. [Wartość zamówienia na roboty budowlane]**

#### **1. Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:**

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane;**
  - 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane.**
- 2. Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy.**
- 3. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia:**
- 1) metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego,**
  - 2) metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym uwzględniając dane techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wpływ na wartość zamówienia.**

<sup>1</sup> Zob. bliżej R. Szostak „Dynamiczny system zakupów” Część I, Zamówienia Publiczne Doradca z 2006 r. Nr 4, s.10.

<sup>2</sup> Zob. też art. 32 Dyrektywy 2004/18/WE.

1. Podstawa ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane zależy od tego, czy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, czy też zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, przy czym w obu przypadkach chodzi o roboty budowlane w rozumieniu prawa budowlanego. W pierwszym przypadku podstawę ustalenia wartości robót budowlanych stanowią: kosztorys inwestorski sporządzony na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo planowane koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym, w drugim natomiast — planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym (ust. 1).
2. Przepis ust. 2 dotyczy sytuacji, gdy zamawiający dokonał określonych dostaw do dyspozycji wykonawcy w związku z wykonywaniem robót budowlanych. Chodzi tu o tzw. dostawy inwestorskie, tj. różnego rodzaju towary (produkty) przekazywane wykonawcy przez zamawiającego do dyspozycji i wykorzystania w toku wykonywania robót budowlanych. Wartość tych dostaw uwzględnia się przy obliczeniu wartości zamówienia na roboty budowlane.
3. Ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Data wszczęcia postępowania jest określana różnie i zależy od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. W trybach przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego za tę datę przyjmuje się datę zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, które pojawi się najwcześniej. Z kolei, w trybach negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki za datę wszczęcia postępowania przyjmuje się datę skierowania do wykonawców zaproszenia do negocjacji.
4. Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 3 Minister Infrastruktury wydał rozporządzenie z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowy<sup>1</sup>. Określa ono metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane, a także metody i podstawy obliczenia planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (§ 1 ust. 1). W rozporządzeniu zawarto również definicje legalne szeregu pojęć w nim użytych: ceny jednostkowej, jednostkowych nakładów rzeczowych, katalogów, kosztów pośrednich, prac projektowych, przedmiaru robót, robót podstawowych, wartości kosztorysowej robót i założeń wyjściowych do kosztorysowania (§ 1 ust. 2).

#### **Art. 34. [Wartość zamówienia na dostawy i usługi okresowe]**

1. **Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:**
  - 1) **udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo**

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 130, poz. 1389

- 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.
  2. Wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.
  3. Jeżeli zamówienia udziela się na czas:
    - 1) nieoznaczony, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia;
    - 2) oznaczony:
      - a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,
      - b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
  4. Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.
  5. Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.
1. Ustalenie wartości zamówienia na usługi lub dostawy jest dokonywane na podstawie określonej w art. 32. W komentowanym artykule została uregulowana w sposób szczególny (lex specialis w stosunku do powołanego wyżej przepisu) podstawa ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo. Stosownie do ust. 1 podstawę tę stanowi łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (pkt 1), albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie (pkt 2).
  2. Użyty w powołanym wyżej przepisie zwrot „tego samego rodzaju” może powodować trudności interpretacyjne, tym bardziej, że pojęcie „rodzaj” nie zostało zdefiniowane ani w ustawie, ani w prawie unijnym. Z pojęciem tym w słownictwie polskim kojarzą się najczęściej takie pojęcia, jak: gatunek, odmiana, typ, jakość. Z kolei, w doktrynie brytyjskiej twierdzi się, że zamówieniami tego samego rodzaju są zamówienia „o to samo”, które może wykonać nieograniczony krąg wykonawców na tych samych warunkach (zamówienia „z tej samej półki” z supermarketu). Przy wykładni tego pojęcia należy niewątpliwie mieć na uwadze kontekst, w jakim zostało ono użyte. W komentowanym przepisie kontekst ten wydaje się wskazywać, że może tu chodzić np. o pewne podobieństwo co do gatunku, odmiany czy cech jakościowych bądź użytkowych usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Wybór przez zamawiającego jednej z dwóch określonych alternatywnie podstaw, o których wyżej mowa, nie może być jednak dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (ust. 2). Przepis ten ma szczególnie istotne praktyczne znaczenie (o czym niżej).
  3. Ustawa nie definiuje pojęcia „usługi lub dostawy powtarzające się okresowo”. Nie można go w każdym razie utożsamiać ze znanym prawu cywilnemu pojęciem „świadczeń okresowych” (także „świadczeń ciągłych”), użytym m.in. w art. 142 ust. 2, dotyczącym zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe. Różnica polega na tym, że „świadczenia okresowe” dotyczą świadczeń w ramach jednego stosunku zobowiązaniowego, natomiast określenie „dostawy oraz usłu-

gi powtarzające się okresowo” jest pojęciem szerszym, obejmującym z założenia więcej niż jeden stosunek zobowiązaniowy. Doktryna definiuje „świadczenia okresowe” jako świadczenia powtarzające się cyklicznie, w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowane więcej niż jednokrotnie, tzn. w sposób powtarzalny. Pojedyncze świadczenie okresowe posiada co prawda samoistny charakter, jednak jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. To odróżnia świadczenie okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość. Przy świadczeniach powtarzających się okresowo bardzo duże znaczenie ma fakt, iż istotną cechą tych świadczeń jest brak możliwości ich skumulowania i wykonania jednorazowo bez szkody dla zamierzonego efektu.

4. Jeśli dane zamówienie powtarza się co pewien czas i nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy i dlatego realizowane jest w częściach, stosownie do aktualnych potrzeb powinno być uznane za świadczenie powtarzające się okresowo. W razie, gdy taka możliwość „skumulowania” poszczególnych części istnieje, nie należy ich traktować jako „dostaw lub usług powtarzających się okresowo”, lecz jako zamówienie udzielane w częściach, przypominające świadczenie jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość, którą będzie obiektywnie przewidywalny zakup danych dostaw lub usług w trakcie całego roku. Każdorazowy pojedynczy zakup nie jest „zamówieniem na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo”, lecz stanowi część całorocznego zamówienia. Przypadek taki powinien być traktowany jako udzielenie zamówienia w częściach. Ustalenia wartości takiego zamówienia należy dokonać przy zastosowaniu regulacji określonej w art. 32 ust. 4. Gdy zamawiający może z góry przewidzieć zakres całorocznych zakupów i możliwe jest jednorazowe ich nabycie, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych) dokonuje zakupów sukcesywnie, wartością każdorazowego zamówienia będzie przewidywana łączna wartość danych dostaw lub usług w całym roku. Zakres tych całorocznych zakupów powinien być ustalony przez zamawiającego na początku roku z należytą starannością, w oparciu o np. zamówienia na dane dostawy lub usługi dokonane w latach poprzednich. Do ustalenia wartości zamówienia w takim przypadku nie stosuje się sumowania według CPV.
5. Przy założeniu, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na początku roku i uczynił to z należytą starannością, w sytuacji, gdy w trakcie roku pojawi się nieprzewidziana wcześniej potrzeba dokonania zakupu jakiegoś artykułu lub usługi, będziemy mieli do czynienia z nowym, odrębnym zamówieniem, którego wartość należy obliczyć stosownie do jego zakresu. Prawdopodobnie podjętych decyzji należy uzależnić od tego, czy zamawiający dochował należytej staranności przy szacowaniu pierwszego zamówienia i dokonywał oceny pod kątem przepisu art. 32 ust. 2, zakazującego dzielenia zamówienia na części.
6. Warto zwrócić uwagę, że z sumowaniem dostaw w ramach danej grupy określonej w CPV i usług w ramach danej kategorii CPC stanowiącej Załącznik Nr 3 do CPV mamy do czynienia również w regulacji zawartej w art. 13. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla rozważanej problematyki, gdyż sumowanie, o którym mowa w tym ostatnim przepisie, jest dokonywane wyłącznie na potrzeby ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach. Oznacza to, że przepisy art. 13 i art. 34 regulują odrębne materie ustawowe.
7. Przepis ust. 3 normuje sytuacje, w których zamówienia określonego w ust. 1 dokonuje się na czas: nieoznaczony lub oznaczony. W pierwszej z nich, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia, w drugiej natomiast wartość ta jest określana w zależności od tego, czy ów czas oznaczo-

ny jest krótszy, czy też dłuższy niż 12 miesięcy. W pierwszym przypadku (czas nie dłuższy niż 12 miesięcy) wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, w drugim zaś (czas dłuższy niż 12 miesięcy) wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z tym wszakże zastrzeżeniem, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu uwzględnieniu podlega również wartość końcowa przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie powyższe wynika ze specyfiki wymienionych w nim umów prawa cywilnego.

8. Szczególnym rodzajem usług powtarzających się okresowo są usługi bankowe lub inne usługi finansowe. Świadczą je banki lub inne instytucje finansowe — niebędące bankami instytucje świadczące usługi parabankowe, a także inne podmioty, takie jak giełda, domy maklerskie, fundusze inwestycyjne, zakłady ubezpieczeniowe itp. Według ust. 4, wartością zamówienia w przypadku tych usług są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia pobierane przez banki lub inne instytucje finansowe. Nie stanowi natomiast wartości zamówienia np. wartość udzielonego kredytu.
9. Przepis ust. 5 dotyczy ustalenia wartości zamówienia w sytuacji, gdy zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji. Opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru<sup>1</sup>. W przypadku zamówień publicznych chodzi np. o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu zamówienia po leasingu, przy czym zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem, a w drugim leasing rzeczy ruchomej.
10. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Przewidziane prawo opcji trzeba przy tym rozróżnić od zamówienia uzupełniającego. Dla uznania zamówienia za uzupełniające niezbędne jest zachowanie tożsamości przedmiotu zamówienia z zamówieniem pierwotnym, a jego udzielenie jest możliwe dopiero po przeprowadzeniu odrębnego postępowania w trybie z wolnej ręki. Prawo opcji nie wymaga spełnienia takich warunków. Stwarza jedynie możliwość pozwalającą zamawiającemu, po spełnieniu określonych warunków w ramach umowy która takie prawo przewiduje, na skorzystanie z przewidzianego w niej prawa.

#### **Art. 35. [Ustalanie wartości zamówienia]**

- 1. Ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.**
- 2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.**
- 3. Prezes Rady Ministrów co najmniej raz na dwa lata określi, w drodze rozporządzenia, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień.**

<sup>1</sup> Zob. W. Kopaliński: Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem, ŚWIAT KSIĄŻKI, Warszawa 2000, s. 362.

1. Ustalenia wartości zamówienia zamawiający powinien dokonać przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Może tego dokonać z określonym wyprzedzeniem czasowym w stosunku do dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawodawca uznał (ust. 1), że dopuszczalnym wyprzedzeniem jest: najwyżej 3 miesiące, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, najwyżej 6 miesięcy, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zdecydowały o tym dwa równie istotne czynniki: przedmiot i wartość zamówienia. Ustalenie wartości zamówienia z uchybieniem przepisu ust. 1 jest naruszeniem ustawy, skutkującym możliwością wszczęcia postępowania protestacyjno-odwoławczego.
2. W razie zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane już ustalenie wartości zamówienia zamawiający jest obowiązany, na co wskazują wyrazy „zamawiający (...) dokonuje” przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, do dokonania zmiany (czyli ponownego obliczenia) wartości zamówienia. Za okoliczności mające wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia należy przy tym uznać wszelkie okoliczności wynikające ze zmiany stanu faktycznego (np. zmiana cen), jak i prawnego (np. konieczność uwzględnienia nowych rozwiązań w przedmiocie zamówienia).
3. Rozwiązanie przyjęte w ust. 3 jest wdrożeniem do polskiego systemu zamówień publicznych postanowień dyrektyw Unii Europejskiej, które przewidują stałe progi wyrażone w euro i walutach narodowych, których przeliczenia dokonuje się co dwa lata na podstawie średniego dziennego kursu walut w dwuletnim okresie, a następnie publikuje w Dzienniku Urzędowym UE (zob. dyrektywę 92/50/EWG (art. 7 ust. 8 lit. b) i dyrektywę 93/36/EWG (art. 5 ust. 1 lit. c).
4. Działając na podstawie upoważnienia zawartego w art. 35 ust. 3, Prezes Rady Ministrów wydał kolejne rozporządzenie w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych<sup>1</sup>. Podobnie jak inne rozporządzenia wydane do znowelizowanej w kwietniu 2006 r. ustawy weszło ono w życie 25 maja 2006 r. Stosownie do § 1 tego rozporządzenia, średni kurs wynosi 4,3870 zł (obowiązuje nie dłużej niż do 22 maja 2008 r.).

### **Art. 36. [Treść SIWZ]**

#### **1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:**

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;**
- 2) tryb udzielenia zamówienia;**
- 3) opis przedmiotu zamówienia;**
- 4) termin wykonania zamówienia;**
- 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;**
- 6) wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;**
- 7) informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami;**
- 8) wymagania dotyczące wadium;**
- 9) termin związania ofertą;**
- 10) opis sposobu przygotowywania ofert;**
- 11) miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert;**

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 610.

- 12) opis sposobu obliczenia ceny;
  - 13) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
  - 14) informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
  - 15) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
  - 16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
  - 17) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
2. W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:
- 1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
  - 2) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
  - 3) informacje o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, oraz okoliczności, po których zaistnieniu będą one udzielane, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;
  - 4) opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie;
  - 5) adres poczty elektronicznej lub strony internetowej zamawiającego, jeżeli zamawiający dopuszcza porozumiewanie się drogą elektroniczną;
  - 6) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
  - 7) jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną:
    - a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,
    - b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
    - c) informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej;
  - 8) wysokość zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot.
3. W postępowaniach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, specyfikacja istotnych warunków zamówienia może nie zawierać informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 8 i 15.
4. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania nazw (firm) proponowanych podwykonawców.
5. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.
1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i podstawowym dokumentem, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty. Zawartość tego dokumentu jest różnicowana przez ustawodawcę w zależności od wartości zamówienia (patrz ust. 3). Ustawa wprowadza obowiązek sporządzania SIWZ w postępowaniach prowadzonych w obu trybach przetargowych (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony), w trybie nego-



cji z ogłoszeniem, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w trybie dialogu konkurencyjnego i w trybie zapytania o cenę.

2. Charakter SIWZ wynika przede wszystkim z nazwy, ale także z istoty tego dokumentu. Etymologicznie „specyfikacja” oznacza wyliczenie (w sensie „wymienienie”) szczegółów, na które trzeba zwrócić uwagę, opracowanie szczegółów, szczegółowy wykaz. W rozważanym przypadku chodzi o szczegółowe opracowanie (szcze­gółowy wykaz) istotnych warunków zamówienia, których spełnienia zamawiający oczekuje od wykonawców (potencjalnych oferentów) w składanych przez nich ofertach (patrz art. 82 ust. 3). Jest to niewątpliwie dokument o charakterze technicznym, bowiem stanowi szcze­gółowy wykaz istotnych warunków, które potencjalny wykonawca powinien spełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby złożyć ważną ofertę.
3. Nowelizacją kwietniową ustawodawca dokonał istotnej zmiany sposobu uregulowania treści SIWZ. Art. 36 w poprzednim brzmieniu w ust. 1 zawierał katalog istotnych warunków zamówienia, jakie powinna zawierać specyfikacja („zawiera co najmniej”). Uwzględnianie ich wszystkich przez zamawiającego podczas tworzenia SIWZ było zatem obligatoryjne. Wyłączenia kilku spośród nich w odniesieniu do zamówień mniejszej wartości (pkt 12, 17, 19 i 20) dopuszczał ówczesny ust. 5. Praktyka wykazała, że było to rozwiązanie nienajlepsze, bowiem stosowanie w wielu postępowaniach pełnego zestawu warunków określonych w ust. 1, utrudniało, a nie ułatwiało jego prowadzenie. Stąd też katalog zawarty w poprzednim ust. 1 został podzielony na dwie części (ust. 1 i 2 komentowanego artykułu), a także nieco rozbudowany i zmodyfikowany, przy czym niezbędne minimum warunków, jakie powinna zawierać SIWZ zostało poważnie ograniczone.
4. Minimalny zestaw warunków, jakie zawsze powinny być zamieszczone w SIWZ zawiera ust. 1. Jedynie w odniesieniu do zamówień o wartości niższej niż stanowią progi unijne można nie określać wymagań dotyczących wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy (ust. 3). Katalog warunków, jakie zamawiający może zawrzeć w specyfikacji („zawiera również”), obok wymienionych w ust. 1, określa ust. 2. Należy podkreślić, że są wśród nich także takie, które w określonych przypadkach stają się obligatoryjne, np. opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (pkt 1) bądź informacje dotyczące aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający przewiduje jej przeprowadzenie (pkt 7). W odróżnieniu od ust. 1 nie jest to katalog zamknięty. Zamawiający może zatem wymienić w SIWZ dalsze wymagania, jednakże pod warunkiem, że będą to wymagania rzeczywiście istotne. Powinien mieć przy tym na uwadze wzgląd na przepis art. 5 Kc (w związku z art. 14). Według tego przepisu nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub z zasadami współżycia społecznego, rozumianymi jako szczególne, akceptowane w życiu społecznym reguły postępowania. Takie bowiem działanie lub zaniechanie uprawnionego (w rozważanym przypadku zamawiającego) stanowi nadużycie prawa i jako takie nie korzysta z ochrony.
5. Rozważenia wymaga sytuacja, gdy zamawiający w opracowanej przez siebie SIWZ nie odnosi się do poszczególnych kwestii, objętych dyspozycją ust. 2 (we wszystkich lub tylko w niektórych punktach). Wydaje się, iż należy utożsamiać to z brakiem jego zgody wprowadzenia do specyfikacji określonych w nim rozwiązań (instytucji). Dla przykładu: milczenie zamawiającego w przedmiocie opisu części zamówienia (pkt 1) oznacza, że nie dopuszcza on ofert częściowych, milczenie zaś w kwestii informacji dotyczących walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia (pkt 6) oznacza, że zamawiający dopuszcza rozliczenia między nim a wykonawcą wyłącznie w walucie polskiej. W tym właśnie kontekście należy interpretować użyty w rozważanym przepisie zwrot „w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

6. SIWZ sporządza zamawiający. Stanowi ona praktycznie drugą, po ogłoszeniu o zamówieniu, istotną czynność zamawiającego. Sporządza się ją w formie pisemnej. Ze względu na charakter tej czynności oraz jej znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby wskazane, aby oryginał SIWZ był podpisany przez kierownika zamawiającego lub osobę, której zgodnie z art. 18 powierzono wykonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem postępowania.
7. W pierwszej części SIWZ zamawiający powinien podać nie tylko swą nazwę (firmę) i dokładny adres (ust. 1 pkt 1), lecz również dalsze dane: numery telefonów, numer faksu, poczty elektronicznej, strony internetowej oraz ewentualne inne informacje. Potencjalny wykonawca zamówienia powinien otrzymać możliwie pełną informację dotyczącą zamawiającego.
8. Obowiązek wskazania w SIWZ trybu udzielenia zamówienia (ust. 1 pkt 2) jest istotny nie tylko dlatego, iż jest to wymóg ustawowy. W zależności od trybu, w którym będzie się toczyć postępowanie o udzielenie zamówienia pozostaje termin sporządzenia specyfikacji oraz jej zawartość, np., w przetargu nieograniczonym zamawiający jest zobowiązany sporządzić SIWZ przed rozpoczęciem postępowania i udostępnić ten dokument na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo Dzienniku Urzędowym UE do upływu terminu składania ofert. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza równowartości w złotych kwoty 60 000 euro, zobowiązany jest udostępnić specyfikację od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego UZP do upływu terminu składania ofert. W przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem przekazuje SIWZ wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Jest zatem rzeczą zamawiającego każdorazowe uwzględnienie wymagań ustawowych związanych ze wskazaniem trybu udzielenia zamówienia.
9. Przedmiot zamówienia (ust. 1 pkt 3) należy opisać w SIWZ w sposób określony przepisami art. 29–30, a w przypadku, gdy są nim roboty budowlane, stosownie do przepisów art. 31. Szczególną uwagę trzeba przy tym zwrócić na obowiązki wynikające z przepisów art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1–4, a także na dokumentację zamówienia na roboty budowlane (art. 31 ust. 1–3), stanowiącą podstawę opisu przedmiotu zamówienia (patrz komentarz do powołanych wyżej przepisów).
10. W ust. 1 pkt 4 użyto określenia „termin wykonania zamówienia”, który zamawiający jest zobowiązany wskazać w SIWZ. Wobec tego, że zamówienie jest umową, chodzi w samej rzeczy o wskazanie terminu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazując w specyfikacji termin wykonania umowy, zamawiający powinien mieć na uwadze przepisy Pzp traktujące o umowach w sprawach zamówień publicznych, w szczególności zaś regulacje określone w art. 142 i art. 143, tak co do czasu, na jaki mogą być zawarte (art. 142 ust. 1 i 2), przedmiotu umowy (art. 142 ust. 2 i art. 143 ust. 1), jak też dodatkowych wymagań w tym zakresie (art. 142 ust. 2 i 3). Regulacje, o których wyżej mowa wyrażają się w przyjęciu zasady, że umowy w sprawach zamówień publicznych powinny być zawierane na czas oznaczony. Możliwość zawarcia umowy na czas oznaczony dłuższy niż 4 lata, a także na czas nieoznaczony jest wyjątkiem od zasady. Zastosowanie wyjątku od zasady, określonego w art. 142 ust. 2, jest uwarunkowane przedmiotem zamówienia (świadczenia okresowe lub ciągłe) i oszczędnością kosztów realizacji umowy. Ponadto, w przypadku określonym w art. 142 ust. 3, tzn. gdy wartość umowy, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe jest równa lub przewyższa kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>1</sup>, obo-

---

<sup>1</sup> Zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604).

wiązkiem zamawiającego jest zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

11. Zamawiający jest zobowiązany do opisanego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (ust. 1 pkt 5). Warunki, o których mowa, powinny być określane jednoznacznie, przy użyciu sformułowań, które pozwolą wykonawcy przystępującemu do postępowania o udzielenie zamówienia na przekonanie, że może je spełnić. Są to warunki podmiotowe i określając je zamawiający ma z jednej strony swobodę ich określania, z drugiej zaś podlega pewnym ograniczeniom. Po pierwsze, nie mogą one wykraczać poza regulacje ustawowe, w szczególności zawarte w Pzp i w aktach wykonawczych do tej ustawy, zwłaszcza w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>. Po drugie, powinny być dostosowane do wielkości, a także charakteru (stopnia skomplikowania) zamówienia i sytuacji na rynku, także w aspekcie uczciwej konkurencji. Wreszcie, zamawiający powinien mieć na uwadze, że chodzi tu o warunki, które nie podlegają zmianom w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku oprostowania postanowień SIWZ w tym zakresie, zaistnieje konieczność unieważnienia tego postępowania. Należy mieć także na uwadze, że warunki podane w SIWZ muszą być identyczne z tymi, które podano w ogłoszeniu o zamówieniu.
12. SIWZ powinna zawierać wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (ust. 1 pkt 6). Dotyczy to oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, określonych w przepisach art. 25 i nast. oraz w przepisach przywoływanego wcześniej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Podobnie jak w przypadku warunków, także w przypadku wymaganych dokumentów ich wykaz zawarty w SIWZ musi być identyczny z tym, który wskazano w ogłoszeniu.
13. W SIWZ powinna zostać zawarta informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów (ust. 1 pkt 7). Dopuszczając porozumiewanie się drogą elektroniczną i podając adres swej poczty elektronicznej lub strony internetowej, zamawiający powinien mieć na uwadze zarówno zasadę pisemności postępowania (art. 9 ust. 1), jak i regulacje zawarte w przepisie art. 27, określającym formę przekazywania dokumentów (oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji). Zamawiający zobowiązany jest także wskazać wybraną przez siebie formę przekazywania dokumentów (pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną) oraz osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami. Przepis art. 27 ust. 3 zawiera istotne ograniczenie swobody wyboru przez zamawiającego formy porozumiewania się z wykonawcami. Stosownie do tego przepisu, wybrany sposób porozumiewania się nie może ograniczać konkurencji. Zawsze też dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Wynika to z przyczyn natury praktycznej, bowiem nie każdy wykonawca dysponuje możliwością korzystania np. z drogi elektronicznej.
14. Przepis ust. 1 pkt 8 stanowi, że w SIWZ powinny być określone wymagania dotyczące wadium. Ograniczają się one w zasadzie do: wskazania wysokości wadium oraz określenia sposobu jego wniesienia. Wniesienie wadium jest obligatoryjne („zamawiający żąda”), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepi-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605.

sach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 lub fakultatywnie (na żądanie zamawiającego) w pozostałych przypadkach. Wysokość wadium wskazuje zamawiający, nie może ona jednak przekroczyć wielkości określonej ustawą (od 0,5 do 3% wartości zamówienia). Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, w jednej lub kilku z pięciu form określonych w art. 45 ust. 6 (patrz komentarz do tego artykułu).

15. W SIWZ należy wskazać termin związania ofertą (ust. 1 pkt 9). Określenie tego terminu jest uprawnieniem zamawiającego. Jest on jednak obowiązany uwzględnić terminy określone w art. 85 (patrz komentarz do tego artykułu).
16. Opis sposobu przygotowania ofert (ust. 1 pkt 10) ma na celu przekazanie wykonawcom informacji niezbędnych do ich przygotowania w sposób poprawny formalnie i odpowiadający optymalnie wymaganiom zamawiającego. Poza informacjami o charakterze stricte formalnym, dotyczącymi samego sposobu sporządzenia oferty (wykorzystanie dołączonego do SIWZ formularza oferty) oraz formy dokumentów potwierdzających wiarygodność wykonawcy, ponumerowania stron, parafowania naniesionych zmian czy opakowania oferty (w tym odrębnego opakowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa), powinny to być informacje w przedmiocie konieczności zachowania pisemnej formy oferty i załączników, złożenia jednej oferty, języka, w jakim oferta powinna być sporządzona, ilości egzemplarzy oferty, a także możliwości dokonania zmian w ofercie i jej cofnięcia. Zamawiający określając sposób przygotowania ofert powinien jednak uwzględnić konsekwencje przepisów art. 82 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2. W praktyce przyjęto, że niedochowanie przez wykonawcę wymogów „techniczno-redakcyjnych” oferty nie może stanowić podstawy jej odrzucenia. Należy też podać dokładne dane dotyczące miejsca i terminu składania i otwarcia ofert. Zamawiający jest związany w tym względzie ustawowymi regulacjami. Dotyczy to zwłaszcza przestrzegania terminu otwarcia ofert.
17. Określenie miejsca oraz terminu składania ofert (ust. 1 pkt 11) musi być tożsame z informacją, zawartą w tym zakresie w ogłoszeniu. Zgodnie z przepisem art. 86 ust. 2 otwarcie ofert następuje bezpośrednio po upływie terminu ich składania, przy czym dzień, w którym upływa termin składania ofert jest terminem ich otwarcia. Należy pamiętać o podaniu miejsca otwarcia ofert, nawet wówczas, gdy jest ono takie same, jak miejsce ich składania.
18. W opisie sposobu obliczenia ceny (ust. 1 pkt 12) zamawiający jest zobowiązany określić swoje wymagania, najlepiej przez wskazanie kolejnych kroków, jakie powinien wykonać wykonawca, aby ostatecznie otrzymać cenę oferty (brutto — patrz art. 2 pkt 1). W szczególności powinien wskazać sposób kalkulacji ceny. Opis może przybrać formę tzw. formularza cenowego.
19. Jednym z najistotniejszych elementów SIWZ, obok opisu przedmiotu zamówienia, jest opis kryteriów oceny ofert, podanie ich znaczenia (wagi) oraz sposobu oceny ofert (ust. 1 pkt 13). Ich dokładne przemyślenie i opisanie, zwłaszcza, gdy zamawiający wprowadza oprócz ceny stanowiącej kryterium obligatoryjne, inne kryteria przedmiotowe, a także właściwe określenie znaczenia (wagi) każdego z nich oraz sposobu oceny ofert zdecydowanie ułatwia wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie może przy tym ograniczyć się do przytoczenia nazw poszczególnych kryteriów przedmiotowych. Każde z nich powinno być szczegółowo opisane, w razie potrzeby podzielone na mniejsze elementy (nazywane często „podkryteriami”), z tym wszakże, iż stworzone podkryteria nie mogą prowadzić do naruszenia kryterium, w którym się zawierają. Wskazane jest też, chociaż nie zawsze możliwe, przedstawianie kryteriów w postaci wzorów matematycznych. Określenie ilości kryteriów oceny ofert i przypisanie każdemu z nich stosownej wagi (znaczenia) zależy od uznania zamawiającego. Dopuszczalne jest stosowanie dwóch sposobów wyłaniania oferty najkorzystniejszej: na podstawie

kryterium najniższej ceny albo większej ilości kryteriów, przy czym będą to kryteria ekonomiczne i jakościowe, które w efekcie będą prezentowały najlepszą relację jakości do ceny (wówczas będzie to oferta najkorzystniejsza ekonomicznie). Ustalone kryteria powinny umożliwiać obiektywne porównanie i ocenę ofert<sup>1</sup>.

20. Sposób oceny ofert w oparciu o przyjęte kryteria powinien być opisany równie precyzyjnie, jak same kryteria, szczególnie, gdy zostały podzielone na mniejsze elementy. W tym przypadku ilość punktów za kryterium jest sumą punktów za te elementy. Ocena oferty jest tym bardziej obiektywna, im mniej jest kryteriów niemierzalnych (stwarzających możliwość dowolności oceny) i im precyzyjniejszy jest opis sposobu dokonania oceny ofert. Zamawiający powinien mieć przy tym na uwadze ustawowy zakaz wprowadzania kryteriów podmiotowych (art. 91 ust. 3), a także niemożność ich zmiany w toku postępowania. Konieczne jest rozróżnienie dwóch instytucji prawnych: warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert (w praktyce zamawiający i wykonawcy nadal jeszcze mylą te instytucje).
21. Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy (ust. 1 pkt 14) powinny obejmować przede wszystkim kwestie związane z samym zawarciem umowy, m.in. wskazanie osób reprezentujących strony umowy, banków, w których strony umowy posiadają swe rachunki bankowe, określenie ilości egzemplarzy umowy, jak również z jej wykonaniem (harmonogram wykonania umowy).
22. Zamawiający zobowiązany jest wskazać wymagania, dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (ust. 1 pkt 15). Powinny one dotyczyć podstawowych spraw związanych z wykorzystaniem tej instytucji prawnej: wysokości zabezpieczenia, możliwości częściowego wniesienia zabezpieczenia, terminu wniesienia zabezpieczenia, zaliczenia wadium na poczet zabezpieczenia, formy zabezpieczenia, dopuszczenia zmiany formy zabezpieczenia w trakcie wykonywania umowy, sposobu przechowywania zabezpieczenia, sposobu zwrotu zabezpieczenia itp. Instytucję zabezpieczenia należytego wykonania umowy regulują przepisy art. 147–151 (patrz komentarz do tych artykułów).
23. Ważnym elementem SIWZ wymagającym szczególnej uwagi zamawiającego przy jej opracowywaniu jest określenie istotnych postanowień umowy lub ustalenie ogólnych warunków umowy albo wzoru (wzorca) umowy w rozumieniu art. 384 § 1 Kc (ust. 1 pkt 16). Istotnymi postanowieniami umowy są te postanowienia (określane jako elementy przedmiotowo istotne — *essentialia negotii*), które określają cechy konstytutywne takiej umowy, jej istotną treść. Np. w umowie dostawy będą to postanowienia określające przedmiot dostawy (świadczenie dostawcy) i cenę (świadczenie zamawiającego). Należy pamiętać, że umowy w sprawach zamówień publicznych są umowami wzajemnymi. W przypadku tych umów obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem drugiej (487 § 2 Kc). Są to umowy odpłatne i właśnie ten istotny element (odpłatność) decyduje o takim ich charakterze. Rozwiązaniem niewątpliwie optymalnym jest opracowanie przez zamawiającego konkretnego projektu umowy, w pełni uwzględniającego jego uzasadnione potrzeby. Zawarcie takiej właśnie umowy jest przecież celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
24. Pouczenie o środkach ochrony prawnej (ust. 1 pkt 17) obejmuje pouczenie o środkach odwoławczych sensu stricto, tzn. o proteście i odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu, jak również szczególnym środkiem ochrony prawnej — skardze do sądu okręgowego właściwego według siedziby zamawiającego na wyrok lub kończące postępowanie odwoław-

<sup>1</sup> Por. zalecenie 46 Dyrektywy 2004/18/WE.

cze postanowienie zespołu arbitrów. Powinno ono zawierać ustawowo określone terminy dla poszczególnych środków ochrony prawnej, a także wskazywać obowiązek przedstawienia interesu prawnego we wniesieniu każdego ze środków ochrony prawnej.

25. Jak już wcześniej powiedziano ust. 2 zawiera katalog warunków, które w zależności od sposobu prowadzenia postępowania (np. dopuszczenie składania ofert częściowych lub zastosowanie aukcji elektronicznej) bądź wyboru zamawiającego mogą być zamieszczone w SIWZ. Stosownie do art. 2 pkt 6 przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego. Ust. 2 pkt 1 stanowi, że jeśli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych musi w specyfikacji opisać te części zamówienia, których to dotyczy. Zamawiający może (jest to zatem jego uprawnienie, a nie obowiązek) dzielić zamówienie na części (pakiety), jednakże pod warunkiem, że przedmiot zamówienia jest podzielny. Definicję świadczenia podzielnego zawiera przepis art. 379 § 2 Kc, według którego świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Od zamawiającego zależy decyzja zarówno co do ilości części zamówienia, jak i zawartości poszczególnych części. Istotne jest, aby SIWZ zawierała właściwy opis poszczególnych części zamówienia oraz ich zawartości, tak, aby możliwe było przygotowania przez potencjalnych wykonawców stosownych ofert częściowych, jednej lub kilku. Ustalenia wartości poszczególnej części zamawiający powinien dokonać z zastosowaniem reguł określonych w art. 32 ust. 4 (patrz komentarz do tego artykułu).
26. Jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej (patrz art. 99–101 i komentarz do tych przepisów) musi o tym poinformować w SIWZ. Jest wówczas zobowiązany wskazać maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze taką umowę (ust. 2 pkt 2). Może to być jeden lub więcej wykonawców. Określenie liczby wykonawców jest pozostawione w zasadzie uznaniu zamawiającego, nie może on jednak wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji (art. 100 ust. 4).
27. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, powinien zamieścić w specyfikacji stosowną informację. Zamieszczenie takiej informacji oraz poinformowanie o okolicznościach, po zaistnieniu których będą udzielane zamówienia uzupełniające jest warunkiem sine qua non ich udzielenia (ust. 2 pkt 3).
28. Dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawców ofert wariantowych (legalna definicja oferty wariantowej została zawarta w art. 2 pkt 7)<sup>1</sup> jest uprawnieniem zamawiającego. Jeśli zamierza skorzystać z tego uprawnienia, jest zobowiązany dać temu wyraz w SIWZ, a także opisać w tym dokumencie sposób przedstawienia ofert oraz podać minimalne warunki, jakim oferty te powinny odpowiadać. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy cena jest tylko jednym z kryteriów oceny ofert (ust. 2 pkt 4).
29. Dopuszczając, zgodnie z uprawnieniem określonym w art. 27 ust. 1, porozumiewanie się z wykonawcami drogą elektroniczną, zamawiający powinien oświadczyć w SIWZ o dokonanych wyborze tej drogi oraz podać wykonawcom adres swej poczty elektronicznej lub strony internetowej (ust. 2 pkt 5).
30. Jeżeli zamawiający dopuszcza rozliczenia w walutach obcych musi o tym poinformować w SIWZ (ust. 2 pkt 6). Informacja taka powinna zawierać wskazanie, w jakiej walucie (walutach) będą one prowadzone, a także czego będą dotyczyły. Jeżeli zamawiający dopuszcza

---

<sup>1</sup> Oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

równocześnie możliwość rozliczania w złotych polskich powinien określić sposób przeliczenia waluty (walut) obcych przez podanie kursu, będącego podstawą takiego przeliczenia.

31. Nowelizacja kwietniowa wprowadziła do polskiego systemu zamówień publicznych nową instytucję jaką jest aukcja elektroniczna, stanowiąca swoistą „dogrywkę” podczas prowadzenia przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem (patrz art. 91a–91c i komentarz do tych przepisów). Jeśli zamawiający zechce z tej możliwości skorzystać, musi o tym poinformować w SIWZ (ust. 2 pkt 7). Musi także określić w specyfikacji wymagania dotyczące rejestracji oraz identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń elektronicznych oraz informacje, które spośród kryteriów oceny ofert (określa je art. 91a ust. 3) będą stosowane w toku aukcji.
32. Zamawiający jest uprawniony do zwrotu wykonawcom kosztów ich udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ust. 2 pkt 8). Chcąc korzystać z tego uprawnienia jest zobowiązany wskazać w SIWZ wysokość kosztów podlegających zwrotowi.
33. W praktyce mogą być rozważane relacje, jakie zachodzą pomiędzy przepisami art. 36 a przepisami traktującymi o zamówieniach sektorowych (art. 132 i nast.). Ograniczenie, o którym mowa w ust. 3, nie ma zastosowania do zamówień sektorowych. Wynika to wprost z przepisu art. 133 ust. 1, według którego do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zgodnie z przepisami art. 134 ust. 1 i 5 zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem (z wyłączeniem przesłanek wymienionych w art. 55) oraz negocjacji bez ogłoszenia. W każdym z tych trybów sporządzenie SIWZ jest obligatoryjne. Zawartość SIWZ powinna odpowiadać wymaganiom określonym w art. 36 (przy wyłączeniu — z podanej wyżej przyczyny — ust. 3).
34. Przepisy ust. 4 i 5 dotyczą problemu podwykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z jednym wykonawcą, z zasady z tym, który złożył ofertę najkorzystniejszą (wyjątek od zasady określa art. 94 ust. 2). Z istoty tego postępowania wynika też wyznać, że wybrany wykonawca wykona zamówienie własnymi siłami. Korzystanie przez niego przy wykonaniu zamówienia z osób trzecich (przedsiębiorców — podwykonawców) jest odstępstwem od zasady. Odstępstwo to powinno być podyktowane szczególnymi względami, przede wszystkim z uwagi na przedmiot zamówienia (z reguły roboty budowlane), jego znaczną wartość i krótki termin wykonania zamówienia. Dla zamawiającego nie jest bez znaczenia, czy zamówienie zostanie wykonane własnymi siłami wykonawcy (zasada), czy też z odstępstwem od tej zasady, stąd jest on uprawniony do określenia w SIWZ tej części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcom, ergo — powinna być wykonana jego własnymi siłami (ust. 5). W odniesieniu do pozostałej części zamówienia zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie tej jego części, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania nazw (firm) proponowanych podwykonawców. To ostatnie uprawnienie zamawiającego może wydawać się iluzoryczne, bowiem nie może on żądać od wykonawcy, aby nie zawierał umowy o podwykonawstwo z firmą, do wiarygodności której ma uzasadnione zastrzeżenia. Z drugiej jednak strony samo wskazanie proponowanych podwykonawców nie zwalnia wykonawcy od odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wykonawca zatem odpowiada za właściwy dobór podwykonawców. Rozwiązanie to jest w pełni zgodne z prawem unijnym<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Zob. art. 25 Dyrektywy 2004/18/WE.

## **Art. 37. [Przekazanie SIWZ]**

- 1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia przekazuje się nieodpłatnie, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 2.**
- 2. Zamawiający może udostępnić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 1.**

1. Przekazanie SIWZ wykonawcy powinno nastąpić nieodpłatnie (ust. 1), w formie pisemnej. Wyjątkiem od zasady określonej tym przepisem jest dokonane w nim zastrzeżenie. Przepis art. 42 ust. 2, z którym zastrzeżenie jest związane przewiduje, że przekazanie wykonawcy, na jego wniosek, SIWZ następuje za opłatą, przy czym opłata ta może pokrywać jedynie koszty druku specyfikacji oraz koszty jej przekazania (np. koszty opłaty pocztowej). Zastrzeżenie, o którym mowa, stosuje się tylko w trybie przetargu nieograniczonego. Przekazywanie SIWZ w postępowaniach prowadzonych w innych trybach udzielania zamówień, w których specyfikacja jest wymagana, następuje zgodnie z zasadą określoną w ust. 1, a zatem nieodpłatnie.
2. Przepis ust. 2 uprawnia zamawiającego do udostępnienia SIWZ na swej stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówienie w BZP albo w Dzienniku Urzędowym UE do upływu terminu składania ofert. Zwrot „z zastrzeżeniem art. 42 ust. 1” oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego udostępnienie SIWZ na stronie internetowej nie jest uprawnieniem, lecz obowiązkiem zamawiającego. Wyjątek stanowią postępowania, których wartość nie przekracza progu 60 000 euro — wówczas zamawiający udostępnia SIWZ na swej stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego UZP, do upływu terminu składania ofert. Zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej spełnia, podobnie jak stosowanie innych technik elektronicznych, istotną rolę: pomaga w zwiększaniu konkurencji, oszczędza czas i zmniejsza koszty.

## **Art. 38. [Wyjaśnianie treści SIWZ]**

- 1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia — na mniej niż 4 dni przed terminem składania ofert.**
- 2. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej zamieszcza na tej stronie.**
- 3. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej informację o terminie zebrania zamieszcza także na tej stronie; w takim przypadku sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania doręcza się niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.**



4. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.
5. Modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.
6. Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin przedłuża się co najmniej o 7 dni.
7. O przedłużeniu terminu składania ofert zamawiający niezwłocznie zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza tę informację na tej stronie.

1. Przepisy art. 38 regulują kilka istotnych kwestii związanych z treścią SIWZ, a mianowicie: wyjaśniania treści SIWZ, zebrania wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości co do treści SIWZ, modyfikacji treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w związku z modyfikacją treści SIWZ.
2. Żądanie od zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawcy. Powinno ono mieć formę „wniosku” przekazywanego zamawiającemu (w sprawie formy porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami patrz art. 27 i komentarz do tego przepisu). Zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień. Odmówić prośbie wykonawcy o wyjaśnienia może tylko wtedy, gdy wpłynęła do niego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia — na mniej niż 4 dni przed terminem składania ofert. Zaistnienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia i związana z tą przesłanką odmowa udzielenia wyjaśnienia wymaga wykazania przez zamawiającego (art. 6 Kc w zw. z art. 14).
3. Wyjaśnienie powinno stanowić wyczerpującą odpowiedź na zapytanie wykonawcy i być udzielone niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki, możliwie najszybciej). Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający jest zobowiązany przekazać wykonawcom, którym przekazał SIWZ, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej (patrz w tej kwestii art. 37 ust. 2 i komentarz do tego przepisu) zamieszcza je na tej stronie. Wyjaśnienie treści SIWZ, odmowa udzielenia wyjaśnienia bądź zaniechanie jego udzielenia stanowią czynność lub zaniechanie zamawiającego, wobec których wykonawca może wnieść protest.
4. Zwołanie zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Sposób zawiadomienia wykonawców o terminie zebrania zależy od tego, czy SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, czy też nie. W pierwszym przypadku informację o terminie zebrania zamawiający zamieszcza na tej stronie, co uznaje się za prawnie skuteczne (prawidłowe) zawiadomienie wszystkich wykonawców o terminie zebrania. W drugim przypadku zawiadomienia wykonawców o terminie zebrania dokonuje się w formie określającej sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, zgodnie z regulacją zawartą w art. 27 — według wyboru zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

ną. Z zebrania wykonawców zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SIWZ oraz udzielone na nie odpowiedzi, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania zamawiający doręcza niezwłocznie w formie, o której wyżej mowa, wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ (także tym, którzy byli obecni na zebraniu), a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

5. Zamawiający może dokonać modyfikacji<sup>1</sup> treści SIWZ. Możliwość modyfikacji podlega jednak ograniczeniom co do: okoliczności (szczególnie uzasadnione przypadki), czasu (przed upływem terminu do składania ofert) i zakresu (nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełnienia tych warunków). Ustawa nie definiuje pojęcia „szczególnie uzasadnione przypadki” pozostawiając to praktyce, piśmiennictwu, a przede wszystkim orzecznictwu zespołów arbitrów i sądów powszechnych, przy wykorzystaniu dorobku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Owe szczególnie uzasadnione przypadki to przede wszystkim względy natury ekonomicznej (gospodarcze, finansowe, rynkowe). Ograniczenie czasu, o którym wyżej mowa, jest oczywiste — wynika ono z istoty SIWZ jako dokumentu pozwalającego, także dzięki modyfikacji zawartych w nim zapisów, na przygotowanie optymalnych z punktu widzenia zamawiającego ofert. Po ich otwarciu podejmowane są już tylko czynności związane z ich oceną i wyborem najkorzystniejszej z nich.
6. Modyfikacji treści SIWZ mogą (powinny) podlegać w szczególności te zapisy, które budziły uzasadnione wątpliwości wykonawców i były przedmiotem zapytań o wyjaśnienie ich treści. Celem modyfikacji treści SIWZ jest zatem poprawa przejrzystości tego dokumentu, jednoznaczności poszczególnych zapisów. Granice modyfikacji powinny być determinowane charakterem zmian wynikających z istoty SIWZ. Zmiany nie mogą wykraczać poza treść ogłoszenia (np. co do przedmiotu zamówienia), oznaczałyby bowiem naruszenie zasady jawności i zasady równego traktowania wykonawców. Nie mogą być przedmiotem modyfikacji specyfikacji te jej zapisy, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz sposobu oceny ich spełnienia, a także kryteria oceny ofert (w tym przypisane każdemu z nich znaczenia). Zakaz modyfikacji treści SIWZ we wskazanym wyżej zakresie obowiązuje w toku postępowania o udzielenie zamówienia, we wszelkich sytuacjach — z rozstrzygnięciem protestów włącznie. Jeżeli w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym okaże się, iż wspomniane warunki lub kryteria były zmieniane, zamawiający jest zobowiązany postępowanie unieważnić.
7. Zakaz modyfikacji treści SIWZ w rozważanym zakresie obowiązuje w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie wymagającym sporządzenia SIWZ. Jedynie w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może, po zakończeniu negocjacji a przed zaproszeniem do składania ofert, doprecyzować lub uzupełnić SIWZ, ale wyłącznie w zakresie, w jakim specyfikacja była przedmiotem poufnych z natury rzeczy negocjacji. Także w tym szczególnym przypadku doprecyzowanie SIWZ nie może prowadzić do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia (patrz art. 59 ust. 1 i 2 oraz komentarz do tych przepisów). Zmodyfikowaną SIWZ, zamawiający jest zobowiązany przekazać wszystkim wykonawcom, którym specyfikacja była wcześniej przekazana.
8. Konsekwencją modyfikacji treści SIWZ przez zamawiającego jest jego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia

<sup>1</sup> Pojęcie „modyfikacja” oznacza zmianę, przeróbkę, poprawkę, odmianę, przekształcenie. Zob. W. Kopaliński: Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem, Świat Książki, Warszawa 2000, s. 333.

w ofertach zmian wynikających z tej modyfikacji. Z brzmienia przepisu ust. 6 wynika, że ocena, czy istnieje taka potrzeba należy do zamawiającego. Użyte w tym przepisie pojęcie „dodatkowego czasu” do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści SIWZ wymaga, jak każde pojęcie niedookreślone, właściwej interpretacji, przy zastosowaniu odpowiedniej metody wykładni. W rozważanym przypadku przydatną wydaje się przede wszystkim metoda wykładni logicznej. Skoro bowiem ustawodawca uznał, że — w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 — czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach wynosi co najmniej 7 dni (ust. 6), to w przypadku zamówień o niższej wartości zamówienia czas ten może być odpowiednio krótszy, w granicach od 2 (rozsądne minimum) do 7 dni. Wartość przedmiotu zamówienia nie powinna jednak stanowić wyłącznej przesłanki określenia „czasu niezbędnego”, mogą bowiem zaistnieć także inne istotne okoliczności (np. związane z rodzajem zamówienia), które będą wymagały rozważenia przez zamawiającego przy ocenie „dodatkowego czasu”, w szczególności ustalenia, czy ma to być czas zbliżony do owego „rozsądnego minimum”, czy też czas odpowiednio dłuższy. Znaczne przekraczanie okresu 7 dni, o którym mowa w ust. 6, zważywszy choćby na zasadę sprawności postępowania, powinno być raczej wyjątkiem. Wydaje się, że termin na wprowadzenie w następstwie modyfikacji SIWZ zmian w ofertach wystarczy przedłużyć raz o 7 dni, nawet, jeśli modyfikacji dokonuje się wielokrotnie, a zamawiający uzna, że okres ten wystarczy na wprowadzenie wszystkich zmian. W przypadku uznania przez zamawiającego, że jest to termin (w znaczeniu — okres) za krótki, nie ma obowiązku przedłużania go po każdej modyfikacji o krotkość 7 dni, lecz wyznaczy — według jego uznania — krótszy termin niż 7 dni. W efekcie, zamawiający wyznaczy najpierw termin 7 dni (zgodnie z ust. 6), potem zaś (po kolejnej modyfikacji SIWZ) termin np. 2 dni, jeśli uzna, że na wprowadzenie zmian w ofertach wystarczy wykonawcom 9 dni.

9. Ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek niezwłocznego zawiadomienia wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ o przedłużeniu terminu składania ofert, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszczenia stosownej informacji na tej stronie (ust. 7). W zawiadomieniu zamawiający, oprócz informacji o przedłużeniu terminu składania ofert, oznacza czas (ilość dni), o jaki termin ten ulega przedłużeniu

## **Rozdział 3** **Tryby udzielania zamówień**

### **Oddział 1** **Przetarg nieograniczony**

#### **Art. 39. [Definicja]**

**Przetarg nieograniczony to tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.**

1. Przetarg nieograniczony jest podstawową, otwartą, najbardziej konkurencyjną procedurą udzielania zamówień publicznych. W tym trybie zamawiający publicznie ogłasza o wszczęciu procedury zamówieniowej. Ogłoszenie nie ma zindywidualizowanych adresatów. Innymi słowy kierowane jest *ono ad incertam personam*. W odpowiedzi na ogłoszenie oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Złożenia ofert nie poprzedza jakakolwiek wcześniejsza procedura kwalifikacji podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Krąg wykonawców jest nieograniczony, choć należy pamiętać, że zawężenie te-

go kręgu jest możliwe, a nawet nieodzowne, ze względu na treść art. 22. Ogłoszenie jest publiczne, gdy zostało oznajmione w sposób gwarantujący powszechny dostęp do informacji o wszczęciu postępowania. Sposób upubliczniania ogłoszeń reguluje art. 11, istotne znaczenie w tej materii ma również art. 40.

2. Przetarg nieograniczony ma w Pzp odrębną regulację prawną i różni się od aukcji i przetargu regulowanych w Kodeksie cywilnym. Ten sposób zawarcia umowy uregulowano w art. 70<sup>1</sup> i nast. Kodeksu cywilnego. Do przetargu nieograniczonego (podobnie ograniczonego) przepisów Kodeksu cywilnego z zasady nie stosuje się (w myśl reguły *lex specialis derogat legi generali*). Wyrażamy przekonanie, że w interesującym nas zakresie nie znajdują zastosowania przepisy art. 70<sup>1</sup>–70<sup>3</sup> oraz art. 70<sup>5</sup> Kc. Uprawniony wydaje się natomiast pogląd, że stosuje się w tej materii art. 70<sup>4</sup> Kc (patrz komentarz do art. 46 i art. 139 ust. 1).
3. Przetarg nieograniczony może być instrumentem służącym do zawarcia tzw. umowy ramowej (patrz komentarz do art. 99 i nast.). W takim przypadku przepisy o przetargu nieograniczonym stosuje się odpowiednio, a nie wprost. Podobnie rzecz ma się w przypadku ustanowienia tzw. dynamicznego systemu zakupów (art. 102).

#### **Art. 40. [Wszczęcie postępowania]**

1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.
  2. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Prezesowi Urzędu.
  3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
  4. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu również w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
  5. Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób.
  6. Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:
    - 1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
    - 2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
    - 3) zawiera informację o dniu jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
1. Przepis ust. 1 konkretyzuje obowiązki zamawiającego związane z podjęciem postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie to zostaje podjęte z chwilą zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Ustawodawca operuje pojęciem „wszczęcie postępowania”. Ustalenie zakresu znaczenio-

wego terminu „wszczęcie postępowania” ma znaczną doniosłość. Ogłoszenie jest pierwszą czynnością w postępowaniu zamówieniowym. Może ona zostać oprotestowana w trybie przewidzianym w art. 180. Pojęcie „wszczęcie postępowania” występuje także w art. 35, art. 40, art. 48, art. 56, art. 60c, art. 62 ust. 3, art. 63 i dalszych przepisach. W postępowaniach z ogłoszeniem za datę wszczęcia postępowania przyjmuje się datę publikacji ogłoszenia, które pojawi się jako pierwsze. Najczęściej będzie to ogłoszenie zamieszczone na tablicy ogłoszeń, bo można je tam zamieścić po przekazaniu ogłoszenia do publikacji w BZP, a nie po opublikowaniu tam ogłoszenia. Od „wszczęcia postępowania” w tym znaczeniu należy odróżnić akt woli zamawiającego, w którym decyduje on o podjęciu postępowania o zamówienie publiczne. W niektórych postępowaniach wszczyna się je poprzez zaproszenie (patrz np. art. 68, art. 71 ust. 1).

2. Przepis ust. 1 dotyczy wszelkich zamówień, których wartość w złotych przekracza równowartość 60 000 euro. Oznacza to, że przekazanie ogłoszenia odpowiednim instytucjom nie zwalnia zamawiającego od obowiązków przewidzianych w tym przepisie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń w BZP. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamawiający zamieszcza na stronach portalu internetowego UZP oraz na własnej stronie internetowej, a jeżeli takiej nie posiada umieszcza w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym (patrz komentarz do art. 4a ust. 1 i 2). Ze względu na treść art. 4a przepis art. 40 nie reguluje ogłoszeń w sprawie zamówień publicznych, których wartość nie przekracza równowartości 60 000 euro. Miejsce, o którym mowa w ust. 1 musi być dostępne nie tylko dla pracowników zamawiającego, ale przede wszystkim dla osób trzecich, bowiem na tym polega upublicznienie dostępu do ogłoszenia.
3. W ust. 1 posłużono się pojęciem siedziby. Siedzibę osoby prawnej ustala się na podstawie ustawy lub opartego na niej statutu. Jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowią inaczej, siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający (art. 41 Kc). Użycie pojęcia „siedziby” wskazuje, że zamawiający może zamieścić ogłoszenie o przetargu tak w lokalu, w którym koncentrują się jego interesy, jak i poza tym lokalem. Istotne jest to, aby ogłoszenie zamieszczono w lokalach (budynkach) powszechnie dostępnych, położonych w miejscowości, w której znajduje się siedziba zamawiającego np. w budynkach administracji samorządowej, administracji państwowej etc. Uprawniony jest jednak postulat, aby zamawiający zamieścił ogłoszenie we „własnych lokalach”. Choć nie ma przesłanek, aby pojęcie siedziby rozumieć inaczej aniżeli definiuje się ją w przepisach Kodeksu cywilnego, wyrażony wyżej postulat jest w pełni racjonalny.
4. Posiadanie własnej „strony internetowej” przez zamawiającego można zdefiniować jako posiadanie na własnym lub wynajętym serwerze serwisu internetowego w standardzie www.
5. Nowelizacja z kwietnia 2006 r. wprowadziła istotną zmianę legislacyjną związaną z obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia na własnej stronie internetowej zamawiającego. Przepis art. 40 ust. 1 w uprzednio obowiązującym brzmieniu nakazywał zamieszczenie ogłoszenia na własnej stronie internetowej, o ile zamawiający stronę taką posiadał. W zmienionym brzmieniu powołany przepis w istocie nakazuje zamawiającemu posiadanie własnych stron internetowych i zamieszczanie na nich stosownych ogłoszeń. Zamawiający nie spełnia obowiązku, o którym mowa w ust. 1, gdy ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszcza na cudzej stronie internetowej (stronie internetowej innego podmiotu).
6. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie i na własnej stronie internetowej realizuje się w myśl ust. 1 kumulatywnie. Zamawiający nie może poprzestać na zamieszczeniu ogłoszenia w swojej siedzibie i poniechać

zamieszczenia ogłoszenia na własnej stronie internetowej. Nie może też postąpić przeciwnie tj. zamieścić ogłoszenie na stronie internetowej, a poniechać zamieszczenia ogłoszenia we własnej siedzibie.

7. Gdy wartość zamówienia jest wyższa od wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro obligatoryjne ogłoszenie przewidziane w ust. 1 musi być poprzedzone czynnościami wskazanymi w ust. 2. W takim bowiem przypadku zamawiający ma obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi UZP (ust. 2). Przez „przekazanie” należy rozumieć doręczenie dokonane w sposób, o którym mowa w art. 12. W myśl tego przepisu Prezesowi Urzędu ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu. Gdy natomiast wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający ma obowiązek przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (ust. 3). Ustawodawca nie wymaga, aby ogłoszenie przekazywano wówczas także Prezesowi UZP. W tej materii nastąpiła zmiana stanu prawnego. Przepis ust. 3 w poprzednim brzmieniu nakazywał przekazanie ogłoszenia tak Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, jak i Prezesowi UZP.
8. Formę przekazania ogłoszenia określa art. 12 ust. 2. Ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadkach przewidzianych w ustawie — drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2004/18/WE albo w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE (patrz komentarz do art. 12 ust. 2). Tak w art. 12 ust. 2, jak i art. 40 ust. 3 mowa o przekazaniu, nie zaś doręczeniu ogłoszenia. Ogłoszeniom poświęcone są przepisy Rozdziału 3 Działu I (patrz komentarz do art. 11–13).
9. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przenosi wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro, zamawiający ma obowiązek opublikowania ogłoszenia również w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Ogłoszenie to nie powinno ukazać się przed jego przekazaniem do publikacji w OJ lub BZP. Pojęcie dziennika zdefiniowano w art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo prasowe.<sup>1</sup> Dziennikiem jest ogólnoinformacyjny druk periodyczny lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu. Definicję czasopisma zawiera art. 7 ust. 1 pkt 3 Prawa prasowego. Czasopismem jest druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku; przepis ten stosuje się odpowiednio do przekazu za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu innego niż określony w art. 7 ust. 1 pkt 2 Prawa prasowego. Dzienniki lub czasopisma o zasięgu ogólnopolskim to druki dystrybuowane na terenie całego kraju. Przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu to taki przekaz, który jest emitowany na terenie całego kraju. O wyborze dziennika lub czasopisma decyduje zamawiający. Może on zamieścić ogłoszenie tylko w dzienniku, tylko w czasopiśmie, jak i w dzienniku i czasopiśmie. W ust. 4 użyto bowiem funkcjora alternatywy nierozłącznej „lub”. Zamawiający rozstrzyga także, czy ogłoszenie zamieścić w mediach drukowanych czy mediach posługujących się dźwiękiem lub obrazem. Można sądzić, że intencją ustawodawcy była publikacja ogłoszeń za pomocą druku. Intencja ta nie znalazła jednak dostatecznego potwierdzenia w treści ust. 4. W grupie zamówień sektorowych po tzw. atestacji zamawiający zwalnia się z obowiązku, o którym mowa w ust. 4 (patrz komentarz do art. 138e ust. 7).
10. Zamawiający może opublikować ogłoszenie również w inny sposób. Sposób publikacji, o którym mowa w ust. 5 nie może zastępować publikacji przewidzianych w ust. 1–4.

<sup>1</sup> Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.

Ogłoszenia przewidziane w ust. 5 uzupełniają wyłącznie formy upublicznienia informacji o wszczętym postępowaniu. Ogłoszenia te nie mogą być publikowane przed ich publikacją następującą w oparciu o ust. 1–4 w związku z art. 11–12. Na podstawie ust. 5 zamawiający może opublikować ogłoszenie w prasie lokalnej, za pomocą serwisu agencyjnego, stałego przekazu tekstowego itp.

11. Przepis ust. 6 ustala kolejność przekazywania, zamieszczania i publikacji ogłoszeń. Może on wywoływać pewne kontrowersje. Otóż nie w pełni jasne jest czy intencją ustawodawcy było wprowadzenie zakazu publikacji ogłoszeń przed ich obligatoryjnym przekazaniem w przypadkach wskazanych w ust. 2–4, czy też wprowadzanie takiego zakazu przed ich obligatoryjną publikacją na podstawie powołanych przepisów. W ust. 6 pkt 1 użyto zwrotu „przed dniem przekazania” co oznacza, że zamawiający może upublicznić informację o wszczęciu postępowania także w sposób wskazany w ust. 1, ust. 4, ust. 5 po przekazaniu ogłoszenia odpowiednio Prezesowi UZP bądź UOPWE, nie zaś dopiero po publikacji tych ogłoszeń. Ogłoszenia przekazywane różnym adresatom celem ich publikacji w zasadzie powinny mieć identyczną treść. Ogłoszenia prasowe oraz upubliczniane w siedzibie zamawiającego muszą zawierać informację o dacie ich przekazania Prezesowi UZP lub UOPWE. Za pomocą tego instrumentu sprawowana jest kontrola nad transparentnością procedur zamówieniowych. Rozwiązanie przewidziane w ust. 6 pkt 3 służy zachowaniu uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wszystkich wykonawców.

#### **Art. 41. [Ogłoszenie]**

**Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:**

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3) adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia;
- 4) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
- 5) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 6) termin wykonania zamówienia;
- 7) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 8) informację na temat wadium;
- 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 10) miejsce i termin składania ofert;
- 11) termin związania ofertą;
- 12) informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
- 13) informację o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
- 14) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna.

1. Komentowany artykuł wskazuje obowiązkową treść ogłoszenia. Jest to tzw. minimalna treść obligatoryjna. Ogłoszenia mogą zawierać dalsze informacje, z tym wszakże zastrzeżeniem, że poszerzenie zawartości ogłoszenia nie może godzić w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

2. Firma może używać zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna (patrz art. 434 i art. 43<sup>5</sup> Kc). Firmą osoby prawnej jest jej nazwa. Gdy zamawiającym jest przedsiębiorca jego nazwa (firma) oraz siedziba i adres ujawnione są w rejestrze przedsiębiorców (por. art. 38 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>1</sup>). Informacje zawarte w ogłoszeniu nie mogą odbiegać od danych ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców.
3. Przepis komentowanego artykułu dotyczy przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu powinno więc wskazywać przetarg nieograniczony jako tryb zamówienia. Treść ogłoszeń stosowanych w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnym określają odpowiednio art. 48 ust. 2, art. 56 ust. 1 oraz art. 60a ust. 2.
4. Zamawiający zobowiązany jest wskazać adres strony internetowej, na której będzie zamieszczona SIWZ. Jak wiadomo każdy zamawiający ma prawny obowiązek posiadania własnej strony internetowej (patrz komentarz do art. 40). Zamawiający nie ma prawnego obowiązku zamieszczania w ogłoszeniu informacji o możliwości nabycia specyfikacji i opłacie za jej druk oraz przekazanie.
5. Zamawiający ma obowiązek określenia w ogłoszeniu przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że w przepisach Pzp używa się dwóch różnych pojęć — „opis przedmiotu zamówienia” i „określenie przedmiotu zamówienia”. Pojęcie „opisu przedmiotu zamówienia” występuje w art. 29–31 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dokonany z uwzględnieniem reguł przyjętych w art. 29–31 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ogłoszeniu natomiast może poprzestać na wskazaniu („określeniu”) przedmiotu zamówienia. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć wskazanie wielkości lub zakresu zamówienia, a więc np. liczby zamawianych urządzeń, zakresu usług lub prac budowlanych. „Określenie” nie musi wskazywać cech technicznych, jakościowych, norm, aprobat, specyfikacji technicznych, dokumentacji projektowej itp. Tak uszczegółowione elementy muszą natomiast tworzyć opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29–31.
6. Definicję oferty częściowej zawarto w art. 2 pkt 6. Legalne pojęcie „oferty wariantowej” określa art. 2 pkt 7. Obowiązek wskazania terminu wykonania zamówienia dotyczy także SIWZ (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 4). W ogłoszeniu należy wskazać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis kryteriów oceny spełniania tych warunków, nazywany czasami rankingiem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazuje się również w SIWZ (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26). Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do wymagań dotyczących wadium (patrz art. 36 ust. 1 pkt 8 i art. 45–46). Opis kryteriów, którymi będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert powinien znaleźć się w SIWZ (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz do art. 91). W SIWZ określa się również miejsce i termin składania ofert oraz termin związania ofertą (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 11 i 19 oraz do art. 38 ust. 6–7 i art. 43). Termin związania ofertą reguluje art. 85.
7. Jeżeli zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową zobowiązany jest zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowną informację (patrz komentarz do art. 99–101). Podobnie rzecz ma się z tzw. dynamicznym systemem zakupów (patrz komentarz do art. 102–109). W ogłoszeniu należy zawrzeć nie tylko informacje o zamiarze zastosowania tej instytucji, ale także podać adres strony internetowej, na której będą upu-

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 17, poz. 209 z późn. zm.



blicznione dalsze informacje dotyczące tego systemu (patrz komentarz do art. 107–109). Wydaje się, że zamieszczenie w komentowanym artykule pkt 13 jest legislacyjnie niepoprawne, bowiem w przetargu nieograniczonym nie występuje dynamiczny system zakupów. W ścisłym tego słowa znaczeniu system ten jest pewną szczególną techniką, sposobem udzielania zamówień, do którego tylko stosuje się odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym. Jest to system uproszczony i czasowy, w którym szczególną rolę ma tzw. oferta orientacyjna (patrz komentarz do art. 102 i nast.).

8. W ogłoszeniu należy zamieścić informację o ewentualnym zamiarze wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Po nowelizacji kwietniowej Pzp daje możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez zastosowanie swoistej „dogrywki” wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający zobowiązany jest także w tym przypadku do wskazania strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna (patrz komentarz do art. 91a–91c). Informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów oraz aukcji nie muszą znaleźć się na własnej stronie internetowej zamawiającego.
9. Treść ogłoszenia może być przedmiotem zaskarżenia. Protest dotyczący treści ogłoszenia wnosi się według reguł unormowanych w art. 180 ust. 3–5. W przypadku wniesienia protestu dotyczącego treści ogłoszenia zamawiający może przedłużyć termin składania ofert.
10. Na podstawie art. 11 ust. 6 Prezes Rady Ministrów określił wzory ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.<sup>1</sup> Rozporządzenie w tej sprawie weszło w życie 25 maja 2006 r. (patrz komentarz do art. 11). Wzór ogłoszenia o przetargu nieograniczonym zamieszczono w Załączniku Nr 1. Wzory ogłoszeń, w których wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 określono w rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r.<sup>2</sup>.

#### **Art. 42. [Przekazanie SIWZ]**

1. **Specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert, a jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego Urzędu do upływu terminu składania ofert.**
  2. **Na wniosek wykonawcy zamawiający przekazuje w terminie 5 dni specyfikację istotnych warunków zamówienia. Opłata, jakiej można żądać za specyfikację istotnych warunków zamówienia, może pokrywać jedynie koszty jej druku oraz przekazania.**
1. Przepis ust. 1 pozostaje w pewniej pozornej kontradycji do treści art. 37 ust. 2. W tym ostatnim przepisie stwierdza się, że zamawiający może udostępnić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Mogłoby się zatem wydawać, że udostępnienie SIWZ na stronie internetowej pozostawiono uznaniu zamawiającego. W zestawieniu z treścią ust. 1 komen-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005 r., s. 1).

owanego artykułu przepis art. 37 ust. 2 należy jednak interpretować jako zawierający normę zakazującą udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w innych terminach, w szczególności przed ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych albo OJ.

2. Ust. 1 nakazuje zamawiającemu udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia w BZP albo OJ. Oznacza to, że udostępnienie SIWZ na stronie internetowej powinno nastąpić w tym samym dniu, w którym ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. O miejscu publikacji ogłoszeń decyduje wartość zamówienia (patrz komentarz do art. 40).
3. Pzp nie rozstrzyga na jakiej stronie internetowej należy udostępnić SIWZ. Warto zwrócić uwagę, że w ust. 1 nie użyto zwrotu występującego w art. 40 ust. 1. W tym ostatnim przepisie ustawodawca nakazał zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na własnej stronie internetowej zamawiającego. Wymogu udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na własnej stronie internetowej zamawiającego w ust. 1 nie zawarto. Należy jednak przyjąć, że względy praktyczne przemawiają za tym, aby była to strona własna. Trzeba podkreślić przy tym, iż wymogu udostępniania specyfikacji na własnej stronie internetowej zamawiającego nie przewidziano również w art. 37 ust. 2.
4. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, obowiązują odmienne reguły udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Otóż zamawiający zobowiązany jest udostępnić SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego Urzędu. Regulacja przyjęta w ust. 1 odbiega od rozwiązań zastosowanych w art. 40 (por. art. 4a ust. 2). Zamówienie o wartości nieprzekraczającej równowartości kwoty 60 000 euro wymaga ogłoszenia na stronach portalu internetowego Urzędu. Zamawiający nie ma w takich postępowaniach obowiązku przekazania ogłoszenia Prezesowi UZP celem jego opublikowania w Biuletynie Zamówień Publicznych.
5. Pzp jednolicie określa termin końcowy udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronach internetowych. Otóż specyfikacja powinna być udostępniana do dnia, w którym upływa termin składania ofert. Termin końcowy udostępniania SIWZ nie jest zależny od wartości zamówienia.
6. Ustawodawca nie określa szczegółowej sankcji niedochowania przez zamawiającego początkowego lub końcowego terminu udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie uczyniono tego tak w art. 37 ust. 2, jak i art. 42 ust. 1. Skutki niewłaściwego udostępniania specyfikacji należy zatem oceniać z uwzględnieniem art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146. Wydaje się, że niedochowanie terminu końcowego udostępniania specyfikacji pozostaje bez wpływu na ważność postępowania i ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby więc specyfikację udostępniano na stronach internetowych po upływie terminu składania ofert, okoliczność ta w żaden sposób nie wpływałaby na ważność procedur lub umowy. Niedochowanie terminu początkowego może natomiast prowadzić do unieważnienia postępowania lub unieważnienia umowy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 lub art. 146 ust. 1 pkt 6. Wykonawca żądający unieważnienia postępowania musiałby jednak wykazać, iż skutek niedochowania przez zamawiającego początkowego terminu udostępniania specyfikacji został pozbawiony możliwości uczestniczenia w postępowaniu bądź stworzono mu nierówne szanse właściwego przygotowania oferty. Zazwyczaj przeprowadzenie takiego dowodu będzie niezwykle trudne. W praktyce zatem niedochowanie początkowego terminu upublicznienia SIWZ również pozostanie bez doniosłości prawnej.

7. Ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania wykonawcy SIWZ w nieprzekraczalnym terminie 5 dni liczonych od dnia otrzymania wniosku o przekazanie specyfikacji. Jak się wydaje przepis ten dotyczy tylko specyfikacji w formie zwartego pisemnego druku. Można jednak bronić poglądu, iż dotyczy on specyfikacji w jakiegokolwiek formie. W tym drugim ujęciu zamawiający zobowiązany byłby do przekazania wykonawcy tekstu specyfikacji również poprzez pocztę elektroniczną. Redakcja wskazanego przepisu, a zwłaszcza użycie w nim czasu terażniejszego wskazuje, że przekazanie wykonawcy SIWZ w postaci zwartego druku nie jest pozostawione uznaniu zamawiającego. Niejasny także może wydawać się charakter terminu przewidzianego w tym przepisie. Problem dotyczy tego, czy mamy do czynienia z terminem instrukcyjnym, czy terminem wiążącym zamawiającego. Gdyby uznać, że termin wiąże zamawiającego, niedotrzymanie go mogłoby prowadzić do skutecznego zakwestionowania prawidłowości postępowania. Wydaje się jednak, że w ust. 2 mamy do czynienia z terminem instrukcyjnym. Na taki charakter tego terminu wskazuje subsydiarna rola przekazywania wykonawcy SIWZ w formie druku. Podstawową formą upublicznienia i zarazem udostępnienia SIWZ pozostaje zamieszczenie jej na stronie internetowej zamawiającego. W szczególnych jednak przypadkach poniesienie przez niego przekazania wykonawcy SIWZ, gdy wykonawca ten wykazuje, iż nie miał i nie ma dostępu do łączności elektronicznej, może naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W takim przypadku wykonawca ten może korzystać ze środków ochrony prawnej, bowiem przepis art. 180 ust. 1 przewiduje, że protest można wnieść między innymi w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.
8. Wniosek o przekazanie SIWZ składa wykonawca ubiegający się o zamówienie. Jest on składany przez wykonawcę w formie wybranej przez zamawiającego. Stosuje się w tej materii art. 27. Teoretycznie rzecz ujmując zamawiający może oczekiwać od wykonawców występujących o udostępnienie specyfikacji potwierdzenia otrzymania tego dokumentu. Nie stosuje się w omawianym zakresie art. 27 ust. 4, bowiem przepis ten dotyczy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie wniosków o przekazanie specyfikacji. W braku wyboru przez zamawiającego innej, poza pisemną, formy, wykonawca obowiązany jest dochować pisemnej formy wniosku o przekazanie specyfikacji. Termin pięciodniowy biegnie nie od daty wystąpienia przez wykonawcę o przekazanie SIWZ, lecz od dnia doręczenia takiego wniosku zamawiającemu. Oznacza to, że termin przewidziany w ust. 2 biegnie od chwili, gdy wniosek wykonawcy o przekazanie dotarł do zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią. Zamawiający należyście wywiązuje się z obowiązku przekazania wykonawcy SIWZ, gdy nie później niż w terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku nadaje przesyłkę zawierającą specyfikację w placówce pocztowej operatora publicznego albo za pośrednictwem kuriera. Wymóg dochowania terminu jest też spełniony, gdy SIWZ w terminie, wskazanym w ust. 2 zostaje wydana do rąk upoważnionego pracownika wykonawcy.
9. Treść ust. 2 nasuwa istotne wątpliwości w związku z art. 180 ust. 3 i ust. 4. Doręczenie SIWZ wykonawcy w formie druku, gdy złożono wniosek o dokonanie tej czynności przez zamawiającego, pozostaje bez wpływu na bieg terminu do wniesienia protestu na treść SIWZ. Protest należy wnieść w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego Urzędu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, bądź 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Powzięcie albo możliwość powzięcia wiadomości o treści SIWZ pozostaje bez doniosłości prawnej dla początku biegu terminu do wniesienia protestu (art. 180 ust. 3 *in fine*).

10. Ust. 2 przewiduje wyjątek od reguły nieodpłatnego przekazywania SIWZ. Udostępnianie odpłatne SIWZ nie może następować w celu osiągnięcia przez zamawiającego zysku. Cena może pokrywać wyłącznie koszty druku specyfikacji oraz koszty jej przekazania, obejmujące koszty firmy kurierskiej, koszty pocztowe operatora publicznego itp.

#### **Art. 43. [Termin składania ofert]**

1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 30 dni dla robót budowlanych.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż:
  - 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
  - 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony w pkt 1.
3. W przypadkach, o których mowa w ust. 2, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
4. Zamawiający może wyznaczyć terminy, o których mowa w ust. 2 i 3, krótsze o 5 dni.
  1. Komentowany przepis określa terminy składania ofert. Wszystkie terminy złożenia ofert zostały przewidziane jako terminy minimalne. Oznacza to, że zamawiający może zastosować termin dłuższy, jeśli np. uzna, że taki właśnie termin jest niezbędny na przygotowanie oferty i jej złożenie. Zamawiający wskazuje termin składania ofert tak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w ogłoszeniu (art. 36 ust. 1 pkt 11 i art. 41 pkt 10).
  2. Terminy są różne dla zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane. Przewidziana w Pzp minimalna długość terminu składania ofert jest ponadto uzależniona od wartości zamówienia. Gdy wartość zamówienia jest niższa od progu przyjętego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, minimalny termin do złożenia ofert wynosi 15 dni dla dostaw lub usług i 30 dni dla robót budowlanych. Terminy te biegną od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu, a nie jak przed nowelizacją kwietniową, od dnia publikacji ogłoszenia. Gdy wartość zamówienia, bez względu na jego przedmiot, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert jest wydłużony. Jego minimalny okres wynosi 45 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, gdy przekazanie następuje drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonymi w dyrektywie albo 52 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu temu organowi w inny, aniżeli wskazany wyżej sposób. Wyjątkowo zamawiający może skrócić termin 52 dni przewidziany w ust. 2 do 36 dni. Może on wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli w trybie regulowanym w art. 13 ogłosił informację o konkretnym zamówieniu we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, a następnie

ogłoszenie informacyjne przekazał co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścił je w tzw. profilu nabywcy (patrz komentarz do art. 13).

3. Terminy określone w dniach liczy się według reguł zawartych w przepisach Kodeksu cywilnego. W myśl art. 111 Kc termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Teoretycznie rzecz ujmując zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert wskazując liczbę dni. W praktyce termin składania ofert określa się wskazując konkretną datę, godzinę i miejsce składania ofert. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu (patrz uwagi do art. 84 ust. 2).
4. W wyjątkowych przypadkach zamawiający może wydłużyć wyznaczony uprzednio termin składania ofert (patrz komentarz do art. 38 ust. 4–7 oraz art. 180 ust. 5). Nowy termin składania ofert wyznaczony przez zamawiającego musi być jednakowy dla wszystkich wykonawców. Przy przedłużaniu terminu składania ofert nie stosuje się reguł i terminów przewidzianych w komentowanym artykule. Przepis art. 38 ust. 6 przewiduje minimalne wydłużenie terminu składania ofert (7 dni). W art. 180 ust. 5 minimalnego terminu wydłużenia okresu składania ofert nie zawarto. Nie ma przeszkód prawnych dla wielokrotnego wydłużania terminu składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6. Możliwości takich nie daje, jak można sądzić, przepis art. 180 ust. 5.
5. W komentowanym przepisie przewidziano możliwość wyznaczenia przez zamawiającego terminów krótszych o 5 dni. Wszystkie terminy wskazane w ust. 2 i 3 mogą być skrócone o 5 dni bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Zastosowane w komentowanym przepisie rozwiązanie jest niezrozumiałe i legislacyjnie wadliwe, bowiem w praktyce daje zamawiającemu niczym nieograniczone prawo wyznaczania terminów: w ust. 2–40 dniowych oraz 47 dniowych, a w ust. 3–31 dniowych. Nie w pełni jasne jest ponadto, czy może być skrócony termin 52 dni, o którym mowa w ust. 3. Należy uznać, że termin ten nie może być przez zamawiającego skracany.

#### **Art. 44. [Spełnianie warunków]**

**Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.**

1. Zamawiający tak w SIWZ, jak i ogłoszeniu, zobowiązany jest zamieścić informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 i art. 41 pkt 7). Obowiązek złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków jest zatem niejako rezultatem rozwiązań przyjętych w tych przepisach. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu ma charakter obligatoryjny. Wykonawcy składają to oświadczenie niezależnie od wartości zamówienia. Obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ma charakter fakultatywny w tym znaczeniu, że ciąży on na wykonawcy tylko wówczas, gdy zamawiający w SIWZ przewidział taki obowiązek. Przypomnijmy, że na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wskazanych dokumentów, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Gdy wartość zamówienia jest mniejsza od tej kwoty zamawiający może, ale nie musi żądać złożenia odpowiednich dokumentów (patrz komentarz do art. 26).

2. W braku oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 44 oraz w braku dokumentów, o których mowa w tym przepisie, gdy zamawiający żądał ich złożenia, zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie dopełnił tych czynności (art. 24 ust. 2 pkt 3), a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4). Warto jednak przypomnieć, że znowelizowany w kwietniu 2006 r. przepis art. 26 w ust. 3 obliguje zamawiającego do wezwania 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). Przepis art. 26 ust. 4 nakłada zaś na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.
3. Zakres obowiązku dokumentacji spełniania warunków udziału w postępowaniu wyznacza art. 26. Został on uszczegółowiony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.<sup>1</sup> Rozporządzenie to weszło w życie 25 maja 2006 r.
4. Ofertę uznaje się za złożoną we właściwym miejscu i o właściwym czasie, gdy wykonawca uczynił to w miejscu i terminie wskazanym w SIWZ w taki sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią (dokonać otwarcia ofert — art. 86).

#### **Art. 45. [Wadium]**

1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.
3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
4. Zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5 % do 3 % wartości zamówienia.
5. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.
6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
  - 1) pieniądzu;
  - 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
  - 3) gwarancjach bankowych;
  - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
  - 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz .U. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.).
7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.
8. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
  1. Przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium, wskazują tylko formy jego wnoszenia. Przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wy-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605.

konawcy do udziału w postępowaniu przetargowym (por. art. 704 Kc). Przepis komentowanego artykułu przewiduje w przetargu nieograniczonym wadium obligatoryjne oraz wadium fakultatywne. O tym, czy wadium jest obowiązkowe, czy też zależy od uznania zamawiającego decyduje wartość zamówienia. Określa się tę wartość w oparciu o art. 32–35. Jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców wniesienia wadium (wadium obligatoryjne). Jeżeli natomiast wartość zamówienia jest niższa od wyrażonej w złotych równowartości kwoty, o której mowa wyżej, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium (wadium fakultatywne). W przypadku wadium fakultatywnego staje się ono obowiązkowe, gdy zamawiający zobowiązał wykonawców do jego wniesienia. O obowiązku wniesienia wadium zamawiający informuje w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8) oraz w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 41 pkt 8. W tych dokumentach zamawiający określa także wysokość wadium. W zamówieniach sektorowych zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium (por. uwagi do art. 138c ust. 1 pkt 3).

2. Charakter wadium (obligatoryjne oraz fakultatywne) nie uwalnia zamawiającego od obowiązku stosowania przepisów o wysokości wadium, jego formach i zwrocie. Gdy zamawiający podejmie decyzję o stosowaniu wadium zobowiązany jest przestrzegać wszelkich reguł dotyczących tej instytucji prawnej.
3. Przepisy Pzp nie przewidują możliwości zwolnienia konkretnego wykonawcy od obowiązku wniesienia wadium, tak przez zamawiającego (zasada równego traktowania wykonawców), jak i przez Prezesa UZP w drodze indywidualnej decyzji administracyjnej. Prezes UZP nie może także wyrazić zgody na odstąpienie od obowiązku wnoszenia wadium przez wszystkich wykonawców, gdy wadium jest obligatoryjne. Ustawodawca nakazuje określić wadium kwotowo nie zaś procentowo, co oznacza, że zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu nie może poprzestać na wskazaniu konkretnej dozwolonej procentowej wartości zamówienia, a obowiązany jest wskazać precyzyjnie kwotę. Zamawiający może określić ją w granicach 0,5% do 3% wartości zamówienia. Jeżeli przewiduje możliwość składania ofert częściowych (patrz komentarz do art. 3 pkt 6) lub udzielenia zamówienia w częściach (patrz komentarz do art. 36 ust. 2 pkt 1 i ust. 4) kwotę wadium ustala się dla każdej części z osobna. Kwoty wadium dla każdej części określa się w granicach 0,5% do 3% wartości części zamówienia, której oferta ma dotyczyć. Zamawiający może, jak się wydaje, ustalić wadium w różnych wysokościach dla poszczególnych części zamówienia.
4. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający może w SIWZ i ogłoszeniu wskazać konkretną datę oznaczoną co do dnia i godziny, do której nadejścia wykonawca będzie zobowiązany wnieść wadium. Zamawiający może także żądać od wykonawcy, aby wraz z ofertą przedłożył dowód wniesienia wadium. Przepis ust. 3 nie zezwala na wnoszenie wadium wraz ze złożeniem oferty (w chwili składania oferty). Oznacza to, że czynności tych nie można dokonywać równocześnie. Nie ma jednak przeszkód, aby tak określić wymagania dotyczące wadium, że wykonawca uprawniony będzie do wniesienia go nawet w dniu, w którym upływa termin składania ofert, ale przed nadejściem godziny, do której oferty powinny być złożone.
5. Przepisy Pzp wykluczają z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 4). Gdy upłynął jednak termin ważności wadium w czasie kontroli, skutek prawny, o którym mowa wyżej, nie następuje (art. 168 ust. 6).
6. W obecnym brzmieniu przepisy Pzp wyznaczają zamknięty katalog form wadium, który jest zresztą węższy niż katalog dozwolonych zabezpieczeń należytego wykonania umowy.

Wadium nie może być wniesione w jakimkolwiek papierze wartościowym (por. przepisy art. 921<sup>1</sup>–921<sup>14</sup> Kc). W szczególności wadium nie może być wnoszone w akcjach, obligacjach, wekslach, zastawach na papierach wartościowych emitowanych lub gwarantowanych przez Skarb Państwa, czekach (nawet bankierskich lub inaczej potwierdzonych). Propozycja wniesienia wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury wystawionej przez oddział podległy zamawiającemu, również nie może być uznana jako właściwa forma wniesienia wadium (wyrok SO w Warszawie z dnia 10.12.2002 r. — V Ca 1642/02). Przepis ust. 6 przewiduje *numerus clausus* dozwolonych form wadium. Wybór konkretnej formy lub form należy jednak do wykonawcy. Może on wnosić wadium w formach kombinowanych np. po części w pieniądzach, po części w innych formach. Zamawiającemu nie służy uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium. Wadium jest szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy Kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498–505 Kc). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium dokonując potrącenia własnej wierzytelności wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia.

7. Wadium może być wniesione w pieniądzu, przy czym ustawodawca wyłącza możliwość wniesienia wadium w gotówce. Wadium w pieniądzu wpłaca się na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Na tym rachunku wadium wniesione w pieniądzu jest przechowywane, co oznacza, że zamawiający nie może wydatkować środków finansowych stanowiących wadium do chwili wskazanej w art. 46. Rachunków bankowych dotyczą przepisy art. 49–62 ustawy Prawo bankowe<sup>1</sup>. Umowę rachunku bankowego regulują przepisy art. 725–733 Kc.
8. Ze względu na treść ust. 6 pkt 1 i ust. 7 nie można wnieść wadium w postaci blokady lokaty terminowej na koncie wykonawcy ze wskazaniem zamawiającego jako beneficjenta. Pieniądze muszą wpłynąć na rachunek zamawiającego. Nieaktualny jest zatem wyrok SA w Warszawie z 2 kwietnia 2003 r. (V Ca 1867/02) w tej części, w której wskazano opisaną wyżej formę jako dozwoloną postać wadium. Rachunek zamawiającego powinien być konkretnie oznaczony.
9. Ustawa nie rozstrzyga jednoznacznie, czy wadium może być wnoszone tylko w walucie polskiej czy również w walucie obcej. Definicję waluty obcej zawarto w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo dewizowe<sup>2</sup>. Wydaje się, że wykonawca może wnieść wadium tak w złotych, jak i w walucie obcej. Gdyby intencją ustawodawcy było zawężenie możliwości wniesienia wadium tylko do pieniądza polskiego, treść ust. 6 pkt 1 musiałaby być co najmniej zbliżona do art. 358 Kc, wyrażającego zasadę walutowości. W myśl tego przepisu, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, zobowiązania pieniężne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej mogą być wyrażone tylko w pieniądzu polskim. W ust. 6 pkt 1 nie dokonano identyfikacji pieniądza. Językowa wykładnia słowa „pieniądz” obejmuje zaś tak walutę polską, jak i obcą<sup>3</sup>. Tezę o możliwości wniesienia wadium w pieniądzu „obcym” potwierdza art. 36 ust. 2 pkt 6. W przepisie tym ustawodawca wprost przewiduje możliwość dokonywania rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą w walutach obcych. Skoro możliwe jest dokonywanie rozliczeń w walutach obcych, możliwe być musi ustalenie wadium w takich walutach. W przypadku wniesienia wadium w walucie obcej zamawiający nie ma obowiązku jego „przewalutowania” na pieniądz polski, bowiem waluta obca także może być przechowywana na rachunku bankowym.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1178 z późn. zm.

<sup>3</sup> Por. Z. Radwański, A. Olejniczak Zobowiązania — część ogólna, Warszawa 2005 r., s. 54–60



10. Poręczenia bankowe i gwarancje bankowe są tzw. czynnościami bankowymi przewidzianymi w art. 5 ust. 1 pkt 4 oraz art. 5 ust. 2 pkt 8 Prawa bankowego<sup>1</sup>. W myśl art. 80 powołanej ustawy banki mogą na zlecenie udzielać i potwierdzać gwarancje bankowe oraz poręczenia. Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku — gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji — bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku (art. 81 ust. 1 Prawa bankowego). Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej wymaga pod rygorem nieważności formy pisemnej (art. 81 ust 2 Prawa bankowego). Wadium może być złożone wyłącznie w formie tzw. gwarancji nieodwołalnej. Gwarancja powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji na pierwsze żądanie.
11. Poręczenie bankowe to zobowiązanie banku względem wierzyciela (w interesującym nas przypadku zamawiającego) do spełnienia świadczenia pieniężnego na wypadek, gdyby dłużnik (wykonawca) nie wykonał tego świadczenia (por. art. 84 Prawa bankowego i art. 876 Kc).
12. Przepis ust. 6 pkt 2 po nowelizacji z kwietnia 2006 r. przewiduje możliwość wniesienia wadium także w formie poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej jest dozwolone o tyle, o ile jest poręczeniem pieniężnym. Działalność spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych reguluje ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych<sup>2</sup>. W ustawie tej nie występuje pojęcie poręczenia pieniężnego. Pojęcie to nie jest także znane na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego<sup>3</sup>. Poręczenie należy do kategorii osobistych zabezpieczeń wierzytelności. W praktyce poręczenie najczęściej dotyczy długu obejmującego świadczenie pieniężne. Trudno jednak uznać, że pojęciem poręczenia pieniężnego posłużono się w komentowanym przepisie w tym właśnie znaczeniu. Oznacza to, że wadium może być wniesione przez kasę oszczędnościowo-kredytową w formie swoistej kaucji gwarancyjnej w pieniądzu. Nie podobna zakładać, że poręczenie pieniężne wiąże się z ograniczeniem odpowiedzialności spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej do aktywów w postaci pieniądza. Takie założenie mogłoby prowadzić do powstania sytuacji, w której wadium, ze względu na kondycję spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, byłoby iluzją niezabezpieczającą należycie interesów zamawiającego.
13. Załącznik do ustawy o działalności ubezpieczeniowej<sup>4</sup> w ramach podziału ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń w dziale II w grupie 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową, wyróżniając gwarancję bezpośrednią i gwarancję pośrednią. Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej, własnej regulacji prawnej. Gwarancja ubezpieczeniowa jest w istocie szczególnym rodzajem gwarancji, w której zakład ubezpieczeń gwarantuje wykonanie zobowiązania pieniężnego na wypadek jego niewykonania przez zobowiązanego. W stosunkach prawnych powstających z zamówień publicznych przy gwarancji ubezpieczeniowej występują trzy podmioty:
  - a. wykonawca zobowiązany do świadczenia,

<sup>1</sup> Patrz Prawo bankowe pod red. Eugenii Fojcik-Mastalskiej, Warszawa 2003r., s. 255 i nast. oraz Prawo bankowe — komentarz pod red. Fryderyka Zolla, Kraków 2005 r, s. 87 i nast. oraz s. 757 i nast.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, Dz. U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.

<sup>3</sup> Patrz Kodeks cywilny, komentarz T. II pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004 r., s. 577 i nast. oraz wskazana tam literatura.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1151 z późn. zm.

- b. zamawiający, czyli podmiot, na którego rzecz ma być spełnione świadczenie pieniężne (beneficjent gwarancji), i
  - c. gwarant — zakład ubezpieczeń gwarantujący spełnienie świadczenia pieniężnego przez wykonawcę.
14. Gwarancja ubezpieczeniowa, podobnie jak gwarancja bankowa, jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Zakład ubezpieczeń z reguły odpowiada do określonej w gwarancji kwoty zwanej sumą gwarancyjną, a w jej braku do wysokości szkody zamawiającego. Zobowiązanie gwaranta jest abstrakcyjne i samoistne, co oznacza, że zakład ubezpieczeń odpowiada nie za cudzy dług, lecz za dług własny<sup>1</sup>.
15. Treść ust. 6 pkt 5 zmieniono ustawą o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw<sup>2</sup>. Poręczeń, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości<sup>3</sup> udziela się przedsiębiorcom, podmiotom działającym na rzecz rozwoju gospodarczego oraz podmiotom działającym na rzecz zatrudnienia lub rozwoju zasobów ludzkich. Warto zwrócić uwagę, że wsparcie przeznaczone na powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu może wiązać się z udzieleniem poręczeń lub gwarancji spłaty kredytów lub pożyczek. Wadium może być natomiast wniesione wyłącznie w formie poręczenia, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 powołanej ustawy. Wskazana w tym przepisie gwarancja nie może stanowić wadium. Pojęcie przedsiębiorcy zdefiniowano w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>4</sup>.

#### **Art. 46. [Zwrot wadium]**

- 1. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli:**
  - 1) upłynął termin związania ofertą;**
  - 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;**
  - 3) zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.**
- 2. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy:**
  - 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;**
  - 2) który został wykluczony z postępowania;**
  - 3) którego oferta została odrzucona.**
- 3. Złożenie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona lub wykluczonego z postępowania, wniosku o zwrot wadium jest równoznaczne ze zrzeczeniem się przez wykonawcę prawa do wniesienia protestu.**
- 4. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.**
- 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:**
  - 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;**

<sup>1</sup> Patrz J. Kukielka, Ubezpieczenie kredytu, Warszawa, 1994 r., s. 24; J. Baehr w J. Baehr, T. Kwieciński, Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Warszawa 1999 r., s. 186

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1537

<sup>3</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

1. Komentowany przepis przewiduje dwie grupy przypadków, w których następuje zwrot wadium. W pierwszej grupie zamawiający zwraca wadium działając *ex officio*, a więc bez wniosku wykonawcy. W drugiej grupie przypadków zamawiający zwraca wadium na wniosek wykonawcy. W obu grupach zwrot wadium powinien nastąpić niezwłocznie, co oznacza, że zamawiający ma prawny obowiązek zwrotu wadium bez uzasadnionej zwłoki, a więc nie później niż w następnym dniu roboczym po powzięciu wiadomości o wystąpieniu przyczyny uzasadniającej zwrot wadium.
2. Z własnej inicjatywy zamawiający ma obowiązek zwrotu wadium, gdy upłynął termin związania ofertą. Termin związania ofertą określa SIWZ, przy czym przepis art. 85 określa maksymalne terminy związania. W szczególnym przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą wykonawcy mają obowiązek przedłużenia ważności lub wniesienia nowego wadium na wydłużony okres (patrz komentarz do art. 181). Zamawiający zobowiązany jest również zwrócić niezwłocznie wadium działając bez wniosku wykonawcy, gdy zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy. W przepisie ust. 1 pkt 2 użyto funktora koniunkcji. Zamawiający obowiązany jest zatem do zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została zakwalifikowana jako najkorzystniejsza dopiero po zawarciu umowy z wykonawcą, którego oferta uzyskała kwalifikację najkorzystniejszej i po wniesieniu przezeń zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powiązanie w tym przypadku zawarcia umowy z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy może wywoływać pewne wątpliwości. Uchylenie się przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, od obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie powinno uszczuplać uprawnień do zwrotu wadium wszystkich pozostałych wykonawców uczestniczących w przetargu nieograniczonym, zwłaszcza tych, których oferty ze względów niejako merytorycznych nie mogą być uznane za kolejną ofertę najkorzystniejszą (patrz komentarz do art. 94 ust. 2). Termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego określa art. 94. W przepisie tym nie unormowano kwestii zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została wskazana jako najkorzystniejsza. Formy zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania wskazuje art. 148. Mogą się one różnić od form wadium przewidzianych w art. 45 ust. 6.
3. Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium bez wniosku zainteresowanego, gdy unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia. Unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne następuje w siedmiu przypadkach wskazanych w art. 93 ust. 1. Ostateczne rozstrzygnięcie protestów następuje z kolei po wyczerpaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach Działu VI tj. protestu, odwołania i skargi do sądu. Terminy ostatecznego rozstrzygnięcia protestu precyzyjnie określa art. 182. Termin do wniesienia protestu określa z kolei art. 180 ust. 2.
4. Treść ust. 1 pkt 3 wywołuje pewną wątpliwość. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i rezygnacji przez konkretnego wykonawcę z wniesienia protestu, gdy oferta tego wykonawcy nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, zamawiający powinien zwrócić mu wadium nie czekając na ostateczne rozstrzygnięcie protestów innych wykonawców. Za niemający oparcia w przepisach należy uznać pogląd, wedle którego nie jest dopuszczalne zwrócenie wadium tylko niektórym wykonawcom, a więc tym, którzy nie wnieśli protestu na czynność unieważnienia we wcześniejszym terminie.

5. Gdy upłynął termin do wniesienia protestu, a więc gdy wykonawca zrezygnował z wniesienia protestu na konkretną czynność zamawiającego, zamawiający powinien zwrócić wadium takiemu wykonawcy nie czekając na ostateczne rozstrzygnięcie protestów innych wykonawców. Chodzi w szczególności o przypadek rezygnacji z przystąpienia do już toczącego się postępowania (art. 181 ust. 4 i 5).
6. Przepis ust. 2 wskazuje przypadek zwrotu wadium na wniosek wykonawcy. Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium na wniosek, gdy wykonawca wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert. Możliwość wycofania oferty przewidziano w art. 84 ust. 1. Zamawiający niezwłocznie zwraca także wadium na wniosek wykonawcy wykluczonego z postępowania. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 24. Zamawiający ma w końcu obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium temu wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Przypadki odrzucenia oferty reguluje art. 89.
7. Wykonawca nie może żądać zwrotu wadium w okresie, w którym jest związany ofertą. Tyłko wówczas, gdy wykonawca odmawia wyrażenia zgody na wydłużenie terminu związania nie traci on wadium (patrz komentarz do art. 85 ust. 2 i 3). Wniosek wykonawcy o zwrot wadium zgłoszony po upływie terminu do składania ofert zamawiający może pozostawić bez rozpatrzenia. Innymi słowy nie ma on obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium. Zwrotu wadium wykonawca może natomiast skutecznie żądać po odrzuceniu przez zamawiającego jego oferty lub po wykluczeniu go z postępowania. Złożenie wniosku po odrzuceniu oferty lub po wykluczeniu z postępowania jest równoznaczne z definitywną rezygnacją wykonawcy z prawa do wniesienia protestu (art. 46 ust. 3). Wydaje się, że złożenie wniosku o zwrot wadium po oddaleniu protestu, a przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jest równoznaczne ze zrzeczeniem się prawa do wniesienia odwołania. Podobnie złożenie takiego wniosku po oddaleniu odwołania, a przed upływem terminu do wniesienia skargi do sądu należy uznać za rezygnację z prawa do wniesienia skargi. W takich sytuacjach zamawiający zobowiązany jest zwrócić niezwłocznie wadium wykonawcy.
8. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu zamawiający zobowiązany jest do jego zwrotu wraz z odsetkami uzgodnionymi z bankiem dla danej umowy rachunku bankowego. Zamawiający ma obowiązek dochowania należytej staranności w tym zakresie. Rezygnacja z odsetek bądź uzgodnienie odsetek w wysokości odbiegającej od warunków rynkowych może prowadzić do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego wobec wykonawcy żądającego zwrotu wadium. Odsetki może zamawiający umniejszyć o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Chodzi oczywiście o koszty rachunku bankowego związane z wpłatą przez wykonawcę wadium, nie zaś pełne koszty prowadzenia rachunku bankowego zamawiającego.
9. W kilku przypadkach zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami bankowymi. Dotyczy to wyłącznie sytuacji, w których oferta konkretnego wykonawcy została wybrana. Przepis art. 46 ust. 5 wskazuje trzy takie przypadki. Pierwszy to ten, w którym wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w złożonej przezeń ofercie. Umowa, jak wiadomo, powinna być zawarta w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą (art. 94 ust. 1). Jeżeli wykonawca odmawia zawarcia umowy w terminie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie traci prawa do zwrotu wadium. Drugi przypadek to ten, w którym zamawiający zatrzymuje wadium z powodu niewniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy uregulowano w art. 147–151. Ostatni przypadek, w którym zamawiający ma prawo zatrzymania wadium to sytuacja, w której po wyborze konkretnej

oferty zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Chodzi w istocie o sytuację tzw. zawinionej niemożliwości pierwotnej (powstałej przed wyborem oferty a ujawnionej już po wyborze) i zawinionej przez wykonawcę niemożliwości następczej (powstałej już po wyborze oferty). W sprawie niemożliwości świadczenia por. art. 475 Kc, art. 493 Kc i art. 495 Kc. Niezawiniona przez wykonawcę niemożliwość zawarcia umowy nie powoduje utraty prawa do zwrotu wadium. Niezawiniona niemożliwość zawarcia umowy po stronie zamawiającego nie powoduje utraty prawa do zwrotu wadium. Jeżeli zamawiający uchyla się od zawarcia umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego może żądać podwójnego wadium albo naprawienia szkody (art. 704 §2 Kc in fine).

## **Oddział 2**

### **Przetarg ograniczony**

#### **Art. 47. [Definicja]**

**Przetarg ograniczony to tryb udzielania zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.**

1. Przetarg ograniczony jest dwuetapowym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego równorzędnym z przetargiem nieograniczonym. W pierwszej fazie tej procedury zamawiający ogłasza o zamówieniu. Ogłoszenie adresowane jest ad incertam personam. W tym samym etapie, po upublicznieniu ogłoszenia (patrz komentarz do art. 48 ust. 1) przez zamawiającego, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu i zamawiający zaprasza wybranych przez siebie wykonawców do składania ofert. W drugim etapie wykonawcy składają oferty, po czym zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. W przetargu ograniczonym zamawiający nie prowadzi z wykonawcami jakichkolwiek negocjacji. Tym przede wszystkim przetarg ograniczony różni się od negocjacji z ogłoszeniem (art. 54) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60a). Do składania ofert zapraszani są wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu (patrz komentarz do art. 48 ust. 2 pkt 6). Tylko tym wykonawcom przekazuje się SIWZ. W przetargu ograniczonym zamawiający nie rozpatruje (nie ocenia) ofert podmiotów, które nie zostały zaproszone do ich złożenia<sup>1</sup>.
3. Przetarg ograniczony może prowadzić do zawarcia umowy ramowej (art. 99). Przepisy art. 47–53 stosuje się wówczas odpowiednio, a nie wprost.

#### **Art. 48. [Ogłoszenie]**

1. Do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.
2. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej:
  - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
  - 2) określenie trybu zamówienia;
  - 3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
  - 4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;

<sup>1</sup> Patrz także Janusz Dolecki, „Przetarg ograniczony — niektóre aspekty przeprowadzenia postępowania”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2004, Nr 4, s. 19–22

- 5) termin wykonania zamówienia;
- 6) opis warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszących się do właściwości wykonawcy, wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 7) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert;
- 9) informację na temat wadium;
- 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 11) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 12) adres strony internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie;
- 13) informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
- 14) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna.

1. Przepis ust. 1 nakazuje do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego stosować odpowiednio art. 40. Oznacza to, że ogłoszenie o zamówieniu wymaga upublicznienia w formach przewidzianych w tych przepisach, a o konkretnej formie i kolejności upublicznienia ogłoszenia decyduje wartość zamówienia. Wszczęciem ogłoszenia jest, jak wyjaśniono wcześniej, zamieszczenie pierwszego ogłoszenia w przewidziany prawem sposób (patrz komentarz do art. 40). Ogłoszenie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60.000 euro (art. 4a) powinno zawierać taką samą treść, jak ogłoszenie w postępowaniu dotyczącym przedmiotu zamówienia, którego wartość przewyższa tę kwotę. Różnice polegają jedynie na zawężeniu w tym pierwszym przypadku zakresu i sposobu upublicznienia ogłoszenia.
2. Przepis ust. 2 wskazuje minimalną treść ogłoszenia o przetargu ograniczonym. Obligatoryjne elementy ogłoszenia w dużej mierze nie odbiegają od obowiązkowej treści ogłoszenia o przetargu nieograniczonym (patrz komentarz do art. 41). Jest oczywiste, że jako tryb zamówienia, w ogłoszeniu, o którym mowa w ust. 2 należy wskazać przetarg ograniczony. Ogłoszenie nie wymaga wskazania miejsca i terminu składania ofert oraz terminu związania ofertą (por. art. 41 pkt 10 i 11). Jest to o tyle zrozumiałe, że doprecyzowanie tych elementów procedury następuje w następnej fazie przetargu ograniczonego. W ogłoszeniu o przetargu ograniczonym należy natomiast zamieścić następujące informacje, niewystępujące w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym:
  - informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
  - liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert;
  - miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
3. Wymóg umieszczenia w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym wskazanych wyżej elementów jest związany z kolejnymi czynnościami zamawiającego w procedurze przetargowej. Złożenie oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu umożliwia dokonanie ich selekcji celem zaproszenia do składania ofert (ust. 2 pkt 7). Katalog oświadczeń i dokumentów określa art. 26 oraz przepisy wcześniej przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>. W ogłoszeniu

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605

o zamówieniu zamawiający obowiązany jest przedstawić opis warunków udziału w postępowaniu w tym odnoszących się do właściwości wykonawcy wraz z podaniem ich znaczenia. Zobowiązany jest również opisać sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W istocie chodzi tutaj o wskazanie kryteriów, którymi posłuży się zamawiający ustalając kolejność wykonawców zapraszanych do składania ofert. W praktyce przyjęło się, że waga poszczególnych warunków umożliwi sporządzenie odpowiedniej listy rankingowej. Pozwala ona ustalić konkretnych wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełniania tych warunków. Wśród warunków, o których mowa w ust. 2 pkt 6 wymienia się najczęściej doświadczenie i kwalifikacje profesjonalne poparte właściwymi rekomendacjami, wiarygodność finansową, wielkość obrotów, wielkość i kwalifikacje zespołu wykonawcy dedykowanego do danego zamówienia itp. (patrz komentarz do art. 51). Kryteria warunków udziału w postępowaniu muszą pozostawać w odpowiedniej relacji do właściwości zamówienia. Nie mogą godzić w zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców. Opis warunków udziału w postępowaniu, w tym dotyczący właściwości wykonawcy, nie może wykroczać poza zakres wskazany w art. 22. Zmiana ust. 2 pkt 6 dokonana nowelizacją kwietniową ma w istocie charakter redakcyjny. Na gruncie poprzedniego brzmienia tego przepisu opis warunków udziału w postępowaniu mógł obejmować także właściwości wykonawcy. Aktualne brzmienie tego ustępu usuwa wszelkie ewentualne kontrowersje w tym zakresie. Wskazanie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 8) jest związane z art. 51. Określenie miejsca i terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wiąże się z kolei z art. 49. W przepisie art. 48 ust. 2 pkt 3 nie dokonano zmiany wprowadzonej w art. 41 pkt 4. W obu przepisach ujednolicono natomiast terminologię, posługując się zwrotem „określenie przedmiotu zamówienia”. W ust. 2 pkt 3 nie znalazło się jednak sformułowanie dotyczące „wielkości lub zakresu zamówienia”. Okoliczność ta pozostaje bez wpływu na możliwość udzielania zamówienia w częściach. W przetargu ograniczonym zamawiający, podobnie jak w przypadku przetargu nieograniczonego, ma nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek oznaczenia wielkości, jak i zakresu zamówienia.

4. Ogłoszenie o zamówieniu udzielanym w trybie przetargu ograniczonego powinno wskazywać adres strony internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Sformułowanie użyte w ust. 2 pkt 12 zdaje się wskazywać, że udostępnienie SIWZ („jeżeli zamawiający udostępni ją na tej stronie”) jest fakultatywne. Potwierdza tę konstatację treść art. 51 ust. 4 oraz porównanie treści ust. 2 pkt 12 z treścią art. 41 pkt 3. Odmiennosc regulacji przyjętych w tym zakresie jest niezrozumiała.
5. W ogłoszeniu o przetargu ograniczonym zamawiający zobowiązany jest zamieścić informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej. Umowę tę można zawrzeć po przeprowadzeniu postępowania, w którym odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem (art. 99).
6. W ogłoszeniu o przetargu ograniczonym nie zamieszcza się informacji o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów. System ten może być bowiem wdrażany przy odpowiednim zastosowaniu wyłącznie przepisów dotyczących przetargu nieograniczonego nie zaś przetargu ograniczonego (art. 102).
7. W ogłoszeniu dotyczącym przetargu ograniczonego należy zamieścić informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W tym przypadku zamawiający zobowiązany jest wskazać adres strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja (art. 91a–91c). Może to być adres tak własnej strony internetowej zamawiającego, jak i adres internetowy innego podmiotu.
8. Wzór ogłoszenia o przetargu ograniczonym zamieszczono w Załączniku Nr 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Preze-

sowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup>. Podobnie jak inne rozporządzenia wydane po uchwaleniu nowelizacji kwietniowej weszło ono w życie wraz z nowelą.

#### **Art. 49. [Dopuszczenie do udziału w postępowaniu]**

- 1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.**
- 2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż:**
  - 1) 30 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;**
  - 2) 37 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony w pkt 1.**
- 3. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż:**
  - 1) 10 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;**
  - 2) 15 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich faksem.**

1. W pierwszym etapie postępowania w trybie przetargu ograniczonego wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym celu w ogłoszeniu zamawiający wyznacza właściwe terminy. Długość terminu jest uzależniona od wartości zamówienia (patrz art. 32–35 i art. 43). Gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 termin do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie może być krótszy niż 15 dni. Termin ten biegnie od dnia publikacji ogłoszenia, a nie od dnia przekazania ogłoszenia właściwym organom.
2. Gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 przewidziano dłuższe, zróżnicowane, terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu. Długość tych terminów uzależniono od przyjętego sposobu przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji. Gdy ogłoszenie przekazano Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, zamawiający może wyznaczyć nie krótszy niż 30 dni termin składania wniosków. Termin ten biegnie nie od dnia ogłoszenia, lecz od dnia przekazania ogłoszenia. Gdy ogłoszenie przekazano UOPWE w inny sposób, zamawiający może wyznaczyć nie krótszy niż 37 dni termin składania wniosków. W tym przypadku początkiem biegu terminu jest także dzień przekazania ogłoszenia, nie zaś dzień ogłoszenia.
3. We wszystkich przypadkach ustawodawca wskazuje minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie zawsze zamawiający powinien

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.



przyjmować terminy minimalne, bowiem wyznaczenie stosownego terminu musi uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów. W praktyce zamawiający wskazuje konkretne daty, do których nadejścia zainteresowani winni złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym.

4. Ustawodawca nie przewiduje możliwości skrócenia terminu wskazanego w ust. 1 nawet w sytuacjach nadzwyczajnych. Nie zezwala także na skrócenie terminu zgłoszenia wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym w przypadku tzw. wstępnego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniach planowanych. W tym ostatnim przypadku można skrócić wyłącznie termin do składania ofert (patrz komentarz do art. 52 ust. 3). Rozwiązanie przyjęte w przetargu ograniczonym nie odbiega, co do zasady, od konstrukcji przyjętej w przetargu nieograniczonym (patrz komentarz do art. 43 ust. 3).
5. Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym przewidziane w ust. 2 inaczej niż w przypadku przewidzianym w ust 1 mogą być przez zamawiającego skrócone w sytuacjach nadzwyczajnych. Gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia zamawiający może skrócić terminy 30 i 37-dniowe. Może wyznaczyć nie krótszy niż 10 dni termin biegnący od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie albo termin 15 dni biegnący od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE faksem.
6. Ustawodawca nie definiuje „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”. Warto podkreślić, że jej wystąpienie i co za tym idzie możliwość skrócenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym może wiązać się tak z przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego, jak i z okolicznościami niezależnymi od niego (patrz komentarz do art. 62 ust. 1 pkt 4 i art. 67 ust. 1 pkt 3). Stan „pilnej potrzeby” to najczęściej taka sytuacja, w której stosowanie zwykłych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym mogłoby prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego, bądź sytuacja, w której względy społeczne, techniczne lub organizacyjne decydują o konieczności skrócenia terminu składania wniosków.

#### **Art. 50. [Spełnianie warunków]**

**Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty.**

1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wykonawcy składają wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, a nie wraz z ofertą (por. art. 44). Jest to o tyle zrozumiałe, że owo spełnienie warunków uprawnia zamawiającego do zaproszenia wykonawcy do złożenia oferty. Treść komentowanego artykułu *in fine* nie jest w pełni dostosowana do treści art. 48 ust. 2 pkt 7, bowiem możliwość żądania złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków nie jest w przypadku przetargu ograniczonego pozostawiona uznaniu zamawiającego. Skoro w art. 48 ust. 2 pkt 7 informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazano jako obligatoryjną treść ogłoszenia, zamawiający nie może zrezygnować z żądania przedłożenia tych oświadczeń i dokumentów.

2. Zakres obowiązku udokumentowania spełniania warunków określa art. 26 i przepisy 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<sup>1</sup>.

#### **Art. 51. [Zaproszenie do składania ofert]**

- 1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.**
  - 1a. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**
  - 2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.**
  - 3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.**
  - 4. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 47. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.**
1. Zaproszenie do składania ofert otwiera kolejny etap przetargu ograniczonego. Wymaga ono formy wskazanej w art. 27. Ustawodawca nie określa jednak minimalnej treści zaproszenia (patrz komentarz do art. 59 ust. 2). Zaproszenie jest oświadczeniem zamawiającego kierowanym do zindywidualizowanych adresatów. Nie wymaga ono upublicznienia, a zamawiający nie ma obowiązku informowania wykonawców o tym, kogo zaprosił do składania ofert. Na żądanie zobowiązany jest jednak ujawnić te informacje, zwłaszcza, że ciąży na nim obowiązek poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Jak wspomniano wcześniej w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym zamawiający zobowiązany jest wskazać liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 8). Liczba ta nie może być mniejsza niż 5 i większa niż 20. Liczby wskazanej w ogłoszeniu zamawiający nie może zmieniać w toku postępowania, a liczba ustalona w ogłoszeniu musi zapewniać właściwą konkurencję.
3. Po złożeniu przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do przetargu ograniczonego zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustala właściwą kolejność wykonawców i kieruje zaproszenia do ustalonej w ogłoszeniu, a mieszczącej się przedziale wskazanym w ust. 1 liczby wykonawców. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest wyższa od ustalonej w ogłoszeniu, zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełnienia warunków. Zamawiający nie może zaprosić do składania ofert wykonawców w liczbie przewyższającej liczbę wskazaną w ogłoszeniu. W odniesieniu do rankingu wykonawców patrz komentarz do art. 48 ust. 2 pkt 6.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605.

4. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzedza zaproszenie do składania ofert. W tym kontekście pewne wątpliwości wywołuje lokalizacja ust. 1a. W istocie zamawiający równocześnie zaprasza wykonawców do udziału w przetargu ograniczonym oraz informuje ubiegających się o zamówienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Użyte w ust. 1a sformułowanie „niezwłocznie” oznacza, że zamawiający nie może kierować zaproszeń do składania ofert nie poinformowawszy wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków i otrzymanych przez poszczególnych wykonawców ocenach. Wykonawca nie zakwalifikowany do drugiego etapu przetargu ograniczonego ma uprawnienie do złożenia protestu i wniesienia dalszych środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI, o ile wykaże, że jego interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku. W braku interesu prawnego, np. wówczas, gdy zmiana rankingu nie mogłaby prowadzić do wystosowania zaproszenia określonego wykonawcy, wykonawcy temu protest nie służy. Dokonana nowelizacją kwietniową zmiana art. 51 poprzez dodanie do niego ust. 1a ma istotny wpływ na ustalenie biegu terminu do wniesienia protestu na czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Termin ten biegnie nie później, niż od dnia wystosowania zaproszeń do wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, bowiem wykonawcę niezaproszonego traktuje się jak wykluczonego z postępowania.
5. Jeśli warunki udziału w postępowaniu spełnili wykonawcy w liczbie mniejszej od przyjętej w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy spełnią te warunki. Jeżeli np. liczbę wykonawców określono na 10, a warunki udziału spełnia 8 wykonawców, zamawiający zobowiązany jest zaprosić do składania ofert 8 wykonawców. Jeżeli przyjęto liczbę 5 wykonawców, a warunki spełnia 3, musi zaprosić do składania ofert 3 wykonawców. Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe także wówczas, gdy na tym etapie wpłynął tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu. Jeżeli żaden wykonawca nie zgłosił wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, zamawiający unieważnia postępowanie (art. 93 ust. 1 pkt 1).
6. Zapraszając do składania ofert wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający przekazuje im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Niezrozumiałe jest, dlaczego w tym samym czasie zamawiający ma obowiązek wskazania terminu i miejsca opublikowania ogłoszenia, o którym mowa w art. 47. Ogłoszenie to musi być znane tym wykonawcom, skoro zgłosili oni wcześniej, niejako w reakcji na publikację ogłoszenia, wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. W SIWZ nie zamieszcza się opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5), a także informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6). Wskazany opis i informację zawiera wyłącznie ogłoszenie. W przetargu ograniczonym nie znajduje zastosowania norma zawarta w art. 42 ust. 2. Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy SIWZ nieodpłatnie. W przepisach dotyczących przetargu ograniczonego nie zawarto ogólnego przepisu blankietowego, nakazującego stosować do tego trybu, w zakresie nieuregulowanym odmiennie, odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym (patrz komentarz do art. 53 oraz do art. 37).

## **Art. 52. [Termin składania ofert]**

- 1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty,**

- z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.
  3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy co najpóźniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
  4. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni.
  5. Zamawiający może wyznaczyć termin, o którym mowa w ust. 2, krótszy o 5 dni, jeżeli udostępni specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.
1. Terminy składania ofert zamawiający wyznacza w zaproszeniu kierowanym do wybranych wykonawców. Musi on być jednakowy dla wszystkich wykonawców zaproszonych do składania ofert. W praktyce w zaproszeniu zamawiający wskazuje datę (co do dnia i godziny), do której oczekuje na złożenie ofert.
  2. Komentowany przepis wyznacza minimalne terminy składania ofert. Ich długość jest uzależniona od wartości przedmiotu zamówienia. Jeśli wartość zamówienia jest wyższa od kwot określonych w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8, termin do składania ofert w przypadku dostaw i usług powinien uwzględniać czas niezbędny na ich przygotowanie i złożenie, ale nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania oferty. W przypadku zamówienia na roboty budowlane termin składania ofert nie może być przy tej wartości zamówienia krótszy niż 14 dni (patrz art. 111 Kc oraz komentarz do art. 27 i art. 28).
  3. Gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi przyjęte w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 termin składania ofert nie może być krótszy od 40 dni. Termin ten, podobnie jak w przypadkach uregulowanych w ust. 1, biegnie od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. W ust. 3 zastosowano konstrukcję zbliżoną do rozwiązania przyjętego w art. 43 ust. 4. Termin do składania ofert nie może być krótszy niż 36 dni. Ustawową przesłanką skrócenia terminu 40 dniowego do 36 dni jest zawarcie informacji o przetargu ograniczonym we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy i uprzednie przekazanie ogłoszenia wstępnego UOPWE co najmniej na 52 dni przed przekazaniem ogłoszenia o konkretnym zamówieniu lub zamieszczenie ogłoszenia w tzw. profilu nabywcy (patrz komentarz do art. 13).
  4. W wyjątkowych przypadkach, gdy występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia, termin przyjęty w ust. 2 (40 dni) może zostać skrócony. Zamawiający może wyznaczyć termin do składania ofert nie krótszy niż 10 dni. Warto podkreślić, że ustawa nie przewiduje możliwości skrócenia terminu przyjętego w art. 50 ust. 3, a tylko terminu, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu (patrz komentarz do art. 43 i art. 49).

5. Postępowanie prowadzi się, jeżeli po zaproszeniu do składania ofert złożono co najmniej jedną ofertę nie podlegającą odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1). Jedyna oferta jest wówczas z reguły ofertą najkorzystniejszą. Gdy jednak cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się. W braku ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający unieważnia postępowanie (art. 93 ust. 1 pkt 1).

### **Art. 53. [Odesłania]**

#### **Do przetargu ograniczonego stosuje się przepisy art. 45 i 46.**

Przepis tego artykułu zawiera odesłanie do przepisów dotyczących wadium. Przepisy te stosuje się wprost, a nie odpowiednio. Do przetargu ograniczonego nie stosuje się pozostałych przepisów dotyczących przetargu nieograniczonego, za wyjątkiem art. 40, który powinien być stosowany odpowiednio. Do przetargu ograniczonego nie stosuje się więc art. 41–44.

## **Oddział 3 Negocjacje z ogłoszeniem**

### **Art. 54. [Definicja]**

**Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.**

1. W przepisach Pzp odstąpiono od stosowania dawnego przetargu dwustopniowego i negocjacji z zachowaniem konkurencji. W miejsce tych dwóch trybów ustawodawca wprowadził negocjacje z ogłoszeniem oraz negocjacje bez ogłoszenia. Nowelizacja z kwietnia 2006 r. wskazane dwa tryby negocjacyjne poszerza o kolejny, tj. dialog konkurencyjny. Wprowadzenie dialogu konkurencyjnego spowodowało liczne zmiany w przepisach, dotyczących negocjacji z ogłoszeniem. Niezależnie od tego procedura ta nadal pozostaje otwartym, negocjacyjnym i zarazem konkurencyjnym trybem udzielania zamówień.
2. Po zmianach wprowadzonych nowelizacją kwietniową negocjacje z ogłoszeniem tworzą cztery stadia. W pierwszym zamawiający publicznie ogłasza o zamówieniu, a wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stadium następne to kwalifikacja wykonawców, a więc ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenie wykonawców spełniających te warunki do składania tzw. ofert wstępnych. Ten etap postępowania kończy złożenie przez wykonawców ofert wstępnych. Trzecie stadium obejmuje ocenę ofert wstępnych i negocjacje z wykonawcami, których oferty nie zostały odrzucone. Ostatni etap rozpoczyna przekazanie zaproszenia do złożenia ofert. Wykonawcy składają oferty, a zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Dzięki tym zmianom negocjacje z ogłoszeniem stały się najbardziej długotrwałym trybem udzielania zamówień publicznych. Jest to jedyny tryb, w którym wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dwukrotnie oferty (wstępną i ostateczną) oraz prowadzą z zamawiającym negocjacje<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Patrz także Janusz Dolecki, „Negocjacje z ogłoszeniem — niektóre aspekty przeprowadzania postępowania”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2004 r., Nr 5, s. 31–34.

## Art. 55. [Przesłanki stosowania]

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 5) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

1. Komentowany przepis wskazuje pięć przypadków, w których zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Każdy z nich z osobna daje zamawiającemu prawo do podjęcia procedury w tym trybie. Warto zwrócić uwagę, że katalog przesłanek stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w pewien sposób zbliża się do przesłanek stosowania trybu dialogu konkurencyjnego.

2. W praktyce szczególne znaczenie należy przypisać przypadkowi uregulowanemu w ust. 1 pkt 5, stanowi on bowiem wyjątek od reguły wyrażonej w art. 10 ust. 1. Ze względu na wartość zamówienia zamawiający może tak w odniesieniu do dostaw, usług, jak i robót budowlanych zastosować omawiany tryb bez potrzeby dochowania jakichkolwiek dalszych przesłanek. Innymi słowy tryb negocjacji z ogłoszeniem przy wartości zamówienia do kwoty niższej niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 jest trybem równoprawnym z trybami przetargowymi. Podobne rozwiązanie przewidziano dla zamówień sektorowych (patrz komentarz do art. 134), w których art. 55 nie stosuje się.

3. W ust. 1 pkt 1 ustawodawca przewidział możliwość prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, gdy wcześniej prowadzone postępowanie przetargowe (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony) albo dialog konkurencyjny nie dało pożądanego rezultatu, a więc gdy wszystkie oferty odrzucono. Chodzi o przypadki uregulowane w art. 93 ust. 1, pkt 1 in principio. Bez znaczenia pozostaje przyczyna odrzucenia ofert. Ich odrzucenie na jakiegokolwiek podstawie wskazanej w art. 89 ust. 1 otwiera drogę do negocjacji z ogłoszeniem. Do zastosowania negocjacji z ogłoszeniem nie uprawnia natomiast zamawiającego brak wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz brak ofert w postępowaniach przetargowych oraz w dialogu konkurencyjnym. Ustawodawca świadomie, jak można sądzić, zawęził zakres stosowania art. 55 ust. 1 pkt 1, bowiem wyłączył możliwość zastosowania negocjacji z ogłoszeniem, gdy w postępowaniach przetargowych nie złożono jakiegokolwiek oferty, bądź też nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Konstatację tę potwierdza art. 62

ust. 1 pkt 1. We wskazanych wyżej sytuacjach zamawiający może zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Na marginesie warto zauważyć, że Pzp powinno zawierać ogólną normę, wedle której każdy mniej rygorystyczny tryb udzielania zamówień mógłby być zastępowany trybem bardziej rygorystycznym. W takim ujęciu zamawiający mógłby udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przypadkach regulowanych w art. 62 ust. 1 pkt 1, 2 i 3.

4. Negocjacje z ogłoszeniem można prowadzić, gdy postępowanie prowadzono wcześniej stosując alternatywnie chociażby jeden raz jeden z trybów przetargowych lub dialog konkurencyjny. Dodatkową przesłanką umożliwiającą zastosowanie tego trybu na podstawie ust. 1 pkt 1 jest niezmiennianie w istotny sposób pierwotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że w ponawianym postępowaniu treść SIWZ powinna być w zasadzie identyczna. Jednakże nie wszystkie zmiany można kwalifikować jako istotne. Np. zmianą istotną nie jest termin wykonania zamówienia. Za zmiany istotne natomiast należy uznać wszystkie te zmiany, które prowadzą do modyfikacji elementów przedmiotowo istotnych danego kontraktu (*essentialia negotii*).
5. Negocjacje z ogłoszeniem można stosować wyjątkowo, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, roboty budowlane lub usługi, a ze względu na ich charakter lub związane z nimi ryzyko nie można wcześniej dokonać ich wyceny. Tryb ten można stosować na podstawie ust. 1 pkt 2, gdy ze względu na oryginalność przewidywanej technologii, potrzebę stosowania unikatowych materiałów lub rozwiązań technologicznych, szczególne wymogi jakościowe lub prototypowy charakter lub podobne okoliczności, niemożliwe jest wcześniejsze ustalenie wartości zamówienia. Ustawa posługuje się wprawdzie pojęciem wyceny, ale chodzi w istocie o ustalenie wartości zamówienia w oparciu o art. 32–35.
6. Przepis ust. 1 pkt 2 dotyczy tak dostaw, robót budowlanych, jak i usług. Po nowelizacji kwietniowej stosuje się więc go także do dostaw. W przypadku robót budowlanych zamawiający może zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem, gdy ustalenie wartości zamówienia w braku kosztorysu inwestycyjnego albo w braku tzw. programu funkcjonalno-użytkowego, zawierającego zestawienie planowanych kosztów robót budowlanych jest niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do dostaw i usług. Utrudnienia w szacunkowym określeniu wartości zamówienia nie uprawniają zamawiającego do stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Dopiero w braku możliwości ustalenia wartości dostawy lub usługi może ten tryb zastosować. Dobrym przykładem mogą być usługi geologiczne, wiertnicze, niektóre usługi doradcze itp. oraz związane z takimi usługami dostawy.
7. Przepis ust. 1 pkt 2 wiąże przesłankę zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem z charakterem dostaw, robót budowlanych lub usług i związanymi z nimi ryzykami. Pojęcia te są wieloznaczne i nieostre. Nie bardzo wiadomo, czy w przypadku usług ich „charakter” stanowi to samo, co „szczegółowe cechy usługi”, o których mowa w ust. 1 pkt 3. Warto również podkreślić, że w przypadku usług wskazanych w art. 5 ust. 1 przesłanki wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem w ogóle nie muszą być dochowane.
8. Przepis ust. 1 pkt 3 dotyczy wyłącznie usług. Mowa jest o takich usługach, których szczegółowych cech nie da się z góry określić w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi zatem o świadczenia, nie będące robotami budowlanymi lub dostawami, których nie można opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający może je szczegółowo opisać dopiero po negocjacjach (patrz komentarz do art. 2 pkt 10, art. 29, art. 30 i art. 58).
9. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane i usługi (tzw. zamówienia mieszane), do udzielenia zamówienia można stosować ust. 1

pkt 3, gdy wartościowy udział usług jest w danym zamówieniu największy (art. 6 ust. 1). Trybu negocjacji z ogłoszeniem nie można stosować na podstawie ust. 1 pkt 3 do usług polegających na rozmieszczaniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, jeżeli usługom tym towarzyszą dostawy. Do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw (art. 6 ust. 2). Jak wiadomo przepis ust. 1 pkt 3 nie dotyczy dostaw. Przez szczegółowe cechy usługi nie należy rozumieć nazw i kodów określonych w CPV. Nawet w przypadku, gdy usługę da się przypisać do konkretnej nazwy i kodu przepis ust. 1 pkt 3 może być stosowany. Brak możliwości wyboru najkorzystniejszej z oferty ze względu na szczególne cechy usług, a nie ogólną niemożność klasyfikacji usługi, uprawnia zamawiającego do zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem.

10. Warto podkreślić, że tryb negocjacji z ogłoszeniem może być zastosowany tylko w przypadku uprzedniej niemożności określenia szczegółowych cech zamawianych usług. Trudności w określeniu tych cech same w sobie nie uzasadniają zastosowania negocjacji z ogłoszeniem jako trybu udzielenia zamówienia. Niemożność określenia cech usług musi być związana z jednym z przetargowych trybów udzielania zamówień. W braku możliwości ustalenia szczegółowych cech usług w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego zamawiający może zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem. Trudności w określeniu szczegółowych cech usług ze względu na złożony charakter zamówienia uprawniają go do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego (art. 60b ust. 1 pkt 1). W komentowanym przepisie pojęcie apriorycznej (uprzedniej) niemożności dotyczy określenia szczegółowych cech zamawianych usług. W art. 60b ust. 1 pkt 1 mowa natomiast o niemożności udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. W obu przypadkach chodzi o niemożność ocenianą wedle kryteriów zobiektywizowanych, nie zaś subiektywną niemożność określenia cech usług bądź subiektywną niemożność prowadzenia postępowania w trybie przetargowym.
11. Negocjacje z ogłoszeniem można stosować, gdy przedmiotem zamówienia są szczególnie roboty budowlane, a mianowicie prowadzone w celach badawczych, doświadczalnych i rozwojowych. Tryb ten można zastosować także do dostaw niezbędnych do wykonania takich robót (art. 6 ust. 3). Usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych z zasady nie podlegają Pzp (patrz komentarz do art. 4 pkt 3 lit. e). Wskazane wyżej cechy robót budowlanych same przez się nie uprawniają zamawiającego do zastosowania negocjacji z ogłoszeniem. Istotne jest, aby cel badawczy, doświadczalny lub rozwojowy był jedynym (wyłącznym) celem tych robót. W razie prowadzenia robót budowlanych dla zysku tryb negocjacji z ogłoszeniem nie może być zastosowany na podstawie ust. 1 pkt 4. Podobnie rzecz ma się w przypadku prowadzenia robót budowlanych w celu sfinansowania kosztów badań lub rozwoju. Prowadzenie robót dla zysku lub w celu sfinansowania kosztów badań lub rozwoju następuje w ramach tzw. działalności gospodarczej. Tę definiuje art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>1</sup>. Działalnością gospodarczą jest min. zarobkowa działalność budowlana, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.
12. Definicję legalną badań naukowych obejmujących badania podstawowe oraz badania stosowane zawarto w ustawie o zasadach finansowania nauki<sup>2</sup>. Badania podstawowe to działalność badawczo-eksperymentalna lub teoretyczna, podejmowana w celu zdobycia nowej wiedzy o zjawiskach i faktach, nie ukierunkowana na bezpośrednie zastosowanie w praktyce (art. 2 pkt 2 lit. a przywołanej ustawy). Badania stosowane to działalność badawcza podejmowana w celu zdobycia nowej wiedzy, ukierunkowana na zastosowanie w praktyce

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 238, poz. 2390 z późn. zm.



(art. 2 pkt 2 lit. b). Nie ulega wątpliwości, że w ust. 1 pkt 4 chodzi o prace badawcze obejmujące tzw. badania stosowane. Przez prace rozwojowe rozumie się z kolei prace wykorzystujące dotychczasową wiedzę, prowadzone w celu wytworzenia nowych lub udoskonalenia istniejących materiałów, wyrobów, urządzeń, usług, procesów, systemów lub metod (art. 2 pkt 3 ustawy o zasadach finansowania nauki). Prace doświadczalne można utożsamiać z działalnością innowacyjną. Rozumie się przez nią prace związane z przygotowaniem i uruchomieniem wytwarzania nowych lub udoskonalonych materiałów, wyrobów, urządzeń, usług procesów, systemów lub metod przeznaczonych do wprowadzania na rynek albo do innego wykorzystania w praktyce. Zakończenie działalności innowacyjnej następuje z dniem uruchomienia nowej produkcji, technologii lub usług, zastosowania nowego rozwiązania organizacyjnego albo z dniem wprowadzenia na rynek. Za roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych można także uznać badania przemysłowe oraz badania przedkonkurencyjne. Mieszczą się one w pojęciu badań prowadzonych w celach doświadczalnych. W myśl art. 2 pkt 4 ustawy o zasadach finansowania nauki badania przemysłowe to planowe badania, które mają na celu pozyskanie nowej wiedzy, która może być przydatna do opracowania nowych albo znaczącego udoskonalenia istniejących produktów, procesów lub usług. Badania przedkonkurencyjne to przekształcanie wyników badań przemysłowych na plany, założenia lub projekty nowych, zmodyfikowanych lub udoskonalonych produktów, włączając w to wykonanie prototypu nieprzydatnego komercyjnie; badania te nie obejmują rutynowych lub okresowych zmian dokonywanych w istniejących produktach, liniach produkcyjnych, procesach produkcyjnych, usługach i innych działaniach, nawet jeżeli te zmiany stanowią usprawnienie (art. 2 pkt 5 ustawy o zasadach finansowania nauki). W odniesieniu do działalności badawczo-rozwojowej patrz także przepisy ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych<sup>1</sup>.

13. Zamówienia na roboty budowlane, których wartość jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 mogą być udzielone wykonawcom nawet w braku jakiegokolwiek przesłanki wskazanej w ust. 1 pkt 1–4. Przepis ten dotyczy tak dostaw, usług, jak i robót budowlanych.
14. Gdy wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość 20 000 000 euro lub jest tej kwocie równa, zamawiający ma obowiązek w terminie 3 dni od dnia przekazania ogłoszenia i jego upublicznienia w sposób unormowany w art. 40 poinformować Prezesa UZP o wszczęciu postępowania. Informacja musi zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Podobna reguła obowiązuje co do dostaw i usług, z tym że relewantna jest wówczas kwota 10 000 000 euro. Niedochowanie tego obowiązku pozostaje bez wpływu na ważność postępowania.

## **Art. 56. [Ogłoszenie, dopuszczenie do udziału w postępowaniu]**

- 1. Do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio.**
  - 2. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.**
1. Postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem wszczyna się, jak sama nazwa wskazuje, przez ogłoszenie kierowane *ad incertam personam*. Jest ono upubliczniane i przekazywane adresatom w sposób uregulowany w art. 40, bowiem w tym zakresie stosuje się

<sup>1</sup> Tekst jednolity, Dz. U. z 2001 r. Nr 33, poz. 388 z późn. zm.

powołany wyżej przepis. Przewidziane w przepisie tym progi determinujące sposób ogłoszenia są miarodajne także dla negocjacji z ogłoszeniem.

2. W nowelizacji z kwietnia 2006 r. ustawodawca poniechał unormowania treści ogłoszenia w sposób bezpośredni. Przepis ust. 1 ma charakter blankietowy. Do ogłoszenia występującego w tym trybie stosuje się odpowiednio przepis o ogłoszeniu dotyczący przetargu ograniczonego. Ogłoszenie w negocjacjach z ogłoszeniem musi zatem zawierać 14 elementów, wskazanych w art. 48 ust. 2. Wzór ogłoszenia zamieszczono w załączniku Nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup> (patrz komentarz do art. 11 ust. 7).
3. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem stosuje się odpowiednio art. 49 i art. 50. Oznacza to, że terminy do składania wniosków zamawiający wyznacza według reguł stosowanych w przetargu ograniczonym dla złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wraz z wnioskiem wykonawca zobowiązany jest złożyć właściwe oświadczenia i dołączyć odpowiednią dokumentację (patrz komentarz do art. 49 i art. 50).

#### **Art. 57. [Zaproszenie do negocjacji]**

1. **O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**
  2. **Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7. Przepisy art. 82–84, art. 89 ust. 1 pkt 1–3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2–4 stosuje się odpowiednio.**
  3. **Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.**
  4. **Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wszystkich wykonawców spełniających te warunki.**
  5. **Wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych zamawiający przekazuje specyfikacje istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 9 i 11 nie stosuje się.**
  6. **Zamawiający wyznacza termin składania ofert wstępnych, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty wstępnej, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych.**
1. Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień publicznych dialogu konkurencyjnego spowodowało zmianę rozwiązań przyjętych w odniesieniu do trybu negocjacji z ogłoszeniem. W pierwszym etapie postępowania następuje kwalifikacja wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z kryteriami zawartymi w ogłoszeniu sporządza ranking wykonawców. O rezultatach procedury kwalifikacyjnej (ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz o przyzna-

<sup>1</sup>Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.

nych wykonawcom ocenach informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski. Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcom pełną listę rankingową oraz informację o tym, czyje wnioski zostały odrzucone. Wedle własnego wyboru może połączyć informację o postępowaniu kwalifikacyjnym z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, bądź przekazać tę informację i zaproszenie w dwóch odrębnych dokumentach. Informacja o rezultatach postępowania kwalifikacyjnego (rankingu) musi być przekazana wykonawcom niezwłocznie. Ustawa nie nakłada natomiast na zamawiającego obowiązku niezwłocznego zaproszenia wykonawców do składania ofert wstępnych. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna być przeprowadzona bez zbędnej zwłoki. Warto jednak zauważyć, że ustawa nie przewiduje publicznego „otwarcia” wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie wyznacza zamawiającemu terminu do dokonania oceny. Nakłada jednak na niego obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawców o efektach postępowania kwalifikacyjnego, a zatem powinien przekazać im tę informację w dniu dokonania oceny albo w następnym dniu roboczym po dokonaniu tej czynności. Wszyscy wykonawcy powinni być zawiadomieni o wynikach w tym samym dniu. Formę zawiadomienia zamawiający wyznacza zgodnie z regulami ustalonymi w art. 27.

2. Ustawa określa minimalną liczbę wykonawców zapraszanych do złożenia tzw. ofert wstępnych. Nie definiuje przy tym pojęcia oferty wstępnej. W związku z art. 54 należy stwierdzić, że oferta wstępna to taka oferta, w której nie wskazując ceny wykonawca wyraża wolę zawarcia umowy w odniesieniu do określonego przedmiotu zamówienia.
3. Ustawa nakazuje stosować do ofert wstępnych odpowiednio, a nie wprost art. 82–84. Oznacza to, że wykonawca może w postępowaniu prowadzonym w negocjacjach z ogłoszeniem złożyć tylko jedną ofertę wstępną. Oferta wstępna wymaga, pod rygorem nieważności, formy pisemnej, albo za zgodą zamawiającego, formy elektronicznej równoważnej z formą pisemną, z podpisem elektronicznym, weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Oferta wstępna może mieć postać oferty wariantowej. Może też wiązać się ze złożeniem tzw. oferty częściowej. Treść oferty wstępnej musi odpowiadać treści SIWZ. Wykonawca, który złożył ofertę wstępną może przed upływem terminu do składania ofert, własną ofertę zmienić lub wycofać.
4. Do ofert wstępnych nie stosuje się art. 85, wykonawca zatem nie jest związany swoją ofertą wstępną. Ustawodawca nie przewiduje konstrukcji otwarcia ofert wstępnych, o której mowa w art. 86. Zamawiający może zapoznawać się z ofertami wstępnymi niezwłocznie i kolejno po ich złożeniu przez poszczególnych wykonawców.
5. Do ofert wstępnych nie stosuje się jawnej procedury otwarcia tych ofert. W negocjacjach z ogłoszeniem do ofert wstępnych nie stosuje się także art. 87 i art. 88. W toku badania ofert wstępnych oraz ich oceny nie można zmieniać treści tych dokumentów. Ustawa nie reguluje procedury badania i oceny ofert wstępnych, jest jednak oczywiste, że zamawiający dokonuje tych czynności. Do takiego wniosku prowadzi art. 57 ust. 2 zdanie ostatnie. Stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 1–3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2–4 do ofert wstępnych wiąże się z badaniem i oceną tych ofert. Zamawiający nie sporządza rankingu ofert wstępnych, ale klasyfikuje je wyłącznie wedle kryteriów związanych z ewentualną potrzebą ich odrzucenia bądź nieważności postępowania.
6. Przepis ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek zaproszenia do złożenia ofert wstępnych wykonawców spełniających warunki udziału wskazane w ogłoszeniu, w liczbie w nim określonej. Zamawiający powinien przyjąć liczbę nie mniejszą niż 5. Jeżeli jednak wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro, zamawiający zobowiązany

jest przyjąć liczbę nie mniejszą niż 7. Wydaje się, że w przypadku wszczęcia postępowania na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 2, gdy rozmiar robót budowlanych, usług lub dostaw ma być nieznaną ze względu na wyjątkową sytuację, a usługi, dostawy lub roboty budowlane mają mieć większą wartość, zamawiający powinien z ostrożności (w braku możliwości wcześniejszej wyceny) ustalać liczbę wykonawców nie mniejszą niż 7.

7. Od liczby wykonawców ustalonej w ogłoszeniu należy odróżnić liczbę wykonawców zapraszanych do złożenia ofert wstępnych. Z reguły zamawiający powinien zaprosić do składania ofert wstępnych wykonawców w liczbie wskazanej w ogłoszeniu, spełniających warunki udziału w postępowaniu według kolejności ocen spełniania tych warunków (art. 57 ust. 2 w związku z art. 56 ust. 2 i art. 48 ust. 2 pkt 6). Zamawiający sporządza, podobnie jak w przetargu ograniczonym, ranking wykonawców spełniających warunki udziału w negocjacjach. Mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy z niższymi ocenami (poniżej liczby przyjętej w ogłoszeniu) nie uczestniczą w dalszych etapach procedury (art. 57 ust. 3). Wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Do wykonawców tych stosuje się zatem art. 24 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5. Zamawiający z wykonawcami tymi nie może prowadzić negocjacji. Podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału jest niższa niż ustalona w ogłoszeniu, do dalszego udziału w postępowaniu (w interesującym nas przypadku złożenia ofert wstępnych) zaprasza się ich wszystkich (art. 57 ust. 4).
8. Ustawodawca nie przewidział szczególnych wymogów formalnych dla zaproszenia do składania ofert wstępnych. Wymóg formalny dotyczy wyłącznie załącznika do zaproszenia. Zamawiającego zobowiązano do przekazania wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W trybie negocjacji z ogłoszeniem „pierwotna” wersja SIWZ nie zawiera opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, informacji o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, terminu związania ofertą i w końcu miejsca oraz terminu składania i otwarcia ofert, bowiem są one zawarte wyłącznie w ogłoszeniu. Informacje te są zatem w SIWZ bezprzedmiotowe. Z kolei dane dotyczące oferty zamieszcza się w zaproszeniu do składania ofert (art. 60).
9. Termin składania ofert wstępnych, oznaczony co do dnia i godziny, powinien uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie takiej oferty. Nie może on być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych. Termin ten biegnie nie od dnia doręczenia zaproszenia, lecz od daty przekazania zaproszenia. Jak się wydaje w zamówieniach na roboty budowlane obejmujące tak prace projektowe, jak i wykonanie tych robót, zamawiający powinni wyznaczać dłuższe terminy do składania ofert aniżeli termin minimalny, przewidziany w art. 57 ust. 6. Termin do składania ofert wstępnych ustawodawca określił tak samo, jak termin do składania ofert „ostatecznych” (patrz komentarz do art. 60 ust. 3). Oba terminy mogą być w konkretnym postępowaniu identyczne. Nie ma jednak przeszkód prawnych do wyznaczenia różnych terminów złożenia ofert wstępnych i ostatecznych.

#### **Art. 58. [Zaproszenie do negocjacji]**

- 1. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.**
- 2. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

- 3. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami.**
- 4. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.**

1. Komentowany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zaproszenia do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty wstępne. Jak wspomniano wcześniej, zamawiający nie sporządza rankingu (klasyfikacji) ofert wstępnych. Nie może on także dokonać selekcji tych ofert w tym znaczeniu, że oferty najmniej atrakcyjne zostaną przezeń wyeliminowane. W art. 58 nie zawarto reguł przewidzianych w art. 57 ust. 2 i 3. Jeżeli jednak wszyscy wykonawcy, we wskazanej tam liczbie, złożą oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wszyscy zostaną zaproszeni do negocjacji.
2. Ustawa nie przewiduje szczególnych wymogów formalnych związanych z treścią zaproszenia do negocjacji. Jest oczywiście, że musi być ona co do zasady identyczna dla wszystkich zapraszanych, z tym zastrzeżeniem, że może zawierać różne informacje co do czasu i miejsca prowadzenia negocjacji, bowiem zamawiający nie jest w stanie prowadzić negocjacji równocześnie z wszystkimi wykonawcami. Niejasna jest intencja i cel wskazywania w zaproszeniu do negocjacji terminu i miejsca opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. W tym stadium postępowania informacje te są już, z oczywistych powodów, doskonale znane wszystkim wykonawcom.
3. Ustawa określa cel prowadzenia negocjacji. Jest nim doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi oczywiście o opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 — 31, a nie o „określenie przedmiotu zamówienia”, które pojawia się w innych przepisach Pzp. Celem negocjacji może być także ustalenie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ust. 2 użyto pojęcia „warunki umowy”. Nie chodzi jednak o warunki w znaczeniu techniczno — prawnym (art. 89 Kc i nast.), lecz o szczegółową treść umowy. W toku negocjacji nie można prowadzić rozmów co do ceny. Ustalenie ceny nie może więc być celem negocjacji. Cenę określa wykonawca składając ofertę (patrz komentarz do art. 60).
4. Przepis ust. 3 przewiduje wyjątek od zasady wyrażonej w art. 8 ust. 1. Możliwość ograniczenia jawności przewidziano, jak wiadomo, w art. 8 ust. 2 co oznacza, że obowiązek zachowania poufności nie jest obowiązkiem bezwzględny. Może być on uchylony poprzez zgodę stron. Innymi słowy zamawiający może wyrazić zgodę na ujawnienie przez wykonawcę informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, a ten może z kolei wyrazić zgodę na ujawnienie takich informacji przez zamawiającego. Wydaje się, że ustęp ten jest sformułowany niefortunnie. Ze względu na potrzebę przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji obowiązek dochowania poufności negocjacji powinien mieć charakter bezwzględny. Żadna ze stron nie powinna mieć uprawnień do zwolnienia drugiej z obowiązku dochowania poufności. Warto natomiast zwrócić uwagę, że obowiązek zachowania poufności negocjacji nie jest ograniczony terminem. Oznacza to, że zakaz ujawnienia informacji technicznych i handlowych jest bezterminowy i rozciąga się na czas po zawarciu umowy dotyczącej zamówienia publicznego. Przebiegu negocjacji nie protokołuje się (por. art. 96 oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>1</sup>). Powołane wyżej przepisy nakazują ujawnienie ofert, a nie przebiegu negocjacji.
5. Naruszenie ust. 3 może prowadzić do powstania odpowiedzialności deliktowej sprawy. Skutkiem naruszenia zakazu ujawniania informacji przez którąkolwiek ze stron powinno być również unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 606

6. W ust. 4 powtórzono treść art. 57 ust. 5 w brzmieniu sprzed nowelizacji kwietniowej. Przepis ten potwierdza wyrażoną w art. 7 zasadę równego traktowania wykonawców. Ma też zbliżoną treść do art. 38 ust. 2, który dotyczy wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Komentowany przepis związany jest z przebiegiem negocjacji. Podczas innych etapów postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem obowiązuje reguła o identycznej treści. Nakaz równego traktowania na tych etapach można wywieść z art. 7 ust. 1. W każdym razie ust. 4 nie można interpretować jako przyzwolenia dla zamawiającego do różnego traktowania wykonawców w pozostałych etapach postępowania.
7. Reguła wyrażona w ust. 4 ma zastosowanie także w innych trybach. Niektóre mają w tym zakresie własną odrębną regulację, np. dialog konkurencyjny (art. 60d ust. 6). W innych stosuje się odpowiednio art. 58 ust. 4 (negocjacje bez ogłoszenia, art. 65). Warto przy tej okazji zwrócić uwagę, że regulacja dotycząca dialogu konkurencyjnego jest legislacyjnie bardziej poprawna, bowiem dotyczy wszystkich etapów postępowania prowadzonego w tym trybie, nie zaś tylko negocjacji.
8. Wyjaśnienia, wymagania i informacje, o których mowa w ust. 4 nie obejmują informacji technicznych i handlowych, bowiem te z mocy ust. 3 są poufne. Warto wreszcie zauważyć, że w komentowanym przepisie nie przewidziano zakazu ujawniania źródła zapytania, o którym mowa w art. 38 ust. 2. *Prima facie* można więc sądzić, że źródło zapytania (konkretny wykonawca zapraszany do negocjacji) może być ujawnione. Wydaje się tymczasem, że zakaz ujawniania zapytania da się wywieść z treści art. 58 ust. 3 PZP. Na rzecz tej tezy zdaje się przemawiać także treść art. 38 ust. 2 (*argumentum a simili*). Zamawiający nie powinien więc informować uczestników negocjacji o tym, kto wystąpił z zapytaniem, z prośbą o wyjaśnienia bądź o dodatkowe informacje. Ujawnienie takich okoliczności mogłoby wpływać na taktykę negocjacyjną poszczególnych wykonawców.

#### **Art. 59. [Możliwość dokonywania zmian]**

- 1. Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji.**
  - 2. Zmiany, o których mowa w ust. 1, nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.**
1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający zobowiązany jest opracować przed wszczęciem postępowania. Ogólne przepisy dotyczące tej instytucji prawa zamówień publicznych zamieszczono w Rozdziale 2 Działu II zatytułowanym „Przygotowanie postępowania”. Nie oznacza to, że po wszczęciu procedury SIWZ nie może ulec zmianie.
  2. Przepis komentowanego artykułu nie stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 38 ust. 4. Zamawiający może w trybie negocjacji z ogłoszeniem zmieniać specyfikację istotnych warunków zamówienia nie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, ale w każdym przypadku. Ustawa określa zakres dozwolonych zmian oraz termin, w którym zmiany te mogą być dokonane. Zmiany wprowadzane na podstawie art. 59 mogą być dokonywane wyłącznie przed zaproszeniem do składania ofert. Zmian na podstawie art. 38 ust. 4 można dokonać również po zaproszeniu do składania ofert, ale przed upływem terminu do ich składania. Wydaje się, że dokonanie zmian na podstawie art. 59 nie wyłącza możliwości dokonania zmian na podstawie art. 38 ust. 4. W takim przypadku zamawiający wraz z zaproszeniem przekazuje wykonawcom zmienioną SIWZ — w oparciu o treść

art. 60 ust. 4. Następnie po raz kolejny zmienioną SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcom, w oparciu o treść art. 38 ust. 4. W kolejnej modyfikacji SIWZ obowiązują rygory wynikające z art. 38 ust. 5.

3. Komentowany przepis określa także zakres dozwolonych zmian. Zakres zmian dozwolonych na podstawie art. 38 ust. 4 jest znacznie szerszy, bowiem zmiany mogą dotyczyć wszelkich postanowień specyfikacji, z wyjątkiem kryteriów oceny ofert (art. 38 ust. 5). W negocjacjach z ogłoszeniem w obecnym stanie prawnym kryteria oceny ofert nie mogą być zmieniane. Wobec zmiany art. 58 stosuje się w tym zakresie z pełnym nasileniem regułę wyrażoną w art. 38 ust. 5.
4. Komentowany przepis po nowelizacji kwietniowej w znacznej mierze różni się od poprzedniej regulacji art. 58, bowiem zakres dozwolonych zmian został znacznie zawężony. Zamawiający może tylko doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zmiany nie mogą wykraczać poza przedmiot negocjacji. Innymi słowy, jeśli jakieś zagadnienie nie było przedmiotem negocjacji, zmiany SIWZ w tym zakresie są niedozwolone. Zamawiający nie ma obowiązku negocjowania wszystkich kwestii z wszystkimi wykonawcami. Jeśli więc co najmniej z jednym wykonawcą negocjowano pewną materię, zmiany SIWZ w tym zakresie będą możliwe.
5. Ustawodawca zakazuje zmiany specyfikacji, która prowadziłaby do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Przedmiot zamówienia opisywany jest zgodnie z art. 29–31. Warunki zamówienia zamawiający przedstawia zwykle w załączonym do SIWZ projekcie umowy. Zmiana przedmiotu zamówienia może dotyczyć cech technicznych, jakościowych, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zakresu usług, liczby dostarczonych rzeczy, praw lub innych dóbr, etc. Warunki zamówienia to przede wszystkim termin wykonania zamówienia, podział zamówienia na części, możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.
6. Ustawodawca nie zawarł jakichkolwiek wytycznych, które pozwalałyby przyjąć określone mierniki „istotności” zmian. Zagadnienie mierzalności dozwolonych zmian specyfikacji może więc być rozstrzygane tylko w indywidualnych przypadkach.
7. W komentowanym przepisie określono w końcu czas, w jakim można dokonywać zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mogą one być przeprowadzone po zakończeniu negocjacji z wszystkimi wykonawcami. Zakończenie negocjacji z jednym wykonawcą nie umożliwia dokonania zmian. Zmian nie można zatem dokonywać w czasie trwania negocjacji. Jest oczywiste, że ewentualne zmiany muszą dokonać się przed przekazaniem wykonawcom zaproszenia do składania ofert.

#### **Art. 60. [Zaproszenie do składania ofert]**

1. Zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się.
2. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej informacje o:
  - 1) miejscu i terminie składania oraz otwarcia ofert;
  - 2) obowiązku wniesienia wadium;
  - 3) terminie związania ofertą.
3. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

**4. W przypadku gdy zamawiający dokonał zmian, o których mowa w art. 59 ust. 1, wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia lub zamieszcza ją na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja jest udostępniana na tej stronie.**

1. Zaproszenie do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcom w formie przez siebie wybranej przy wszczęciu postępowania (art. 27). Ustawodawca określa minimalną treść zaproszenia. Należy w nim zamieścić informacje, których wcześniej nie zamieszczano w ogłoszeniu i SIWZ, a mianowicie miejsce, termin składania i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą. Czynności wskazane w zaproszeniu dokonywane są z zastosowaniem art. 82–88.
2. W negocjacjach z ogłoszeniem, podobnie jak w innych konkurencyjnych trybach negocjacyjnych, zaproszenie do składania ofert musi być skierowane do wszystkich wykonawców z którymi zamawiający prowadził negocjacje, a którzy wcześniej złożyli także oferty wstępne. Zamawiający nie ma kompetencji do dokonywania selekcji wykonawców po zakończonych negocjacjach. Do wniosku tego prowadzi jednoznaczna treść ust. 1.
3. Obowiązki zamawiającego do zaproszenia wykonawców, z którymi prowadził negocjacje odpowiadają uprawnienia wykonawców do żądania dokonania tej czynności. Pominięcie któregośkolwiek wykonawcy daje mu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 i nast. Wykonawca może jednak, po doręczeniu mu zaproszenia, zrezygnować ze złożenia oferty. Rezygnacja taka nie wywołuje jakichkolwiek ujemnych dla niego skutków prawnych. Wydaje się, że wykonawca może zrezygnować z dalszego uczestnictwa w postępowaniu także w czasie negocjacji, a więc przed wystosowaniem do niego zaproszenia do składania ofert. Zamawiający nie ma wówczas obowiązku skierowania do takiego wykonawcy zaproszenia do złożenia oferty. Gdy wykonawca decyduje się wnieść ofertę, musi to uczynić w formie przewidzianej w art. 82 ust. 1. Treść oferty musi być zgodna z SIWZ (art. 82 ust. 3).
4. Jak wspomniano, w zaproszeniu zamawiający zobowiązany jest wyznaczyć termin do złożenia ofert. Ustawodawca poprzestał na wskazaniu terminu minimalnego (10 dni). Wyznaczając termin zamawiający powinien mieć na uwadze czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty. Termin jest wyznaczany w praktyce co do dnia i godziny. Jego bieg nie może rozpocząć się wcześniej aniżeli z dziesiątym dniem od dnia wystosowania (nadania) zaproszenia do składania ofert. Zaproszenie powinno być przekazywane wykonawcom w tym samym dniu.
5. Przepisy o wadium (art. 45 i art. 46) stosuje się do negocjacji z ogłoszeniem wprost, a nie odpowiednio. Oznacza to, że jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza równowartość kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający ma obowiązek żądania wniesienia wadium, gdy zaś wartość zamówienia jest niższa od kwot, o których mowa wyżej, rozstrzygnięcie o stosowaniu wadium pozostawiono jego uznaniu. Termin wniesienia wadium zamawiający wskazuje w zaproszeniu do składania ofert. Wprawdzie informację o wadium zawiera już ogłoszenie (art. 56 ust. 1 pkt 9 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 9), ale nie oznacza to, że zamawiający może żądać wniesienia wadium przed podjęciem negocjacji. Do wniosku takiego prowadzą dyrektywy wykładni językowej i systemowej, a zwłaszcza bezpośrednie a nie odpowiednie zastosowanie, art. 45 ust. 3. W zamówieniach sektorowych w negocjacjach z ogłoszeniem zamawiający nie ma obowiązku żądania wadium (por. art. 138c ust. 1 pkt 3).
6. W zaproszeniu do składania ofert zamawiający zobowiązany jest wskazać termin związania ofertą. W pełnym zakresie stosuje się w tej materii art. 85 (inaczej niż w odniesieniu do ofert wstępnych).



7. W negocjacjach z ogłoszeniem stosowana być musi specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Doręcza się ją wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych (art. 57 ust 5). Po negocjacjach specyfikacja może być zmieniona (art. 59). Jeśli dokonano zmian specyfikacji zamawiający zobowiązany jest do przekazania zmienionego tekstu SIWZ wraz z zaproszeniem. Może poprzestać na zamieszczeniu zmienionej specyfikacji na stronie internetowej, o ile wcześniej właśnie w tej formie została ona udostępniona. W tej fazie postępowania udostępnia się specyfikację uzupełnioną o informacje dotyczące miejsca, terminu składania i otwarcia ofert oraz terminu związania ofertą. W ust. 4 posłużono się funktorem alternatywy nierozłącznej. Zamawiający może więc wedle własnego wyboru, przy zachowaniu odpowiednich przesłanek, zdecydować o sposobie udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### **Oddział 3a** **Dialog konkurencyjny**

**Art. 60a. Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.**

1. Dialog konkurencyjny to nieprzetargowy tryb udzielania zamówienia, wprowadzony do Pzp nowelizacją z kwietnia 2006 r. Przewiduje go Dyrektywa klasyczna w art. 29. Przepisy Oddziału 3a dostosowują zatem w tym zakresie polskie ustawodawstwo do regulacji przyjętych w prawie unijnym. W myśl art. 1 pkt 11 (c) Dyrektywy klasycznej dialog konkurencyjny oznacza procedurę, w której o udział może ubiegać się każdy wykonawca, oraz w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert. Dyrektywa sektorowa nie przewiduje możliwości udzielania zamówienia sektorowego w trybie dialogu konkurencyjnego. W Pzp przyjęto identyczne rozwiązanie. Przepis art. 134 przewiduje możliwość udzielenia zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia i w trybie z wolnej ręki. Zamawiający podlegający reżimowi prawnemu zamówień sektorowych może jednak udzielić zamówień pozasektorowych, w trybie dialogu konkurencyjnego. Terminologia zastosowana przez ustawodawcę dla określenia tego trybu odbiega od dotychczasowej. Pojęcie „dialogu” jako formy prowadzenia rokowań nie występuje w polskim kodeksie cywilnym.
2. Dialog konkurencyjny składa się z trzech etapów. W pierwszym zamawiający dokonuje publicznego ogłoszenia o zamówieniu, a wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na tym etapie zamawiający dokonuje wyboru wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, zaprasza ich do udziału w tzw. dialogu (kwalifikacja kandydatów). Na kolejnym etapie zamawiający prowadzi z wykonawcami dialog (negocjacje) i zaprasza ich do składania ofert. W ostatnim etapie wykonawcy składają oferty, a zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. W dialogu konkurencyjnym zamawiający nie prowadzi z wykonawcami negocjacji zmierzających do ustalenia treści umowy, która ma wiązać strony. Celem dialogu konkurencyjnego jest przede wszystkim umożliwienie zamawiającemu dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie sposobu jego realizacji.

4. Za wysoce kontrowersyjną należy uznać tezę, w myśl której przedmiotem dialogu może być również cena<sup>1</sup>. Przedmiotem negocjacji ma być zamówienie, a nie elementy oferty. Trudno również za poprawne uznać stanowisko, wedle którego dialog mógłby dotyczyć wartości zamówienia. Gdyby uznać, że wszelkie elementy oferty mogą być przedmiotem negocjacji należałoby stwierdzić, że zamawiający może udzielić zamówienia, w warunkach regulowanych w art. 60b, wedle własnego uznania. W dialogu konkurencyjnym uczestniczący w nim wykonawcy nie składają ofert wstępnych. Tym dialog konkurencyjny różni się od negocjacji z ogłoszeniem. Niemożność negocjowania szczegółowych warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego odróżnia z kolei dialog konkurencyjny od negocjacji bez ogłoszenia. Dialog wymaga ponadto publicznego ogłoszenia, czego nie przewidziano, z natury rzeczy, w negocjacjach bez ogłoszenia.

#### **Art. 60b. [Przesłanki stosowania]**

##### **1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:**

- 1) **nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;**
- 2) **cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.**

##### **2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.**

1. Komentowany przepis wskazuje przesłanki zastosowania dialogu konkurencyjnego. Muszą być one spełnione kumulatywnie. W braku jednej z dwóch przesłanek udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego nie jest możliwe. W szczególnych przypadkach zamawiający ma wybór między negocjacjami z ogłoszeniem a dialogiem konkurencyjnym. Chodzi o hipotezę i dyspozycję norm zawartych w art. 55 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 60b ust. 1. Kryteria odróżnienia z jednej strony sytuacji wyjątkowych i przypadków, w których nie można określić szczegółowych cech zamawianych usług oraz z drugiej strony złożonego charakteru zamówienia są na tyle niejasne, że w licznych przypadkach zamawiający wedle własnego wyboru będzie stosować negocjacje z ogłoszeniem albo dialog konkurencyjny.
2. Tryb dialogu konkurencyjnego może być zastosowany wyłącznie wówczas, gdy występuje niemożliwość udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Występujące trudności w prowadzeniu postępowania przetargowego nie uzasadniają udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Podobne rozwiązanie przyjęto w prawie unijnym. W myśl art. 29 Dyrektywy klasycznej tryb dialogu konkurencyjnego można stosować, gdy procedura otwarta lub ograniczona nie pozwala na udzielenie zamówienia.
3. W myśl ust. 1 nie każda niemożliwość udzielenia zamówienia w trybach przetargowych uzasadnia zastosowanie dialogu konkurencyjnego. Niemożliwość ta musi być wywołana szczególnie złożonym charakterem zamówienia. Z kolei charakter zamówienia musi powodować niemożność opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i art. 31, a więc

<sup>1</sup> A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych, Kraków, s. 233

z zachowaniem właściwych norm, aprobat i specyfikacji technicznych oraz dokumentacji projektowej, programu funkcjonalno-użytkowego itp. Podobny skutek wywołuje niemożność obiektywnego określenia uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia. Polskie prawodawstwo nie zawiera definicji zamówienia szczególnie złożonego. W przepisie ust. 1 pkt 1 wykorzystano jednak definicję tego pojęcia przyjętą w prawie unijnym. W myśl art. 1 pkt 11 c Dyrektywy klasycznej zamówienie uważa się za „szczególnie złożone”, gdy zamawiający nie może obiektywnie określić środków technicznych umożliwiających zaspokojenie jego potrzeb lub realizację celów. „Szczególnie złożonym” jest też takie zamówienie, w którym zamawiający nie może obiektywnie określić struktury prawnej lub finansowej projektu. W takim ujęciu za szczególnie złożone nie może być uznane per se zamówienie mieszane regulowane w art. 6. Taki charakter zamówienia może jednak sprzyjać kwalifikacji zamówienia jako mającego cechy wskazane w art. 60b.

4. Liczne pojęcia użyte w ust. 1 pkt 1 to terminy niedookreślone. W praktyce trzeba będzie zatem ustalić znaczenie takich pojęć jak „niemożność obiektywnego określenia”, „niemożność opisu zgodnego z art. 30 i art. 31”. W literaturze podkreśla się, że w każdym przypadku musi chodzić o niemożność niezawinioną. Wskazane sytuacje mogą zaś powstać podczas wdrażania skomplikowanych, znaczących, często kompleksowych (zintegrowanych) projektów infrastrukturalnych. Projekty takie mogą wiązać się z ich nader złożonym finansowaniem, np. w drodze sekuryzacji, ze szczególną ich strukturą prawną, potrzebą dochowania szczególnych norm prawnych np. dotyczących partnerstwa publiczno-prawnego, pomocy publicznej itp<sup>1</sup>.
5. Niemożność dokonania czynności wskazanych w komentowanym przepisie musi występować obiektywnie. W istocie chodzi o oba przypadki, o których mowa w ust. 1 pkt 1. Tak niemożność opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 30 i art. 31, jak i niemożność określenia uwarunkowań prawnych i finansowych nie może mieć charakteru subiektywnego. Nie tyle zatem chodzi o to, że konkretny zamawiający nie potrafi dokonać wskazanych tam czynności, ale o to, iż inne podmioty w takiej sytuacji także nie potrafiłyby takich czynności wykonać. Ust. 1 pkt 1 należy interpretować restrykcyjnie, jako wyjątek od zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1. Zamawiający zobowiązany jest więc wykazać, że podejmował pozytywne czynności zmierzające do przygotowania specyfikacji, ale nie był w stanie tego uczynić. Operując terminologią cywilistyczną należałoby uznać, że chodzi nie tyle nawet o przypadek niemożności, albowiem jej immanentną cechą jest subiektywizm, co o niemożliwość zawsze wiążącą się z kryterium obiektywności i powszechności.
6. Drugą okolicznością, która musi występować łącznie (kumulatywnie) z pierwszą jest to, aby cena nie była jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Tylko wówczas możliwe jest zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego. Gdyby cena była jedynym kryterium oceny ofert eo ipso, tryb dialogu musiałby być w takim postępowaniu wyeliminowany. Kryteria oceny ofert wskazano w art. 91 ust. 2. Zgodnie z tym unormowaniem podstawowym kryterium jest cena. Podobnie jak to kryterium, pozostałe kryteria mogą odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 91 ust 2 zawiera przykładowe wskazanie takich kryteriów: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia. W prawie unijnym w art. 53 ust. 1 lit a Dyrektywy klasycznej wskazano ponadto właściwości estetyczne, rentowność, pomoc techniczną. Warto podkreślić, że zamawiający zobowiązany jest wskazać wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej.

<sup>1</sup> Szerzej na ten temat A. Sołtyśńska Europejskie prawo zamówień publicznych, op. cit. S. 98–104 i powołana tam literatura, C. Bovis, EC Public procurement, case law and regulation, op. cit., s. 171–173.

7. Zamawiający udzielający zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza równowartość 20 000 000 euro — w przypadku robót budowlanych i 10 000 000 euro — w przypadku dostaw i usług, poddany jest szczególnej kontroli. Cięży na nim obowiązek informacyjny, którego zakres odpowiada obowiązkowi przewidzianemu w art. 55 ust. 2. Podobnie jak w przypadku negocjacji z ogłoszeniem informacja dotyczy nie tyle zamysłu podjęcia postępowania w tym trybie, co wszczęcia postępowania. Zamawiający dochowuje zatem obowiązku informacyjnego, gdy zawiadamia Prezesa UZP o już wszczętym postępowaniu, a nie o takim zamierzeniu. Termin do zawiadomienia biegnie od dnia wszczęcia postępowania. Oznacza to, że upływa w trzecim dniu nie licząc dnia, w którym wszczęto postępowanie. Postępowanie wszczyna upublicznienie ogłoszenia (przekazanie ogłoszenia).
8. Zawiadomienia Prezesa Urzędu dokonuje się w formie pisemnej. Zawiadomienia, o których mowa w komentowanym artykule, nie podlegają regulacji zawartej w art. 27. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do wyboru formy zawiadomienia. Zawiadomienie jest czynnością w toku postępowania administracyjnego (kontrolnego), podlegającą przepisom Kpa. Ustawa nie wskazuje jednak sankcji za niedochowanie obowiązku powiadomienia Prezesa UZP. Nie określa także skutków braku w zawiadomieniu uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania dialogu konkurencyjnego jako trybu udzielenia zamówienia. Poniechanie tego obowiązku samo w sobie nie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Skutek taki może natomiast wywołać nieuprawnione zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego.

#### **Art. 60c. [Odesłania]**

- 1. Do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio, z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu.**
  - 2. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.**
1. Komentowany przepis jest w przeważającej mierze przepisem blankietowym. Określa, w jaki sposób wszczyna się postępowanie i w jaki sposób podejmowana jest selekcja wykonawców, z którymi zamawiający będzie prowadzić dialog konkurencyjny. Wszczęcie postępowania następuje z równoczesnym odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących tak przetargu nieograniczonego, jak przetargu ograniczonego. Formę upublicznienia (publikacji) ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym określa art. 40. Wartość zamówienia decyduje zatem o miejscu publikacji ogłoszenia. Zamawiający zobowiązany jest także do zachowania właściwej kolejności upublicznienia treści ogłoszeń o zamówieniu. Minimalną treść ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym określa art. 48 ust. 2 dotyczący przetargu ograniczonego (patrz komentarz do tego przepisu). W dialogu konkurencyjnym zamawiający nie zawiera w ogłoszeniu precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, bowiem ten tryb jest najczęściej stosowany wobec braku możliwości opisu przedmiotu zamówienia w sposób uregulowany w art. 30 i art. 31. W ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym zamawiający zobowiązany jest zamieścić opis własnych potrzeb i wymagań albo informuje o sposobie uzyskania tego opisu. Pomimo braku możliwości precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia może on dopuścić składanie ofert częściowych i ofert wariantowych.

2. Zamieszczenie w ogłoszeniu opisu potrzeb i wymagań zamawiającego albo informacji o sposobie uzyskania tego opisu umożliwi wykonawcom przygotowanie się do udziału w dialogu konkurencyjnym. Niedopełnienie przez zamawiającego omówionego wyżej obowiązku może prowadzić do wniesienia protestu, a w dalszej konsekwencji do unieważnienia postępowania.
3. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym stosuje się odpowiednio art. 49 i art. 50, a więc przepisy dotyczące przetargu ograniczonego. Zamawiający wyznacza zatem terminy do składania wniosków kierując się regułami relevantnymi dla przetargu ograniczonego. Długość terminu do składania wniosków jest uzależniona od wartości zamówienia. Warto zatem zwrócić uwagę, że w przypadku dialogu konkurencyjnego zamawiający może mieć szczególne trudności z określeniem owej wartości. W razie wątpliwości powinien przyjmować wyższy próg, a więc wyznaczać dłuższy termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W procedurach prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego z zasady nie znajdzie zastosowania przepis art. 49 ust. 3, choć w pełni takiej możliwości nie należy eliminować. Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym zobowiązany jest złożyć oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w tym postępowaniu oraz przedłożyć stosowne dokumenty, o ile zamawiający dokumentów tych żąda.

#### **Art. 60d. [Zaproszenie do udziału w postępowaniu]**

1. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
  2. Zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7.
  3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.
  4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wszystkich wykonawców spełniających te warunki.
  5. Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej:
    - 1) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu;
    - 2) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
    - 3) informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu.
  6. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z dialogiem są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.
  7. Prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.
1. W przepisie ust. 1 powtórzono treść art. 51 ust. 1a oraz treść art. 57 ust. 1. Zabieg ten jest o tyle zrozumiały, że we wszystkich wskazanych wyżej przypadkach mamy do czynienia

z prekwalifikacją wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie o ustalonym przez siebie rankingu i przyznanych im ocenach. Nie może poprzestać na przekazaniu informacji dotyczącej wyłącznie adresata. Informacja musi obejmować wszystkich wykonawców i wskazywać otrzymane przez nich oceny. Musi także określać tych wykonawców, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu. Ustawa nie określa terminu, w którym zamawiający powinien dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym zobowiązany jest wskazać termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz termin wykonania zamówienia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna więc być dokonana bez zbędnej zwłoki po upływie terminu do składania wniosków. W praktyce ze względu na treść art. 96 ust. 3 wskazane jest, aby ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana była w dniu, w którym upływa termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w każdym razie nie później niż w następnym dniu roboczym po upływie tego terminu. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są załącznikami do protokołu. Udostępnia się je zainteresowanym wykonawcom po upływie terminu ich składania co oznacza, że od tej chwili są one jawne. Pzp nie przewiduje jednak czynności otwarcia wniosków i nie wymaga, aby dokonywało się to jawnie, a więc tak, jak w przypadku otwarcia ofert. Od daty oceny należy odróżnić dzień przekazania informacji o ocenie. Ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek niezwłocznego przekazania informacji o wynikach oceny i ocenach otrzymanych przez poszczególnych wykonawców. Informacja powinna więc być przekazana zainteresowanym wykonawcom w dniu dokonania oceny, a w każdym razie nie później niż w następnym dniu roboczym po tym zdarzeniu. Informację, o której mowa w ust. 1 zamawiający może przekazać w wybranej przez siebie formie (art. 27). Może to uczynić w odrębnym piśmie, jak i połączyć informację z zaproszeniem do dialogu.

2. Przepis ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek zaproszenia do dialogu wykonawców spełniających warunki wskazane w ogłoszeniu w liczbie w nim określonej, zapewniającej właściwą konkurencję. Zamawiający samodzielnie określa tę liczbę, nie może być ona jednak mniejsza niż 5. Jeżeli jednak wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub wyższa od wyrażonej w złotych równowartości 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro, zobowiązany jest przyjąć liczbę nie mniejszą niż 7. W dialogu konkurencyjnym, gdy wartość zamówienia ma być znaczna, a nie da się jej precyzyjnie określić w momencie kierowania do wykonawców zaproszenia, wskazane jest ustalenie liczby wykonawców nie mniejszej niż 7. Przyjęcie większej liczby wykonawców nie powoduje dla zamawiającego jakiegokolwiek ryzyka unieważnienia postępowania, gdy mniejsza liczba wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu. Decyduje o tym ust. 4, który uprawnia zamawiającego do zaproszenia w takiej sytuacji mniejszej liczby wykonawców.
3. Od liczby wykonawców ustalonej w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym należy odróżnić liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu. Z reguły, podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający powinien zaprosić do dialogu wykonawców w liczbie wskazanej w ogłoszeniu, spełniających warunki udziału w postępowaniu według kolejności ocen spełniania tych warunków. Podobnie jak w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem sporządza ranking wykonawców spełniających warunki udziału w dialogu. Pomimo spełniania tych warunków wykonawcy z niższymi ocenami (poniżej liczby przyjętej w ogłoszeniu) nie uczestniczą w dalszych etapach dialogu konkurencyjnego. Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wyklucza się (patrz komentarz do art. 24 ust. 1 pkt 10). Wykonawcę speł-

nającego warunki udziału w postępowaniu, a nie zaproszonego do dialogu z powodu niskiej pozycji w rankingu nie wyklucza się z postępowania, natomiast traktuje się jak wykluczonego. Warto zwrócić uwagę, że w komentowanym artykule przyjęto konstrukcję zastosowaną w art. 51 ust. 2 i art. 57 ust. 3. W przetargu ograniczonym wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Podobnie traktuje się w negocjacjach z ogłoszeniem wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych. Podobieństwo regulacji przyjętej w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i w art. 60d ust. 3 pozwala przyjąć, że we wszystkich tych przypadkach zamawiający nie może kierować do tych wykonawców zaproszenia do składania ofert. Podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w dialogu konkurencyjnym jest niższa niż ustalona w ogłoszeniu, do dalszego udziału w postępowaniu (w interesującym nas przypadku dialogu) zaprasza się ich wszystkich. Istotne jest w takiej sytuacji, aby co najmniej jeden wykonawca złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym i spełniał warunki udziału w tym postępowaniu (patrz komentarz do art. 93 ust. 1).

4. Inaczej niż w przypadku zaproszenia do negocjacji z ogłoszeniem zaproszenie do dialogu musi spełniać pewne wymogi formalne. W ust. 5 wskazano minimalną obligatoryjną treść zaproszenia do dialogu. Musi ono zawierać informację o dacie i miejscu opublikowania ogłoszenia. Ogłoszenia upublicznia się w sposób określony w art. 40. Zamawiający ma obowiązek wskazania, gdzie opublikowano ogłoszenie. Jeżeli opublikowano je w kilku miejscach, w zaproszeniu do dialogu można poprzestać na wskazaniu miejsca ogłoszenia wymaganego przez obowiązujące przepisy. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w zaproszeniu do dialogu opis swoich potrzeb i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, choć może również z tego zrezygnować. W takim przypadku ciąży na nim obowiązek zamieszczenia w zaproszeniu informacji o sposobie uzyskania opisu jego potrzeb i wymagań. Opis ten musi być przygotowany tak, aby umożliwił wszystkim wykonawcom przygotowanie się do udziału w dialogu. Zaproszenie powinno określać miejsce i termin rozpoczęcia dialogu. Zamawiający nie ma obowiązku wskazania czasu, w którym będzie prowadził negocjacje (dialog). Poza wskazanymi elementami wspólnymi zaproszenia kierowane do różnych wykonawców będą, z oczywistych przyczyn, różniły się terminami rozpoczęcia dialogu z poszczególnymi wykonawcami.
5. Zaproszenie do dialogu może być połączone, jak już wskazano, z przekazaniem informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Może być także wystosowane do wykonawców w odrębnym piśmie. W odniesieniu do formy zaproszenia decydujące znaczenie ma wybór zamawiającego (art. 27 ust. 1). Może być przekazane pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Nie można zaprosić do dialogu ustnie w bezpośredniej komunikacji bądź telefonicznie. Zamawiający zobowiązany jest wystosować zaproszenie do dialogu do wszystkich wykonawców w tej samej formie.
6. Podobnie jak w innych procedurach negocjacyjnych (por. art. 58 ust. 4 i art. 65) w dialogu konkurencyjnym zamawiający przekazuje wszystkim wykonawcom wszelkie wymagania, wyjaśnienia, informacje oraz dokumenty związane z dialogiem na równych zasadach. Treść ust. 6 jest konkretyzacją ogólnej zasady wyrażonej w art. 7. Komentowany przepis nie zawiera definicji wymagań. Chodzi tu nie tylko o wymagania, o których mowa w art. 60c ust. 1 oraz ust. 5 pkt 2, ale także o inne wymagania zamawiającego, bowiem pojęcie wymagań występuje również w przepisach nie dotyczących dialogu konkurencyjnego, np. w art. 58 ust. 4. Wobec dosłownego powtórzenia w ust. 6 treści art. 58 ust. 4, uwagi dotyczące tego ostatniego przepisu pozostają w pełni aktualne w odniesieniu do ust. 6, zwłaszcza w zakresie relacji tego przepisu z art. 38 ust 2.

7. Przepis ust. 7 przewiduje wyjątek od zasady wyrażonej w art. 8 ust. 1. Treść zdania pierwszego przepisu pozostaje, jak należy sądzić, w pewnej kontradycji do treści zdania drugiego. Przewidziany w zdaniu drugim zakaz ujawniania dotyczy tylko informacji technicznych i handlowych. Można zatem sądzić, że zakaz ten zostaje uchylony, gdy przedmiotem ujawnienia są wiadomości nie mające cech informacji technicznych lub handlowych. Tymczasem przebieg całego dialogu jest poufny (zdanie pierwsze). Wskazaną wyżej wątpliwość należy tłumaczyć w ten sposób, iż pojęciu informacji technicznych i handlowych trzeba przypisać jak najszerszy zakres znaczeniowy. W takim ujęciu zakaz ujawniania będzie dotyczyć wszelkich informacji dotyczących dialogu konkurencyjnego. Przepis ust. 7 przewiduje nie tylko regułę poufności dialogu, ale i wyznacza jej zakres. Dialog konkurencyjny może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Nie może on wszelako obejmować oferty w znaczeniu, w jakim posłużono się tym pojęciem w Pzp. W szczególności przedmiotem rokowań prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego nie powinna być cena.<sup>1</sup> Gdyby zamawiający ze wszystkimi wykonawcami uczestniczącymi w dialogu negocjował cenę, musiałaby być ona ustalona w jednakowej wysokości dla wszystkich wykonawców (ust. 6). Składanie ofert, o którym mowa w art. 60e pozbawione byłoby w takiej sytuacji sensu. Co do relacji między ust. 7 i art. 8 patrz komentarz do art. 58 ust. 3.

#### **Art. 60e. [Zaproszenie do składania ofert]**

- 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.**
- 2. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.**
- 3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu, zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.**
- 4. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się.**

1. Pzp nie wyznacza maksymalnego czasu prowadzenia dialogu. Okres ten jest determinowany wyłącznie terminem wykonania zamówienia oraz terminem składania ofert, o którym mowa w ust. 4. Dialog prowadzi się do dnia, w którym zamawiający może precyzyjnie określić swoje wymagania, a tym samym ustalić przedmiot zamówienia. W braku możliwości ustalenia rozwiązań spełniających potrzeby zamawiającego postępowanie unieważnia się. Podstawą prawną tej czynności jest wówczas art. 93 ust. 1 pkt 6. Zakończenie dialogu może następować ze skutkiem pozytywnym, jak i negatywnym. W obu przypadkach zamawiający ma obowiązek zawiadomienia wykonawców o tym zdarzeniu. Gdy dialog nie doprowadził do określenia rozwiązań spełniających potrzeby zamawiającego ma on obowiązek unieważnienia postępowania i przekazania wykonawcom informacji o takim rozstrzygnięciu. Gdy dialog spowodował ustalenie rozwiązań spełniających potrzeby zamawiającego, może on zawiadamiając o tym wykonawców równocześnie wystosować zaproszenie do składania ofert. O tym, czy rozwiązania proponowane przez wykonawców dostatecznie spełniają potrzeby zamawiającego decyduje on sam. W komentowanym przepisie w ust. 1 niefortunnie użyto

<sup>1</sup> Odmienne A. Sołtysińska Europejskie prawo zamówień publicznych op. cit., s. 233 na gruncie art. 29 Dyrektywy Klasyknej.



zwrotu „najbardziej spełniające jego potrzeby”. Nie tyle chodzi o rozwiązania spełniające potrzeby zamawiającego najbardziej, co w ogóle spełnienie tych potrzeb. O zakończeniu dialogu zamawiający zobowiązany jest zawiadomić wszystkich uczestniczących w nim wykonawców bez zbędnej zwłoki, to znaczy najpóźniej w dniu roboczym następującym po zakończeniu dialogu, w formie wynikającej z zastosowania art. 27.

2. Każdy z wykonawców uczestniczących w dialogu konkurencyjnym jest uprawniony i zarazem zobowiązany do przedstawienia co najmniej jednego rozwiązania, które ma spełniać potrzeby zamawiającego. Może jednak przedstawić tych rozwiązań więcej. Ponieważ przedstawienie jakiegokolwiek rozwiązania musi być kwalifikowane jako rezygnacja z uczestnictwa w postępowaniu zamówieniowym. Podczas rozmów prowadzonych w drugim etapie dialogu zamawiający powinien przedstawić wykonawcom uczestniczącym w tym dialogu kryteria wyboru ofert. Nie zawsze w tym stadium jest on w stanie określić wagę poszczególnych kryteriów.
3. Po zakończeniu dialogu, gdy dał on pozytywne rezultaty, zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert. Przed dokonaniem tej czynności może zmienić wymagania będące przedmiotem dialogu. Chodzi zatem o zmianę wymagań, o których mowa w ogłoszeniu (art. 60c ust. 1) i zaproszeniu do dialogu (art. 60d ust. 5 pkt 2). Rozwiązanie przyjęte w ust. 2 jest zbliżone do zastosowanego w art. 59. Zakres zmian może być jednak znacznie szerszy i prowadzić nawet do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Zmiana wymagań nie musi dokonać się w odrębnym oświadczeniu zamawiającego. Opis zmienianych wymagań może być zamieszczony w SIWZ, którą zamawiający przekazuje wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.
4. Zaproszenie do składania ofert musi być skierowane do wszystkich wykonawców, z którymi zamawiający prowadził dialog. W komentowanym artykule nie użyto sformułowania, którym ustawodawca posłużył się w art. 60 ust. 1 („wykonawców, z którymi prowadził negocjacje”). Nie oznacza to jednak, że zamawiający jest uprawniony do selekcji wykonawców, którym przekazuje zaproszenie. Skoro bowiem zobowiązany jest informować wszystkich wykonawców o zakończeniu dialogu trzeba uznać, że zobowiązany jest także zaprosić wszystkich do złożenia oferty. Zaproszenie do składania ofert powinno nastąpić w jednej z form wskazanych w art. 27 (zgodnie z wyborem zamawiającego). Odmienny pogląd na gruncie art. 29 Dyrektywy klasycznej wyrażono w literaturze.<sup>1</sup> Stanowisko to nie ma oparcia w treści przepisów wspólnotowych. Brak prezentacji rozwiązania spełniającego potrzeby zamawiającego, gdy wykonawca proponuje inne rozwiązanie, nie oznacza niemożności wykonywania przez tego wykonawcę ostatecznie ustalonego przedmiotu zamówienia. Przyjęcie zapatrywania, o którym mowa wyżej, czyniłoby wysoce wątpliwą potrzebę składania przez wykonawców ofert. Dialog konkurencyjny stałby się natomiast zawaolowaną formą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Procedura ta nie służy selekcji wykonawców, lecz ustaleniu rozwiązania lub rozwiązań najbardziej spełniających potrzeby zamawiającego. Wybór oferty najkorzystniejszej, a tym samym eliminacja pozostałych ofert, następuje dopiero po złożeniu ofert przez wszystkich uczestników dialogu.
5. W dialogu konkurencyjnym znajduje zastosowanie specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a zatem stosuje się w tym zakresie art. 36–38. Specyfikacja przekazywana jest wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Zamawiający zobowiązany jest nieodpłatnie przekazać ją wszystkim wykonawcom, z którymi prowadził dialog, wykonawcy zaś nie mają obowiązku zgłaszania w tej materii odrębnych wniosków. Konstrukcja zastosowana w ust. 3 jest zbliżona do zastosowanej w art. 57 ust. 5 (negocjacje z ogłoszenia).

<sup>1</sup> A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych, op. cit., s. 235–236

szeniem) oraz w art. 51 ust. 4 (przetarg ograniczony). Ust. 3 wyłącza zastosowanie art. 37 ust. 2. Zamawiający może udostępnić SIWZ na stronie internetowej nie od dnia publikacji, lecz od dnia wystosowania do wykonawców zaproszeń do składania ofert.

6. W dialogu konkurencyjnym nie stosuje się przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6. Jest to o tyle zrozumiałe, że wstępna kwalifikacja wykonawców dokonuje się w pierwszym etapie tej procedury, a więc po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym (por. art. 60c ust. 2 i art. 50). Podobne rozwiązanie zastosowano w przetargu ograniczonym (art. 51 ust. 4) oraz w negocjacjach z ogłoszeniem (art. 57 ust. 5). W tym ostatnim przypadku nie stosuje się także art. 36 ust. 1 pkt 9 i 11.
7. W zaproszeniu do składania ofert zamawiający wyznacza termin do ich złożenia. Termin ten powinien być na tyle długi, aby wykonawcy mogli przygotować i złożyć oferty. Ustawodawca przewiduje, że termin do składania ofert w każdym przypadku nie może być krótszy niż 10 dni. Termin ten biegnie od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. W praktyce zamawiający wyznacza konkretną datę i godzinę, do nadejścia których należy złożyć oferty. Dziesięciodniowy termin wskazany w ust. 4 należy liczyć od dnia wystosowania (nadania) zaproszeń do wykonawców, a nie od dnia doręczenia tych dokumentów. Jest oczywiste, że termin składania ofert musi być jednakowy dla wszystkich wykonawców. Wybór najkorzystniejszej oferty odbywa się w oparciu o reguły ustalone w art. 82–95.
8. W dialogu konkurencyjnym stosuje się przepisy dotyczące wadium, zawarte w przepisach dotyczących przetargu nieograniczonego. Należy je stosować wprost, a nie odpowiednio. Wykonawcy mogą być zobowiązani do wniesienia wadium dopiero w chwili przekazania im zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ze względu na lokalizację ust. 4 należy uznać, iż zamawiający nie może skutecznie żądać wniesienia wadium przed tą datą, w szczególności wraz z zaproszeniem do dialogu (art. 60d ust. 5).
9. W ust. 4 nie zawarto szczegółowych wymogów dotyczących treści zaproszenia do złożenia oferty. Wskazano jedynie wymóg dotyczący terminu składania ofert, bowiem pozostałe informacje i wymogi zawarte są w SIWZ, załączonej do zaproszenia.

## **Oddział 4**

### **Negocjacje bez ogłoszenia**

#### **Art. 61. [Definicja]**

**Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.**

1. Negocjacje bez ogłoszenia są najbardziej zbliżone do przewidzianych w ustawie z 1994 r. negocjacji z zachowaniem konkurencji. Należą do konkurencyjnych zamkniętych trybów udzielenia zamówień. W trybie tym nie stosuje się publicznego ogłoszenia o postępowaniu. Wyboru wykonawców dokonuje zamawiający. Najpierw zamawiający zaprasza wykonawców do negocjacji. Zaproszenie kierowane jest do wykonawców w jednej z form przewidzianych w art. 27 (według wyboru zamawiającego). Po negocjacjach zaprasza wykonawców do składania ofert.
2. Negocjacje bez ogłoszenia w kilku ważnych elementach różnią się od negocjacji z ogłoszeniem. Rzecz nie sprowadza się wyłącznie do upublicznienia informacji o postępowaniu, a dotyczy przesłanek stosowania tego trybu, wadium, specyfikacji istotnych warunków zamówienia itp.

## **Art. 62. [Przesłanki stosowania]**

- 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:**
    - 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;**
    - 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;**
    - 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;**
    - 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.**
  - 2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.**
  - 3. Przed wszczęciem postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie ust. 1 pkt 1, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający jest obowiązany przekazać Komisji Europejskiej informację o unieważnieniu postępowania, jeżeli Komisja Europejska wystąpi o jej przekazanie.**
1. Komentowany przepis przewiduje możliwość podjęcia procedury, której dotyczy, w czterech przypadkach. Każda ze wskazanych w ust. 1 sytuacji stanowi samodzielną przesłankę zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Należy pamiętać, że tryb ten może być stosowany nawet w braku przesłanek, o których mowa w ust. 1 w odniesieniu do usług wskazanych w art. 5 ust. 1. Szczegółne reguły stosowania tego trybu przewidziano także w odniesieniu do zamówień sektorowych (art. 134 ust. 5). Negocjacje bez ogłoszenia można prowadzić w tej grupie zamówień publicznych nie tylko wówczas, gdy występuje jedna z przesłanek wskazanych w komentowanym przepisie, ale i wtedy, gdy w postępowaniu prowadzonym wcześniej w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Tryb ten może otwierać drogę do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 4), o ile poza tymi negocjacjami co najmniej jedno postępowanie prowadzono w trybie przetargowym.
  2. Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia można prowadzić wówczas, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone. Za równoważną z brakiem jakiegokolwiek wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy uznać sytuację, w której wnioski takie wpłynęły, lecz żaden z nich nie został uznany za spełniający warunki udziału w postępowaniu.

3. Omówiona wyżej przesłanka zastosowania negocjacji bez ogłoszenia została doprecyzowana w nowelizacji z kwietnia 2006 r. Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być stosowany tylko wówczas, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (ust. 1 pkt 1). Przesłanka ta jest identyczna z przesłanką stosowania przy negocjacjach z ogłoszeniem, wskazaną w art. 55 ust. 1 pkt 1. W aktualnym stanie prawnym negocjacje z ogłoszeniem i negocjacje bez ogłoszenia nie konkurują już ze sobą, bowiem zakres stosowania ust. 1 pkt 1 odbiega od zakresu stosowania art. 55 ust. 1 pkt 1. Jak wspomniano negocjacje bez ogłoszenia mogą być stosowane gdy nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto taka możliwość powstaje w braku ofert w prowadzonym uprzednio postępowaniu przetargowym. Odrzucenie wszystkich ofert uprawnia zamawiającego do podjęcia negocjacji bez ogłoszenia tylko wówczas, gdy podstawę odrzucenia stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2, a więc gdy treść ofert nie odpowiadała treści SIWZ, przy czym nie każda niezgodność oferty ze specyfikacją występującą w postępowaniu przetargowym umożliwia późniejsze podjęcie negocjacji bez ogłoszenia. Możliwe jest tylko wówczas, gdy wykonawca przedstawił ofertę nieodpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia i ofertę tę odrzucono. W razie odrzucenia ofert w postępowaniu przetargowym z innych przyczyn negocjacji bez ogłoszenia nie można zastosować. W takich sytuacjach zamawiający unieważnia postępowanie (art. 93 ust. 1 pkt 1). Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie można prowadzić, gdy poprzedzało je wyłącznie postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem (za wyjątkiem zamówień sektorowych).
4. Zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia można udzielić w sytuacji, gdy postępowanie to poprzedzał konkurs prowadzony na podstawie art. 110 i nast. Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 2 nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych (patrz komentarz do art. 110 i art. 111).
5. Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być stosowany przy zamawianiu dostawy szczególnych rzeczy. Mogą być one wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych. Nie mogą być natomiast produkowane w celu uzyskania zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju (znaczenie tych pojęć wyjaśnia komentarz do art. 55 ust. 1 pkt 4).
6. Zamawiający może udzielać zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia gdy zmusza go do tego pilna, niezawiniona przez niego i obiektywnie nieprzewidywalna przyczyna. Jest to możliwe kiedy nie da się dochować terminów wskazanych w art. 43 w odniesieniu do przetargu ograniczonego, w art. 49 i art. 52 w odniesieniu do przetargu ograniczonego oraz art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 3 w odniesieniu do negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający nie może poprzestać na ustaleniu, że tylko terminu, np. dla przetargu nieograniczonego nie jest w stanie dochować. Niemożliwe musi być także dochowanie terminów przewidzianych dla dwóch pozostałych trybów. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia może być spowodowana względami gospodarczymi lub społecznymi.
7. W każdym przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przewyższa równowartość kwot określanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania UOPWE ogłoszeń o zamówieniach na dostawy i usługi, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia wymaga poinformowania o tym Prezesa UZP. Przepis ust. 2 dotyczy wszelkich typów zamówień, a więc tak zamówień na dostawy, usługi jak i na roboty budowlane. W przepisie tym przyjęto interesującą konstrukcję prawną. Wysokość progów dla dostaw i usług istotna dla celów ogłoszeniowych, jest prawnie relewantna dla wszystkich zamówień, w tym zamówień na roboty budowlane dla powiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania.

8. Gdy postępowanie o zamówienie publiczne ma toczyć się na podstawie ust. 1 pkt 1 wymagane jest w szczególnej sytuacji nie tylko powiadomienie Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ale i uprzednie przekazanie Komisji Europejskiej informacji o wcześniejszym unieważnieniu postępowania przetargowego. Wymóg ten musi być dochowany dla zamówień, których wartość jest równa lub przewyższa równowartość kwot określanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Obowiązek poinformowania Komisji Europejskiej o unieważnieniu postępowania ciąży na zamawiającym tylko wówczas, gdy wystąpi ona o przekazanie takiej informacji.
9. Pzp przewiduje łagodniejsze przesłanki udzielania zamówień w trybie negocjacji bez ogłoszenia w przypadku zamówień sektorowych. Zamówienia takiego można udzielić nie tylko w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1, ale i wówczas, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (art. 134 ust. 5 pkt 2).
10. Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być związany z konstrukcją umowy ramowej. W tym trybie zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową wówczas, gdy umowę tę zawarł z więcej niż jednym wykonawcą (art. 101 ust. 1 pkt 2).

#### **Art. 63. [Zaproszenie do negocjacji]**

1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji.
2. Zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia zawiera co najmniej:
  - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
  - 2) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
  - 3) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
  - 4) termin wykonania zamówienia;
  - 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
  - 6) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania;
  - 7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
  - 8) miejsce i termin negocjacji z zamawiającym.
3. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2.
4. W przypadku, o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 1, zamawiający zaprasza do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu nieograniczonym albo przetargu ograniczonym. Przepis ust. 3 stosuje się.
  1. Negocjacje bez ogłoszenia wszczyna się przekazując wykonawcom, wybranym przez zamawiającego, zaproszenie do negocjacji. W zaproszeniu musi być zawarta minimalna treść wskazana w ust. 2. Mogą w nim też być zamieszczone inne elementy, np. wymogi dotyczące wadium (patrz komentarz do art. 64 ust. 2). Treść zaproszenia obejmująca ele-

menty wskazane w ust. 2 pkt 1–7 oraz dotycząca wadium powinna być identyczna dla wszystkich wykonawców. Może natomiast, a nawet powinna, różnić się w zakresie wskazanym w ust. 2 pkt 8, w odniesieniu do terminu negocjacji z zamawiającym, z tym zastrzeżeniem, że tzw. termin końcowy negocjacji powinien być jednakowy dla wszystkich wykonawców.

2. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji zobowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Jeżeli zamówienia udziela się w tym trybie w postępowaniu uproszczonym (art. 5, art. 134, ust. 5), zamawiający zobowiązany jest odpowiednio wskazać w zaproszeniu powołane wyżej przepisy.
3. Ustawodawca w przepisie ust. 3 i 4 określił minimalną liczbę wykonawców zapraszanych do negocjacji bez ogłoszenia. Obowiązuje w tej materii reguła zapraszania wykonawców w takiej liczbie, która zapewnia właściwą konkurencję. Zamawiający nie może jednak zaprosić mniej niż 5 wykonawców. Gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub wyższa od równowartości 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 10 000 000 euro zamawiający ma obowiązek zaproszenia do negocjacji nie mniej niż 7 wykonawców.
4. W obu wskazanych wyżej przypadkach, a więc bez względu na próg wartości zamówienia, w szczególnej sytuacji zamawiający może poniechać zapraszania co najmniej 5 albo co najmniej 7 wykonawców. Obniżenie liczby zapraszanych wykonawców do minimalnego progu 2 uzasadnia specjalistyczny charakter zamówienia, gdy tylko nieliczni wykonawcy są w stanie je wykonać. Pojęcie specyfiki przedmiotu zamówienia występuje w art. 29 ust. 3 *in fine*. W przypadku uregulowanym w tym właśnie miejscu uzasadnione może okazać się prowadzenie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.
5. Minimalna liczba zaproszonych do negocjacji może być wyższa. Dzieje się tak, gdy negocjacje bez ogłoszenia prowadzi się w oparciu o art. 62 ust. 1 pkt 1. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest zaprosić do negocjacji co najmniej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu nieograniczonym albo ograniczonym, z tym zastrzeżeniem, że liczba zaproszonych nie może być niższa od odpowiednio 5 albo 7 (w zależności od wartości zamówienia), a w wyjątkowej sytuacji (ze względu na specyficzny charakter zamówienia) 2. Przepis ust. 4 nakazuje zaprosić do negocjacji tych wykonawców, którzy w przypadku przetargu nieograniczonego złożyli ofertę, a nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, bowiem prawnie doniosły jest, w myśl ust. 4, wyłącznie fakt złożenia oferty. Zarówno w przypadku przetargu nieograniczonego, jak i przetargu ograniczonego prawnie indyferentne, z punktu widzenia stosowania ust. 4, jest odrzucenie oferty konkretnego wykonawcy. Nawet wówczas, gdy jego ofertę odrzucono, należy zaprosić go do negocjacji. Do powyższych wniosków prowadzą dyrektywy wykładni językowej i systemowej. Rozwiązanie prawne, w którym ustawodawca zobowiązuje zamawiającego do zaproszenia do negocjacji wykonawców dopuszczających się czynów niegodziwych, sprzecznych z prawem lub specyfikacją istotnych warunków zamówienia (patrz komentarz do art. 89), można uznać za w jakiejś mierze kontrowersyjne.
6. Ustawodawca nie reguluje w przepisach Pzp samego przebiegu negocjacji. Warto jednakże podkreślić, że negocjacje kończą się zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Okoliczność ta przesądza o zakresie negocjacji. Należy przyjąć, że ze względu na treść art. 64 ust. 1 oraz stosowanie w negocjacjach bez ogłoszenia art. 58 ust. 2 (art. 65), przedmiotem negocjacji strony nie mogą uczynić ceny. Cena wskazywana jest przez wykonawców w składanych przez nich pisemnych ofertach (art. 82 ust. 2).

## **Art. 64. [Zaproszenie do składania ofert]**

- 1. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.**
- 2. Zapraszając do składania ofert zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Przepisy art. 45 ust. 3–8 i art. 46 stosuje się.**
- 3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 nie stosuje się.**

1. Komentowany przepis mniej formalizuje wymogi dotyczące zaproszenia do składania ofert, aniżeli przepisy dotyczące negocjacji z ogłoszeniem. Interpretacji tego przepisu należy jednak dokonywać w zestawieniu z art. 65, w którym zawarto odesłanie do art. 60 ust. 1 i ust. 2. Ustawodawca nie określa minimalnego terminu, który zamawiający zobowiązany jest dochować, wyznaczając wykonawcom termin do składania ofert. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie może wyznaczać różnych terminów dla różnych wykonawców, biorąc pod uwagę indywidualne możliwości każdego z nich w zakresie przygotowania i złożenia oferty. Należy przyjąć, że treść zaproszenia, w tym terminu do składania ofert, powinna być identyczna dla wszystkich wykonawców.
2. Zamawiający zobowiązany jest skierować zaproszenie do wszystkich wykonawców, wyrażających wolę złożenia ofert, z którymi prowadził negocjacje. Teza ta ma potwierdzenie przede wszystkim w treści art. 65, który odsyła do art. 60 ust. 1. Uzasadnia tę tezę także samo brzmienie art. 61 in fine. Użycie w tym przepisie zaimka „ich” przesądza o potrzebie przekazania zaproszenia wszystkim wykonawcom, z którymi zamawiający prowadził negocjacje.
3. W negocjacjach bez ogłoszenia nie stosuje się art. 45 ust. 1 i ust. 2. Oznacza to, że w tym trybie wadium jest fakultatywne, niezależnie do wartości zamówienia. W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia wyłącznie od woli zamawiającego zależy, czy zeche on zastosować wadium, czy nie. Termin wniesienia wadium określany jest w zaproszeniu do składania ofert, nie zaś w zaproszeniu do negocjacji. Wysokość i formy wadium regulują art. 45 ust. 4–8. Przepis art. 46 reguluje problematykę zwrotu wadium. W tym zakresie zamawiającemu nie pozostawiono swobody. Może on podjąć decyzję o stosowaniu albo niestosowaniu wadium, nie może natomiast zmieniać reguł dotyczących ustalania wysokości wadium, sposobu jego wnoszenia i zwrotu.
4. Zmiana art. 65 oraz lokalizacji niektórych przepisów regulujących negocjacje z ogłoszeniem sprawia, że wykładnia art. 64 i art. 65 jest zadaniem niełatwym. Przepis art. 65 nakazuje odpowiednio stosować w negocjacjach bez ogłoszenia art. 60 ust. 1, ten zaś nakazuje do negocjacji z ogłoszeniem stosować art. 45 i to w pełnym brzmieniu. Podwójne odesłanie zdaje się zrazu wskazywać, że wadium w negocjacjach bez ogłoszenia jest obligatoryjne. Zabieg odpowiedniego zastosowania ust. 1 art. 60 w kontekście art. 64 ust. 2 prowadzi jednak do wniosku, że wadium w tym trybie pozostaje fakultatywne, a zamawiający ma obowiązek zastosowania tylko normy wyrażonej w zdaniu 1 ust. 1 art. 60 (patrz komentarz do art. 65).
5. Zamawiający, kierując do wykonawców zaproszenie do składania ofert, przekazuje im specyfikację istotnych warunków zamówienia. SIWZ nie powinna zawierać informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. W negocjacjach bez ogłoszenia zastosowano w tym zakresie identyczną konstrukcję, jak w negocjacjach z ogłoszeniem (por. art. 36 ust. 1 pkt 5). Nie jest jasne, dlaczego treść ust. 3 odbiega od treści art. 57 ust. 4, bowiem w obu trybach specyfikację doręcza się wykonawcom w tym samym momencie.

## **Art. 65. [Odesłania]**

**Do negocjacji bez ogłoszenia przepisy art. 58 ust. 3 i 4 oraz art. 60 ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio.**

1. Przepis tego artykułu ma charakter blankietowy. W trybie negocjacji bez ogłoszenia odpowiednio stosuje się art. 58 ust. 3 i 4 oraz art. 60 ust. 1 i 2. W tym zakresie postępowanie prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia tylko nieznacznie różni się od procedury prowadzonej w trybie negocjacji z ogłoszeniem.
2. Obowiązuje reguła poufności negocjacji, skonkretyzowano wymogi dochowania równych szans wykonawców, nie przewiduje się jednak możliwości dokonywania zmian w SIWZ. Zamawiający nie może ani doprecyzować, ani uzupełnić specyfikacji. W trybie negocjacji bez ogłoszenia przepis art. 59 nie znajduje nawet odpowiedniego zastosowania. Zamawiający ma obowiązek zaproszenia do składania ofert wszystkich wykonawców, wyrażających wolę złożenia ofert, z którymi prowadził negocjacje, a zaproszenie powinno mieć treść wskazaną w art. 60 ust. 2. Przypomnijmy, że w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie stosuje się art. 60 ust. 3. Termin składania ofert ustalany jest przez zamawiającego. Ustawa nie przewiduje w tym zakresie terminu minimalnego.

## **Oddział 5 Zamówienie z wolnej ręki**

### **Art. 66. [Definicja]**

**Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.**

1. Termin „negocjacje” przyjęty w komentowanym artykule został dostosowany do zmienionej treści art. 72 Kc oraz nazewnictwa przyjętego w innych przepisach. W Pzp przyjęto cztery procedury „negocjacyjne”. Różnią się one kręgiem adresatów. W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający prowadzi negocjacje wyłącznie z jednym wykonawcą, co oznacza, że tryb ten nie ma cech procedury konkurencyjnej.
2. Negocjacje prowadzone tylko z jednym wykonawcą nie muszą prowadzić do zawarcia umowy z tym właśnie wykonawcą. Jeżeli po przeprowadzeniu negocjacji występują przesłanki do unieważnienia zamówienia z wolnej ręki, zamawiający może je unieważnić i przystąpić do negocjacji z kolejnym wykonawcą. Unieważnić postępowanie z wolnej ręki można wówczas, gdy występuje jedna z przyczyn unieważnienia wskazana w art. 93 ust. 1, a mianowicie, kiedy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz kiedy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. W braku przesłanek unieważnienia postępowania możliwość prowadzenia negocjacji z kolejnymi wykonawcami wydaje się wysoce wątpliwa, zwłaszcza w sytuacji unormowanej w art. 67 ust. 1 pkt 1.
3. W trybie zamówienia z wolnej ręki nie przewidziano obowiązku składania przez wykonawcę oferty w znaczeniu ustalonym w art. 82. W trybie tym nie stosuje się także specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sposób procedowania określa sam zamawiający. Może on zobowiązać wykonawcę do złożenia oferty, bądź zrezygnować z tego. W tym ostatnim przypadku umowa dochodzi do skutku (zostaje zawarta), gdy strony dojdą do porozumienia odnośnie wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji (art. 72 § 1 Kc).



## Art. 67. [Przesłanki stosowania]

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
  - 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
    - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
    - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
    - c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
  - 2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
  - 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
  - 4) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
  - 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
    - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
    - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;
  - 6) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego;
  - 7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające

- było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego;
- 8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;
  - 9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
  - 10) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1:
- 1) pkt 1 lit. a, których przedmiotem są:
    - a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
    - b) dostawy energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej,
    - c) dostawy gazu z sieci gazowej,
    - d) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
    - e) powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. — Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188, z późn. zm.),
    - f) usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych;
  - 2) pkt 3 w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć z pewnością, w szczególności zagrażającego bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody w znacznych rozmiarach;
  - 3) pkt 8 i 9.
4. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 3, nie stosuje się przepisów art. 19–21, 24, art. 26 ust. 1–3 i art. 68.
1. Zasada prymatu trybów przetargowych ma ten skutek, że tryby pozaprzetargowe mogą być stosowane wyłącznie w okolicznościach wskazanych w ustawie. Przepis ust. 1 enumeratywnie wskazuje przypadki, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Przesłanki stosowania tego trybu wskazano alternatywnie, nie zaś kumulatywnie. Oznacza to, że do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wystarczy spełnienie się tylko jednej z przesłanek wskazanych w ust. 1. Treść przepisu rozstrzyga tę kwestię jednoznacznie.
  2. W orzecznictwie NSA oraz SN wypowiedziano tezę o potrzebie ścisłej interpretacji przepisu art. 71 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych. Zapatrywanie to pozostaje w pełni aktualne pod rządami art. 67 Pzp. Tryb zamówienia z wolnej ręki można zatem zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez ustawę<sup>1</sup>. W jednym ze wskazanych orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że ustawa dopuszcza odstępianie od

<sup>1</sup> Wyrok NSA z 3 listopada 1999 r. sygn. akt I SA 2128/98 — nie publikowany, wyrok NSA z 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99 — nie publikowany, wyrok NSA z 28 maja 1999 r., sygn. akt I SA 2226/98 — nie publikowany.

trybu przetargowego, jak również od innych przewidzianych trybów opartych na zasadzie konkurencyjności w ściśle określonych tą normą przypadkach, zezwalając na udzielenie zamówienia z wolnej ręki po rokowaniach tylko z jednym dostawcą lub wykonawcą. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNP 2001/22/657) stwierdził z kolei, że przepis art. 71 ust. 1 uzp który stanowi, że zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (identycznie NSA w wyroku z 1 października 2001 r., II SA 2802/00).

3. Przepis ust. 1 wskazuje dziesięć przypadków, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Uzp w brzmieniu przed jej uchyceniem, przewidywała sześć takich sytuacji, natomiast komentowany ustęp przed nowelizacją kwietniową przewidywał siedem przypadków, w których zamówienia można było udzielić z wolnej ręki. Rozszerzenie katalogu okoliczności, w których dozwolone jest zastosowanie tego trybu z jednej strony stanowi liberalizację wymagań dotyczących udzielania zamówień, z drugiej natomiast jest rezultatem rezygnacji regulowania niektórych zamówień na zasadach szczególnych.
4. W myśl ust. 1 pkt 1 zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.
5. Wedle stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego<sup>1</sup> przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (obecnie art. 67 ust. 1 pkt 3). Pogląd powyższy podzielił Sąd Najwyższy, stwierdzając w uzasadnieniu wyroku z 6 lipca 2001 r. III RN 16/01<sup>2</sup>, że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko znanego mu już wcześniej wykonawcy. Stanowisko to znalazło także potwierdzenie w orzecznictwie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W wyroku z dnia 12 października 2004 r. (II SA 1921/03) stwierdził on, że istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej. Orzeczenie to, choć podjęte pod rządami uzp, zachowało swoją aktualność. Z przepisu ust. 1 pkt 1, podobnie jak z art. 71 ust. 1 pkt 3 uzp wynika jednoznacznie, że przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca — monopolista, świadczący tego rodzaju szczególnie usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której, obiektywnie rzecz biorąc, w danym miejscu i czasie istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególnie usługi, ponieważ w tym ostatnim wy-

<sup>1</sup> Wyrok z 11 września 2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39.

<sup>2</sup> OSNCP 2001/22/657.

padku decyzja, któremu z nich udzielić zamówienia powinna być podjęta w innym trybie (konkurencyjnym). Przekonanie zamawiającego, że wskazywany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 uzp (aktualnie art. 67 ust. 1 pkt 1)<sup>1</sup>.

6. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki dotyczyć musi w każdym przypadku jedynie konkretnej usługi, która jest przedmiotem danego postępowania, a umowa nie może być zawierana na czas nieokreślony (tak Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku). Wskazane judykaty w pełni zachowały swoją aktualność, z tym zastrzeżeniem, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki nie wymaga aktualnie uprzedniej zgody Prezesa UZP.
7. Każdy z przypadków wskazanych w ust. 1 pkt 1 sam w sobie uzasadnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Najmniej precyzyjnie oznaczony jest przypadek pierwszy, w którym o możliwości zastosowania tego trybu decydują przyczyny techniczne. Z przyczynami takimi mamy do czynienia, gdy świadczący usługi ma monopol naturalny na dany typ usługi. Sytuacja taka może występować np. w dziedzinie niektórych usług telekomunikacyjnych, usług pocztowych lub innych usług, w których wykonawca ma pozycję monopolisty. Przyczyną techniczną może być konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów.<sup>2</sup> Zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. a musi mieć charakter jednoznacznie wypływający z uprzednich norm, parametrów i standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Sytuacja ta może występować z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie wcześniejszego zamówienia. Może ona zarazem powodować trudności w znalezieniu wykonawcy, materiałów czy rodzaju prac. Zbliżone parametry bądź normy nie są przesłanką pozwalającą na zastosowanie zamówienia z wolnej ręki.<sup>3</sup> Przyczyny techniczne najczęściej pozostają w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. W ogólnych przepisach dotyczących przedmiotu zamówienia mowa o cechach i wymaganiach technicznych (patrz komentarz do art. 29–31). Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze. Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W praktyce pojęcie przyczyn technicznych bywa rozumiane szeroko. W takim ujęciu i przy liberalnej wykładni można bronić zapatrywania, że przyczyny techniczne w szerokim tego słowa rozumieniu obejmują także determinanty organizacyjne. Przyczyny gospodarcze mogą uzasadniać udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 5 lit. a.
8. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>4</sup> oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy Prawo własności przemysłowej.<sup>5</sup> Warto podkreślić, że zamówienia z wolnej ręki można udzielić na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. b, gdy ochrona praw wyłącznych udzielana jest *ex lege*. Kontraktowa ochrona przyznanego umowie prawa ekskluzywnego nie uzasadnia zastosowania tego trybu. Z powyższych względów w umowach dotyczących zamówień publicznych nie powinny być zamieszczane wskazane wyżej klauzule.

<sup>1</sup> Wyrok z 11 września 2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39.

<sup>2</sup> Por. J. Pieróg, *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2003 r., s. 274; Z. Świeboda, s. 96.

<sup>3</sup> Tak NSA w uzasadnieniu wyroku z 3 listopada 1999 r., sygn. akt I SA 2128/98.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

9. Przepis ust. 1 pkt 1 lit. c przewiduje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Może to wywoływać pewne wątpliwości, bowiem usługi, dostawy lub roboty budowlane w zakresie działalności twórczej lub artystycznej mogą być wykonane nie tylko przez jednego wykonawcę. Decydujące znaczenie mają właściwości wykonawcy, jego pozycja i reputacja twórcza lub artystyczna, nie zaś okoliczność, że tylko jeden artysta, jeden twórca może zrealizować takie zamówienie. Pojęcie działalności artystycznej oraz działalności twórczej nie zostało zdefiniowane w obowiązujących przepisach prawnych. Legalną definicję różnorodnych utworów zawarto jednak w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych.<sup>1</sup> Pojęcie działalności twórczej i artystycznej nie jest tożsame ze świadczeniem usług w zakresie kultury (patrz komentarz do art. 5 ust. 1 pkt 10).
10. Szczególne trudności w zakresie kwalifikacji określonej działalności jako twórczej lub artystycznej mogą wiązać się z utworami audiowizualnymi i prawami do ich artystycznych wykonań. Zgodnie z art. 69 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych podstawową przesłanką uznania określonej osoby za współtwórcę utworu audiowizualnego jest wniesienie wkładu twórczego w jego powstanie, przy czym wkład tej osoby musi spełniać kryteria wynikające z art. 1 ust. 1 ustawy (działalność twórcza o indywidualnym charakterze, ustalona w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia). Przepis ten wymienia jako współtwórców (nie jest to katalog zamknięty): reżysera, operatora obrazu, twórcę adaptacji utworu literackiego, twórcę stworzonych dla utworu audiowizualnego utworów muzycznych lub słowno–muzycznych oraz twórcę scenariusza. Ponadto przyjmuje się, że status taki mają także osoby wykonujące np. aranżacje określonych utworów wykorzystywanych w przedstawieniach, jak również realizatorów światła i dźwięku, ale pod warunkiem, że realizator jest jednocześnie autorem twórczego projektu udźwiękowania lub odpowiednio oświetlenia danego spektaklu. Wątpliwości pojawiają się natomiast np. w odniesieniu do kierowników produkcji, którzy co do zasady wykonują pracę o charakterze organizacyjnym, nie wnosząc w powstanie utworu audiowizualnego stricte twórczego wkładu, od czego ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych uzależnia zakwalifikowanie poszczególnych osób do grona współtwórców utworu audiowizualnego. Inną grupą zawodową, która może brać udział w produkcji utworu audiowizualnego są artyści wykonawcy, którym przysługują tzw. prawa pokrewne. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie zawiera zamkniętego wykazu profesji, tworzącego pojęcie artysty wykonawcy. Zgodnie z art. 85 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych do grupy artystów wykonawców zalicza się w szczególności aktorów, recytatorów, dyrygentów, instrumentalistów, wokalistów, tancerzy oraz inne osoby w sposób twórczy przyczyniające się do powstania wykonania.
11. Kwestia stosowania 50% kosztów uzyskania przychodów na podstawie art. 22 ust. 9 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych<sup>2</sup> (ewentualnie innych przywilejów podatkowych) nie powinna mieć zasadniczego znaczenia przy decydowaniu o możliwości zastosowania art. 67. Zwiększone koszty uzyskania przychodu istotnie przysługują twórcy z tytułu rozporządzania lub korzystania z praw autorskich do stworzonego przez siebie utworu (a także artyście wykonawcy). Uznanie za twórcę lub współtwórcę utworu jest jednak konsekwencją faktu rzeczywistego, twórczego udziału w procesie tworzenia utworu.
12. Powstaje problem, czy „działalność twórcza lub artystyczna” w rozumieniu komentowanego artykułu może być świadczona wyłącznie przez osoby fizyczne. W tym zakresie

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.

prezentowane są dwa rozbieżne poglądy. Zgodnie z jednym z nich działalność taka może być prowadzona wyłącznie przez osoby fizyczne (niezależnie od tego czy prowadzą one działalność gospodarczą czy też nie). Pogląd taki można opierać przede wszystkim na interpretacji pojęcia „twórca” zawartego w przepisach ustawy o prawie autorskim. Już z samej natury procesu twórczego wynika, że może on dotyczyć osoby fizycznej. Odmienne poglądy opiera się na założeniu, że „działalność twórcza i artystyczna” może być prowadzona przez wszystkie podmioty (osoby fizyczne lub prawne). Osoby takie, nawet nie będąc twórcami określonych utworów są uprawnione w rozumieniu prawno-autorskim do takiej działalności (wykorzystują utwory nabyte od osób trzecich, posługują się artystami wykonawcami działającymi na ich rzecz np. teatry, filharmonie). W takim rozumieniu twórcami stawaliby się m.in. pracodawcy twórców w ścisłym tego słowa znaczeniu, którzy nabyli stosowne prawa zgodnie z art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również podmioty niebędące pracodawcami dla twórców, którzy na podstawie umowy licencji lub umów przenoszących nabyli prawa autorskie do utworów (np. producenci utworów audiowizualnych, producenci fonogramów i wideogramów itp.).

13. Wydaje się, że ograniczenie kręgu podmiotów, którym można udzielić zamówienia „w zakresie działalności twórczej lub artystycznej” wyłącznie do kręgu twórców w wąskim tego słowa rozumieniu byłoby nazbyt daleko idące i niezgodne ze specyfiką twórczenia utworu audiowizualnego, w tym produkcji telewizyjnej. Nie zostałby również w pełni osiągnięty cel zamówienia z wolnej ręki, który to tryb stosowany jest wówczas, gdy inny, bardziej sformalizowany tryb udzielenia zamówienia byłby niemożliwy lub trudny do przeprowadzenia. W świetle ust. 1 pkt 1 lit. c nie jest istotne, czy zamówienie dotyczy np. scenografii audycji wykonywanej przez danego artystę, czy koncertu/spektaklu, w którym wykonawcą zamówienia staje się instytucja kultury taka jak teatr lub filharmonia, mająca osobowość prawną. Można więc przyjąć, że ust. 1 pkt 1 lit. c odnosi się tak do osób fizycznych, jak i do osób prawnych.
14. Dodatkowe problemy interpretacyjne może stwarzać określenie wzajemnych relacji terminów „zamówienie z zakresu kultury” (art. 5 ust. 1 pkt 5) oraz „zamówienie z zakresu działalności twórczej lub artystycznej”. Nie jest w szczególności jasne, czy „zamówienia z zakresu działalności twórczej i artystycznej” mieszczą się w zakresie „zamówień z zakresu kultury”. Przyjęcie takiego założenia musiałyby prowadzić do wniosku, że przepis ust. 1 pkt 1 lit. c jest w zasadzie bezprzedmiotowy. Konieczne jest zatem przyjęcie innej wykładni, zgodnie z którą pojęcia te należy interpretować rozłącznie. Oznacza to, że zamówienia „z zakresu działalności twórczej lub artystycznej” mają inny zakres znaczeniowy niż zamówienia z zakresu kultury. W tym miejscu warto przypomnieć, że ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych (art. 4 pkt 3 lit g).
15. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Legalną definicję konkursu zawarto w art. 110. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3. Przedmiot zamówienia, gdy nagrodą w konkursie jest zamówienie z wolnej ręki, stanowi szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2). Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że nagrodą w konkursie może być także zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia.

16. Interpretacja ust. 1 pkt 3 jest szczególnie trudna, bowiem ustawodawca posłużył się w nim zwrotem „natychmiastowe wykonanie zamówienia”. Nie bardzo wiadomo, jak odróżnić „pilną potrzebę udzielenia zamówienia” (art. 62 ust. 1 pkt 4) od wymogu „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Można jednak przyjąć, że „natychmiast” znaczy szybciej niż „pilnie”. W istocie z potrzebą natychmiastowego udzielenia zamówienia mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający znalazł się w sytuacji, w której musi udzielić zamówienia „z dnia na dzień”. Równie trudne jest ustalenie zakresu znaczeniowego „wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć”. Warto jednak zwrócić uwagę, że w ust. 1 pkt 3 posłużono się w tym zakresie identyczną terminologią jak w art. 62 ust. 1 pkt 4. Wyjątkowość sytuacji zawniona przez zamawiającego pozbawia go zatem możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (odmiennie niż w uzp). Wykładnia ust. 1 pkt 3 musi mieć na względzie to, że chodzi o okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne, tzn. takie, których zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności, a których zaistnienie stwarza równocześnie konieczność niezwłocznego udzielenia zamówienia.<sup>1</sup> Stanowisko to zachowało aktualność pod rządami Pzp.
17. Terminy, o których mowa w ust. 1 pkt 3 określono w art. 43 (przetarg nieograniczony), art. 49 (przetarg ograniczony), art. 59 (negocjacje z ogłoszeniem), art. 60e ust. 4 (dialog konkurencyjny) oraz art. 64 (negocjacje bez ogłoszenia). W związku z treścią ust. 1 pkt 3 pozostaje problem relacji trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki. Mając na uwadze dyrektywy wykładni językowej i systemowej uprawniony wydaje się pogląd, że w braku możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego zamawiający powinien zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Dopiero w braku możliwości dochowania terminów przewidzianych dla negocjacji bez ogłoszenia, w wyjątkowych sytuacjach zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki.
18. Zasada prymatu procedur przetargowych oddziałuje na kolejność stosowania trybów udzielania zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek prowadzenia w pierwszej kolejności procedur przetargowych. Jeśli przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony nie da rezultatu, tzn. nie został złożony jakikolwiek wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 zamawiający może zastosować procedury negocjacyjne (negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny albo negocjacje bez ogłoszenia — art. 55 ust. 1 pkt 1, art. 60b, art. 62 ust. 1 pkt 1). Dopiero wówczas, gdy także w ich toku nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty odrzucono otwiera się droga zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 4. W praktyce oznacza to, że zamawiający, aby zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki musi najpierw zastosować tryb przetargu nieograniczonego albo ograniczonego. Po odrzuceniu wszystkich ofert bądź unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 zobowiązany jest zastosować jeden z trybów negocjacyjnych, a gdy nie przyniosą one rezultatu może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Zastosowanie tego trybu jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia, dotyczące w szczególności przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert nie zostają w istotny sposób zmienione. Istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 4. Zmiana terminu wykonania zamówienia oraz zmiany dotyczące naturalia negotii przyszłego kontraktu (podobnie *accidentalia negotii*) nie są zmianami istotnymi.

<sup>1</sup> Tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 lipca 2001 III RN 16/01/-OSNCP 2001/22/657.

19. Przepis ust. 1 pkt 5 dotyczy wyłącznie usług i robót budowlanych, nie stosuje się więc go do dostaw. W komentowanym przepisie posłużono się pojęciem „zamówienia podstawowego” oraz pojęciem „zamówień dodatkowych”, nie zdefiniowano ich jednak w przepisach Pzp. Warto zwrócić uwagę, że w kolejnych przepisach ust. 1 występuje pojęcie zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Należy uznać, że zamówieniem podstawowym jest zamówienie dotyczące przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Zamówienie uzupełniające to powtarzane zamówienie tego samego rodzaju jak zamówienie podstawowe, o których w SIWZ zawarto stosowną informację. Zamówienie dodatkowe to zamówienie nieprzewidziane w SIWZ, które nie jest, a w każdym razie nie musi być zamówieniem tego samego rodzaju jak zamówienie podstawowe. Zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Obiektywnie konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być wcześniej, tzn. przed udzieleniem zamówienia podstawowego, nieprzewidywalna. Zamówienia dodatkowe nie mogą przekraczać 20% wartości realizowanego zamówienia (zamówienia podstawowego). Na podstawie ust. 1 pkt 5 zamówień dodatkowych można udzielać kilkakrotnie, istotne jest jednak to, aby ich łączna wartość nie przekroczyła 20% wartości zamówienia ustalonego w umowie o zamówienie podstawowe, a zamówienia dodatkowe były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Oznacza to, że bez zamówień dodatkowych wykonawca nie mógłby wykonać albo nie byłby w stanie należycie wykonać umowy o zamówienie publiczne. Przepis ust. 1 pkt 5 może pozostawać w związku z jakimkolwiek innym trybem udzielania zamówień publicznych. Zamówienia dodatkowe mogą być zatem udzielane w oparciu o tę podstawę prawną zarówno wówczas, gdy zamówienia podstawowego udzielono po przeprowadzeniu procedury przetargowej (przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony), jak i po przeprowadzeniu negocjacyjnego postępowania konkurencyjnego. Od zamówień dodatkowych należy odróżnić tzw. prawo opcji (patrz komentarz do art. 34 ust. 5).
20. Podstawę ustalenia wartości zamówień dodatkowych stanowi wartość przedmiotu zamówienia przyjęta w umowie o zamówienie publiczne. Wartość ta obejmuje zatem podatek od towarów i usług (VAT). Samą wartość zamówienia dodatkowego ustala się jednak bez podatku od towarów i usług. Zamawiający ustalając wartość zamówienia powinien dokonać następującej operacji: ustalić wartość zamówienia podstawowego — całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy powiększone o podatek VAT, a następnie obliczyć 20% wartości zamówienia podstawowego i tym samym określić wartość zamówienia dodatkowego bez podatku VAT (patrz komentarz do art. 32 ust. 1).
21. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do zamówień dodatkowych jest uzależnione od spełnienia jednej z dwóch dalszych przesłanek. Pierwsza z nich to przyczyny techniczne lub gospodarcze które sprawiają, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego powodowałoby konieczność poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. „Przyczyny techniczne” zostały omówione wyżej. Przyczyny gospodarcze są w istocie tożsame z przyczynami ekonomicznymi. W odniesieniu do relacji kosztów należy mieć na uwadze zarówno koszty prowadzenia kolejnych procedur przetargowych lub negocjacyjnych, jak i szacowaną wartość zamówienia dodatkowego udzielonego po przeprowadzeniu tych postępowań. Druga przyczyna to wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Może ona występować alternatywnie, bowiem w komentowanym przepisie użyto funktora alternatywy nierozłącznej „lub”. W celu sprawdzenia, czy przyczyna ta występuje w konkretnym przypadku należy przeprowadzić test *conditio sine qua non*. Jeżeli zamówienie podstawowe może być zrealizowane w pełnym za-



kresie bez potrzeby udzielania jakichkolwiek dalszych zamówień, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do dalszych zamówień jest nieuzasadnione. Jeżeli wskazany wyżej test da wynik pozytywny, dalsze zamówienia należy uznać za zamówienia dodatkowe w rozumieniu ust. 1 pkt 5, a zamawiający będzie uprawniony do udzielania tych zamówień w trybie z wolnej ręki. Zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 5 można udzielić wyłącznie wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamawiający nie ma kompetencji do udzielenia jakiegokolwiek zamówienia dodatkowego innemu wykonawcy.

22. Ust. 1 pkt 6 i 7 pozostaje w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i dotyczy tzw. zamówień uzupełniających. Przepis ust. 1 pkt 6 dotyczy wyłącznie usług i robót budowlanych. Tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany przez zamawiającego tylko wówczas, gdy zamówienia podstawowego udzielono w trybie przetargowym. Odmienne niż w przypadku unormowanym w ust. 1 pkt 5, uprzednie zastosowanie trybów negocjacyjnych wyłącza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 6. Zamówienie uzupełniające musi być przewidziane w SIWZ, musi być też tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a zatem dotyczyć takich samych usług lub takich samych robót budowlanych. Na podstawie ust. 1 pkt 6 nie można udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane, które miałyby inne nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień jak zamówienie podstawowe. Przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających (art. 32 ust. 3).
23. Termin, o którym mowa w ust. 1 pkt 6 należy liczyć zazwyczaj od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia podstawowego, bowiem dzień jej zawarcia jest zwykle dniem udzielenia zamówienia. Zamówienia uzupełniające nie mogą być większe niż 20% zamówienia podstawowego. Można ich udzielać kilkakrotnie o tyle, o ile przewidziano to w specyfikacji, a kolejne zamówienia uzupełniające dotyczą przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy zamówienia podstawowego.
24. Przepis ust. 1 pkt 7 dotyczy wyłącznie dostaw udzielonych wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające polega w tym przypadku na rozszerzeniu dostawy. Ewentualna zmiana wykonawcy mogłaby prowadzić do konieczności nabywania przez zamawiającego rzeczy o innych cechach (parametrach) technicznych. Wzajemne niedostosowanie sprzętu, urządzeń (brak kompatybilności) może z kolei prowadzić do powstania znacznych trudności technicznych w użytkowaniu i dozorze sprzętu (urządzeń, maszyn itp.). Mając na uwadze te okoliczności ustawodawca przewidział możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki na rzeczy o tych samych parametrach. Pozostałe przesłanki stosowania tego trybu na podstawie komentowanego przepisu nie różnią się od przesłanek wskazanych w ust. 1 pkt 6.
25. Możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki może decydować szczególnie status wykonawcy, a mianowicie stan likwidacji podmiotu, od którego można uzyskać pożądaną dostawę. Likwidację osób prawnych uregulowano w aktach prawnych, w których reglamentuje się poszczególne kategorie osób prawnych, np. likwidację spółek handlowych uregulowano w przepisach kodeksu spółek handlowych. Warto jednak podkreślić, iż w ust. 1 pkt 8 nie wymaga się likwidacji podmiotu w sensie jurystycznym, lecz likwidacji działalności. Takie sformułowanie daje pole zarówno do wąskiej jak i szerokiej interpretacji komentowanego przepisu. W wąskim rozumieniu chodzi o stan likwidacji podmiotu, o którym mowa wyżej, natomiast w szerokim — o likwidację nie tyle podmiotu, co jakiegokolwiek, prowadzonej przez niego działalności. W tym rozumieniu np. do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki uprawnia zamawiającego wyprze-

daż spowodowana zamknięciem sklepu. Stan likwidacji podmiotu nie wywołuje wątpliwości interpretacyjnych, należy zatem przyjąć, że w komentowanym przepisie chodzi o szerokie rozumienie pojęcia działalności podmiotu, będącego w stanie likwidacji.

26. Trudności interpretacyjne dotyczą postępowania egzekucyjnego i upadłościowego. Występują w tym zakresie dwie możliwości. Wedle pierwszej chodzi nie tyle o stan, w którym przeciwko jakiemuś podmiotowi prowadzone są jakiekolwiek postępowania egzekucyjne, co nabycie przez zamawiającego określonych dóbr właśnie w takim postępowaniu, a więc w drodze sprzedaży prowadzonej zgodnie z art. 864, 865 oraz 866<sup>1</sup> Kpc<sup>1</sup>. Wedle liberalnej interpretacji jakakolwiek wyprzedaż prowadzona przez egzekwowanego dłużnika uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, nawet wówczas, gdy jej celem jest zaspokojenie egzekwującego wierzyciela. Podobnie rzecz ma się w przypadku postępowania upadłościowego. W węższym ujęciu komentowany przepis mógłby znaleźć zastosowanie tylko w razie likwidacji masy upadłości, a w szczególności w przypadku sprzedaży ruchomości dokonywanej w trybie art. 316–324 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze.<sup>2</sup> W szerokim tego słowa rozumieniu jakakolwiek wyprzedaż dokonywana w toku postępowania upadłościowego uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie daje takiej kompetencji związek wyprzedaży z postępowaniem naprawczym. Do postępowania naprawczego w zakresie nieuregulowanym w części IV Prawa upadłościowego i naprawczego stosuje się wprawdzie odpowiednie przepisy o postępowaniu upadłościowym, ale dotyczy to tylko postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 493 Prawa upadłościowego i naprawczego). Likwidacja działalności wykonawcy, postępowanie egzekucyjne albo upadłościowe, same w sobie nie uzasadniają udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, bowiem stan taki umożliwić ma udzielenie zamówienia na szczególnie korzystnych warunkach. W praktyce chodzi o wyprzedaże dokonywane po cenach odbiegających od rynkowych. Szczególnie korzystne warunki dotyczyć powinny ceny, nie zaś innych elementów dostawy.
27. Do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki uprawnia zamawiającego zamówienie na dostawy na giełdzie towarowej. Problematykę tę reguluje ustawa o giełdach towarowych.<sup>3</sup> Przez giełdę towarową rozumie się zespół osób, urządzeń i środków technicznych, zapewniających wszystkim uczestnikom obrotu jednakowe warunki zawierania transakcji giełdowych oraz jednakowy dostęp w tym samym czasie do informacji rynkowych, a w szczególności do informacji o kursach i cenach towarów giełdowych oraz o obrotach towarami giełdowymi (art. 2 pkt 1 ustawy o giełdach towarowych). Zamówienie z wolnej ręki dokonywane na podstawie ust. 1 pkt 9 może być realizowane wyłącznie w drodze tzw. transakcji giełdowej, a więc umowy dotyczącej towarów giełdowych zawartej na giełdzie w czasie i w sposób przewidziany dla zawierania takich umów przez uprawnione osoby. Zamawiający w znaczeniu ustalonym w Pzp mogą zawierać umowy na giełdzie towarowej wyłącznie jako zleceniodawcy, którzy zawarli umowę ze spółkami handlowymi prowadzącymi działalność maklerską w zakresie obrotu towarami giełdowymi należącymi do kategorii rzeczy oznaczonych co do gatunku.
28. Przewidziana w ust. 1 pkt 9 możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki za pomocą transakcji giełdowej na giełdzie towarowej jest w jakiejś mierze fikcją. Transakcje giełdowe zawiera się z chwilą przyjęcia oferty, tymczasem przepisy Pzp wymagają w przypadku zamówienia z wolnej ręki pisemnej formy umowy (patrz komentarz do art. 139 ust. 2). W transakcjach giełdowych nie uwolniono ponadto zamawiającego od obowiązku żądania

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 121, poz. 1019 z późn. zm.

oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust. 1, choć tak uczyniono w prawie unijnym. Europejski Obszar Gospodarczy został utworzony na mocy porozumienia z 2 maja 1992 r. z Porto. Porozumienie weszło w życie 1 stycznia 1994 r. Polska jest aktualnie stroną tego porozumienia. Na mocy art. 8 ustanowiono swobodny przepływ towarów między państwami członkowskimi Unii Europejskiej i Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu.

29. Tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany, gdy zamówienia udziela placówka zagraniczna w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej.<sup>1</sup> Placówką taką jest przedstawicielstwo dyplomatyczne, stałe przedstawicielstwo przy organizacji międzynarodowej, urząd konsularny, instytut polski lub inna placówka podległa ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych mająca siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Polska placówka może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Warto zaznaczyć, że tryb zamówienia z wolnej ręki można stosować na podstawie ust. 1 pkt 10 tak w przypadku dostaw, usług, jak i robót budowlanych. Komentowany przepis nie ogranicza jego stosowania do wybranych kategorii zamówień wedle ich kryteriów przedmiotowych (odmiennie niż w ust. 1 pkt 8 i 9).
30. W pełni zliberalizowane reguły wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dotyczą usług wskazanych w art. 5 ust. 1 pkt 3–12. Zamawiający może w takich przypadkach dokonać zamówienia w tym trybie przy braku przesłanek przewidzianych w ust. 1.
31. Szczegółne zasady udzielania zamówienia z wolnej ręki ustalono w grupie zamówień sektorowych. Nie stosuje się do nich ust. 1 pkt 6 i 10. Ustawodawca przewidział natomiast dwa dalsze przypadki, w których zamówienia sektorowego można udzielić z wolnej ręki — patrz komentarz do art. 134 ust. 6.
32. Konstrukcję zamówienia z wolnej ręki stosuje się w związku z umową ramową. Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową w trybie zamówienia z wolnej ręki jeżeli zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą. We wskazanym przypadku nie stosuje się ust. 1 i 2 (patrz komentarz do art. 100).
33. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie wymaga zgody Prezesa UZP, bowiem nowelizacja kwietniowa uchyliliła przepis, który przewidywał tę zgodę. Zamawiający w pełni samodzielnie decyduje o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie oznacza to, iż wolny jest on od obowiązku ścisłego przestrzegania obiektywnych kryteriów stosowania tego trybu. Przed wszczęciem postępowania w tym trybie nie występuje jakakolwiek forma ingerencji *ex ante* Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w formie decyzji administracyjnej). Jeżeli jednak wartość zamówienia jest równa lub wyższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, z którymi wiąże się obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu o jego wszczęciu. Zawiadamiając o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania tego trybu. Obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich uregulowano w art. 11 ust. 7.
34. W sześciu przypadkach, gdy zamówienie udzielane jest na podstawie ust. 1 pkt 1 nie wymaga się zawiadomienia o tym fakcie Prezesa UZP. Odnosi się to do dostawy: wody

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 128, poz. 1403 z późn. zm.

za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzania ścieków do takiej sieci, energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, a także powszechnych usług pocztowych oraz usług przewozu kolejowego.

35. Dostawy, o których mowa w ust. 3 pkt 1 lit a podlegają ustawie Prawo wodne.<sup>1</sup> Dostawy wskazane w ust. 3 pkt 1 lit. b, c i d regulują przepisy ustawy Prawo energetyczne.<sup>2</sup> Przepis ust. 3 pkt 1 lit e odsyła do legalnej definicji powszechnych usług pocztowych zawartej w ustawie z 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe.<sup>3</sup> Usługi te polegają na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu: przesyłek listowych do 2000 g, w tym przesyłek poleconych i przesyłek z zadeklarowaną wartością, paczek pocztowych do 10 000 g, w tym z zadeklarowaną wartością, przesyłek dla ociemniałych, doręczaniu nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych do 20 000 g, realizowaniu przekazów pocztowych i świadczone są w obrocie krajowym i zagranicznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach i po przystępnych cenach, z zachowaniem wymaganej prawem jakości oraz z zapewnieniem co najmniej jednego opróżnienia nadawczej skrzynki pocztowej i doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż przez 5 dni w tygodniu (art. 3 pkt 25 Prawa pocztowego). Usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych podlegają przepisom ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne.<sup>4</sup> Dostaw i usług wskazanych w ust. 3 nie należy mylić z zamówieniami sektorowymi. Zasady udzielania tych zamówień w trybie z wolnej ręki określa art. 134 ust 6.
36. W nowelizacji kwietniowej przewidziano dwa przypadki, w których na zamawiającym nie ciąży obowiązek zawiadomiania Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jest on wolny od tego obowiązku wówczas, gdy zamówienie udzielone jest na podstawie ust. 1 pkt 3 w związku z tzw. klęską elementarną. Chodzi o zdarzenia losowe wywołane przez siły przyrody bądź inne czynniki zewnętrzne (w tym osoby trzecie) i działania zmierzające do ograniczenia ich skutków. Zdarzenia losowe to zdarzenia, których nie można przewidzieć i którym nie można przy użyciu normalnych środków zapobiec. Zazwyczaj zdarzenia takie bezpośrednio zagrażają życiu lub zdrowiu ludzi, a także grożą powstaniem szkód majątkowych. Wskazanie ewentualnych następstw zdarzeń losowych ma charakter przykładowy. Ustawa nie zawiera definicji szkód znacznych rozmiarów. Kwestię tę trzeba rozstrzygać ad casu. Sprawa jest o tyle nieistotna, że chodzi o przyszłą szkodę hipotetyczną, a nie szkodę już powstałą. Gdy przedmiotem zamówienia ma być usunięcie skutków zdarzeń losowych, a nie ich ograniczenie, na zamawiającym ciąży obowiązek powiadomienia Prezesa UZP, o którym mowa w ust. 2. Nie wymagają powiadomienia Prezesa Urzędu zamówienia, dotyczące zakupów dokonywanych na wyprzedających (ust. 1 pkt 8) oraz na giełdach towarowych (ust. 1 pkt 9).
37. Do zamówień, których przedmiotem są dostawy i usługi wskazane w ust. 3 nie stosuje się przepisów o komisji przetargowej (art. 19–21), o wykluczeniu wykonawców (art. 24), o obowiązku składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1–3, art. 68), postępowanie jest zatem w istotnej mierze odformalizowane. Warto podkreślić, że ustawodawca uchyła obowiązek powiadomiania Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki w przypadkach wskazanych w ust. 3 bez względu na wartość zamówienia.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

## Art. 68. [Warunki udziału w postępowaniu]

1. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Przepisów art. 36 ust. 1–3 oraz art. 37 i 38 nie stosuje się. Przepisy art. 36 ust. 4 i 5 stosuje się odpowiednio.
  2. Najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.
1. W postępowaniu z wolnej ręki nie stosuje się specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie wszczyna się poprzez wystosowanie do wykonawcy zaproszenia do negocjacji. Jest ono przekazywane w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną zgodnie z wyborem zamawiającego (art. 27). Zamawiający obowiązany jest do dołączenia do zaproszenia informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przede wszystkim opisu przedmiotu zamówienia oraz terminu wykonania zamówienia. Powinien także przekazać wykonawcy istotne postanowienia przyszłej umowy, obejmujące elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) oraz podmiotowo istotne (*accidentalialia negotii*). Alternatywnie zamawiający może przekazać wykonawcy ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Chodzi o warunki i wzory, o których mowa w art. 384 Kc. Przekazując informację wraz z zaproszeniem zamawiający może wyrazić w nich żądanie wskazania przez wykonawcę w toku negocjacji części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania nazw firm proponowanych podwykonawców. Może także określić części zamówienia, których wykonanie może być powierzone podwykonawcom (art. 36 ust. 4 i 5). Negocjacje prowadzone są do chwili, gdy strony osiągną porozumienie co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. Technika samego zawarcia umowy może być różna. Negocjacje mogą kończyć się zobowiązaniem wykonawcy do przedłożenia przezeń oferty; umowa zostaje wówczas zawarta przez jej przyjęcie. Oferta powinna uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego. Umowa może także dojść do skutku bez oferty wykonawcy. Zostaje ona wówczas zawarta z zastosowaniem art. 72 §1 Kc (umowa zawarta przez i po negocjacjach).
  2. Przepis art. 68 precyzuje obowiązki wykonawców związane ze składaniem oświadczeń i przedkładaniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Gdy wartość zamówienia jest niższa od wyrażonej w złotych równowartości kwot określanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać wyłącznie oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Gdy wartość zamówienia przekracza wskazane wyżej kwoty, zamawiający ma obowiązek żądania, a wykonawca złożenia nie tylko oświadczenia o spełnieniu warunków, ale również dokumentów potwierdzających ten stan rzeczy. Chodzi przy tym tylko o takie oświadczenie i dokumenty, które zamawiający wskazał w zaproszeniu do złożenia oferty. Patrz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605.

## Oddział 6 Zapytanie o cenę

### Art. 69. [Definicja]

**Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytaniem o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.**

Zapytanie o cenę jest najmniej skomplikowanym trybem udzielania zamówień publicznych. Zamawiający kieruje zapytanie o cenę dostaw określonych wyrobów lub usług do wybranych przez siebie wykonawców, zapraszając ich zarazem do składania ofert. Rozdzielenie pytania o cenę i zaproszenia do składania ofert może sugerować, że chodzi o dwie różne czynności. W istocie chodzi o jedną czynność, której celem jest skłonienie wykonawcy do złożenia oferty. Zapytanie o cenę i zaproszenie do składania ofert mogą być kierowane do wykonawców pisemnie. Ze względu na maksymalną wartość zamówienia, którego może dotyczyć tryb zapytania o cenę, zamawiający może również zastosować uproszczone formy zapytania i zaproszenia (faks, droga elektroniczna, patrz komentarz do art. 27). Zastosowanie uproszczonych form nie uwalnia zamawiającego od obowiązku właściwego dokumentowania postępowania.

### Art. 70 [Przesłanki stosowania]

**Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.**

1. Tryb zapytania o cenę może być stosowany wyłącznie w odniesieniu do dostaw i usług. Zamawiający nie może go stosować przy zamawianiu robot budowlanych, przy czym ich wartość jest okolicznością prawnie indyferentną. Tryb ten może być stosowany wyłącznie wówczas, gdy wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest niższa od wyrażonej w złotych równowartości kwoty ustalonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ustalenie wartości zamówienia na dostawy i usługi następuje z zastosowaniem art. 32, art. 34 i art. 35. Należy podkreślić, że trybu zapytania o cenę nie można stosować nawet za zgodą Prezesa UZP, gdy wartość jest równa lub przewyższa równowartość w złotych kwoty, o której mowa wyżej.
2. Tryb zapytania o cenę może dotyczyć tylko tych dostaw i usług, które są powszechnie dostępne i mają ustalone standardy jakościowe. Obie cechy przedmiotu zamówienia tj. powszechna dostępność i ustalone standardy jakościowe muszą występować równocześnie (kumulatywnie). Brak jednej z cech przedmiotu zamówienia uniemożliwia zastosowanie trybu zapytania o cenę. Przykładem dostaw wyrobów powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych (chodzi o średni standard) są produkty spożywcze, paliwo, materiały biurowe itp. Za usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych można uznać usługi sprzątnięcia pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne, usługi translatorskie itp.

### Art. 71. [ Zaproszenie do składania ofert]

1. **Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewni konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.**

**2. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 8 i 15 nie stosuje się.**

1. Zamawiający ma obowiązek zaproszenia do składania ofert właściwej liczby wykonawców. Zaproszenie musi być zarazem kierowane do wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający musi zatem zbadać przedmiot działalności adresatów zaproszenia i ustalić, iż w praktyce świadczą oni usługi lub dostawy, których dotyczy ma zamówienie. Najbardziej pomocne w tym zakresie jest badanie rejestru przedsiębiorców, a zwłaszcza wpisów dokonanych w dziale 3 tego rejestru. Zamieszczane są tam dane dotyczące przedmiotu działalności przedsiębiorcy według Polskiej Klasyfikacji Działalności<sup>1</sup> (patrz art. 40 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>2</sup> oraz komentarz do art. 3 ust. 1 pkt 3). Ustawa wymaga, aby zaproszenie do składania ofert przekazano co najmniej pięciu wykonawcom. W każdym przypadku skierowania zaproszenia do wykonawców ich liczba (ustalona przez zamawiającego — co najmniej 5) musi zapewniać konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Ustawa nie określa maksymalnej liczby wykonawców. Niecelowe w praktyce jest występowanie z zapytaniem o cenę do kilkudziesięciu czy nawet kilkunastu wykonawców. Wymogi wyboru najkorzystniejszej oferty określają przepisy art. 82–95, a pojęcie oferty najkorzystniejszej art. 2 pkt 5.
2. W ust. 1 posłużono się pojęciem najkorzystniejszej oferty. Wydaje się, że bardziej trafne byłoby posłużenie się pojęciem występującym w art. 72 ust. 2, bowiem skierowanie zaproszenia do składania ofert do odpowiedniej liczby wykonawców ma zapewniać nie tyle wybór najkorzystniejszej oferty, co skłonić wykonawców do złożenia ofert z możliwie najniższymi cenami i zapewnić zamawiającemu wybór oferty z najniższą ceną (patrz komentarz do art. 72).
3. Warto podkreślić, że od zaproszenia do składania ofert należy odróżnić samo złożenie oferty. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 2 wymaga złożenia w trybie zapytania o cenę co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu. W braku co najmniej dwóch ofert zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia.
4. Przepis ust. 2 wymaga stosowania w trybie zapytania o cenę specyfikacji istotnych warunków zamówienia. We wskazanym trybie zamawiający stosuje niejako uproszczoną specyfikację, którą przesyła wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert. W pierwotnym brzmieniu ustawy w trybie zapytania o cenę nie można było stosować konstrukcji zamówień uzupełniających (art. 36. ust. 1 pkt 5 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7). Zamawiający nie mógł także przewidywać w specyfikacji możliwości składania ofert wariantowych. Zmiana ust. 2 nie zmieniła stanu prawnego. Po nowelizacji kwietniowej konstrukcja zamówień uzupełniających i wariantowych nie może być stosowana w trybie zapytania o cenę. Zakaz ten wynika z samej istoty zamówienia w trybie zapytania o cenę i ma swoje normatywne potwierdzenie w treści art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 83 ust. 1.
5. W trybie zapytania o cenę nie stosuje się wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W omawianym trybie nie znajdują zatem zastosowania przepisy art. 147–151 o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy oraz art. 45–46 o wadium. Zastrzeżenie, że w zapytaniu o cenę nie stosuje się art. 36 ust. 1 pkt 12 stanowi swoiste legislacyjne superfluum. W braku tego zastrzeżenia oraz w braku przepisu odsyłającego (patrz komentarz do art. 73) zamawiający i tak nie mógłby w tym trybie żądać od wykonawców wniesienia wadium.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 33, poz. 289 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 17, poz. 209 z późn. zm.

## **Art. 72. [Cena oferty]**

- 1. Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Nie prowadzi się negocjacji w sprawie ceny.**
- 2. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.**

1. Tryb zapytania o cenę jest trybem, w którym do zawarcia umowy dochodzi w istocie przez ofertę i jej przyjęcie (art. 66 i nast. Kc). Każdy wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę. Warto zwrócić uwagę, że w art. 70 mowa o wartości zamówienia, w komentowanym przepisie występuje pojęcie ceny. Jak wiadomo wartość zamówienia nie obejmuje podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1), cena zaś podatek ten obejmuje. Cena zaproponowana przez wykonawcę może zatem przekraczać w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8. Okoliczność ta nie wyłącza możliwości stosowania trybu zapytania o cenę. Wykonawca nie może zmienić zaproponowanej ceny. Przepis ust.1 nie wyłącza jednak stosowania w zapytaniu o cenę art. 84 ust. 1. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę. Zakaz zmiany ceny dotyczy czasu po upływie terminu do składania ofert.
2. W trybie zapytania o cenę przewidziano zakaz prowadzenia negocjacji w sprawie ceny. Przepis ust. 1 nie wyłącza natomiast możliwości prowadzenia negocjacji w innych sprawach aniżeli cena. Zamawiający może więc prowadzić negocjacje w takich sprawach jak terminy dostaw, miejsce dostaw, spełnienie świadczenia częściami itp. Warto jednak podkreślić, że w zapytaniu o cenę stosuje się art. 87 ust. 1. Jeśli więc wykonawca w złożonej ofercie wskazał nie tylko cenę, ale i inne elementy, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących tych elementów oferty.
3. Zamawiający może udzielić zamówienia i zawrzeć umowę wyłącznie z tym wykonawcą, który zaoferował najniższą cenę. Warto podkreślić, że w ust. 2 ustawodawca trafnie posłużył się pojęciem oferty z najniższą ceną, a nie pojęciem najkorzystniejszej oferty (patrz komentarz do art. 71 ust. 1 i art. 2 pkt 5).

## **Art. 73. [Odesłania]**

**Do zapytania o cenę przepisy art. 44 i art. 64 ust. 1 stosuje się odpowiednio.**

1. Jest to przepis blankietowy (odsyłający). Zakres odesłania do przepisów regulujących pozostałe tryby udzielania zamówień jest bardzo wąski, bowiem dotyczy tylko dwóch przepisów rozdziału 3, a mianowicie art. 44 zamieszczonego w oddziale dotyczącym przetargu nieograniczonego oraz art. 64 ust. 1, który reguluje negocjacje bez ogłoszenia. Pozostałe przepisy odnoszące się do innych trybów udzielania zamówień nie mają zastosowania do zapytania o cenę. Nie stosuje się ich nie tylko wprost, ale i odpowiednio.
2. Komentowany przepis nakazuje odpowiednio stosować art. 44, w którym na wykonawcę nałożono obowiązek złożenia wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz, jeżeli żądał tego zamawiający, złożenia dokumentów o spełnianiu tych warunków. Przepis nakazuje także odpowiednio stosować art. 64 ust. 1, który zobowiązuje zamawiającego do wyznaczenia terminu składania ofert w taki sposób, aby wykonawcy mieli niezbędny czas na przygotowanie i złożenie ofert (patrz komentarz do art. 44 i art. 64 ust. 1). W istocie przepisy art. 44 i art. 64 ust. 1 należy stosować w trybie zapytania o cenę w pełnym zakresie. Nie tyle zatem mamy do czynienia z odpowiednim zastosowaniem wskazanych przepisów, co ich pełnym stosowaniem.



## Oddział 7 Licytacja elektroniczna

### Art. 74. [Definicja]

- 1. Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.**
- 2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.**

1. Licytacja elektroniczna, zwana przed nowelizacją z kwietnia 2006 r. aukcją elektroniczną, stanowi odrębny, samoistny tryb udzielania zamówienia, którego wartość ustalona zgodnie z art. 32 oraz 34 i 35 nie może przekroczyć kwot wynikających z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust 8. Tryb ten różni się znacznie od pozostałych przewidzianych w Pzp. Poza koniecznością użycia narzędzi informatycznych do jego przeprowadzenia, najistotniejszą różnicą jest możliwość składania w trakcie postępowania więcej niż jednej oferty przez każdego wykonawcę, bowiem odrębną ofertę stanowi każde postąpienie składane w toku licytacji. Definiując licytację (niegdyś zwaną aukcją) elektroniczną ustawa nie wprowadzała żadnego szczególnego rozumienia samego terminu „licytacja”, przyjmując pod rządami ustawy przed nowelizacją kwietniową, że w systemie prawnym pojęcie to występuje w art. 702 Kc. Zmiana nazwy spowodowała trudność w odnoszeniu się do definicji Kodeksu cywilnego dotyczących aukcji, jednakże w związku z tym, że pojęcie licytacji jest powszechnie zrozumiałe oraz opisane w ust 1 komentowanego przepisu, definicja taka nie wydaje się konieczna. Przyczyną zmiany nazwy tego trybu jest wprowadzenie wspomnianą nowelizacją instytucji aukcji elektronicznej, którą zgodnie z wdrażanymi postanowieniami dyrektyw UE jest sui generis dogrywka prowadzona w trybach przetargowych oraz negocjacjach z ogłoszeniem (patrz komentarz do art. 91a–91c).
2. Jedną z istotnych cech licytacji jest składanie ofert „na odległość” za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. Wykonawca, będący użytkownikiem końcowym sieci, nadaje informację, która w czasie rzeczywistym jest odbierana przez zamawiającego, będącego drugim z końcowych użytkowników sieci. Zamawiający w celu zestandaryzowania formy otrzymywanej informacji zamieszcza na stronie internetowej formularz wypełniany treścią przez wykonawców uczestniczących w licytacji. Zastosowane rozwiązania techniczne muszą przy tym zabezpieczać przekazywane przez wykonawców dane przed ingerencją w ich treść ze strony zamawiającego. Na brak możliwości jakiegokolwiek ingerencji zamawiającego w treść odbieranych danych wskazuje również obowiązek korzystania z urządzeń, które samoczynnie (automatycznie) uszeregują przekazywane dane wg zdefiniowanego kryterium, którym w przypadku licytacji jest cena oferty.
3. Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie licytacji elektronicznej mogą być dostawy, tzn. zgodnie z art. 2 pkt 2 nabycie rzeczy, praw lub innych dóbr, a po zmianie przepisów dokonanej nowelizacją kwietniową, również usługi. Oznacza to, że przedmiotem licytacji nie mogą być jedynie roboty budowlane. Brak ograniczenia co do rodzaju umowy na podstawie której następuje nabycie oznacza, że w wyniku licytacji może nastąpić zarówno przeniesienie własności na podstawie umowy sprzedaży jak i zawarcie każdej

innej umowy wiążącej się z prawem do odpłatnego korzystania z przedmiotu zamówienia. Zgodnie z definicją dostawy może to być w szczególności umowa najmu, dzierżawy, dostawy oraz leasingu, w przypadku usług może to być np. umowa zlecenia, a także każda umowa nienazwana. Przedmiotem licytacji mogą być wyłącznie dostawy lub usługi powszechnie dostępne, tzn. mające charakter seryjny, masowy, popularny i z tych przyczyn łatwe do osiągnięcia. Muszą mieć one przy tym ustalone standardy jakościowe, tzn. stosunkowo trwałe, rzadko podlegające zmianie oraz dokładnie określone albo znormalizowane cechy w zakresie jakości czy ustalone standardy ich świadczenia.

4. Ponieważ w trybie licytacji elektronicznej nie można udzielić zamówienia na roboty budowlane, nie jest również możliwe udzielenie w tym trybie zamówienia wielorodzajowego, gdy należałoby zastosować przepisy właściwe dla robót budowlanych. Ponadto nawet w sytuacji, gdy zgodnie z postanowieniami art. 6 ust 1 lub 2 do takiego zamówienia należałoby zastosować przepisy dotyczące dostaw lub usług, ale uzupełniającą częścią świadczenia byłyby roboty budowlane, zastosowanie takiego trybu byłoby w większości przypadków niemożliwe, bowiem roboty budowlane nie spełniałyby w sposób oczywisty wymogu dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych jakościowych standardach, a tylko te mogą być przedmiotem licytacji

#### **Art. 75. [Wszczęcie postępowania]**

**1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie licytacji elektronicznej, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona aukcja.**

**2. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w ust. 1, zawiera co najmniej:**

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3) określenie przedmiotu zamówienia;
- 4) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych;
- 5) sposób postępowania w toku licytacji elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych wysokości postąpień;
- 6) informacje o liczbie etapów licytacji elektronicznej i czasie ich trwania;
- 7) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej;
- 8) termin otwarcia oraz termin i warunki zamknięcia licytacji elektronicznej;
- 9) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 10) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 11) termin związania ofertą;
- 12) termin wykonania zamówienia;
- 13) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 14) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
- 15) adres strony internetowej, na której będzie prowadzona licytacja elektroniczna.

1. Momentem wszczęcia postępowania w trybie licytacji elektronicznej jest publikacja ogłoszenia zamieszczonego na własnej stronie internetowej oraz na stronie internetowej, na której licytacja będzie prowadzona. Jeśli zamawiający zamierza przeprowadzić licytację wykorzystując

własne strony internetowe, wówczas obowiązek ogłoszenia będzie spełniony poprzez zamieszczenie ogłoszenia tylko na tej stronie. W przypadku licytacji, odmiennie niż w pozostałych trybach udzielania zamówień poprzedzanych ogłoszeniem, zamieszczenie ogłoszenia na własnej stronie internetowej jest obowiązkowe. Oznacza to, że zamówień w trybie licytacji elektronicznej nie mogą udzielać zamawiający, którzy nie posiadają strony internetowej. Nie jest to możliwe nawet wówczas, gdyby zamierzali przeprowadzić licytację na wynajętej platformie.

2. Postępowanie prowadzone w trybie licytacji elektronicznej, podobnie jak w pozostałych trybach udzielania zamówień, przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Nie zmienia tego możliwość korzystania z innych niż własne stron internetowych, która nie jest równoznaczna z uprawnieniem podmiotu będącego jej dysponentem do nabywania przedmiotu zamówienia, a następnie odstępowania w drodze odrębnej umowy zamawiającemu. Zamawiający mogą jednak zgodnie z dyspozycją art. 15 ust 2 powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie licytacji innemu podmiotowi, który działając jak pełnomocnik zamawiającego przeprowadzi licytację w jego imieniu i na jego rzecz.
3. Ustawa nie wskazuje kolejności zamieszczania ogłoszeń o licytacji w sytuacji, gdy są one zamieszczane na stronie internetowej zamawiającego oraz stronie przeprowadzania licytacji. Zasada równego traktowania wykonawców oraz wynikające z niej prawo jednakowego dostępu wszystkich wykonawców do informacji o zamiarze udzielenia zamówienia wskazują jednak, że ogłoszenia te powinny być zamieszczone w obu miejscach w tym samym terminie.
4. Ogłoszenie o zamówieniu jest w przypadku licytacji elektronicznej jedyną formą przekazania przez zamawiającego informacji o zamówieniu oraz warunkach udziału w postępowaniu. Stąd szczególnie istotne jest podanie w nim precyzyjnych i jednoznacznych informacji niezbędnych wykonawcom ubiegającym się o dopuszczenie do udziału w licytacji.
5. Ogłoszenie o licytacji zawiera niezbędne informacje o charakterze formalnym. Należy do nich nazwa i adres zamawiającego, określenie trybu zamówienia oraz adres strony internetowej, na której przeprowadzona będzie licytacja. Adres ten, jako jedyny adres strony podawany w ogłoszeniu jest jednocześnie miejscem, w którym zamawiający zamieszcza informacje o wynikach licytacji. Szczególnie istotnym elementem ogłoszenia jest wskazanie przedmiotu zamówienia. Pomimo posługiwania się przez Pzp w stosunku do licytacji pojęciem „określenie trybu zamówienia”, takim samym jak np. w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym, należy przyjąć, iż zamawiający powinien zawrzeć w tym punkcie ogłoszenia znacznie więcej informacji. Tylko precyzyjny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia umożliwi porównywalność ofert i nabycie takiego przedmiotu dostawy, jaki będzie odpowiadał jego wymaganiom.
6. Ogłoszenie jako niezbędny element musi zawierać informacje dotyczące parametrów technicznych urządzeń, z których korzystając, wykonawca może wziąć udział w licytacji. Określenie tych parametrów jest niezbędne dla zapewnienia kompatybilności urządzeń, którymi posługują się wykonawca i zamawiający oraz wskazania technicznych wymagań wobec urządzeń i oprogramowania, które zapewnią wykonawcom niezakłócony udział w licytacji. Wśród takich wymagań niezbędne będzie najczęściej podanie informacji o programie obsługującym połączenie ze stroną internetową zamawiającego i minimalnych parametrach stacji komputerowej, które zapewniają obsługę tego oprogramowania (procesorze, systemie operacyjnym wielkości pamięci operacyjnej, wymaganej wolnej pamięci twardego dysku itp.). Respektując zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zamawiający nie może określić wymagań „sprzętowych” na zbyt wysokim poziomie, który utrudniałby udział w licytacji zainteresowanym wykonawcom. Należy przyjąć, że nie będzie miało dyskryminacyjnego charakteru określenie wymagań na poziomie możliwym do spełnienia przez powszechnie dostępne na rynku urządzenia.

7. Ogłoszenie musi zawierać informację o minimalnej wysokości postąpienia. Może ono zostać określone w złotych (o wskazaną kwotę), ale również jako % ostatnio zgłoszonej ceny lub ceny, od której rozpoczęto licytację. Wykonawcy nie są jednak ograniczeni treścią ogłoszenia w zakresie możliwości zgłaszania wyższych postąpień. Zamawiający nie może przy tym żądać, aby była wówczas respektowana jakakolwiek zasada krotności minimalnego postąpienia. Wspomnianym w ust. 2 pkt 5 sposobem postępowania w toku licytacji elektronicznej, o którym zamawiający jest zobowiązany poinformować w ogłoszeniu, jest bez wątpienia sposób kwalifikacji wykonawców do następnego etapu licytacji (por. art. 79 ust. 2).
8. Kształtując warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej zamawiający jest zobowiązany przestrzegać regulacji zawartej w art. 22. Oznacza to, że jest związany koniecznością wykluczania wykonawców, którzy warunków nie spełniają. Oznacza to również, że ustalając stopień spełniania warunków powinien kierować się wyłącznie przesłankami niezbędnymi do wykonania zamówienia, gdyż w innym razie warunki mogą utrudnić uczciwą konkurencję (patrz art. 22 i 24). Potwierdzeniem spełniania warunków udziału w licytacji elektronicznej mogą być oświadczenia wykonawców lub takie oświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków. Decyzję o żądaniu dokumentów podejmuje zamawiający, gdyż w postępowaniach poniżej kwot do których może być stosowany tryb licytacji stanowi to jego prawo, nie zaś obowiązek. Zgodnie z dyspozycją art. 25 wskazane w ogłoszeniu oświadczenia i dokumenty będą jedynymi, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. W żądaniu dokumentów zamawiający jest ograniczony przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>, określającego zamknięty wykaz dokumentów, których żądanie jest uprawnione. Nieuzasadnione będzie więc domaganie się dokumentów wykraczających poza zakres wskazany w rozporządzeniu lub potwierdzających spełnienie innych wymagań. Poza zakres określony ustawą wykracza również żądanie składania oświadczeń dotyczących innych okoliczności niż wskazane w ustawie.
9. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zobowiązany jest podać terminy istotne dla przebiegu postępowania oraz wykonywania zamówienia. Są to: termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, otwarcia i zamknięcia licytacji, związania ofertą oraz wykonania zamówienia. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, a także termin związania ofertą powinny być liczone w dniach, z uwzględnieniem przepisów Pzp dotyczących minimalnego terminu składania wniosków (art. 76 ust 1). Termin związania ofertą odnosi się wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana. Zamawiający ze względu na wyłączenie zawarte w art. 81 nie jest przy tym zobowiązany do przestrzegania maksymalnego terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 85 ust. 1 pkt 1. Terminy otwarcia i zamknięcia licytacji powinny być podane w sposób bardziej precyzyjny, tak, aby umożliwić wykonawcom przystąpienie do licytacji w tym samym momencie oraz zapewnić wiedzę o czasie jej trwania (patrz komentarz do art. 80).
10. Ogłoszenie o licytacji musi zawierać wymagania dotyczące należytego wykonania umowy. Ponieważ licytacja jest trybem, który można stosować wyłącznie przy udzielaniu zamówień o wartości poniżej kwot wynikających z dyrektyw UE, zabezpieczenie umowy będzie wymagane z mocy prawa wyłącznie w przypadku zawieranych w wyniku licytacji umów na realizację dostaw w czasie dłuższym niż 4 lata. W pozostałych sytuacjach zgodnie z art. 147 ust. 1 zamawiający może, ale nie musi, żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamieszczając informację o swej decyzji w ogłoszeniu. W przypadku żądania zabezpieczenia, znajdują zastosowanie przepisy art. 147–151.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605.

11. Informacje zamieszczane w ogłoszeniu dotyczące istotnych postanowień umowy, jej ogólnych warunków, albo wzoru umowy powinny być co do zakresu takie same, jak informacje na ten temat podawane w SIWZ przy udzielaniu zamówień w innych trybach, w których stosuje się przepis art. 36 ust. 1 pkt 16.

#### **Art. 76. [Warunki udziału, termin otwarcia licytacji]**

- 1. Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej nie krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.**
- 2. Zamawiający dopuszcza do udziału w licytacji elektronicznej i zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określając w zaproszeniu termin związania ofertą wykonawcy, który zaferuje najniższą cenę.**
- 3. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium, w terminie przez niego określonym, nie później jednak niż przed upływem terminu otwarcia licytacji elektronicznej. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się odpowiednio.**
- 4. Zamawiający otwiera licytację elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert.**

1. Aby uczestniczyć w licytacji (złożyć ofertę za pomocą zamieszczonego na stronie internetowej formularza) wykonawcy zaproszeni do składania ofert muszą się zarejestrować w systemie teleinformatycznym zamawiającego. Rejestracja służy w szczególności identyfikacji wykonawców w trakcie licytacji i zapewnia, że biorą w niej udział wyłącznie wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Rejestracja pozwala także na zapewnienie wymaganej (art. 79 ust 3) anonimowości wykonawców, którzy dla innych uczestników licytacji są rozpoznawalni wyłącznie na podstawie przypisanego im numeru lub nazwy, niepozwalających na faktyczne zidentyfikowanie wykonawcy.
2. Pzp nie określa maksymalnego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej, jaki może ustalić zamawiający. Podobnie jak w innych trybach przewidujących składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wprowadza jednak termin minimalny, który pozwoli zainteresowanym wykonawcom na złożenie wniosku. Termin ten wynosi analogicznie do pozostałych trybów 15 dni od dnia ogłoszenia. Oznacza to, zgodnie z art. 111 § 2 Kc, że do obliczania terminu nie wlicza się dnia ogłoszenia, lecz dopiero dzień następujący po tym dniu.
3. Podstawowy cel licytacji, jakim jest zapewnienie jak najszerzej konkurencji w postępowaniach, których przedmiotem są standardowe usługi lub dostawy przesądza, że zamawiający zaprasza do udziału w licytacji możliwie najszerszą liczbę wykonawców, tzn. wszystkich tych, którzy spełniają warunki określone w ogłoszeniu. Liczba uczestników licytacji nie jest w żaden sposób ograniczana.
4. Ustawa pozostawia zamawiającemu swobodę w ustaleniu terminu związania ofertą wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Termin ten, określony w zaproszeniu, nie powinien być następnie przedłużany jednostronną decyzją zamawiającego. Wskazuje na to wyłączenie w stosunku do licytacji art. 85 ust. 2 (patrz art. 81) oraz brak odrębnej regulacji w tym zakresie. Określając termin związania ofertą zamawiający powinien jednak uwzględniać fakt, iż termin zbyt długi może się przyczynić do ograniczenia konkurencji, eliminując wykonawców, dla których będzie on nie do przyjęcia. Bez wątpliwości właściwym postępowaniem zamawiającego byłoby określenie okresu związania ofertą na czas nieprzekraczający 30 dni, czyli taki, jak dla wszelkich zamówień o wartościach takich jak w licytacji udzielanych w innych trybach postępowania.

5. Żądanie wadium w trybie licytacji elektronicznej jest fakultatywną czynnością zamawiającego, podobnie jak w każdym innym trybie przy wartości zamówienia poniżej kwot, określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8. Zamawiający, który zdecyduje się żądać wniesienia wadium powinien zamieścić taką informację już w ogłoszeniu. Mimo braku wskazania takiego obowiązku w artykule 75 wymieniającego niezbędne elementy ogłoszenia, należy przyjąć zgodnie z 22 ust. 1 pkt 4 odwołującym się do art. 24 (w tym jego ust. 2 pkt 4, dotyczącego wadium), że wniesienie wadium żadanego przez zamawiającego jest warunkiem udziału w postępowaniu. Informacja na ten temat powinna więc pojawić się w ogłoszeniu na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 9. Jednocześnie przepis ust. 3 pozostawia zamawiającemu pewien zakres swobody w określeniu terminu wniesienia wadium. Termin ten ze względu na cel, któremu wadium służy (zabezpieczenie oferty), nie może być wyznaczony na okres pomiędzy złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przekazaniem zaproszenia do składania ofert. Oznacza to, że może być określony dopiero w zaproszeniu. Musi być ustalony w taki sposób, aby umożliwił zamawiającemu uzyskanie informacji o wniesieniu wadium przed złożeniem ofert, co w przypadku licytacji oznacza, że musi upływać najpóźniej bezpośrednio przed otwarciem licytacji. Możliwe jest jednak wyznaczenie krótszego terminu wniesienia wadium. Określając go zamawiający musi jednak w takim przypadku respektować zasadę zakazu ograniczania konkurencji, którą może naruszyć ustanowienie zbyt krótkiego terminu.
6. Otwarcie licytacji sensu stricto oznacza rozpoczęcie procedury składania ofert, nie zaś wszczęcie postępowania, które miało miejsce wcześniej, czyli w momencie zamieszczenia ogłoszenia o licytacji. Pzp nie przewiduje konieczności zachowania żadnej szczególnej formy otwarcia licytacji. Jeżeli zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu konkretnego sposobu otwarcia licytacji należy przyjąć, że jest ona otwarta wraz z upływem terminu otwarcia podanego w ogłoszeniu o zamówieniu. Możliwe jest jednak zamieszczenie w ogłoszeniu wzmianki o rozpoczęciu licytacji po jej wywołaniu, tzn. zamieszczeniu przez zamawiającego komunikatu o rozpoczęciu licytacji. Taki sposób otwarcia licytacji nie może jednak naruszać obowiązku respektowania przez zamawiającego terminu otwarcia podanego w ogłoszeniu, co oznacza, że informacja o rozpoczęciu licytacji musi pojawić się wraz z upływem tego terminu. Minimalny termin, jaki zamawiający musi wyznaczyć na otwarcie licytacji jest uzależniony od przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i wynosi 5 dni. Wyznaczając go zamawiający powinien jednak uwzględnić sposób przekazania zaproszenia i określić termin otwarcia licytacji tak, aby informacja o jej otwarciu dotarła do wykonawców wcześniej.

#### **Art. 77. [Forma komunikowania się zamawiającego i wykonawców]**

##### **Zamawiający i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia licytacji przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną.**

1. W szczególnym okresie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jakim jest sam przebieg licytacji, ustawodawca dopuszcza wyłącznie elektroniczną formę porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Przepis ten ma więc charakter szczególny wobec postanowień art. 27, zgodnie z którym w innych trybach zamawiający określa sposób „roboczej” komunikacji między stronami postępowania o udzielenie zamówienia. Dokument przekazany w trakcie licytacji w formie innej niż elektroniczna będzie traktowany jak niezłożony i nie może mieć wpływu na przebieg zarówno samej licytacji jak i całego postępowania. Ograniczenie formy komunikacji pomiędzy stronami postępowania dotyczy jednak wyłącznie tych wniosków, oświadczeń i informa-

cji, które mają związek z przebiegiem licytacji sensu stricto. Nie można więc uznać za dokonane w niewłaściwej formie złożenia lub wpłynięcia dokumentów odnoszących się do innych niż przebieg licytacji (rozumianej jako sama licytacja) elementów postępowania o udzielenie zamówienia, nawet jeśli moment ich złożenia lub wpłynięcia przypada na czas trwania licytacji.

2. Wynikający z mocy prawa obowiązek zachowania szczególnej (elektronicznej) formy porozumiewania się stron postępowania nie wyłącza prawa strony która informację przekazała żądania potwierdzenia faktu jej otrzymania przez stronę będącą adresatem informacji, zgodnie z art. 27 ust. 2. Potwierdzenie to może być dokonane wyłącznie w formie elektronicznej.
3. Wśród informacji, które w sposób określony w przepisie zamawiający przekazuje wykonawcom znajdują się w szczególności informacje, o których mowa w art. 79 ust 3. Możliwe jest jednak przekazywanie w trakcie licytacji innych informacji wniosków lub oświadczeń, np. sygnalizowanie trudności technicznych lub organizacyjnych, które wystąpią w trakcie prowadzenia licytacji.

#### **Art. 78. [Forma oferty i sposób jej oceny]**

- 1. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.**
- 2. Oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny.**
- 3. Oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.**

1. Jedyną ważną formą złożenia oferty w trakcie licytacji jest jej złożenie w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W związku z art. 74 ust. 1 nie wystarczy przy tym złożenie oferty jakąkolwiek drogą elektroniczną, lecz niezbędne jest skorzystanie z formularza umieszczonego na stronie internetowej, na której jest prowadzona licytacja. Zobowiązanie wykonawców do składania pod rygorem nieważności oferty opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest podyktowane koniecznością zastosowania rozwiązań spójnych z zasadami udzielania zamówień. Zgodnie z art. 9 ust. 1 postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej, przy czym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 Kc). Przepisy ustawy o podpisie elektronicznym<sup>1</sup> zrównują skutki prawne bezpiecznego, weryfikowanego kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego z podpisem własnoręcznym (art. 5 ust. 2).
2. Zgodnie z ustawą o podpisie elektronicznym (art. 3 pkt 1) podpis elektroniczny to „dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny”. Bezpieczny podpis elektroniczny to podpis elektroniczny, który spełnia następujące warunki: a) jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, b) jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 130, poz. 1450.

go i danych służących do składania podpisu elektronicznego, c) jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna (art. 3 ust. 2 cyt. ustawy).

3. Warunkiem zastosowania w licytacji elektronicznej bezpiecznego podpisu elektronicznego jest jego zweryfikowanie kwalifikowanym certyfikatem (zaświadczeniem elektronicznym umożliwiającym identyfikację), który jest wydawany przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne i zgodnie z art. 20 ustawy o podpisie elektronicznym zawiera co najmniej: numer certyfikatu, wskazanie, że certyfikat został wydany jako certyfikat kwalifikowany do stosowania zgodnie z określoną polityką certyfikacji, określenie podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne wydającego certyfikat i państwa, w którym ma on siedzibę, oraz numer pozycji w rejestrze kwalifikowanych podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne, imię i nazwisko lub pseudonim osoby składającej podpis elektroniczny; użycie pseudonimu musi być wyraźnie zaznaczone, dane służące do weryfikacji podpisu elektronicznego, oznaczenie początku i końca okresu ważności certyfikatu, poświadczenie elektroniczne podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne, wydającego dany certyfikat, ograniczenia zakresu ważności certyfikatu, jeżeli przewiduje to określona polityka certyfikacji, ograniczenie najwyższej wartości granicznej transakcji, w której certyfikat może być wykorzystywany, jeżeli przewiduje to polityka certyfikacji lub umowa, na podstawie której jest wydany certyfikat.
4. Użycie bezpiecznego podpisu elektronicznego wywołuje skutki prawne wyłącznie wówczas, gdy został złożony w okresie ważności certyfikatu. Ponadto zgodnie z definicją takiego podpisu jest on przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis. Oznacza to, że możliwość złożenia podpisu musi mieć osoba upoważniona do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy.
5. Oprogramowanie użyte do przeprowadzenia licytacji musi zapewniać możliwość automatycznej klasyfikacji ofert składanych przez wykonawców. Oznacza to, że nie jest możliwa w tym zakresie żadna ingerencja zamawiającego (podmiotu prowadzącego licytację). Jedynym kryterium klasyfikacji jest cena złożonej oferty, jako że tylko to kryterium stanowi podstawę wyboru. Dokonywana klasyfikacja powinna umożliwiać śledzenie licytacji i wskazywać, która z ofert jest w danym momencie najkorzystniejsza oraz jaką pozycję zajmują inne złożone oferty wraz z informacją o zaproponowanych w nich cenach. Dane te są niezbędne zamawiającemu do przekazywania informacji wykonawcom na podstawie art. 79 ust. 3.
6. Podobnie jak w art. 702 Kc odnoszącym się do aukcji (na którym były wzorowane przepisy o dawnej aukcji dziś zwanej licytacją) oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą. W odróżnieniu od rozwiązań Kc, w licytacji prowadzonej w trybie Pzp nie można zastrzec innego rozwiązania. Nie jest też możliwe zgłoszenie dwóch kolejnych postąpień przez jednego wykonawcę następujących bezpośrednio po sobie.
7. Z brzmienia normy zawartej w ust. 3 komentowanego przepisu wskazującego na zakończenie związania postąpieniem wraz ze złożeniem przez innego wykonawcę korzystniejszego postąpienia należy wysnuć wniosek, że mimo braku wyłączenia stosowania w licytacji art. 94, jego pełne zastosowanie nie jest możliwe. Jeśli wykonawca, który złożył w toku licytacji najkorzystniejsze postąpienie odmówi podpisania umowy, zamawiający nie może zwrócić się do wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych, bowiem składający ją wykonawca nie jest już nią związany, zaś umowa powinna być zawarta w terminie związania ofertą. Nie uchybia to możliwości skorzystania przez zamawiającego z prawa domagania się przed sądem od wykonawcy odmawiającego podpisania umowy (składającego najkorzystniejszą ofertę), aby ją podpisał oraz zatrzymania mu wadium.



## **Art. 79. [Rodzaje licytacji]**

- 1. Licytacja elektroniczna może być jednoetapowa albo wieloetapowa.**
- 2. Zamawiający może, jeżeli zastrzegł to w ogłoszeniu, po zakończeniu każdego etapu licytacji elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu licytacji elektronicznej tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień, informując ich o tym niezwłocznie.**
- 3. W toku każdego etapu licytacji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów licytacji elektronicznej, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia licytacji elektronicznej nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.**

1. Decyzję o ilości etapów licytacji podejmuje zamawiający, informując o tym w ogłoszeniu. Ustawa nie określa żadnych warunków, których zamawiający musiałby przestrzegać podejmując taką decyzję. Nie zawiera również ograniczenia liczby etapów.
2. Zamawiający, jeśli zamieścił odpowiednią informację w ogłoszeniu, może po każdym etapie licytacji dokonać eliminacji niektórych wykonawców z udziału w kolejnych etapach. Do następnego etapu mogą nie zostać zakwalifikowani wykonawcy, którzy nie złożyli co najmniej jednego postąpienia w trakcie poprzedzającego go etapu. Jest to prawo, a nie obowiązek zamawiającego, który decydując się na skorzystanie z niego powinien czynić to z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający musi przy tym niezwłocznie, czyli przed rozpoczęciem kolejnego etapu licytacji, poinformować wykonawców o nie zakwalifikowaniu do tego etapu.
3. W toku każdego etapu (czyli w trakcie całej licytacji) zamawiający przekazuje uczestnikom licytacji określone informacje. Obowiązek ich przekazywania na bieżąco oznacza, iż muszą być one aktualizowane po każdej czynności, która powoduje zmianę stanu faktycznego w zakresie objętym obowiązkiem informacyjnym. Informacja przekazywana każdemu wykonawcy musi zawierać dane o pozycji jego oferty (ostatniego postąpienia) oraz pozycjach takich ofert złożonych przez innych wykonawców, liczbie wykonawców oraz cenach zawartych w ostatnim postąpieniu każdego z wykonawców.
4. Zasadą udzielania zamówień jest jawność postępowania. W przypadku licytacji przejawia się ona w szczególności możliwością obserwacji licytacji przez osoby postronne, możliwością dostępu do protokołu postępowania z którego można między innymi uzyskać informację, jacy wykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w licytacji. Nie jest natomiast możliwe ustalenie w trakcie licytacji, jaką cenę w postąpieniu zaoferował, konkretny wykonawca. Identyfikacja wykonawców, a więc również możliwość odtworzenia ich propozycji cenowych zgłaszanych w trakcie licytacji jest możliwa dopiero po zamknięciu licytacji.

## **Art. 80. [Zamknięcie licytacji]**

- 1. Zamawiający zamyka licytację elektroniczną:**
  - 1) w terminie określonym w ogłoszeniu;**
  - 2) jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia lub**
  - 3) po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu.**
- 2. Bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.**
- 3. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.**

1. Zamawiający zamyka licytację w określonym terminie lub w przypadku spełnienia warunków jej zamknięcia. Informacja o terminie i warunkach zamknięcia licytacji musi być zawarta w ogłoszeniu. Ustawa wskazuje na 3 równoprawne sposoby określenia momentu zamknięcia licytacji wymienione w ust. 1 pkt 1–3.
2. Niezależnie od przyjętej metody wskazania momentu zamknięcia licytacji musi to być moment określony jednoznacznie i precyzyjnie. Rozwiązania techniczne stosowane w trakcie licytacji pozwalające na szybkie składanie postąpień powodują, że termin zamknięcia licytacji powinien być podawany z dokładnością co do minuty. W innym przypadku w ostatniej fazie licytacji lub jej ostatniego etapu może dojść do sytuacji, w której trudno będzie ustalić, czy postąpienia zostały złożone w trakcie licytacji, czy też po jej zamknięciu. W podobny sposób (tzn. w minutach) powinien być określany czas na składanie nowych postąpień, po którego przekroczeniu licytacja jest zamykana.
3. Zamknięcie licytacji w terminie innym niż podany w ogłoszeniu jest równoznaczne z wadą postępowania. Stąd też, jeżeli w trakcie licytacji wystąpią problemy techniczne, które uniemożliwią jej dokończenie, zamawiający powinien zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 unieważnić postępowanie.
4. Konsekwencją wyłączenia stosowania do licytacji elektronicznej przepisu art. 92 dotyczącego zawiadomiania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jest odrębna regulacja wskazująca moment i sposób przekazania oraz zakres informacji o wynikach licytacji. Z chwilą zamknięcia licytacji na stronie internetowej, stanowiącej miejsce jej przeprowadzenia zamawiający zamieszcza nazwę i adres wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Do ujawniania pozostałych informacji mają zastosowanie przepisy o jawności protokołu postępowania.
5. Jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w licytacji elektronicznej stanowi cena. Licytacja w ujęciu Pzp ma charakter tzw. licytacji odwróconej, a wykonawcy zgłaszają w trakcie licytacji kolejne postąpienia z ceną niższą od zgłoszonej uprzednio przez konkurentów. Zamówienie jest udzielane wykonawcy, którego oferta w momencie zamknięcia licytacji zawiera najniższą cenę.

## **Art. 81. [Odesłania]**

### **Do licytacji elektronicznej przepisów art. 36–38 i 82–92 nie stosuje się.**

1. Do licytacji elektronicznej nie stosuje się przepisów o SIWZ. Oznacza to, że wszelkie istotne informacje o zamówieniu oraz warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w ogłoszeniu o licytacji.
2. Specyfika licytacji powoduje, że nie jest możliwe zastosowanie do postępowań prowadzonych w tym trybie większości przepisów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty. Zasadniczą różnicą jest odstępianie od przepisu art. 82 ust. 1 zgodnie z którym każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, co stoi w sprzeczności z podstawowym założeniem licytacji. Ustawodawca przyjął przy tym, iż należy dla spójności regulacji wyłączyć stosowanie przepisów poprzez przywołanie całości artykułów nie mających zastosowania do licytacji. W ten sposób odrębnym przepisem niejako ponownie wyłączył część norm, które i tak nie miałyby zastosowania do licytacji z racji jej charakteru. Przykładem może być przepis art. 83 ust. 1 dotyczący oferty wariantowej, który nie mógłby znaleźć zastosowania w licytacji, gdyż cena stanowi w niej jedyne kryterium wyboru. Mimo to zawarty jest w grupie artykułów wyłączanych na podstawie komentowanego artykułu.

3. Do licytacji elektronicznej nie mają zastosowania przepisy o: możliwości wycofania lub zmiany oferty, zwrocie oferty wniesionej po terminie, ogólne przepisy o związaniu ofertą, otwarciu ofert, wyjaśnianiu treści oferty, poprawianiu omyłek rachunkowych, odrzuceniu ofert, postępowaniu z ofertami z rażąco niską ceną, a także ogólne przepisy o zawiadomieniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie stosuje się również przepisu o możliwości składania ofert częściowych.

## Rozdział 4 Wybór najkorzystniejszej oferty

### Art. 82. [Forma i treść oferty]

1. Wykonawca może złożyć jedną ofertę.
2. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
3. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. „Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego. Ustawową (legalną) definicję oferty zawiera przepis art. 66 § 1 Kc, stosownie do którego „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. W doktrynie podkreśla się dwie konstytutywne cechy oferty. Po pierwsze, jest to skierowana do drugiej strony propozycja zawarcia umowy, mająca postać oświadczenia woli, które wyraża stanowczą decyzję oferenta zawarcia umowy, przy czym adresatem oferty może być nie tylko indywidualnie oznaczona osoba, lecz także krąg (ogół) osób. Różnica sprowadza się do ustalenia czy i w jakiej chwili oferta została złożona. W przypadku indywidualnie oznaczonej osoby zastosowanie ma reguła określona w art. 61 Kc (oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że można zapoznać się z jego treścią), w przypadku zaś skierowania ofert do ogółu, należy je uznać za złożone z chwilą ich ogłoszenia, gdyż dopiero wtedy może zapoznać się z nimi krąg adresatów. Po drugie, oferta musi zawierać co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaką przypada adresatowi oferty — może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty<sup>1</sup>.
2. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty wykonawcy jest zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień SIWZ. Wynika to z faktu, że ustawa nie definiuje pojęcia oferty (podaje jedynie definicje oferty częściowej i oferty wariantowej), a także z zasady wyrażonej w art. 14, według której do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kc, z odrębnościami wynikającymi z ustawy.
3. Z cywilistyczną definicją oferty i istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się regulacja zawarta w ust. 1 komentowanego artykułu, według której każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie może złożyć skutecznie tylko jedną ofertę, tj. jedno oświadczenie woli zawarcia z zamawiającym umowy, której istotne posta-

<sup>1</sup> Zob. bliżej: Z. Radwański, /w/ System prawa cywilnego, tom I, Część Ogólna, Ossolineum, Wydawnictwo PAN 1985, s. 595–596.

nowienia (*essentialia negotii*) zostały określone na podstawie SIWZ. Złożenie więcej niż jednej oferty skutkuje zatem ich odrzuceniem jako sprzeczne z powołanym wyżej przepisem ustawy (art. 89 ust. 1 pkt 1). Powyższe stwierdzenie nie uchybia możliwości skutecznego złożenia w jednym postępowaniu, w którym zamówienie zostało podzielone przez zamawiającego na części (pakiety), jednej oferty na każdy z pakietów, jeżeli w SIWZ dopuszczono taką możliwość (zob. art. 36 ust. 2 pkt 1 i komentarz do tego przepisu).

4. Oferta musi być złożona na piśmie<sup>1</sup>. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 Kc), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku (*ab initio*) określonych w niej skutków prawnych. Wyjątkiem od powyższej zasady jest oferta składana w trybie licytacji elektronicznej, bowiem w istocie chodzi o więcej niż jedną ofertę (za odrębną ofertę uznaje się każde postąpienie tj. kolejną korzystniejszą ofertę wykonawcy), do której nie stosuje się m.in. przepisów art. 82–92.
5. Stosownie do przepisu ust. 2, w każdym trybie udzielania zamówienia oferta może być złożona w postaci elektronicznej. Wymaga to zgody zamawiającego, a ponadto oferta musi być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu<sup>2</sup>. Złożenie podpisu elektronicznego jest równoznaczne z podpisem własnoręcznym, te same są zatem skutki prawne związane z brakiem takiego podpisu.
6. Treść oferty musi być zgodna z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że chodzi w tym przypadku o treść tj. merytoryczną zawartość (tekst) obu dokumentów, a nie o ich formę. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli przykładowo wykonawca oferuje wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w SIWZ, proponuje dłuższy niż określony w specyfikacji termin wykonania zamówienia, oświadcza, że jest związany ofertą przez okres krótszy niż określony w SIWZ, dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w SIWZ, bądź gdy zachodzi sprzeczność jakiegoś istotnego postanowienia oferty z wzorem umowy (np. we wzorze umowy okres gwarancji określono na 3 lata, a wykonawca proponuje 2 lata).
7. W związku z brakiem w ustawie legalnej definicji oferty, w praktyce zamówień publicznych wynika kontrowersja sprowadzająca się do kwestii, czy przez ofertę należy rozumieć ofertę *sensu stricto* (formularz ofertowy) czy też *sensu largo* (formularz ofertowy wraz załącznikami w postaci oświadczeń i dokumentów określonych w ustawie — art. 25 ust. 1 i 26 ust.1). Kwestię tę rozstrzygnął Sąd Najwyższy, opowiadając się za drugim rozumieniem oferty. Uczynił to wprawdzie nie w odrębnej uchwale, lecz w uzasadnieniu uchwały rozstrzygającej inne zagadnienie prawne<sup>3</sup>. Według SN, skoro w SIWZ zawarty został obowiązek wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3), „oznacza to, że informacje te są elementem oferty (...) i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania”. Podzielając ten pogląd SN, należy też uznać, że elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających z SIWZ.

<sup>1</sup> Zwrot „na piśmie” oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać.

<sup>2</sup> Instytucję podpisu elektronicznego reguluje ustawa z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz. U. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.

<sup>3</sup> Uchwała SN z dnia 21.10.2005 r. III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7.

### **Art. 83. [Oferta wariantowa i częściowa]**

- 1. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.**
- 2. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.**
- 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.**

1. Instytucja oferty wariantowej została uregulowana w kilku przepisach. Art. 2 pkt 7 zawiera ustawową (legalną) definicję oferty wariantowej; jest to mianowicie oferta, która przewiduje, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, „odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego”. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 4 uprawnia zamawiającego do dopuszczania składania ofert wariantowych i nakłada na niego, w przypadku skorzystania z tego uprawnienia, obowiązek zawarcia w SIWZ informacji o tym fakcie oraz opisu sposobu przedstawienia tych ofert oraz określenia minimalnych warunków, jakim muszą one odpowiadać. Ust. 1 komentowanego artykułu wprowadza istotne ograniczenie możliwości dopuszczenia przez zamawiającego ofert wariantowych, a mianowicie, gdy cena nie stanowi jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej powinna być zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu dla: przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 5), przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 4), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1 odsyła do odpowiedniego stosowania art. 48 ust. 2, w tym pkt 4). Możliwość złożenia oferty wariantowej powinna być podana w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 2 pkt 3). Definiując pojęcie oferty wariantowej ustawodawca wskazuje jeden element przedmiotowo istotny (essentialia negotii), który różni taką ofertę od innych, a mianowicie możliwość przedstawienia odmiennego sposobu wykonania zamówienia, tj. innej niż przyjęta przez zamawiającego koncepcji uzyskania tego samego efektu, przy czym ów sposób czy koncepcję należy łączyć z rozwiązaniami natury technicznej. Chodzi o sposób wykonania zamówienia, a więc sposób spełnienia świadczenia i o nic ponadto. Niedopuszczalne jest przyjmowanie powszechnego rozumienia pojęcia wariantowości, czyli podawania w ofercie dwóch lub więcej rozwiązań do wyboru przez zamawiającego.
3. Instytucja oferty częściowej została uregulowana w kilku przepisach. Art. 2 pkt 6 podaje ustawową (legalną) definicję oferty częściowej; jest to oferta przewidująca, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 1 uprawnia zamawiającego do dopuszczenia składania ofert częściowych i nakłada na niego, w razie skorzystania z tego uprawnienia, obowiązek zawarcia w specyfikacji opisu części zamówienia. Przepis ust. 2 komentowanego artykułu wprowadza istotne, ale oczywiste ograniczenie możliwości dopuszczenia przez zamawiającego ofert częściowych, stanowiąc, że jest to uprawnione tylko wtedy, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny. Informacja o możliwości składania ofert częściowych powinna być zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu dla: przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 4), przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 3), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1 zawiera odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 48 ust. 2, w tym pkt 3). Możliwość składania ofert częściowych powinna być podana w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 2 pkt 2). Uprawnienie zamawiającego do dzielenia zamówienia na części (przy zachowaniu przepisów w art. 32) wynika z ogólnej zasady wyrażonej w art. 379 § 2 Kc. Według tego przepisu świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (przepis ten obowiązuje w Pzp, zgodnie z regulacją zawartą w art. 14).

4. Przepis ust. 3 określa uprawnienia wykonawcy w przypadku dopuszczenia przez zamawiającego składania ofert częściowych. Wykonawca może mianowicie złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia. Uprawnienia powyższe mogą być jednak ograniczone przez zamawiającego, który może określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które jeden wykonawca może złożyć oferty częściowe. Wola ograniczenia uprawnień wykonawcy przez określenie maksymalnej liczby części zamówienia powinna być wyrażona przez zamawiającego w SIWZ i nie może podlegać zmianie w toku postępowania.
5. W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający dopuszcza składanie ofert na określone w SIWZ części pozostaje do rozstrzygnięcia zagadnienie, czy wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu składa jedną ofertę na poszczególne części, czy też dwie lub więcej ofert (zamawiający może określić maksymalną ilość części, na które jeden wykonawca może złożyć oferty). Względ na racjonalizm zachowania zamawiającego i wykonawców w tej sytuacji skłania do wniosku, że chodzi o jedną ofertę. Literalne brzmienie przepisu art. 2 pkt 6 uprawnia z kolei do przyjęcia, że wykonawca składa oferty częściowe, z których każda jest autonomiczna, tym bardziej, że poszczególne części zamówienia nie muszą być równe i tym samym różne mogą być kryteria ich oceny (przede wszystkim dotyczy to ceny). Względ na zasadę legalizmu przemawia za drugim rozwiązaniem, ono też powinno zyskać aprobatę w praktyce.

#### **Art. 84. [Zmiana i wycofanie oferty]**

- 1. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.**
- 2. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu.**

1. W prawie cywilnym nazwą „termin” określa się czas zarówno w sensie „okres czasu”, jak i jako „pewną chwilę”. Ma to szczególne znaczenie przy określaniu sposobu obliczania terminu. Znaczenie decydujące w tym względzie ma instytucja, w której wprowadzono termin. Jeżeli instytucja ta nie określa sposobu obliczania terminu, a tak zwykle bywa, stosuje się reguły interpretacyjne zawarte w przepisach Kc (art. 111–115).
2. W ust. 1 nazwa „termin” została użyta w znaczeniu „okresu czasu”, jaki zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu (dotyczy przetargu nieograniczonego) oraz w SIWZ na składanie ofert. Początkowym dniem (a quo) tego okresu jest dzień następnego po zdarzeniu, którym w tym przypadku jest ukazanie się ogłoszenia o zamówieniu, a dniem końcowym (*ad quem*) — ostatni dzień okresu (oznaczany nie tylko przez wskazanie daty, ale często również godziny i minuty). W tym czasie, a praktycznie od momentu faktycznego złożenia oferty do chwili oznaczonej na składanie ofert, wykonawca pozostaje prawnym dysponentem swej oferty, może zatem ofertę tę zmienić lub wycofać. W przypadku zmiany oferty wykonawca składa, w miejsce oferty dotychczasowej, nową ofertę. Wycofanie oferty oznacza rezygnację wykonawcy z udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
3. Skutkiem prawnym złożenia oferty po terminie jest jej zwrócenie wykonawcy bez otwierania. Zważywszy, że zwrot oferty jest czynnością zamawiającego, wobec której wykonawcy służy protest (art. 180 ust. 1), może on być faktycznie dokonany dopiero po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu (ust. 2). Zamawiający nie jest zobowiązany do informowania wykonawcy o zamiarze zwrotu oferty, bowiem konieczność zwrotu wynika z dokumentów potwierdzających złożenie oferty. Zamawiający może otworzyć ofertę podlegającą zwrotowi jedynie w przypadku, gdy jest to konieczne ze względu na wykonanie czynności zwrotu (np. gdy nie może inaczej ustalić adresu wykonawcy).

## Art. 85. [Związanie ofertą]

1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:
  - 1) 30 dni — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
  - 2) 90 dni — jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro;
  - 3) 60 dni — jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.
2. W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.
3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.
4. Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.
5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

1. Według prawa cywilnego stan związania ofertą polega na tym, że oferent nie może w oznaczonym przez siebie terminie (w braku takiego oznaczenia termin podlega ustaleniu na podstawie reguł ustawowych) zapobiec zawarciu umowy w razie przyjęcia oferty przez adresata oferty (obłata). Musi zatem w oznaczonym terminie liczyć się z przyjęciem oferty przez obłata, a w konsekwencji pozostawać w gotowości do wykonania umowy, co stanowi dla niego niewątpliwą uciążliwość, tym bardziej, że stanu związania ofertą nie może odwołać. Zbliżone do cywilistycznego rozwiązanie kwestii związania ofertą obowiązuje w Pzp. Różnice wynikające z istoty systemu zamówień publicznych wyrażają się przede wszystkim w tym, że termin związania ofertą oznacza zamawiający (oblat), a nie wykonawca (oferent).
2. Zgodnie z ust. 1 (w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej), wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, przy czym nie może on być dłuższy, niż wskazany w pkt 1–3 tego przepisu, w zależności od wartości zamówienia (pkt 1 i 3) bądź od wartości i rodzaju zamówienia (pkt 2). I tak, wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż: 30 dni — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (pkt 1), 90 dni — jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro (pkt 2), 60 dni — jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.
3. Zasadą jest, że określony przez zamawiającego termin (okres), w którym wykonawca jest związany ofertą powinien być ostateczny. Przedłużenie tego terminu stanowi wyjątek od zasady, dlatego ustawodawca wymaga, aby miał on miejsce jedynie „w uzasadnionych przypadkach”. Wymagają one wykazania w dokumentacji postępowania okoliczności wskazujących na potrzebę przedłużenia terminu związania ofertą. Należy przy tym wskazać, że zwrócenie się o takie przedłużenie jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Jeżeli jednak doprowadziłoby ono do naruszenia praw wykonawców (np. do korzystania ze środków ochrony prawnej), nie zwrócenie się o przedłużenie terminu, o którym mowa, może prowadzić do rażącego naruszenia prawa, skutkującego nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.
4. Przepis ust. 2 określa wymagania stawiane w tym względzie zamawiającemu. Są one następujące: wykazanie, że zaistniał „uzasadniony przypadek” wskazujący na potrzebę przedłużenia terminu związania ofertą, możliwość zwrócenia się, i to tylko raz, do wy-

konawców na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. W odpowiedzi zamawiającemu wykonawca może: odmówić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza w praktyce jego rezygnację z dalszego udziału w postępowaniu bez utraty wadium (ust. 3), albo wyrazić taką zgodę (najpóźniej w ostatnim dniu upływu pierwotnego terminu), co wiąże się z obowiązkiem jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (ust. 4). Wyrażenie zgody powinno mieć formę oświadczenia wykonawcy, bowiem zgody nie można domniemywać (np. uznać za zgodę „milczenie” wykonawcy w przypadku, gdy wadium zostało wniesione w pieniądzu, a wykonawca nie wnioskuje o jego zwrot). Wykonawca nie może uwzględnić żądania zamawiającego w części, tj. wskazać termin krótszy od żądanego, w którym będzie związany ofertą. Oznaczenie terminu związania ofertą jest obowiązkiem zamawiającego.

5. Nazwa „termin” użyta w ust. 1 oznacza „okres czasu”, w którym wykonawca jest związany ofertą (patrz komentarz do art. 84). Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Wyraźne wskazanie, iż bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz (a więc w tej samej chwili) z upływem terminu składania ofert (ust. 5 komentowanego artykułu) powoduje, iż nie znajduje w tej sytuacji zastosowania art. 111 § 2 Kc.<sup>1</sup> Dla obliczenia terminu, o którym mowa, uwzględnia się dzień złożenia oferty i tylko w przypadku, gdy jest to dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego (art. 115 Kc). W tym miejscu należy zauważyć, iż pogląd ten jest w piśmiennictwie krytykowany<sup>2</sup>. Wyrażany jest pogląd odmienny, według którego upływ terminu związania ofertą jest zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 § 2 Kc, dlatego przy obliczeniu tego terminu należy stosować reguły określone w prawie cywilnym (art. 111–115 Kc). Za takim rozumieniem sposobu obliczenia terminu związania ofertą przemawia okoliczność, że oferta jest pojęciem ściśle cywilistycznym i do obliczania terminu związania ofertą stosuje się reguły określone w powołanych wyżej przepisach Kc. Warto też podkreślić, że żaden z przepisów komentowanej ustawy nie reguluje tej kwestii, nie ma zatem przepisu, który jako *lex specialis* miałby pierwszeństwo przed regułami Kc.<sup>3</sup> Przeciwnie, przepis art. 14 nakazuje stosowanie tych reguł. Różnica między obu poglądami sprowadza się w samej rzeczy do innego rozumienia pojęcia „zdarzenie”, o którym mowa w art. 111 § 2 Kc.

## **Art. 86. [Otwarcie ofert]**

- 1. Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert.**
- 2. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.**
- 3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.**

<sup>1</sup> Za poglądem tym opowiedział się R. Szostak w artykule „Bieg niektórych terminów przewidzianych w prawie zamówień publicznych. Część II”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2005 r., Nr 6, s. 12.

<sup>2</sup> Zob. J. Kaczmarczyk: Obliczenie terminu związania ofertą, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2004 r. Nr 2, s. 14–15 i tenże Autor: Jeszcze raz o obliczaniu terminu związania ofertą, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2004 r., Nr 5, s. 61–62.

<sup>3</sup> Przepisy art. 40 ust. 1 zdanie ostatnie uzp i art. 85 ust. 5 Pzp mają identyczne brzmienie: „Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Uznanie tych przepisów za *legis specialis* wobec reguł określonych w art. 111 — 115 Kc budzi wątpliwości natury jurydycznej.



**4. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.**

**5. Informacje, o których mowa w ust. 3 i 4, przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniosek.**

1. W okresie od upływu terminu składania ofert do momentu ich otwarcia oferty złożone przez wykonawców pozostają u zamawiającego w zamkniętych kopertach lub w innych opakowaniach uniemożliwiających zapoznanie się z ich zawartością. Oznacza to, że w tym czasie nie mogą zapoznać się z ich zawartością ani zamawiający, ani żaden z wykonawców, ani też osoby trzecie — pod rygorem odpowiedzialności karnej. Obowiązek zabezpieczenia ofert dotyczy zamawiającego również wówczas, gdy zgodnie z art. 82 ust. 2 oferta jest składana w postaci elektronicznej. Zamawiający może więc wyrazić zgodę na złożenie oferty w tej formie tylko w przypadku, gdy dysponuje środkami technicznymi pozwalającymi przestrzegać postanowień ust. 1. Zalecenia UE, szczególnie zawarte w nowych dyrektywach (klasycznej i sektorowej) zmierzają w kierunku rozszerzania w procedurach zamówień publicznych tych środków komunikacji.
2. Przepis ust. 2 normuje moment otwarcia ofert. Ustawodawca korzysta tu z dwóch określeń „bezpośrednio po upływie terminu ich składania” i „dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia”. Otwarcie ofert powinno zatem nastąpić w ostatnim dniu okresu składania ofert, pomiędzy ogłoszoną godziną (i ewentualnie minutą) dokonania tej czynności, a godziną 24<sup>00</sup> (o północy kończy się jeden dzień i rozpoczyna następny).
3. Otwarcie ofert jest jawne, co dotyczy każdego trybu udzielenia zamówienia, w którym następuje otwarcie ofert. Tym samym w czynności tej mogą uczestniczyć, poza zamawiającym, który czynności tej dokonuje i wykonawcami (ich przedstawicielami i pełnomocnikami) bezpośrednio zainteresowanymi podawanymi w trakcie otwarcia ofert informacjami, także osoby trzecie. Regulacja ta jest przejawem realizacji zasady jawności, jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 8 ust. 1).
4. Czynności otwarcia ofert dokonuje zamawiający. Jego też obowiązkiem jest zapewnienie wykonawcom i osobom trzecim odpowiednich warunków udziału w tej czynności, w szczególności stosownego pomieszczenia, oświetlenia, warunków do notowania podawanych informacji itp.
5. Obowiązkiem zamawiającego jest podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3). Jest to rozwiązanie o istotnych skutkach natury prawnej, na co wskazuje wykładnia funkcjonalna tego przepisu. Podkreślając zwiększenie jawności oraz uniemożliwienie zamawiającym arbitralnego unieważniania postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawodawca przesądził, że zamawiający nie mogą unieważniać postępowania z powołaniem na to, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą mogą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chociaż posłużono się tu zwrotem „kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć”, a w art. 93 ust. 1 pkt 4 występuje zwrot „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć” należy przyjąć, że chodzi o tę samą kwotę. Pogląd ten może budzić wątpliwości, bowiem zwroty „zamierza przeznaczyć” i „może przeznaczyć” nie są znaczeniowo tożsame. Bliższy intencjom ustawodawcy wydaje się zwrot „może przeznaczyć”, pozwalający na jednoznaczną interpretację. De lege ferenda należałoby przyjąć, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje konkretną kwotę, która jest kwotą wiążącą w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, bez możliwości jej zmiany. Niemniej jednak w orzecznictwie zespołów arbitrów utrwalił się pogląd, iż w toku postępowania może się okazać, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia

wyższą kwotę od podanej przed otwarciem ofert, wobec czego podaną kwotę należy uznać za kwotę minimalną, a nie maksymalną.

6. W przypadku ofert częściowych zamawiający nie ma obowiązku podawania kwot, jakie zamierza przeznaczyć na części zamówienia, powinien natomiast podać kwotę, jaką przeznacza na sfinansowanie całości tego zamówienia. Chodzi w tym przypadku o jedno postępowanie o udzielenie zamówienia (wartością takiego zamówienia jest łączna wartość poszczególnych jego części — art. 32 ust. 4). Podobnie ma się rzecz w przypadku płatności okresowych. Zamawiający nie jest zobowiązany do podawania kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych okresach (patrz podstawę ustalenia wartości zamówienia na roboty i usługi powtarzające się okresowo — art. 34 ust. 1).
7. W ust. 4 określony został zakres informacji, jakie zamawiający jest zobowiązany podać podczas otwarcia ofert. Obejmują one: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także zawarte w ofertach ceny, terminy wykonania zamówienia, okresy gwarancji i warunki płatności. Wykonanie tego obowiązku polega na podaniu wymaganych ustawą informacji dotyczących każdego (także nieobecnego podczas otwarcia ofert) wykonawcy. Należy wyraźnie podkreślić, że informacje dotyczące terminu wykonania, okresu gwarancji oraz warunków płatności zamawiający podaje tylko wówczas, gdy są one kryteriami oceny ofert. Zamawiający może podać także inne informacje (parametry), o ile mają one wpływ na ocenę ofert.
8. Wobec tego, że termin otwarcia ofert został podany w ogłoszeniu, a następnie w SIWZ, zamawiający nie ma obowiązku odrębnego zawiadamiania wykonawców o terminie tej czynności i dokonuje jej niezależnie od liczby obecnych. Każdy z wykonawców nieobecnych podczas otwarcia ofert może wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie mu wszystkich informacji podanych w toku dokonywania tej czynności, w tym informacji dotyczącej kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 4).
9. Przekazanie wykonawcy nieobecnemu podczas otwarcia ofert, na jego wniosek, informacji podanych w toku tej czynności powinno nastąpić niezwłocznie (ust. 5), tzn. w dacie wpływu wniosku lub następnego dnia. Wobec tego, iż zamawiający nie może zmusić obecnych do wpisania się na listę obecności (nie może usunąć z sesji otwarcia ofert osób, które odmówią wpisania się na listę), a z drugiej strony nie ma prawa wymagać ujawnienia się przedstawicieli wykonawców, należy przyjąć, że każdemu wykonawcy, który złoży wniosek o udostępnienie informacji z otwarcia ofert zamawiający powinien informację tę przekazać, o ile nie posiada potwierdzenia, że taki wykonawca był obecny podczas otwarcia ofert.

#### **Art. 87. [Wyjaśnienia treści oferty, poprawianie omyłek]**

- 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.**
  - 2. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.**
1. Komentowany przepis reguluje kwestie wyjaśnień treści złożonych ofert, których zamawiający może żądać od wykonawców w toku ich badania i oceny. W związku z brzmieniem ust. 1 zdanie pierwsze należy wskazać, że: (a) wątpliwości zamawiającego muszą powstać w „toku badania i oceny ofert”, nie wcześniej i nie później, (b) muszą to być wątpliwości co do treści ofert, a że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy, wątpliwości

mogą dotyczyć jedynie treści oświadczenia woli tj. woli zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego i istotnych postanowień tej umowy, (c) wątpliwości nie mogą dotyczyć treści oświadczeń i dokumentów dołączanych do ofert, te bowiem nie stanowią treści oferty (treści oświadczenia woli wykonawcy zawartej w formularzu ofertowym), lecz jedynie potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę formalnych i merytorycznych warunków udziału w postępowaniu. Żądanie wyjaśnienia treści oferty kierowane do wykonawcy, wymaga zachowania formy pisemnej, taką też formę powinno zachować wyjaśnienie wykonawcy (art. 9 ust. 1).

2. W związku z użytym w ust. 1 zwrotem „w toku badania i oceny ofert” powstaje pytanie, czy mamy do czynienia z jedną czynnością zamawiającego, czy też z dwoma czynnościami: „badaniem” i „oceną” ofert. Dotychczas przyjmowano, że chodzi tu o dwie (wynikające z istoty rzeczy) czynności zamawiającego. „Badanie” ofert ma na celu ich sprawdzenie pod względem formalnym (w kontekście przesłanek skutkujących wykluczeniem oferenta lub odrzuceniem oferty), natomiast „ocena” ofert sprowadza się do merytorycznej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, w oparciu o ustalone w SIWZ przedmiotowe kryteria oceny ofert.
3. Ustawa uznaje za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie w niej (poza jednym wyjątkiem, o którym niżej) jakiegokolwiek zmiany (ust. 1). Wyjątkiem od zakazu wprowadzania do złożonej oferty jakiegokolwiek zmiany jest uprawnienie zamawiającego do poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej oraz omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Przyznanie zamawiającemu tego ostatniego uprawnienia (poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny) jest konsekwencją uznania, że przepisy uzp, nakazujące zamawiającemu odrzucenie oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny, były zbyt rygorystyczne. Rozwiązanie to zmniejsza formalizm postępowania oraz liczbę ofert, odrzuczanych z tego powodu.
4. Z analizy ust. 2 komentowanego artykułu wynika, że oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe w obliczeniu ceny muszą wystąpić w tekście oferty. Warunkiem poprawienia omyłek pisarskich jest ich „oczywistość” („oczywista” znaczy bezsporna, niebudząca wątpliwości), natomiast warunkiem poprawienia omyłek rachunkowych jest stwierdzenie, że one rzeczywiście zaistniały i to przy obliczeniu ceny. Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp. Przez omyłkę rachunkową należy rozumieć omyłkę w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny oznacza każdą omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny.
5. Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej i omyłki rachunkowej przy obliczaniu ceny jest obligatoryjne („zamawiający poprawia”). O poprawieniu w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny zamawiający niezwłocznie (tego samego lub następnego dnia od poprawienia omyłek) zawiadamia, jak to wynika z literalnego brzmienia przepisu ust. 2, „wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty”. Sens takiego zawiadomienia wyraża się w tym, aby wykonawcy, którzy złożyli oferty, nawet jeżeli już nie są uczestnikami postępowania, dowiedzieli się, jaka jest poprawiona cena oferty i rozważyli, jak to wpływa na ich interes prawny. Z zawiadomieniem wykonawcy o poprawieniu przez zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny ustawa wiąże istotne skutki prawne. Wynikają one z art. 89 ust. 1 pkt 7. Stosownie do tego przepisu wykonawca może, w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia, oświadczyć zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, co powoduje bezskuteczność tej czynności zamawiającego.

6. Skutek prawny, o którym wyżej mowa, dotyczy poprawienia przez zamawiającego w tekście oferty wyłącznie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. *Lege non distinguente*, poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich jest prawnie skuteczne. Wyrażenie zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (podobnie jak brak takiej zgody) powinno być dokonane w formie oświadczenia wykonawcy złożonego zamawiającemu. Brak zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 (wykonawca jednak nie traci wadium).
7. Od omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny należy odróżnić błąd w obliczeniu ceny, który nie może być poprawiony w podanym wyżej trybie, a jego stwierdzenie skutkuje odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6). Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, stanowi, jeśli jest to błąd istotny, jedną z wad oświadczenia woli. Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy, a istotny jest wówczas, gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. W praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej, w przypadku zamówień publicznych m.in. takich elementów jak przedmiot zamówienia czy cena.

#### **Art. 88. [Poprawianie omyłek w obliczeniu ceny]**

**Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób:**

- 1) w przypadku mnożenia cen jednostkowych i liczby jednostek miar:
    - a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową,
    - b) jeżeli cenę jednostkową podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar i ten zapis ceny jednostkowej, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny;
  - 2) w przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia:
    - a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia,
    - b) jeżeli cenę za część zamówienia podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano ten zapis, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny,
    - c) jeżeli ani cena za część zamówienia podana liczbą, ani podana słownie nie odpowiadają obliczonej cenie, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za część zamówienia wyrażone słownie;
  - 3) w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa):
    - a) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia,
    - b) jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie,
    - c) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe.
1. Przepisy komentowanego artykułu regulują sposób poprawiania przez zamawiającego omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny w szczegółowo określonych przypadkach. Chodzi o poprawienie omyłek rachunkowych polegających na błędnym mnożeniu cen jednostkowych i liczby jednostek oraz na błędnym sumowaniu cen za poszczególne części

zamówienia. W przypadku cen ryczałtowych uznaje się za poprawną tę cenę bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjęto też, iż w przypadku, gdy cena podana liczbą nie odpowiada cenie podanej słownie, prawidłowa jest cena podana słownie. Gdy obliczona cena nie odpowiada sumie cen, uznaje się za prawidłowe poszczególne ceny ryczałtowe. Ze względu na szczegółowość regulacji przepisy te należy interpretować wąsko, (co nie znaczy zawężająco), ściśle, zgodnie z ich literalnym brzmieniem.

2. W przypadku wystąpienia w ofercie więcej niż jednej omyłki rachunkowej zamawiający może skorzystać kilkakrotnie z tego samego sposobu poprawiania kolejnych omyłek, lub kilku różnych sposobów wskazanych w przepisie. Istotne jest przy tym zachowanie takiej kolejności poprawiania, która w konsekwencji doprowadzi do prawidłowego obliczenia ceny.
3. Poprawienie omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny w inny sposób niż określony w tym przepisie jest niedopuszczalne. Niedopuszczalne jest w szczególności poprawienie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług lub z sumowaniem kwoty podatku i ceny netto.
4. W odniesieniu do ceny ryczałtowej (pkt 3 lit. a) zamawiający poprawia omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny w ten sposób, iż w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego części przyjmuje, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Ustawa nie zawiera definicji legalnej „ceny ryczałtowej”, natomiast pojęcie „wynagrodzenie ryczałtowe” występuje w art. 632 Kc. Ustawodawca posłużył się tym określeniem w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy dzieła (przyjmującego zamówienie) na podstawie umowy o dzieło. Można przyjąć, iż „wynagrodzenie ryczałtowe” z art. 632 § 1 Kc oraz „cena ryczałtowa” z art. 88 pkt 3 lit. a dotyczą tego samego desygnatu. W piśmiennictwie twierdzi się, iż wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac<sup>1</sup>. Zdaniem Sądu Najwyższego<sup>2</sup> ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego.
5. „Wynagrodzenie ryczałtowe” lub „cena ryczałtowa” stanowi przeciwieństwo „wynagrodzenia kosztorysowego” lub „ceny kosztorysowej”. Pojęcie „wynagrodzenia kosztorysowego” występuje w art. 629 Kc. Wynagrodzenie kosztorysowe stosowane jest zwykle przy dziełach o bardziej skomplikowanej kalkulacji. Najczęściej przyjmuje się, że kosztorys stanowi zestawienie (z reguły pisemne) potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy, z podaniem ich cen jednostkowych. W odróżnieniu od ryczałtu, kosztorys nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego dla stron. Jest on jedynie preliminarzem zestawiającym w sposób orientacyjny przewidywane koszty. Z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia znaczenie ma dopiero „kosztorys wykonawczy”, sporządzony przez przyjmującego zamówienie po ukończeniu dzieła. Kosztorys wykonawczy może określać wynagrodzenie niższe lub wyższe od wskazanego w kosztorysie umownym<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II pod red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 1998, teza 1 do art. 632, s.192.

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 20.11.1998 r. II CRN 913/97.

<sup>3</sup> Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II pod red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 1998, teza 1 do art. 629, s. 188.

6. Prawidłowe poprawienie omyłki rachunkowej przy obliczeniu ceny zależy m.in. od ustalenia, czy cena, podana w podlegającej badaniu ofercie jest ceną ryczałtową, czy też nie. W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej”, w sytuacji, gdy przedmiotem dostawy są dwa towary, a w ofercie wykonawca podaje ich ilość, cenę netto oraz brutto za jedną sztukę, wartość netto i brutto każdego z nich oraz wartość całkowitą należy stwierdzić, iż mamy do czynienia nie z ceną kosztorysową, lecz ryczałtową. Uzasadnieniem tego jest to, iż całkowita wartość brutto stanowi absolutne, niepodlegające zmianie (lub choćby negocjacjom) wynagrodzenie wykonawcy zamówienia. Tabelka, w której wykonawca wpisał cenę jednostkową netto i brutto, wartość netto i brutto poszczególnych towarów, ich ilość oraz wartość całkowitą netto i brutto towarów stanowiących przedmiot dostawy nie stanowi kosztorysu, tak w rozumieniu przepisów Kc, jak i Pzp. Podanie tych wartości nie stanowi też zestawienia potrzebnych do zrealizowania dostawy kosztów towarów i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych. Podaje się w nim wyłącznie ceny jednostkowe towarów, obejmujące całość kosztów niezbędnych do zrealizowania dostawy. Ponadto, ma ono charakter ostateczny i wiążący dla stron. Służyć ma weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz podaniu ceny oferty. W takiej sytuacji, w przypadku stwierdzenia błędu rachunkowego przy obliczeniu wartości netto któregośkolwiek z towarów należy uznać, iż kwalifikuje się ona do poprawienia na postawie i w sposób określony w pkt 3 lit. a. Przyjąć należy, iż prawidłowo została podana cena ryczałtowa. Przez cenę tą, zgodnie z definicją podaną w ustawie o cenach<sup>1</sup>, należy rozumieć wartość brutto. W konsekwencji, poprawieniu omyłki rachunkowej podlegać będą wszystkie te elementy przedstawionego w ofercie równania matematycznego, którego wynik stanowi cena, z wyjątkiem całkowitej ceny brutto. Poprawienie omyłki rachunkowej polegać więc będzie na koniecznej zmianie na prawidłową ceny netto lub brutto za jedną sztukę oraz wartości netto (tak poszczególnych towarów, jak również całkowitej).

## **Art. 89. [Odrzucenie oferty]**

### **1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:**

- 1) jest niezgodna z ustawą;**
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;**
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;**
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;**
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;**
- 6) zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny;**
- 7) wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny;**
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.**

### **2. (uchylony).**

1. Z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w toku tego postępowania zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny są tylko te oferty, które nie zostały odrzucone przez zamawiającego, ani też nie zostały uznane za odrzucone (oferty wykonawców wykluczonych z postępowania — art. 24 ust. 4), Tylko spośród takich ofert zamawiający

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.

wybiera ofertę najkorzystniejszą. Oferty zawierające oczywiste omyłki pisarskie czy omyłki rachunkowe co do ceny zamawiający jest zobowiązany uznać za podlegające merytorycznej ocenie, po uprzednim ich poprawieniu i wyrażeniu przez wykonawców zgody na te poprawki, przy czym zgody wymaga tylko poprawienie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Oferty zawierające inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i omyłki rachunkowe co do ceny, których zamawiający poprawić nie może, wobec zakazu jakiegokolwiek zmiany w treści oferty podlegają odrzuceniu.

2. Przepis ust. 1 wymienia przesłanki, z których każda, w razie zaistnienia, skutkuje odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest obligatoryjne („zamawiający odrzuca”). Przesłankę obligatoryjnego odrzucenia oferty określa też przepis art. 90 ust. 3 („zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień ...”).
3. Przez ofertę niezgodną z ustawą (ust. 1 pkt 1) należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7–9), jak też z poszczególnymi przepisami Pzp, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie Pzp, a także z przepisami aktów prawnych, do których Pzp się odwołuje (np. z przepisami prawa budowlanego).
4. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ wówczas, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82 ust. 3). Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a *contrario* należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji.
5. Odrzuceniu podlega oferta, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tej kwestii przepis ust. 1 pkt 3 odsyła do przepisów zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie sprzeczne z prawem (np. cywilnym, handlowym) lub z dobrymi obyczajami (np. z zasadami etyki w szeroko pojętej działalności gospodarczej), jeśli narusza lub tylko zagraża interesom konkurenta. Najbardziej typowe przejawy nieuczciwej konkurencji wymienione zostały w art. 3 ust. 2, a także w innych przepisach powołanej ustawy. Bogatej wiedzy w tym przedmiocie dostarcza piśmiennictwo z zakresu zamówień publicznych<sup>2</sup> i orzecznictwo zespołów arbitrów<sup>3</sup>.
6. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny” jako przesłanki odrzucenia oferty wskazując jedynie, że punktem odniesienia jest w tym przypadku przedmiot zamówienia, a ściśle biorąc wartość przedmiotu zamówienia. Pojęcia tego nie zdefiniowano w postanowieniach dyrektyw Unii Europejskiej, nie wyjaśniono go również jednoznacznie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zważywszy cel komentowanego przepisu, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Przyczyną oferowania takiej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy grożąca niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia (umowy w sprawie zamówienia).

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>2</sup> Zob. np. liczne publikacje zamieszczone w miesięczniku Zamówienia Publiczne Doradca.

<sup>3</sup> Zob. Zamówienia publiczne w orzecznictwie — Zeszyty orzecznicze nr 1 — 3, opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych.

7. Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową ceny<sup>1</sup>. Punktem odniesienia do kwalifikowania ceny oferowanej przez wykonawcę jako rażąco niskiej powinna być ustalona przez zamawiającego (np. na podstawie badania rynku) cena przedmiotu zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług (VAT). Obowiązek uwzględnienia tego podatku w cenie oferowanej przez wykonawcę wynika z art. 2 pkt 1 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach<sup>2</sup>. Wskazany wyznacznik nie może być jednak traktowany jako bezwzględnie wiążący, przesądzający o uznaniu oferowanej ceny za rażąco niską, choćby ze względu na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia z nienależytą starannością. Powinien jednak być sygnałem do wdrożenia procedury przewidzianej w art. 90.
8. Nieco odmiennie przedstawia się sytuacja w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Różnica wynika z odmiennego sposobu ustalenia wartości szacunkowej takich zamówień, jako że zamawiający bierze w tym przypadku pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych, jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1), w razie zaś zamówienia dzielonego na części — łączną wartość zamówień podzielonych na części (art. 32 ust. 4). W sytuacji, gdy zamawiający zamierza zorganizować kilka odrębnych postępowań na określone usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie będzie ustalona przez zamawiającego łączna wartość tych zamówień, lecz wartość odzwierciedlająca zakres zamówienia będącego przedmiotem odrębnego postępowania. Powyższe rozwiązanie należy stosować przez analogię do zamówień udzielanych w częściach, gdzie wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, mimo iż każda część stanowi przedmiot odrębnego postępowania.
9. W sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od cen innych oferentów, zamawiający powinien przede wszystkim rozważyć, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) była określona z należyłą starannością. Jeżeli okaże się, że nie była, nie powinien brać tej wartości pod uwagę jako podstawy kwalifikacji oferowanej ceny za rażąco niską. Powinien natomiast dokonać ponownego ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, ale wyłącznie dla rozstrzygnięcia kwestii rażąco niskiej ceny wykonawcy. Wcześniej ustalona wartość przedmiotu zamówienia (ustalenia tej wartości zamawiający dokonuje przed dniem wszczęcia postępowania — art. 35) nie ulega zmianie. Jednak w razie stwierdzenia, że postępowanie jest prowadzone poniżej progów określonych w ustawie, zamawiający powinien rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do jego unieważnienia.
10. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający jest zobowiązany zastosować przed odrzuceniem oferty procedurę określoną w art. 90. Rozwiązanie to wynika z ogólnej zasady nakazującej wysłuchanie argumentacji drugiej strony stosunku prawnego. W orzecznictwie kształtującym się w UE wskazano też, że jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych niedopuszczalne jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferty są rzetelne<sup>3</sup> (patrz komentarz do art. 90).

<sup>1</sup> Por. bliżej D. Szczepański: Rażąco niska cena. Zamówienia Publiczne Doradca z 2006 r. Nr 1, s. 44–45.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.

<sup>3</sup> Zob. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo).



11. Przepis ust. 1 pkt 5 stanowi o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 i 2, jak również ofert złożonych przez wykonawców niezaproszonych do składania ofert w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu ograniczonego (art. 51 ust. 1–3), negocjacji z ogłoszeniem (art. 60 ust. 1), negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 1 i 3), zapytania o cenę (art. 71 ust. 1) oraz licytacji elektronicznej (art. 76 ust. 2). Obowiązek odrzucania oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu nie będzie wykonywany gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege (art. 24 ust. 4).
12. Ust. 1 pkt 6 określa dwie sytuacje, z których każda skutkuje odrzuceniem oferty: oferta zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub zawiera błąd w obliczeniu ceny. Związek sytuacji pierwszej z regulacją zawartą w art. 88 wymaga od zamawiającego uprzedniego wyłączenia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, możliwej do poprawienia na podstawie tego przepisu. Dopiero stwierdzenie w tekście oferty omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które nie mogą być poprawione w sposób określony w powołanym wyżej przepisie, skutkuje odrzuceniem tej oferty. Błąd w obliczeniu ceny, do którego odnosi się druga sytuacja, nie jest de facto błędem „w obliczeniu ceny” (błędem rachunkowym), lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (patrz komentarz do art. 87).
13. Brak zgody wykonawcy na poprawienie przez zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny skutkuje bezskutecznością tej czynności zamawiającego (poprawienie omyłki nie jest możliwe). Stanowi natomiast przesłankę odrzucenia oferty (ust. 1 pkt 7).
14. Przez „odrębne przepisy”, o których mowa w ust. 1 pkt 8 komentowanego artykułu należy rozumieć przede wszystkim przepisy Kc traktujące o czynnościach prawnych (art. 56 i nast.) i o wadach oświadczenia woli (art. 82 i nast.), które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 14).

#### **Art. 90. [Rażąco niska cena]**

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

1. Ustawa przyjmuje zasadę, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do przedmiotu (wartości przedmiotu) zamówienia, co bynajmniej nie oznacza, że oferta z ceną niższą od wartości zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług (VAT) zawiera cenę rażąco niską. Relacja taka może być jedynie wskazówką dla zamawiającego, że cena, być może, jest rażąco niska (patrz komentarz do art. 89).
2. Przepisy ust. 1 po nowelizacji kwietniowej oraz ust. 2 określają procedurę, jaką zamawiający ma obowiązek (czynność obligatoryjna) stosować w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według tej procedury zamawiający: (a) zwraca się do wykonawcy w formie pisemnej o udzielenie w określonym terminie (zważywszy na zapewnienie sprawności postępowania o udzielenie zamówienia powinien to być krótki, kilkudniowy termin) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, (b) dokonuje oceny wyjaśnień wykonawcy (jeżeli w zakreślonym terminie zostały złożone), biorąc pod uwagę takie obiektywne czynniki, jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów<sup>1</sup>, a także inne obiektywne czynniki, gdyż wyżej wymienione nie stanowią zamkniętego katalogu.
3. Po wykonaniu tych czynności zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone przez wykonawcę dowody i w zależności od wyniku tej weryfikacji: odrzuca ofertę, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub jeśli wykonawca w określonym terminie nie złożył stosownych wyjaśnień, albo dopuszcza ofertę do merytorycznej oceny, jeżeli na podstawie oceny wyjaśnień wykonawcy przyjmie, że cena oferty nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (ust. 3).
4. Przepis ust. 4 nakłada na zamawiającego obowiązek (czynność obligatoryjna) zawiadomienia Prezesa Urzędu i Komisji Europejskiej o odrzuceniu ofert, jeżeli, po pierwsze, wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i, po drugie, oferty te, według zamawiającego, zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Chodzi w tym przypadku o przesłankę określoną w ust. 2 *in fine* („wpływ pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów”), przy czym przepisy art. 55 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE używają terminu „pomoc państwa”.

## **Art. 91. [Kryteria oceny ofert]**

- 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.**

<sup>1</sup> Wymienione w ust. 2 obiektywne czynniki zostały implementowane do ustawy z Dyrektywy 2004/18/WE (art. 55 ust. 1), praktycznie w czasie, gdy proces legislacyjny związany z jej przyjęciem pozostawał w fazie końcowej (przyjęto ją 31 marca 2004 r.).

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.
  - 3a. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.
  4. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.
  5. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.
  6. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach.
1. Ustawową (legalną) definicję oferty najkorzystniejszej zawiera przepis art. 2 pkt 5. Wynika z niej, że najkorzystniejszą ofertą jest: w przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena — oferta z najniższą ceną, w przypadku, gdy kryteriami oceny ofert są cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia — bilans ceny i określonych w SIWZ kryteriów przedmiotowych, w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.
  2. Poszczególne przepisy komentowanego artykułu regulują kilka kwestii prawnych. W związku przyczynowym z oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej pozostają przepisy zawarte w ust. 1–2. Pozostałe przepisy bądź doprecyzowują pojęcie kryteriów oceny ofert (ust. 3 i 3a), bądź normują sytuacje szczególne w nich określone (ust. 4–6).
  3. Podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej określa ust. 1. Zgodnie z tym przypisem zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Oznacza to, że żadnych innych kryteriów oceny ofert zamawiający nie może brać pod uwagę. Należy tu zauważyć, że jeżeli kryteria oceny ofert zawarte są także w ogłoszeniu o zamówieniu (patrz np. art. 41 pkt 9), musi istnieć pełna zgodność kryteriów i ich znaczeń zawartych w SIWZ oraz w ogłoszeniu. Brak zgodności oznacza zmianę kryteriów oceny ofert, co jest niedopuszczalne (art. 38 ust. 5), a w konsekwencji prowadzi do unieważnienia postępowania. Niejako na marginesie trzeba przypomnieć, że na podstawie tego samego przepisu niedopuszczalna jest także zmiana warunków udziału w postępowaniu (z wyjątkiem, o którym mowa w art. 58).
  4. Zgodnie z przepisem ust. 2 kryteriami oceny ofert są: cena, albo cena i inne kryteria, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jak wynika z powyższego cena jest jedynym kryterium obligatoryjnym. Pozostałe, obok ceny, kryteria przedmiotowe są wymienione przykładowo, na co wskazuje użyty w powołanym przepisie zwrot „w szczególności”. Cena stanowi wartość wyrażoną w pieniądzu, którą zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, cena jest świadczeniem wzajemnym zamawiającego wynikającym z umowy w sprawie

zamówienia publicznego. Chodzi tu o cenę brutto, uwzględniająca podatek od towarów i usług (VAT), a w sytuacjach określonych przepisami odrębnymi także podatek akcyzowy. Cena jest kryterium mierzalnym, określanym z reguły stosownym algorytmem.

5. Wprowadzony nowelizacją z kwietnia 2006 r. przepis ust. 3a reguluje kwestię skutku prawnego złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. Przez wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług<sup>1</sup>, rozumie się nabycie prawa do rozporządzania jak właściciel towarami, które w wyniku dokonanej dostawy są wysyłane lub transportowane na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium państwa członkowskiego rozpoczęcia wysyłki lub transportu przez dokonującego dostawy, nabywcę towarów lub na ich rzecz<sup>2</sup>. Skutkiem prawnym złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego, polegającego na nabyciu towarów, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego jest konieczność uwzględnienia takiego obowiązku podatkowego przy ocenie oferty. W celu oceny oferty, o której mowa, zamawiający dolicza do podanej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług<sup>3</sup>.
6. Jakość jest pojęciem trudnym do określenia, w zasadzie niemierzalnym, stosowanym w sytuacji zaistnienia trudności w opisie przedmiotu zamówienia. Kryterium jakości wymaga w związku z tym szczegółowego opisu sposobu jego oceny. Konieczność ta wiąże się z niezbędnym zakresem uznaniowości oceniających, co prowadzi niekiedy do dowolności oceny, a w konsekwencji do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Stosunkowo najłatwiej jest ocenić jakość w przypadku dostawy. Niekiedy łączy się kryterium jakości z estetyką wykonania określonego produktu.
7. Kryterium „funkcjonalności” stwarza możliwość skupienia się na ocenie funkcji, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia. Nie wszystkie funkcje dadzą się ocenić poprzez przyjęcie stosownego algorytmu, co musi skutkować sięgnięciem do oceny opartej na uznaniu, stwarzającym, jak już wyżej podkreślono w odniesieniu do kryterium jakości, zagrożenie dowolnością oceny. I tym razem niezbędny jest szczegółowy opis oceny oferty w tym aspekcie.
8. Parametry techniczne powinny być określane w postaci warunków. Zamawiający powinien wymienić parametry techniczne, które będą oceniane i określić ich znaczenie, przypisując każdemu z nich stosowną liczbę punktów. Kryterium to jest mierzalne i w tym upatruje się przede wszystkim jego zaletę.
9. Kryterium zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowiskopozostaje w związku z troską większości państw, w tym wszystkich państw-członków Wspólnoty Europejskiej o ochronę środowiska naturalnego. Przykładem tej troski jest zalecenie Wspólnoty uwzględniania przy składaniu ofert różnorodności rozwiązań technicznych, w tym przede wszystkim w aspekcie środowiskowym, ekologicznym<sup>4</sup>. Uwzględnienie tego aspektu jako jednego z istotnych kryteriów przedmiotowych oceny ofert wydaje się konsekwencją wskazanego stanowiska Wspólnoty Europejskiej. Umożliwia to dynamicznie rozwijający się postęp techniczny we wszystkich dziedzinach życia.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.

<sup>2</sup> Zob. art. 9 ust. 1 tej ustawy.

<sup>3</sup> Według przepisu art. 5 ust. 1 pkt 4 wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów za wynagrodzeniem na terytorium kraju podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

<sup>4</sup> Por. zalecenie 29 Dyrektywy 2004/18/WE.

10. Koszty eksploatacji są istotnym kryterium przedmiotowym oceny ofert. Chodzi przy tym o obniżenie tych kosztów, przy zachowaniu wysokiej jakości przedmiotu zamówienia, a także jego walorów użytkowych i estetycznych.
11. Serwis stanowi istotne kryterium oceny ofert przede wszystkim w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy sprzętu, zwłaszcza wysoce specjalistycznego, w tym np. sprzętu elektronicznego, mającego coraz powszechniejsze zastosowanie. Wprowadzając to kryterium zamawiający może poddać ocenie takie warunki, jak: dostępność serwisu, czas pracy punktów serwisowych, ich rozmieszczenie w okolicy siedziby zamawiającego, możliwość wykonania usługi w siedzibie zamawiającego, godziny pracy punktu serwisowego, czas wykonania usługi (mierzony czasem od zlecenia usługi do jej wykonania), odległość punktu serwisowego od siedziby zamawiającego i inne. Kryterium to pozostaje z reguły w związku z serwisem gwarancyjnym i równie istotnym dla zamawiającego serwisem pogwarancyjnym.
12. Termin wykonania zamówienia stanowi z reguły samodzielne kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje szybkiego wykonania zamówienia. Jego znaczenie (waga) jest tym większe, im krótszy jest okres realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia w stosunku do standardowego terminu realizacji tego rodzaju zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający pozostawia wykonawcy określenie w ofercie terminu, w jakim jest w stanie wykonać zamówienie. Jest to kryterium mierzalne, bowiem decyduje konkretna data bądź konkretny okres wykonania zamówienia.
13. Zamawiający może określić w SIWZ także inne kryteria oceny ofert, z tym jedynie zastrzeżeniem, że będą to kryteria przedmiotowe. W praktyce zamawiający uwzględniają niekiedy jako kryteria przedmiotowe: warunki gwarancji, termin zapłaty czy wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy. Warunki gwarancji stanowią w zasadzie jedno z postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaliczane do tzw. naturalia negotii tj. postanowień, które oprócz istotnych postanowień umowy (essentia negotii) mogą być w niej zawarte. Warunki gwarancji mogą też stanowić kryterium oceny ofert. W ramach tego kryterium mogą być oceniane tak istotne kwestie, jak: termin (w kontekście jego wydłużenia) udzielonej gwarancji, jej zakres, zapewnienie serwisu pogwarancyjnego czy dostępu do części zamiennych. Jest to kryterium mierzalne.
14. Kryterium oceny ofert może być termin zapłaty ceny. Dopuszczając tę możliwość w uchwale z 18 września 2002 r. (III CZP 52/02) Sąd Najwyższy wskazał, że jego znaczenie powinno odpowiadać określonej potrzebie zamawiającego i pozostawać w rozsądnych proporcjach do pozostałych kryteriów, w szczególności do kryterium ceny. W związku z tą uchwałą oraz orzecznictwem zespołów arbitrów dotyczącym tej materii UZP wyraził pogląd, że co do zasady nie leży w interesie zamawiającego ustalanie kryterium płatności ceny, umożliwiające podawanie przez wykonawcę w ofercie terminu płatności dłuższego niż 30 dni. Prowadzi to bowiem do zawarcia umowy niekorzystnej dla zamawiającego, podczas gdy celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej. Tezę tę potwierdza przepis art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych<sup>1</sup>. Stanowi on, iż w sytuacji, gdy strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Stanowisko Urzędu należy uznać za trafne, bowiem w pełni odpowiada interesowi zamawiającego, uwzględniając zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.

15. Kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia zostało usunięte z katalogu przykładowych kryteriów. Fakt ten nie oznacza zakazu jego stosowania. Należy jednak mieć na uwadze, że uwzględnienie tego kryterium nie może prowadzić do stosowania preferencji lokalnych, te bowiem zakazane są prawem Unii Europejskiej. Najprawdopodobniej właśnie praktyka wykorzystywania tego kryterium do stosowania preferencji lokalnych była przyczyną jego usunięcia z katalogu przykładowych kryteriów przedmiotowych.
16. Z pojęciem „inne kryteria”, użytym w ust. 2 komentowanego artykułu, koresponduje przepis ust. 3, według którego kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej. Przepis ten należy traktować jako zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Zakaz ten ulega złagodzeniu w postępowaniach, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1. W tych postępowaniach zamawiającego nie obowiązuje m.in. zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.
17. Przepisy ust. 4–6 regulują sytuacje szczególne, które mogą wystąpić przy merytorycznej ocenie ofert i wykluczyć wybór oferty najkorzystniejszej na ogólnej podstawie, określonej w ust. 1. W razie wystąpienia takich sytuacji zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, stosując następujące rozwiązania ustawowe: (a) jeżeli dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert — wybiera spośród nich ofertę z najniższą ceną (ust. 4), (b) jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie, a cena jest jedynym kryterium oceny ofert — wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w określonym im terminie ofert dodatkowych (ust. 5) z zastrzeżeniem, iż cena zaoferowana w ofercie dodatkowej nie może być wyższa od ceny podanej w złożonej ofercie (ust. 6) i po złożeniu tych ofert wybiera ofertę wykonawcy, który w ofercie dodatkowej podał najniższą cenę. Termin (w sensie okres czasu), o którym mowa w ust. 5, powinien być, zważywszy zasadę sprawności postępowania o udzielenie zamówienia, bardzo krótki, nieprzekraczający kilku dni.

#### **Art. 91a. [Aukcja elektroniczna]**

- 1. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4–6 nie stosuje się.**
  - 2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, a także jeżeli podawana w ofercie cena nie jest ceną ryczałtową.**
  - 3. Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej.**
  - 4. Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.**
1. Aukcję elektroniczną jako jeden z trybów udzielania zamówień publicznych do polskiego systemu zamówień publicznych wprowadziło Prawo zamówień publicznych (patrz art. 74–81 i komentarz do tych artykułów). Tryb ten nadal obowiązuje, z tym, że nowelizacja kwietniowa zmieniła jej nazwę, wyraz „aukcja” zastępując wyrazem „licytacja”. Aukcja elektroniczna, będąca przedmiotem regulacji komentowanych przepisów nie sta-

nowi odrębnego trybu udzielania zamówień, jest natomiast elementem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

2. Aukcja elektroniczna została implementowana z Dyrektywy 2004/18/WE. W jej 14 zaleceniu stwierdzono potrzebę wykorzystania w zamówieniach publicznych szybko rozwijających się technik elektronicznych i w związku z tym opracowania zarówno wspólnotowej definicji aukcji elektronicznej, jak i szczegółowych reguł w tym względzie, zapewniających pełną zgodność ich funkcjonowania z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Art. 1 pkt 7 Dyrektywy wprowadza definicję aukcji elektronicznej, zgodnie z którą oznacza ona „powtarzalny proces obejmujący zastosowanie urządzenia elektronicznego do przedstawiania nowych, obniżanych cen i/lub nowych wartości dotyczących niektórych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej oceny ofert i umożliwiający ich klasyfikację za pomocą metod elektronicznych”. Uznano jednocześnie, że przedmiotem aukcji elektronicznych nie mogą być zamówienia na usługi oraz na roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, np. zaprojektowanie robót budowlanych. W art. 54 Dyrektywy określono zasady zastosowania aukcji elektronicznych, przy założeniu, że jest: ona oparta wyłącznie na cenach, gdy zamówienia udziela się na podstawie kryterium najniższej ceny, lub na cenach i/lub nowych wartościach cech ofert wskazanych w specyfikacji, gdy zamówienia udziela się na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Konieczną przesłanką przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest podanie tej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, a specyfikacja powinna zawierać dane niezbędne do przeprowadzenia aukcji<sup>1</sup>.
3. Przepisy art. 91a–91c regulują instytucję aukcji elektronicznej, o jakiej mowa w art. 54 Dyrektywy 2004/18/WE, określając, jak już wyżej wskazano, nie tryb postępowania o udzielenie zamówienia, lecz sposób wyboru w drodze aukcji elektronicznej najkorzystniejszej oferty spośród złożonych ofert (minimum trzech) niepodlegających odrzuceniu. Z istoty tej instytucji wynika, że chodzi o „dodatkové postępowanie z zastosowaniem formy elektronicznej, uruchamiane po zakończeniu zwyczajnej oceny ofert przetargowych, które pozostają wiążące, chyba że w toku aukcji zostaną zmienione przez oferentów. Aukcja dotyczy ofert wiążących równolegle, wyłączeniu ulega więc mechanizm licytacyjny, że oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą. Każdy uczestnik aukcji uzupełniającej może, choć nie musi, złożyć ofertę polepszającą własną uprzednio złożoną ofertę”<sup>2</sup>.
4. Przepis ust. 1 określa przesłanki przeprowadzenia przez zamawiającego aukcji elektronicznej. Są one następujące: (a) postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w jednym z trzech trybów — przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i w ograniczonym zakresie negocjacji z ogłoszeniem (na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1), (b) zamawiający dokonał oceny złożonych ofert, (c) w wyniku tej oceny stwierdzono, że pozostały co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, (d) możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Z oczywistych powodów podczas aukcji nie stosuje się przepisów o otwarciu ofert i ich formalnej ocenie (art. 91 ust. 4–6).
5. Aukcja elektroniczna nie może być przeprowadzana („ust. 1 nie stosuje się...”) w przypadku zamówień z zakresu działalności twórczej lub naukowej, a także jeżeli podawana w ofercie cena nie jest ceną ryczałtową (ust. 2). Może być natomiast przeprowadzana przy

<sup>1</sup> Zob. art. 54 ust. 3 pkt a–f Dyrektywy 2004/18/WE.

<sup>2</sup> Por. R. Szostak: Kierunki zmian Prawa zamówień publicznych, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2006 r. Nr 3, s.17.

zamówieniach sektorowych (art. 132 i nast.), jeżeli zostaną spełnione ustawowe wymagania określone w ust. 1. Chodzi w szczególności o wymagania dotyczące: (a) trybu postępowania, (b) zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu zapisu przewidującego dopuszczenie aukcji elektronicznej oraz (c) złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu. Za dopuszczalnością aukcji elektronicznej przy zamówieniach sektorowych (z ograniczeniami, o których wyżej mowa) przemawia przede wszystkim brak stosownego ustawowego wyłączenia takiej możliwości. Wyłączenie, zgodnie z zasadą racjonalnego zachowania ustawodawcy, musiałyby być zawarte w komentowanym artykule (oprócz wyłączenia określonego w ust. 2 tego artykułu, które zamówień sektorowych nie dotyczy).

6. W toku aukcji elektronicznej kryteriami oceny ofert są wyłącznie kryteria określone w SIWZ, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej (ust. 3). SIWZ powinna też zawierać informacje niezbędne do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział jej przeprowadzenie (wymienia je art. 36 ust. 3 pkt 7).
7. Aukcja elektroniczna jest zawsze jednoetapowa (ust. 4). Podlega zamknięciu wraz z upływem czasu, określonym przez zamawiającego.

#### **Art. 91b. [Zaproszenie do udziału w aukcji]**

- 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.**
- 2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:**
  - 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;**
  - 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;**
  - 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;**
  - 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;**
  - 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej.**
- 3. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1.**
- 4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.**

1. Do udziału w aukcji elektronicznej zamawiający zaprasza wszystkich wykonawców, którzy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w jednym z trzech trybów, o których mowa w art. 91a ust. 1 złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a więc z wyłączeniem ofert odrzuconych (art. 89 ust. 1) lub uznanych za odrzucone w związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 4). Wykonawcom uprawnionym do udziału w aukcji elektronicznej zamawiający przekazuje zaproszenie drogą elektroniczną.
2. Przepis ust. 2 określa zamknięty katalog informacji, które powinny być zawarte w zaproszeniu. Są to informacje dotyczące: (a) pozycji złożonych przez poszczególnych wykonawców ofert i otrzymanej przez nie punktacji (chodzi o pozycję i punktację otrzymaną przed otwarciem aukcji elektronicznej), (b) minimalnych wartościach postąpień (postąpienia to kolejne korzystniejsze oferty) składanych w toku aukcji elektronicznej, (c) sposobu oceny ofert w toku aukcji elektronicznej, (d) terminu otwarcia aukcji elektronicznej (e) terminu i warunków zamknięcia aukcji elektronicznej.



3. Sposób oceny ofert powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej. Termin otwarcia aukcji nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia. Zamknięcie aukcji następuje z upływem zastrzeżonego terminu, ewentualnie wcześniej, gdy nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia.

#### **Art. 91c. [Przebieg aukcji]**

1. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86–89 nie stosuje się.
2. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
3. W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.
4. Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.
5. Przepisy art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 stosuje się odpowiednio.

1. Przepisy komentowanego artykułu regulują przebieg aukcji elektronicznej. Podczas jej trwania wykonawcy składają, za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, kolejne korzystniejsze postąpienia (nie niższe od ustalonego w zaproszeniu minimum), podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Nie stosuje się przy tym przepisów wymienionych w ust. 1 *in fine*, a przepisy wymienione w ust. 5 stosuje się odpowiednio. Jednym z przepisów wymienionych w ust. 1 jest przepis art. 89, traktujący o odrzuceniu oferty. Powstaje w związku z tym pytanie, jak powinien zachować się zamawiający w sytuacji, gdy w następstwie kolejnego postąpienia pozostanie oferta (każde postąpienie jest ofertą) z rażąco niską ceną. Oferta taka powinna zostać przez zamawiającego odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 4), przy czym nie może to nastąpić w toku aukcji. Wydaje się jednak, że po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający powinien taką ofertę ocenić w kontekście rażąco niskiej ceny i po stwierdzeniu, że jest ona rzeczywiście rażąco niska — odrzucić tę ofertę. Podobnie powinien odrzucić inne oferty zawierające ceny rażąco niskie, bowiem nie sposób godzić się z tym, że po zamknięciu aukcji zawrze umowę o udzielenie zamówienia z wykonawcą, którego oferta zawiera rażąco niską cenę.
2. Postąpienia (korzystniejsze oferty) składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu<sup>1</sup> (patrz komentarz do art. 78). Skutkiem uchybienia temu wymaganiu jest bezwzględna nieważność postąpienia (art. 73 § 1 Kc w zw. z art. 14).
3. W toku aukcji elektronicznej zamawiający jest zobowiązany do bieżącego przekazywania każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Informacja ta służy wykonawcy do decyzji w przedmiocie ewentualnego dokonywania kolejnego postąpienia czy rezygnacji

<sup>1</sup> Problematykę podpisu elektronicznego reguluje ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz. U. z 2001 r. Nr 130, poz. 1450.

z dalszego uczestnictwa w aukcji. Każde złożenie przez wykonawcę kolejnego postępowania (korzystniejszej oferty) skutkuje tym, że postąpienie poprzednie przestaje go wiązać, a wiąże to kolejne (ust. 4).

4. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej obowiązuje zamawiającego zakaz ujawniania informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej jest on zobowiązany podać na stronie internetowej nazwę (firmę) wykonawcy, którego oferta została wybrana.

## **Art. 92. [Zawiadomienie wykonawców]**

### **1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:**

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, i uzasadnienie jej wyboru,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne — jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

### **2. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, również na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.**

1. Stosownie do przepisu ust. 1 w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę zamawiający, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o: (a) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano i uzasadnienie wyboru, (b) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, (c) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o którym mowa, wynika z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku zawiadomienia wykonawcy odrzuconego i wykluczonego także z obowiązku zapewnienia im możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.
2. Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o którym wyżej mowa, stosuje się jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w jednym z trzech trybów wymienionych w ust. 1. Adresatami zawiadomień są wyłącznie wykonawcy, którzy złożyli oferty. Zawiadomienie powinno być przekazane wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Rozwiązanie to zostało wprowadzone w związku ze zmianami, dokonanyimi w zakresie środków ochrony prawnej (patrz komentarz do art. 183). Merytoryczna ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej są tymi czynnościami zamawiającego, które formalnie rzecz biorąc kończą postępowanie o udzielenie zamówienia, ale też mogą budzić zastrzeżenia dotyczące zasadności dokonanego wyboru oraz wolę korzystania ze środków ochrony prawnej wśród uczestników tego postępowania, których oferty nie znalazły uznania zamawiającego. Czynności te są też najczęściej przedmiotem protestów i odwołań. Wprowadzenie obowiązku jednoczesnego, w tym samym czasie, zawiadomienia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej pozwoli na równoczesne i łączne rozpatrywanie ewentualnych protestów wniesionych w tym zakresie, a w efekcie skróci czas trwania procedur odwoławczych.

3. Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, ze wskazaniem nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnieniem tego wyboru zamawiający jest zobowiązany zamieścić niezwłocznie również na swej stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Wydaje się, że w przypadku, gdy zamawiający nie ma swej strony internetowej za skuteczne spełnienie tego obowiązku należy uznać samo zamieszczenie informacji w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie.

#### **Art. 93. [Unieważnienie postępowania]**

##### **1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:**

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty co najmniej przez dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

##### **2. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.**

##### **3. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:**

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia — w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,
- 2) złożyli oferty — w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

— podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

##### **4. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.**

##### **5. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.**

1. Zawarty w ust. 1 katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia jest zamknięty. Oznacza to, że unieważnienie postępowania na innej, niż określona w tym przepisie podstawie prawnej, jest prawnie bezskuteczne.

2. Przesłanka z ust. 1 pkt 1 zachodzi wówczas, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu od

wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu (z zastrzeżeniem pkt 2 i 3). W praktyce przesłanka ta zaistnieje, gdy wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostaną odrzucone (za odrzuconą uznaje się też ofertę wykonawcy wykluczonego — art. 24 ust. 4), albo gdy wszyscy wykonawcy, którzy wnieśli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostaną wykluczeni z postępowania. Możliwa jest też sytuacja, że w postępowaniu nie zostanie złożona żadna oferta albo nie wpłynie żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przesłanka ta pozostaje w związku z regulacją, stanowiącą *novum* ustawy, uznającą za ważne postępowanie, gdy do „wyboru” (trudno tu mówić o wyborze) pozostaje zamawiającemu tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Regulacja ta nie dotyczy, stąd zastrzeżenie zawarte w ust. 1, postępowania prowadzonego w trybie zapytania o cenę (wymóg złożenia co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu) i w trybie licytacji elektronicznej (wymóg wpływu co najmniej dwóch wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji albo złożenie ofert przez co najmniej dwóch wykonawców).

3. Przesłanka z ust. 1 pkt 2 zachodzi wówczas, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu, np. złożono trzy oferty, z których dwie zostały odrzucone. Wiąże się to z wymogiem ustawy, aby w postępowaniu prowadzonym w tym trybie zamawiający mógł dokonywać wyboru spośród co najmniej dwóch „ważnych” (tj. niepodlegających odrzuceniu) ofert.
4. Przesłanka z ust. 1 pkt 3 w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej zachodzi wówczas, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji albo nie zostały złożone oferty przez co najmniej dwóch wykonawców. Wiąże się to z wymogiem ustawy, aby w licytacji elektronicznej uczestniczyło co najmniej dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Tylko przy zachowaniu tego minimum licytacja elektroniczna może spełnić założony cel.
5. Przesłanka z ust. 1 pkt 4 zachodzi wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, „którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Z przesłanką tą wiąże się szeroko pojęte zagadnienie finansowania zamówień publicznych. Obowiązki w tym względzie obciążają zamawiającego. Z punktu widzenia wykonawcy istotny jest przepis art. 86 ust. 3, wprowadzony dopiero w Pzp, którym nałożono na zamawiającego obowiązek podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przesłanka ta nie uzasadnia unieważniania postępowania prowadzonego na podstawie przepisów szczególnych, traktujących o umowach ramowych (art. 99–101) oraz o dynamicznym systemie zakupów (art. 102–09), a wynika to z istoty obu tych instytucji (patrz komentarz do tych przepisów).
6. Przesłanka z ust. 1 pkt 5 zachodzi wówczas, gdy wykonawcy wezwani przez zamawiającego do złożenia ofert dodatkowych — w przypadku, o którym mowa w art. 91 ust. 5 tzn. postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, złożyli oferty dodatkowe o takiej samej cenie. Ustawodawca uznał, że w zaistniałej sytuacji niecelowe jest kolejne wzywianie wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Z drugiej strony, gdyby wykonawcy składali za każdym razem oferty o takich samych cenach, procedurę wzywania ich do składania dalszych ofert dodatkowych należałoby w którymś momencie zakończyć. Zakończenie, zgodnie z ustawą, następuje po złożeniu ofert dodatkowych już po pierwszym wezwaniu.
7. Przesłanka z ust. 1 pkt 6 zachodzi w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z powyższego przepisu wynika, że: (a) zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, nie wystarczy jedynie możliwość jej wystąpienia, (b) jest to istotna, a więc znacząca zmiana okoliczności, w rozważanym

przypadku zmiana powodująca, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, a wręcz przeciwnie, w interesie tym leży wykorzystanie środków publicznych, z których przedmiot zamówienia miał być sfinansowany na inny cel społeczny, przy czym wystąpienia tej zmiany okoliczności nie można było, patrząc w kategoriach zobiektywizowanych, wcześniej przewidzieć, czyli była ona obiektywnie, a nie tylko dla zamawiającego, nieprzewidywalna. Zważywszy, że praktycznie każdy ze wskazanych wyżej elementów tej przesłanki ma charakter uznaniowy, zamawiający jest zobowiązany do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia swej czynności, w tym wykazania, że wszystkie te elementy, a muszą wystąpić łącznie, rzeczywiście zaistniały.

8. Przesłanka z ust. 1 pkt 7 zachodzi wówczas, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Pomiedzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny (adekwatny) związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Logika stwierdzenia przez zamawiającego takiej właśnie wady już w toku postępowania o udzielenie zamówienia i unieważnienia tego postępowania wydaje się oczywista. Lepiej bowiem wszcząć od początku nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, przeprowadzić je poprawnie (bez takiej wady), a następnie zawrzeć ważną umowę, niż doprowadzić do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej, a tym samym prawnie bezskutecznej, oraz do poniesienia konsekwencji prawnych, w tym kosztów, związanych z koniecznością procesu sądowego o stwierdzenia nieważności umowy (podstawę wytoczenia takiego powództwa stanowi przepis art. 189 Kpc). Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (nie ma wykonawcy, a zatem nie ma z kim zawrzeć umowy). Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert lub warunków udziału w postępowaniu, która jest niedopuszczalna (art. 38 ust. 5). Gdyby zatem zaistniała konieczność dokonania modyfikacji w takim zakresie, np. zamawiający bezprawnie zastosował kryterium podmiotowe albo dyskryminujący, ograniczający zasadę uczciwej konkurencji warunek udziału w postępowaniu, z uwagi na jej niedopuszczalność jest zobowiązany unieważnić postępowanie właśnie na podstawie przesłanki określonej w pkt 7.
9. W sytuacji, gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych jest on uprawniony (ust. 2) do unieważnienia postępowania w danej części, przy odpowiednim zastosowaniu przepisu ust. 1. Postępowanie należy unieważnić w części dotkniętej stosowną (jedną z wymienionych w ust. 1) przesłanką nieważności.
10. Zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych przesłanek niż wymienione w zamkniętym katalogu (ust. 1). Brak ustawowych przesłanek unieważnienia postępowania skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą.
11. Przepis ust. 3 w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia o unieważnieniu postępowania równocześnie wszystkich wykonawców, którzy: (a) ubiegali się o udzielenie zamówienia — w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert, (b) złożyli oferty — w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert. W obu przypadkach należy podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Przyjęte rozwiązanie jest bardziej

przejrzyste, w pierwszym przypadku zabezpiecza interesy wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. tych, którzy oświadczyli zamawiającemu wolę udziału w postępowaniu (np. przez nabycie SIWZ), w drugim natomiast — interesy wykonawców, którzy już złożyli oferty podlegające ocenie zamawiającego w aspekcie formalnym (pod kątem ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty) i merytorycznym. Efektem oceny ofert może być, w zależności od wyniku tej oceny, bądź unieważnienie postępowania w tej jego fazie, bądź wybór oferty najkorzystniejszej. W razie unieważnienia postępowania od woli zamawiającego zależy, czy zostanie wszczęte nowe postępowanie (praktycznie od ogłoszenia o zamówieniu), czy też zrezygnuje z udzielenia tego zamówienia. Zawiadomienie wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia skutkuje też możliwością rozystania ze środków ochrony prawnej, jeżeli względ na wartość zamówienia (próg równowartości w złotych kwoty 60.000 euro) możliwości tej nie wyłącza (art. 4a ust. 1).

12. Sprawa o roszczenie, o którym mowa w ust. 4, jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 2 § 1 Kpc i podlega rozpoznaniu przez sąd powszechny. W Pzp nie ma przepisu szczególnego, którym przekazano te sprawy do właściwości innego organu — art. 2 § 3 Kpc. Przedmiotem roszczenia wykonawcy jest zwrot uzasadnionych kosztów jego uczestnictwa w unieważnionym przez zamawiającego postępowaniu. Do uzasadnionych kosztów uczestnictwa wykonawcy w unieważnionym postępowaniu należą przede wszystkim koszty przygotowania oferty. Ewentualne inne wydatki to np. koszty zastępstwa prawnego poniesione przez wykonawcę w postępowaniu protestacyjnym. Wykonawca jest zobowiązany wykazać fakt i zasadność ich poniesienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Roszczenie o zwrot kosztów nie przysługuje wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub uznane za odrzucone.
13. Podstawę prawną odpowiedzialności zamawiającego stanowi przepis ust. 4. Wynikają z niego dwie przesłanki, które muszą wystąpić łącznie: (a) wykonawca poniósł koszty związane z jego uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to postępowanie zamawiający unieważnił, (b) unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Za „przyczyny leżące po stronie zamawiającego” należy uznać zaniedbania wynikające z nienależytego wykonania obowiązków przez kierownika zamawiającego lub przez osoby, którym zamawiający powierzył zadania związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania, jeżeli ich skutkiem było jego unieważnienie. Unieważnienie postępowania może też być następstwem przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego (zob. przesłanki wymienione w ust. 1 pkt 1–3 oraz 5 i 6). W takim przypadku odpowiedzialność zamawiającego, z braku ustawowych przesłanek określonych w ust. 4, nie występuje.
14. Ustawa nie określa terminu (w sensie chwili, momentu) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwalającym się w orzecznictwie poglądem termin ten upływa z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dopuszcza się zatem unieważnienie postępowania już po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy.
15. Dodany nowelą z kwietnia 2006 r. przepis ust. 5 należy traktować jako uprawnienie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, które zostało unieważnione i odpowiadający temu uprawnieniu obowiązek zamawiającego. Wolę skorzystania z tego uprawnienia wykonawca wyraża w formie wniosku do zamawiającego. We wniosku tym powinien wykazać, że w unieważnionym postępowaniu korzystał ze statusu prawnego wykonawcy (art. 6 Kc w związku z art. 14 Pzp). Obowiązek zamawiającego sprowadza się do zawiadomienia wykonawcy składającego stosowny wniosek o wszczęciu kolejnego po-

stępowania o udzielenie zamówienia, które — co istotne — dotyczy „tego samego przedmiotu zamówienia” (niekoniecznie tej samej wartości) lub „obejmuje ten sam przedmiot zamówienia” (identyczny z tym, który był przedmiotem postępowania uprzednio unieważnionego). Zawiadomienie, o którym mowa, powinno być przekazane wnioskodawcy nie wcześniej, niż bezpośrednio po ogłoszeniu o wszczęciu kolejnego postępowania.

16. W uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r.<sup>1</sup> Sąd Najwyższy przedstawił pogląd prawny, według którego w przypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Podobnie sąd okręgowy, w tym samym stanie rzeczy, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wskazał następujące argumenty: po pierwsze, niektóre okoliczności unieważnienia postępowania mogą wystąpić dopiero w toku postępowania przed zespołem arbitrów (ust. 1 pkt 6) i w takiej sytuacji nie byłoby racjonalnych powodów do nakazywania zamawiającemu unieważnienia postępowania; po drugie, przepis art. 191 ust. 2 przewiduje unieważnienie od razu przez zespół arbitrów tych czynności, których prawidłowe wykonanie jest niemożliwe i myśl ta pozostaje aktualna także w przypadkach stwierdzenia okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania; po trzecie, względ natury celowościowej — skoro już w chwili stwierdzenia przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania jest wiadomo, że cel postępowania o udzielenie zamówienia nie może być osiągnięty, nie ma potrzeby wydłużania trwania sprawy nakazując zamawiającemu unieważnienie tego postępowania, należy od razu orzec jego unieważnienie. Podobne względy zdecydowały o możliwości unieważnienia postępowania przez sąd okręgowy w postępowaniu skargowym.
17. Powołana uchwała Sądu Najwyższego budzi wątpliwości natury jurystycznej. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłącznym uprawnieniem zamawiającego. Nie może dokonać tej czynności za zamawiającego zespół arbitrów w postępowaniu odwoławczym, ani sąd okręgowy w postępowaniu skargowym. Wynika to z brzmienia przepisu ust. 1 komentowanego artykułu („zamawiający unieważnia...”), a także z przepisów określających kognicję (uprawnienia w zakresie orzekania) zespołów arbitrów (art. 191 ust. 1 i 2) oraz sądu okręgowego (art. 198 ust. 2 i 3). Pogląd Sądu Najwyższego spotkał się z krytyką w praktyce<sup>2</sup>, a także w piśmiennictwie<sup>3</sup>. Orzeczenie zespołu arbitrów w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia powinno mieć swe oparcie w ustawie, ta natomiast uprawnia zespół arbitrów jedynie do nakazania powtórzenia czynności oraz unieważnienia czynności zamawiającego (art. 191 ust. 2), a nie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu art. 191 ust. 3 zdanie drugie, przewidującego, iż zespół arbitrów bierze z urzędu pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia „nie wynika bezpośrednio konieczność unieważnienia postępowania z urzędu, lecz tylko potrzeba uwzględnienia tych okoliczności przy wyrokowaniu, choćby miało to prowadzić do wydania orzeczenia co do zarzutów niezawartych w proteście (problem granic zaskarżenia)<sup>4</sup>. Przy unieważnieniu czynności zamawiającego (art. 191 ust. 2) chodzi o zniesienie skutków wadliwej czynności zamawiającego, ”podczas gdy sporne unieważnienie postępowania obejmuje wszystkie czynności, także prawdziwe. Sytuacja przypomina raczej stan „zaniechania unieważnienia postępowania” i dlatego bardziej podpada (...) pod orzeczenie zespołu arbitrów nakazujące zamawiającemu unieważnienie postępowania”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> III CZP 78/04, OSNC 2005/12/202.

<sup>2</sup> Uchwała wiąże tylko w sprawie, w której została wydana.

<sup>3</sup> Zob. R. Szostak: Unieważnienie postępowania, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2005 r. Nr 7, s. 8–9.

<sup>4</sup> Tamże

<sup>5</sup> Tamże.

## Art. 94. [Zawarcie umowy]

- 1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą.**
- 2. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1.**

1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest rezultatem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Problematykę prawną tych umów regulują przepisy Działu IV. Przepisy komentowanego artykułu (podobnie przepisy art. 95) dotyczą czynności zamawiającego związanych z samym zawarciem umowy. Z punktu widzenia wykonawcy zamówienia przepisy tego artykułu przewidują: podstawowy (ust. 1) i alternatywny (ust. 2) wariant zawarcia umowy.
2. W wariantcie podstawowym wykonawcą zamówienia publicznego jest ten wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako oferta najkorzystniejsza. Zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą powinno nastąpić w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o przyjęciu oferty i nie później niż przed upływem terminu związania ofertą (art. 85 ust. 1 i 2). Określając w ust. 1 początkowy dzień terminu (*ad quo*) zawarcia umowy (nie krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty), ustawodawca miał na uwadze możliwe protesty wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Niezbędne wydaje się zwrócenie uwagi na możliwe trudności interpretacyjne związane ze stosowaniem tego przepisu. Dopuszcza on możliwość zawarcia umowy w 7 dniu terminu (w sensie okresu), z drugiej zaś strony w tymże 7 dniu może być jeszcze wniesiony protest wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zwrot „w terminie nie krótszym niż 7 dni” należy interpretować „nie wcześniej niż 8 dnia”. Drugi problem interpretacyjny wiąże się ze zwrotem „przekazania zawiadomienia o przyjęciu oferty”. Przekazanie oznacza „wysłanie”, „nadanie”, nie zaś „doręczenie” równoznaczne z wyrazem „otrzymanie”. Problem pozostaje aktualny przy interpretacji szeregu innych przepisów ustawy (art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 60 ust. 3).
3. Na tle przepisu ust. 1 powstaje problem prawnej możliwości zawarcia ważnej umowy po upływie terminu związania ofertą przez strony postępowania — zamawiającego i wykonawcę, którego oferta okazała się najkorzystniejsza. Wydaje się, że możliwość taka istnieje, jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę i nie zostaną naruszone prawa osób trzecich (innych wykonawców). Zgoda stron na zawarcie umowy sanuje uchybienie związane z upływem terminu związania ofertą.
4. Określony w ust. 2 w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej „wariant alternatywny” zawarcia umowy znajdzie zastosowanie wówczas, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Za uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy należy uznać odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Zamawiający dokonuje wówczas wyboru drugiej „najkorzystniejszej oferty” spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzenia ich ponownej oceny. Wskazanie, iż ponowny wybór nie jest poprzedzany ponowną oceną ofert, a jednocześnie musi skutkować wybraniem oferty najkorzystniejszej przesądza, że wybraną ofertą będzie oferta następną w kolejności po ofercie wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy.



Z brzmienia rozważanego przepisu należy wnosić, że dopiero wtedy, gdy możliwość ta ulegnie wyczerpaniu, zamawiający unieważni postępowanie o udzielenie zamówienia. W art. 93 ust. 1 nie wymieniono jednak przesłanki odpowiadającej tej sytuacji, do rozważenia pozostaje zatem przesłanka określona w pkt 7.

5. Zamawiającemu nie służy roszczenie cywilnoprawne o wydanie orzeczenia zastępującego oświadczenie woli przeciwko wykonawcy, który uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że jego oferta została wybrana w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia (art. 64 Kc w związku z art. 1047 § 1 Kpc). Przepis art. 94 ust. 2, przewidujący możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownej oceny, jest przepisem szczególnym (*lex specialis*) w stosunku do powołanych wyżej przepisów, stanowiących w tym przypadku przepisy ogólne (*legis generalis*) i jako taki ma przed nimi pierwszeństwo.

#### **Art. 95. [Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia]**

1. Jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Prezesowi Urzędu.
2. Jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
3. Zamawiający nie przekazuje ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jeżeli zamówienia udziela się na podstawie umowy ramowej.
4. W przypadku udzielania zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów zamawiający może odstąpić od przekazywania ogłoszeń zgodnie z ust. 2 i przekazywać ogłoszenia o udzieleniu zamówienia raz na 3 miesiące.

1. Przepisy komentowanego artykułu po nowelizacji z kwietnia 2006 r. regulują problematykę przekazywania ogłoszeń o zawarciu umów w sprawach zamówień publicznych albo umów ramowych organom, które są w nim wymienione. Przekazywanie ogłoszeń, o których mowa, jest obowiązkiem zamawiającego. Wynika on z zasady jawności umów w sprawach zamówień publicznych i umów ramowych, a poza tym wiąże się z uprawnieniami kontrolnymi tych organów wynikającymi z regulacji unijnych i z prawa wewnętrznego, obejmującymi nie tylko postępowania o udzielanie zamówień publicznych, lecz również wykonanie umów w sprawach zamówień publicznych oraz umów ramowych.
2. Obowiązek przekazania ogłoszenia o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej określonego adresatowi zależy od wartości zamówienia (dokładniej: wartości przedmiotu zamówienia) albo umowy ramowej, a mianowicie: jeżeli wartość ta jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 — zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Prezesowi UZP, jeżeli przekracza te kwoty — adresatem ogłoszenia jest Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
3. Ogłoszenie o zawarciu umowy w sprawie zamówienia albo umowy ramowej powinno być przekazywane właściwym adresatom niezwłocznie po zawarciu umowy. Niedookreślony termin „niezwłocznie” powinien być interpretowany w kontekście charakteru czynności zamawiającego, z którą jest związany. Wydaje się, że w rozważanym przypadku przekazanie ogłoszenia o zawarciu umowy można uznać za dokonane niezwłocznie, jeżeli na-

stępuje następnego dnia roboczego po zawarciu umowy. W innych sytuacjach zamawiający musi wykazać, że przekazanie ogłoszenia zaraz po zawarciu umowy nie było możliwe i nastąpiło tak szybko, jak tylko pozwalały na to okoliczności.

- Przepisy określone w ust. 3 i 4 regulują kwestie pozostające w związku z obowiązkiem zawiadomiania właściwych organów o zawarciu umowy w sprawie zamówienia albo umowy ramowej. Pierwszy z nich (ust. 3) wprowadza rozróżnienie pomiędzy umową ramową (objętą obowiązkiem określonym w ust. 1), a umową zawartą na podstawie umowy ramowej (art. 101). Ustawodawca zwalnia zamawiającego z obowiązku przekazywania ogłoszenia o zawarciu konkretnej umowy na podstawie i w trybie umowy ramowej. Przepis ust. 4 określa obowiązek zamawiającego w zakresie przekazywania ogłoszenia o zawarciu umowy w sytuacji w nim określonej tj. w przypadku udzielania zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów (art. 102 i nast.). W tym przypadku zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od przekazywania ogłoszeń, zgodnie z zasadą określoną w ust. 2 i może przekazywać ogłoszenia o zamówieniach udzielonych w ramach dynamicznego systemu zamówień — raz na 3 miesiące.

## **Rozdział 5**

### **Dokumentowanie postępowań**

#### **Art. 96. [Protokół]**

- W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej „protokołem”, zawierający co najmniej:**
  - 1) opis przedmiotu zamówienia;
  - 2) informację o trybie udzielenia zamówienia;
  - 3) informacje o wykonawcach;
  - 4) cenę i inne istotne elementy ofert;
  - 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert.
- Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.**
- Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania.**
- (uchylony).**
- Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:**
  - 1) wzór protokołu oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole, mając na względzie wartość zamówienia, tryb postępowania o udzielenie zamówienia, a także mając na celu zapewnienie możliwości zgłaszania uwag do treści protokołu przez osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia;
  - 2) sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami, mając na względzie zapewnienie jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

- Obowiązek sporządzania protokołu powstaje w chwili wszczęcia postępowania. Wynika to wprost z przepisu, iż protokół sporządza się w trakcie postępowania, czyli wraz z do-

konywaniem poszczególnych czynności. Jednocześnie przepis przesądzając, iż protokół powinien być prowadzony na bieżąco wskazuje, że informacje zawierane w protokole, które odnoszą się do czynności poprzedzających wszczęcie postępowania powinny być w nim zamieszczone niezwłocznie po wszczęciu postępowania.

2. Protokół stanowi jedyny dokument odwzorowujący przebieg postępowania. Obowiązek jego sporządzania jest niezależny od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie oraz od wartości przedmiotu zamówienia. Pzp określa minimalny zakres informacji, które muszą być podawane w protokole, pozostawiając określenie szczegółowego zakresu aktowi wykonawczemu, który stanowi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>1</sup>. Rozporządzenie to w związku z wprowadzeniem do ustawy nowych instytucji (dynamiczny system zakupów, umowa ramowa w zamówieniach „klasycznych”) oraz nowych trybów udzielania zamówień, a także zmiany wartości zamówień, od których jest uzależnione stosowanie niektórych przepisów zostało zmienione w istotny sposób. Różnicuje ono ilość i rodzaj informacji, uzależniając je od wartości zamówienia. W postępowaniach o wartościach poniżej progów określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 nie zawiera się informacji o tych elementach postępowania, które ze względu na jego skalę najczęściej nie będą występować, np. o powołaniu biegłych, kontroli uprzedniej. Rozporządzenie określa również wzór protokołu, dostosowany do trybów udzielania zamówienia.
3. Protokół z każdego postępowania, niezależnie od jego wartości, musi zawierać informacje wskazane w ust. 1. W przepisie tym w stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji kwietniowej doprecyzowano, iż w przypadku postępowania z ofertami częściowymi protokół zawiera informacje o wybranych ofertach w każdej części postępowania. Doprecyzowanie to ma głównie walor informacyjny, gdyż już w poprzednim stanie prawnym, zawierającym obowiązek wskazania wybranej oferty było oczywiste, iż chodzi o każdą ofertę wybraną, niezależnie od ich ilości.
4. Szczegółowy zakres informacji w protokole postępowania, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w rozporządzeniu, wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 jest następujący:
  - informacje dotyczące zamawiającego,
  - określenie wartości zamówienia, wartości umowy ramowej lub wartości dynamicznego systemu zakupów, daty i sposobu jej ustalenia oraz imię i nazwisko osoby dokonującej ustalenia,
  - imiona i nazwiska osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz osób związanych z przygotowaniem tego postępowania,
  - informacja o powołaniu biegłych,
  - informacja o ogłoszeniach,
  - informacja o wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofertach, ofertach wstępnych lub orientacyjnych,
  - informacja o wykonawcach dopuszczonych do dynamicznego systemu zakupów.
  - termin składania ofert.
  - miejsce i termin otwarcia ofert,
  - informacja o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu,
  - uzasadnienie wykluczenia wykonawców z postępowania,
  - uzasadnienie odrzucenia ofert, w tym z powodu rażąco niskich cen,
  - streszczenie oceny i porównania złożonych ofert,
  - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i o zastosowaniu aukcji elektronicznej,

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 606.

- data i powody unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów,
  - powody zastosowania przez zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony,
  - informacje o wniesionych protestach i odwołaniach oraz ich rozstrzygnięciach,
  - termin zakończenia prac komisji przetargowej oraz zatwierdzenia wyniku postępowania,
  - informacje o dokonaniu czynności nowych lub czynności powtórzonych oraz termin zakończenia prac komisji przetargowej i ostatecznego zatwierdzenia wyniku postępowania,
  - informacje dotyczące przeprowadzenia kontroli uprzedniej,
  - informacje dotyczące skargi do sądu okręgowego,
  - informacje o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej.
5. Wszelkie dokumenty z postępowania stanowią załączniki do protokołu. Poza wymienionymi w ust. 2 ofertami, opiniami biegłych, oświadczeniami, informacją z zebrania wykonawców, zawiadomieniami, wnioskami oraz umową będą to również inne dokumenty oraz informacje składane zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców. W szczególności załączniki stanowią wyjaśnienia dotyczące treści ofert składane na podstawie art. 87 ust. 1, wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1), a także ocena tych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego. Załącznik do protokołu stanowią także dokumenty składane przez wykonawców oraz zamawiającego w związku z postępowaniem odwoławczym, a także wszelkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, w szczególności poświadczające powołanie komisji przetargowej i ewentualne zmiany w jej składzie, ale również notatki służbowe sporządzane w związku z prowadzonym postępowaniem. Tylko zgromadzenie kompletnej dokumentacji pozwala na ocenę prawidłowości przebiegu postępowania i wypełnia w ten sposób jedną z istotnych funkcji protokołu.
6. Z przepisów ustawy nie wynika obowiązek zamawiającego prowadzenia w żadnej szczególnej formie protokołu konkursu. Protokół musi być sporządzony jedynie z prac sądu konkursowego (zgodnie z dyspozycją art. 123 ust. 1), jednakże bez wskazania jego obligatoryjnej zawartości. Zasada pisemności zobowiązuje jednak zamawiającego do dokonywania czynności w trakcie całego konkursu tylko w tej formie, a więc wszelkie podejmowane przez niego działania powinny znaleźć odzwierciedlenie na piśmie. Ponadto, jeśli konkurs stanowi procedurę poprzedzającą postępowanie o udzielenie zamówienia, obowiązek przechowywania dokumentacji konkursu wynikający z art. 127 oraz z tego, iż załącznikiem do protokołu jest każda informacja składana przez zamawiającego i wykonawców wskazują, że obowiązek ten powinien być realizowany poprzez uznanie dokumentacji z konkursu za załącznik do protokołu z postępowania.
7. Obowiązek sporządzania protokołu wynika z zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady jawności, zgodnie z którą protokół jest udostępniany każdemu, bez obowiązku udowodnienia interesu prawnego lub faktycznego w dostępie do protokołu. W połączeniu z obowiązkiem prowadzenia protokołu na bieżąco w trakcie postępowania oznacza to, że również jego udostępnianie powinno odbywać się na bieżąco. Ograniczenia tej zasady odnoszą się jedynie do terminu ujawniania treści ofert oraz pozostałych załączników. Dodatkowo w załączniku do przywoływanego wcześniej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wskazano, że aż do chwili otwarcia ofert może pozostać nieujawniona równowartość wartości zamówienia wyliczona w euro, bowiem tylko w ten sposób należy odczytywać wprowadzone zastrzeżenie. Odnosi się ono wyłącznie do części zdania po przecinku. Inna interpretacja przepisu byłaby niezgodna nie tylko z zasadami języka polskiego, ale również z zasadą jawności i innymi przepisami wskazującymi na obowiązek ujawniania wartości zamówienia np. w ogłoszeniu o zamówieniu.

8. W zakresie udostępniania informacji zawartych w protokole zamawiający, którzy są zobowiązani do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej<sup>1</sup> nie mogą uchybiać jej przepisom, zgodnie z którymi „każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną” (art. 1 ust. 1). Obowiązek ten zgodnie z art. 4 wspomnianej ustawy dotyczy władz publicznych oraz innych podmiotów wykonujących zadania publiczne, w szczególności: organów władzy publicznej, organów samorządów gospodarczych i zawodowych, podmiotów reprezentujących zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa, podmiotów reprezentujących państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego, podmiotów reprezentujących inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, związków zawodowych i ich organizacji oraz partii politycznych. Większość wymienionych podmiotów w rozumieniu Pzp jest zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3, albo może uzyskać status zamawiającego w przypadku uzyskania środków publicznych na cele i w wysokości zobowiązującej do stosowania przepisów Pzp przy ich wydatkowaniu. Podmioty te będą zobowiązane do ujawniania każdej informacji o postępowaniu w sposób przewidziany w cytowanej ustawie, jeśli inne ustawy (w tym przypadku Pzp), nie przewidują odmiennych zasad i trybu dostępu do tej informacji (art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej).
9. Jawność protokołu przejawia się również w terminie jego udostępniania. Treść protokołu jest udostępniana już w trakcie sporządzania (na bieżąco). Oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, respektując tym samym zapisaną w art. 86 ust. 1 zasadę poufności zawartości ofert do tego momentu. W wyniku nowelizacji z kwietnia 2006 r. wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są udostępniane od chwili ich złożenia. Jest to zmiana szczególnie istotna dla prawidłowości i sprawności prowadzenia postępowania. Obowiązek, a nie tylko prawo do udostępnienia wykonawcom treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu już na tym etapie powoduje, że wszelkie zawarte w nich uchybienia oraz ewentualne nieprawidłowości w ich ocenie będą znane wykonawcom jeszcze przed złożeniem ofert. W tym terminie będą więc składane środki ochrony prawnej dotyczące oceny wniosków. Uwzględnienie protestu będzie zatem mogło skutkować powtórzeniem czynności przeprowadzonej nieprawidłowo lub zaniechanej. Ujawnianie wniosków dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, co miało miejsce do czasu nowelizacji, skutkowało prawem do wnoszenia środków ochrony prawnej na prawidłowość decyzji o wykluczeniu konkurenta już po wyborze oferty. W niektórych przypadkach wydłużało więc i komplikowało proces udzielania zamówienia, prowadząc do konieczności unieważnienia postępowania, gdyż na tym etapie postępowania nie było możliwe korygowanie błędów w ich ocenie.
10. Pozostałe załączniki są udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przepis ten umożliwia zamawiającemu udostępnienie załączników dopiero po dokonaniu wyboru oferty, nie zakazując jednocześnie ich wcześniejszego udostępnienia z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.
11. Protokół wraz z załącznikami, zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udostęp-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

nia się w siedzibie zamawiającego, umożliwiając sporządzanie kopii oraz odpisów. Prawo to przysługuje każdemu, kto złoży taki wniosek do zamawiającego, bez konieczności udowadniania interesu prawnego lub faktycznego związanego z tą czynnością i jest konsekwencją zasady jawności protokołu. W przypadku złożenia wniosku o udostępnienie protokołu przez wykonawcę zamawiający jest zobowiązany przesłać mu jego kopię. Inne niż wykonawca osoby nie są upoważnione do żądania przesłania protokołu, a wniosek złożony przez wykonawcę musi być złożony przez osobę uprawnioną do jego reprezentowania. Żądanie może dotyczyć wyłącznie przesłania protokołu bez załączników.

12. Rozporządzenie nie reguluje kwestii kosztów udostępniania protokołu, nie nakładając tym samym na zamawiającego obowiązku ich ponoszenia w przypadku np. złożenia przez wykonawcę wniosku o przesłanie protokołu, lub kopiowaniem dokumentacji. Dotyczący tej samej materii art. 15 ustawy o dostępie do informacji publicznej wskazuje, że podmiot udostępniający informację „może pobrać od wnioskodawcy opłatę w wysokości odpowiadającej kosztom udostępnienia informacji”.

### **Art. 97. [Przechowywanie protokołu, zwrot ofert]**

- 1. Zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.**
- 2. Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały.**

1. Na zamawiającego nałożone zostały dwa obowiązki dotyczące okresu oraz sposobu przechowywania protokołu. Czteroletni okres przechowywania protokołu wraz z załącznikami rozpoczyna się wraz z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc w dniu następującym po dniu zawarcia umowy. Zdefiniowanie zamówienia publicznego jako umowy (art. 2 pkt 13) przesądza, iż to właśnie czynność zawarcia umowy kończy postępowanie o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 111 § 2 Kc, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Jest to okres minimalny. Oceniając konieczność przechowywania poszczególnych dokumentów przez okres dłuższy, zamawiający powinien uwzględniać postanowienia innych aktów prawnych, w szczególności ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach<sup>1</sup> wraz z aktami wykonawczymi. W trakcie przechowywania protokół stanowi podstawę czynności kontrolnych podejmowanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 170 ust. 1 oraz innych właściwych organów kontrolnych, w szczególności NIK i RIO. Stanowiąc materiał dowodowy może być również uwzględniany w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i odpowiedzialności z tego tytułu. Zgodnie z art. 38 ust 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>2</sup> karalność naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje, jeśli od czasu popełnienia naruszenia minęły 3 lata, jednak wszczęcie postępowania w tym czasie może spowodować przedłużenie okresu karalności. Czteroletni okres przechowywania protokołu służy także wykorzystaniu przez prokuraturę i sądy w przypadku postępowań karnych.
2. Szczególny załącznik do protokołu stanowi umowa w sprawie zamówienia publicznego, która podobnie jak pozostałe załączniki powinna być przechowywana co najmniej przez 4 lata.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

Jednakże w sytuacji, gdy dotyczy zamówień realizowanych w dłuższym okresie lub z jej postanowień wynikają obowiązki lub roszczenia, które mogą wykraczać poza ten okres, umowa powinna być przechowywana aż do zakończenia tego okresu. Za załącznik do protokołu nie będą natomiast uznane zmiany wprowadzane do umowy w trakcie jej wykonywania, bowiem protokół dotyczy postępowania, a nie zamówienia i nie obejmuje dokumentów sporządzanych po jego zakończeniu. Wskazać jednak należy, że w związku z przepisami o jawności umów oraz w szczególności o kontroli następczej, zamawiający musi dysponować w okresie co najmniej 4 lat wszystkimi aneksami do umowy w sprawie zamówienia.

3. Obowiązek przechowywania protokołu wraz z załącznikami oznacza, że zamawiającemu nie wolno jest zwrócić wykonawcy oferty po upływie terminu do ich składania, za wyjątkiem ofert złożonych z uchybieniem tego terminu (art. 84 ust. 2). Protokół wraz z załącznikami powinien być przechowywany w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Zamawiający odpowiada zarówno za zniszczenie jak i zagubienie protokołu oraz załączników, w szczególności złożonych ofert. Obowiązek przechowywania protokołu i załączników w stanie nienaruszalnym oznacza także, że w przypadku złożenia przez wykonawców z ofertą oryginałów dokumentów nie mogą być one następnie (np. po zakończeniu postępowania) zastąpione kopiami i zwrócone wykonawcy. Wyjątek od zasady konstytuującej obowiązek przechowywania ofert stanowi jedynie prawo zwrotu wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane (uznane za najkorzystniejszą) niektórych dokumentów, załączonych do ofert. Aby złożone przez wykonawcę plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe lub inne podobne materiały mogły być zwrócone, niezbędne jest złożenie wniosku w tej sprawie przez wykonawcę. Ustawa określając, które elementy oferty mogą być zwrócone wyraźnie wskazuje, iż żądanie zwrotu może dotyczyć tych elementów ofert, które mają charakter prac twórczych lub są objęte ochroną praw autorskich albo praw wynikających z ustawy Prawo własności przemysłowej<sup>1</sup>. Tak też należy rozumieć użyty przez ustawodawcę zwrot „inne podobne materiały”.

## **Art. 98. [Sprawozdanie]**

1. **Zamawiający sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach, zwane dalej „sprawozdaniem”.**
  2. **Sprawozdanie zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.**
  3. (uchylony).
  4. **Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w sprawozdaniu, jego wzór oraz sposób przekazywania, mając na względzie wymagania dotyczące treści sprawozdania przekazywanego Komisji Europejskiej, w tym rodzaj zamawiającego, kraj pochodzenia wybranego wykonawcy, wartość udzielonych zamówień, rodzaj zamówień i tryb ich udzielania oraz podstawę prawną zastosowania, a jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych albo 10 000 000 euro dla dostaw lub usług — także sposób wykonania zamówień.**
1. Każdy zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia corocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, które obejmuje zamówienia udzielone przez wszystkie jego jednostki organizacyjne. Sprawozdanie niezależnie od roku obrachunkowego, jaki obowiązuje zamawiającego, zawsze dotyczy okresu od 1 stycznia do 31 grudnia. Tylko taki sposób gromadzenia danych pozwala na statystyczne ujęcie rynku zamówień publicznych oraz dokonywanie analiz jego funkcjonowania.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

2. Zakres sprawozdania określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych, jego wzoru oraz sposobu przekazywania<sup>1</sup>. Stanowi ono, że sprawozdanie zawiera dane identyfikujące zamawiającego, rodzaj zamówienia w podziale na usługi, dostawy i roboty budowlane, a także liczbę i wartość udzielonych zamówień z uwzględnieniem trybu udzielenia zamówienia i przedziału wartości, w którym się zawiera.
3. Zmodyfikowany w wyniku nowelizacji PZP przepis stanowiący delegację do wydania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia dotyczącego zakresu informacji zawieranych w sprawozdaniach wzoru sprawozdania i sposobu jego przekazywania wskazuje, iż w sprawozdaniach będą musiały być uwzględniane dane wymagane od krajów członkowskich przez Komisję Europejską. Zgodnie z dyrektywami 2004/17 i 2004/18 są to: rodzaj zamawiającego, kraj pochodzenia wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, wartość udzielonych zamówień, rodzaj zamówień i tryb ich udzielania oraz podstawa prawna jego zastosowania. Przepisy UE odnoszą się przy tym nie tylko do zamówień, których udzielanie jest objęte procedurami dyrektyw, ale również do zamówień mniejszych. Dla przykładu w przypadku zamówień sektorowych żadaną przez Komisję Europejską informacją jest ogólna wartość zamówień udzielanych w celu prowadzenia działalności sektorowej z uwzględnieniem zamówień, których pojedyncza wartość nie przekracza kwoty 422 000 euro dla dostaw lub usług oraz 5 278 000 euro dla robót budowlanych. Wydane na podstawie art. 98 ust 4 rozporządzenie realizuje powyższy wymóg dyrektyw.
4. Obowiązek sporządzania sprawozdania dotyczy także podmiotów prywatnych, jeśli udzielały chociażby jednego zamówienia współfinansowanego ze środków publicznych, które zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 5 lub 6 stanowiło zamówienie publiczne. Koncesjonariusz sporządza sprawozdanie wyłącznie wówczas, kiedy jest podmiotem zobowiązanym do stosowania tego przepisu ustawy. Obowiązek składania sprawozdań nie dotyczy więc koncesjonariuszy, o których mowa w art. 131 ust 2. Ponadto z wyszczególnienia w rozporządzeniu rodzajów zamawiającego wyodrębniającego koncesjonariusza jako samodzielny rodzaj należy wyprowadzić wniosek, że jeśli jest on jednocześnie zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust 1 pkt 1–6, powinien dla zamówień udzielanych w celu wykonywania koncesji sporządzać odrębne sprawozdania.
5. Sprawozdanie dotyczy zgodnie z ust 1 zamówień udzielonych. Oznacza to, że powinno zawierać informacje o umowach, zawartych w okresie sprawozdawczym. Może być tym samym wyższa od ilości przeprowadzonych postępowań, gdyż odrębnie będą wykazywane umowy zawarte wskutek postępowania z możliwością składania ofert częściowych. Sprawozdanie nie obejmuje więc informacji o unieważnionych postępowaniach, bowiem jego zasadniczym celem jest monitorowanie sposobu dokonywania wydatków publicznych, które nie mają miejsca w przypadku unieważnienia postępowania.
6. Odrębny zakres sprawozdania stanowi informacja o sposobie wykonania zamówień, których wartość przekracza 10 000 000 euro dla dostaw lub usług, albo 20 000 000 euro dla robót budowlanych. Sporządza się ją oddzielnie dla każdego zamówienia o wskazanej wielkości, zamieszczając najistotniejsze dane o wykonywaniu umowy tzn. wprowadzaniu zmianach, poszerzaniu zakresu przez udzielanie zamówień dodatkowych i odstąpieniu od umowy. Informacja ta stanowi element szczególnego nadzoru nad rynkiem największych zamówień.

---

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 155, poz. 1110.



7. Zamawiający przekazują sprawozdanie Prezesowi Urzędu samodzielnie, nie później niż 1 marca za poprzedni rok. W wyniku nowelizacji uchylono przepis ust. 3, stanowiący dotychczas wyjątek od osobistego przekazywania sprawozdań. Przepis ten dotyczył zamówień udzielanych na zasadach szczególnych przez placówki zagraniczne, które to przepisy również uchylono. Ustawa nie określa szczególnego sposobu przekazywania sprawozdań Prezesowi UZP. Instrukcja wypełniania załączona do rozporządzenia wyraźnie wskazuje jednak na przekazywanie go w formie elektronicznej informując, iż inny sposób tzn. droga pocztowa powinna być używana wyłącznie w przypadku braku możliwości korzystania z formy elektronicznej. Nie jest to jednak norma prawna należy więc przyjąć, że oba wskazane sposoby mogą być stosowane zgodnie z decyzją zamawiającego.
8. Ustawa nie określa szczególnego sposobu przekazywania sprawozdań Prezesowi UZP, pozostawiając to rozporządzeniu wydawanemu na podstawie art. 98 ust. 4. Przepis § 2 rozporządzenia nakazuje przekazywanie sprawozdania w formie elektronicznej przy użyciu formularza zamieszczonego na stronach internetowych UZP, a następnie przekazanie w formie pisemnej lub faxem z podpisem umocowanej osoby.

## Dział III Przepisy szczególne

### Rozdział 1 Umowy ramowe

#### Art. 99. [Przesłanki zawarcia umowy]

**Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.**

1. Nowelizacja kwietniowa w odniesieniu do umów ramowych wprowadziła istotną zmianę, która przesądziła także o zmianie systematyki ustawy i przeniesienia przepisów regulujących tę materię z rozdziału dotyczącego zamówień sektorowych (art. 124–126) do odrębnego rozdziału, regulującego wyłącznie tę problematykę. Wiąże się to z przyznaniem prawa do zawierania umów ramowych wszystkim zamawiającym zobowiązanym do stosowania przepisów Pzp, a nie tylko podmiotom zobowiązanym do stosowania przepisów „sektorowych”. Rozwiązanie to jest słuszne i było od dawna postulowane.

Umowa ramowa posiada swą własną definicję legalną w art. 2 pkt 9a. Zgodnie z tym przepisem jej podstawowym celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą być udzielone w przyszłości. Koniecznym elementem umowy ramowej powinna być cena. Umowa, w której nie określono ceny, nie byłaby umową ramową w rozumieniu Pzp. Cena ta w okresie ważności umowy nie może się zmieniać na niekorzyść zamawiającego, chyba, że będzie to wynikało np. z klauzul waloryzacyjnych zawartych we wzorze umowy, będącym załącznikiem do specyfikacji. Za rozwiązanie dopuszczalne należy uznać precyzyjne określenie mechanizmu ukształtowania ceny zamiast określenia jej kwotowo. Zgodnie z art. 2 ust. 9a obok ceny można wskazać przewidywane ilości. Faktycznie udzielone zamówienia mogą w odniesieniu do ilości różnić się od tej, którą wskazano jako przewidywaną. Jednocześnie należy pamiętać o tym, że zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczenia konkurencji.

2. Instytucja umów ramowych jest dobrym rozwiązaniem dla tych wszystkich zamawiających, którzy udzielając zamówień, ze względu na ich charakter lub inne okoliczności, nie są w stanie z góry określić precyzyjnie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, gdy powstanie potrzeba udzielenia zamówienia, terminy ustawowe dotyczące procedur konkurencyjnych są zbyt długie dla zrealizowania danego zamówienia w pożądanym terminie. Trudno np. w skali roku określić, ile razy i w jakim zakresie niezbędne będą usługi naprawy systemu komputerowego w dużej firmie, podobnie trudno określić z góry zakres prac przy likwidacji awarii w sieci wodnokanalizacyjnej.

3. Zawarcie umowy ramowej nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Samo zawarcie takiej umowy należy traktować jako jeden z etapów postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zawarcia umowy ramowej konkretne zamówienia są udzielane na podstawie odrębnych umów. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi ani po stronie zamawiającego, ani wykonawców, którzy ją zawarli, żadnego obowiązku kontraktowania. Może zdarzyć się i tak, że pomimo zawarcia umowy ramowej nigdy nie dojdzie do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia, który to fakt nie będzie też dla kogokolwiek podstawą jakichkolwiek roszczeń.

4. Przed zawarciem umowy ramowej zamawiający powinien przeprowadzić albo procedurę przetargu nieograniczonego, albo ograniczonego, albo negocjacji z ogłoszeniem. Biorąc

pod uwagę fakt, że do udzielenia zamówienia opartego o umowę ramową dochodzi w procedurze bez ogłoszenia (zamówienie z wolnej ręki lub negocjacje bez ogłoszenia), tryb postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej jest trybem publicznym (po ogłoszeniu). Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy ramowej, wtedy per analogiam dopuszczalne jest zastosowanie art. 94 ust. 2 Pzp i wybranie najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, bez przeprowadzenia ich ponownej oceny.

5. Zamawiający decyduje o tym, czy zawrze umowę ramową z jednym, czy z kilkoma wykonawcami. Decyzja ta ma istotne znaczenie przesądza bowiem, w jakim trybie będzie udzielone konkretne zamówienie wykonawcy, z którym została zawarta umowa ramowa. Zawarcie umowy ramowej z jednym tylko wykonawcą jest ryzykowne o tyle, że wykonawca taki nie ma obowiązku przystąpienia do jakichkolwiek rozmów w sprawie zamówienia z zamawiającym. Jeżeli wykonawca nie mając gwarancji, że zamawiający udzieli mu jakiegokolwiek zamówienia podejmuje zobowiązania wobec innych podmiotów, może nie móc zrealizować dla zamawiającego, z którym podpisał umowę ramową, oczekiwanego zamówienia.
6. W umowie ramowej powinno być określone dużo więcej warunków niż cena oraz przewidywana ilość dokonywanych zakupów. Już na etapie postępowania poprzedzającego podpisanie umowy ramowej należy przesądzić szereg „wrażliwych” klauzul, jak np. dotyczących ewentualnych ograniczeń odpowiedzialności. Nie ma przeszkód, aby umowa ramowa regulowała zagadnienia gwarancji, rozwiązywania ewentualnych konfliktów, relacji z podwykonawcami, poufności, współdziałania stron przy wykonywaniu zamówień, itp. Precyzyjna i kompleksowa regulacja umowy ramowej pozwoli na to, aby prowadzone po jej zawarciu negocjacje bez ogłoszenia lub negocjacje poprzedzające udzielenie zamówienia z wolnej ręki były możliwie krótkie, dzięki wąskiemu zakresowi przedmiotu negocjacji.
7. Umowa ramowa powinna być tak skonstruowana, aby w przypadku potrzeby udzielenia na jej podstawie konkretnego zamówienia, po doprecyzowaniu jego przedmiotowego zakresu było z góry przesądzone (na podstawie umowy ramowej), jakie maksymalne koszty poniesie zamawiający. Doprecyzowanie np. liczby dostarczonych komputerów czy długości trasy w kontekście usługi transportowej powinno z góry przesądzać, jakie będzie wynagrodzenie za zrealizowanie danego zamówienia. Negocjacje mogą dotyczyć np. terminów wykonania danego zamówienia.
8. W odniesieniu do umów ramowych dopuszczalne jest analogiczne stosowanie art. 144, art. 145 i art. 146 Pzp. Tak więc na zasadach określonych w art. 144 umowa ramowa będzie mogła być zmieniona, a na podstawie art. 146 uznana za nieważną. Trudno sobie jednocześnie wyobrazić wypowiedzenie przez zamawiającego umowy ramowej w razie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że realizacja nie leży w interesie publicznym. Prostszy rozwiązaniem będzie nie udzielanie zamówień jednostkowych na podstawie umowy ramowej.
9. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy (wykonawców), z którymi zawiera umowę ramową zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy przyjąć, że zabezpieczenia, o których mowa w art. 147 Pzp można żądać tylko w odniesieniu do takich umów, mocą których dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego. Umowa ramowa taką umową nie jest. Dopiero na podstawie umowy ramowej dochodzi do zawarcia odrębnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
10. Nietrafne są sugestie, iż treść umowy ramowej mogłaby być tak ukształtowana, że z uprawnieniem zamawiającego do udzielenia zamówienia skorelowany byłby obowiązek wykonawcy wzięcia udziału w takim postępowaniu. Po pierwsze stosowne posta-

nowienie w SIWZ należałoby uznać jako niezgodne z prawem zamówień publicznych. Skoro ustawa tak konstruuje umowę ramową, że jej strony nie mają roszczeń o zawarcie umów na jej podstawie, to jednostronne zobowiązanie wykonawcy, że przez dłuższy czas ma pozostawać w gotowości brania udziału w postępowaniu i w konsekwencji w gotowości realizacji zamówienia, rezerwując swój potencjał ludzki i techniczny bez jakichkolwiek gwarancji nie tylko co do tego, że otrzyma zamówienie, ale, że w ogóle zostanie poproszony o złożenie oferty, jest niedopuszczalne. Po drugie zapisy takie nie mają sensu z tego powodu, że nawet gdyby istniało po stronie wykonawcy zobowiązanie do wzięcia udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdyby nie był on zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia, albo nie byłby w stanie wykonać go w określonym czasie, mógłby bardzo łatwo doprowadzić do tego, że albo zostałby wykluczony z postępowania, albo jego oferta musiałaby zostać odrzucona.

#### **Art. 100. [Okres obowiązywania umowy ramowej]**

- 1. Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.**
- 2. O zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający niezwłocznie zawiadamia Prezesa Urzędu podając wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.**
- 3. Umowę ramową zawiera się:**
  - 1) z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne;**
  - 2) co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.**
- 4. Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji.**
  1. Umowy ramowe powinny być zawierane jedynie na czas oznaczony. W każdym przypadku zamawiający może je zawrzeć na okres do 4 lat, natomiast tylko ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na dłuższy okres. Jeżeli umowa jest zawierana na okres dłuższy niż 4 lata, okres, na jaki konkretnie została zawarta powinien znajdować uzasadnienie w okolicznościach związanych z przedmiotem zamówienia i szczególnym interesem zamawiającego.
  2. O zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający powinien niezwłocznie zawiadomić Prezesa Urzędu, podając wartość zamówienia i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Nawet, jeśli Prezes UZP nie podzieli poglądu zamawiającego, iż istniały przesłanki zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata nie ma kompetencji, aby z tego powodu wystąpić do Sądu o stwierdzenie nieważności umowy ani jej części (art. 146 ust. 2 *a contrario*).
  3. Analiza ust. 3 zdaje się wskazywać, że ustawodawca preferuje rozwiązanie, w którym zamawiający zawiera umowy ramowe z kilkoma wykonawcami. Zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą wymaga uznania, że z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla niego niekorzystne. Co więcej, w takiej sytuacji powinien mieć świadomość, że w przypadku potrzeby udzielenia zamówienia nie ma żadnego roszczenia o zawarcie umowy w stosunku do swojego jedyne partnera w określonym obszarze prowadzenia działalności. Z tego względu zawarcie umowy ramowej z kilkoma wykonawcami wydaje się być dla zamawiającego bezpieczniejsze. W takiej jednak sytuacji procedura poprzedzająca udzielenie zamówienia (negocjacje bez ogłoszenia)

jest bardziej złożona i czasochłonna niż procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki, która byłaby stosowana w przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym tylko wykonawcą.

4. Decyzję co do tego, czy umowa ramowa będzie zawierana z jednym wykonawcą czy wieloma, zamawiający musi podjąć na etapie opracowywania specyfikacji. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 2 SIWZ powinien wskazywać maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową, jeżeli przewiduje zawarcie takiej umowy. Na etapie ogłoszeń o zamówieniu wystarczająca jest ogólna informacja o zamiarze zawarcia umowy ramowej (art. 41 pkt 12).
5. Okres, na który ma być zawarta umowa ramowa wpływa na jej wartość. Zgodnie z artykułem 32 ust. 7 wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie jej trwania. Z kolei od wartości umowy ramowej zależy to, że w danym postępowaniu znajdują zastosowanie przepisy o obligatoryjnej kontroli poprzedniej (patrz art. 167 ust. 2).
6. Można mieć wątpliwości co do tego, na jakiej płaszczyźnie zamawiający mógłby wykorzystywać umowę ramową do ograniczenia konkurencji i co w związku z tym, jest zakazane. Bez wątpienia sam fakt zawarcia umowy ramowej, do czego dochodzi przecież po przeprowadzeniu konkurencyjnych procedur, nie może być postrzegany jako ograniczenie konkurencji. Ograniczeniem konkurencji mogłoby natomiast być zawarcie umowy ramowej na okres 5 lat, przy braku lub pozorności istnienia przesłanek, o których mowa w ust. 1.
7. Nawet w sytuacji, gdy zamawiający zawiera umowy ramowe z kilkoma wykonawcami, nie może być mowy o porozumieniu wielostronnym<sup>1</sup>, bowiem z każdym wykonawcą zawiera on odrębną umowę. Zamawiający zapraszając wykonawcę do negocjacji bez ogłoszenia działa na podstawie przepisów Pzp i umowy ramowej zawartej indywidualnie z każdym z wykonawców. Nie tylko nie ma powodów, dla których kilku wykonawców miałyby być związanymi z zamawiającym jedną umową, ale w wielu przypadkach (np. niewłaściwa reprezentacja lub wada oświadczenia woli po stronie jednego z wykonawców) problemy w relacjach zamawiającego z jednym z wykonawców niepotrzebnie mogłyby rzutować na jego relacje z innymi zamawiającymi. Także warunki określone w umowie ramowej będą wynikały z indywidualnych ofert wykonawców, które z natury rzeczy będą się różnić między sobą.

#### **Art. 101. [Tryby udzielania zamówień]**

1. Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, w trybie:
  - 1) zamówienia z wolnej ręki — jeżeli zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą; przepisów art. 67 ust. 1 i 2 nie stosuje się;
  - 2) negocjacji bez ogłoszenia — jeżeli zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą.
2. Udzielając zamówienia, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna. Zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej.
3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, zamawiający zaprasza do składania ofert wyłącznie wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową. Przepisów art. 62 i 63 nie stosuje się.

<sup>1</sup> Rozwiązanie takie dopuszcza R. Szostak w „Umowa ramowa w sektorowych zamówieniach publicznych”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2005 r., Nr 9, s. 20.

#### **4. Do zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową, nie stosuje się przepisów art. 26 oraz art. 167 ust. 2 i 3.**

1. Jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, z którym jako jedynym zawarł umowę ramową, może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki bez konieczności zawiadomiania Prezesa Urzędu o tym fakcie. Kiedy mowa o tym, że „zamawiający zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą” chodzi o taką sytuację, gdy zawarł umowę ramową z jednym wykonawcą w określonym zakresie (w odniesieniu do pewnej kategorii usług, dostaw czy też robót budowlanych). Może być tak, że zamawiający zawarł umowę ramową z jednym wykonawcą w zakresie usług serwisu systemu komputerowego, a z innym w zakresie robót remontowych. W każdym przypadku (w zakresie objętym umową ramową) będzie mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki każdemu z nich.
2. Zgodnie z art. 66 zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki po przeprowadzeniu negocjacji. Jeżeli zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą i zaprosił do negocjacji wszystkich wykonawców, z którymi ją zawarł, może udzielić zamówienia także i wtedy, gdy zaproszenie do negocjacji przyjął tylko jeden wykonawca i tylko on złożył ofertę. Z natury rzeczy, kiedy do negocjacji dochodzi między stronami umowy ramowej, która powinna precyzyjnie regulować relacje między stronami, przedmiot negocjacji będzie stosunkowo wąski. Treść umowy ramowej nie powinna pozwalać na zbyt szeroki przedmiot negocjacji. Negocjacje mogą dotyczyć przedmiotu zamówienia, przy czym istotnym problemem będzie określenie terminu wykonania zamówienia.
3. Zgodnie z ust. 2 zarówno w przypadku, gdy zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki jak i po negocjacjach bez ogłoszenia, dopuszczalne jest dokonanie modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna. W omawianych sytuacjach nie ma obowiązku sporządzania przez zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu, w którym precyzowane byłyby warunki zamówienia. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że w umowie, którą strony zawarły po przeprowadzeniu negocjacji mogą mieć miejsce pewne odstępstwa od postanowień umowy ramowej, jednak nie mogą mieć one istotnego charakteru. Kwestia „istotności” modyfikacji zawsze jednak pozostanie kwestią oceną, wymagającą indywidualnego badania. Jako że do zawarcia umowy dochodzi po negocjacjach, sama jednostronna modyfikacja warunków zamówienia dokonana przez zamawiającego nie będzie miała doniosłości prawnej.
4. Wątpliwości budzi przepis zakazujący zamawiającemu dokonywania zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej, bowiem zgodnie z definicją umowy ramowej jej celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą być udzielone w konkretnym czasie. Z natury rzeczy jednocześnie należy przyjąć, że umowa ramowa powinna obejmować tylko takie obszary, które dotyczą jej stron, czyli zamawiającego i konkretnego wykonawcy. W tym kontekście kryteria oceny ofert (co z natury rzeczy dotyczy też innych wykonawców) nie powinny być przedmiotem umowy ramowej. Gdyby jednak stały się nimi, wtedy znajdzie zastosowanie komentowany przepis.
5. Biorąc pod uwagę fakt, że do zawarcia umowy ramowej dochodzi po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania, które jest poprzedzone publicznym ogłoszeniem ustawodawca uznał, że w relacjach między jej stronami uzasadnione jest przyjęcie istotnych uproszczeń proceduralnych. I tak w negocjacjach bez ogłoszenia nie tylko nie stosuje się przepisów dotyczących przesłanek dla tego trybu, ale także przepisów dotyczących zaproszenia do negocjacji, zawiadomień Prezesa Urzędu i Komisji Europejskiej. Zgodnie jednak z art. 64 ust. 3 wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje

SIWZ wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, z tym, że nie powinna zawierać opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Bez względu na to, czy postępowanie jest prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki czy negocjacji bez ogłoszenia, nie stosuje się przepisów dotyczących potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26) ani przepisów dotyczących obowiązkowej kontroli uprzedniej (art. 167 ust. 2 i 3). W kontekście wyłączenia stosowania art. 26 należy przyjąć, że przed zawarciem umowy ramowej zamawiający sprawdził, czy wykonawca spełnia warunki, o których mowa w art. 22.

## **Rozdział 2**

### **Dynamiczny system zakupów**

#### **Art. 102. [Ustanowienie systemu]**

- 1. Zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.**
  - 2. Dynamiczny system zakupów ustanawia się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system może być ustanowiony na okres dłuższy.**
  - 3. W przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata, zamawiający w terminie 3 dni zawiadamia o tym Prezesa Urzędu podając wartość dynamicznego systemu zakupów i przedmiot zamówień objętych tym systemem oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.**
  - 4. Zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji.**
1. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2a dynamiczny system zakupów to ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne. Jak wynika z samej treści definicji nie jest to tryb udzielania zamówień. Został on wprowadzony do polskiego systemu prawnego w sposób wskazany w dyrektywach 2004/17 oraz 2004/18 i powtarza rozwiązania przewidziane w prawie europejskim. Ze względu na europejską podstawę przepisów dynamiczny system zakupów jest instytucją, która może być stosowana niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia, a jedynym ograniczeniem jest rodzaj zamówienia, ograniczony do wskazanego w definicji, zawartej w art. 2 pkt 2a.
  2. Dynamiczny system zakupów jest tworzony, a następnie objęte nim zamówienia są udzielane przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o przetargu nieograniczonym oraz rozwiązań szczególnych, przewidzianych w art. 102–109. Odpowiednie stosowanie przepisów o przetargu nieograniczonym do utworzenia systemu nie oznacza, iż zastosowanie znajdą tylko przepisy ustawy zawarte w art. 39–46. Zarówno przy jego tworzeniu jak i udzielaniu zamówień przestrzegane powinny być przepisy części ogólnej Pzp oraz te przepisy, które niezależnie od miejsca ich zamieszczenia znajdują zastosowanie w przygotowywaniu postępowania i udzielaniu zamówień w trybie przetargu nieograniczonego, np. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, SIWZ, ustalania wartości zamówienia, komisji przetargowej, odpowiedzialności kierownika zamawiającego za prawidłowość postępowania, warunków udziału w postępowaniu jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, wstępnym lub okresowym ogłoszeniu informacyj-

nym. W takim ogłoszeniu będą zawierane zarówno informacje o zamiarze utworzenia dynamicznego systemu zakupów, jak i plany objętych nim zamówień przy spełnieniu warunków określonych w art. 13 ust. 1.

3. Okres, na który może być utworzony dynamiczny system zakupów jest ograniczony do 4 lat. Za moment ustanowienia systemu należy przyjąć wszczęcie postępowania mającego na celu jego ustanowienie, tzn. zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, którego celem jest stworzenie systemu. Takie stosowanie przepisów jest więc niezbędne, mimo iż przepis art. 103 ust. 1 wyraźnie wyodrębnia postępowanie prowadzone w celu ustanowienia systemu jako czynności poprzedzające jego ustanowienie. Nie da się jednak ustalić żadnego innego zdarzenia, które mogłoby być uznane za rozpoczęcie funkcjonowania systemu, bowiem ustawodawca nie określił żadnych wiążących terminów dla oceny składanych ofert orientacyjnych ani terminów na dokonanie ich oceny. Przyjęcie natomiast rozwiązania, że dynamiczny system zakupów jest ustanowiony z chwilą, w której pierwszy wykonawca został do niego dopuszczony, stałoby w sprzeczności z celem przepisu ust. 3, dotyczącego powiadamiania Prezesa UZP o ustanowieniu systemu. Wówczas powiadomienie to następowaloby w niektórych przypadkach w długim terminie od rozpoczęcia postępowania. Analogia do przepisów np. art. 62 ust. 2 lub 67 ust. 2, których celem jest informowanie Prezesa Urzędu niezwłocznie po wszczęciu postępowania, co umożliwia kontrolę prawidłowości czynności zamawiającego, dodatkowo przemawia za przyjęciem wykładni uznającej wszczęcie postępowania za ustanowienie dynamicznego systemu zakupów.
4. Ograniczenie dynamicznego systemu zakupów do 4 lat nie wyklucza ograniczanie jego trwania w inny sposób. Może to być np. wskazanie maksymalnej kwoty, jaka będzie wydatkowana z jego zastosowaniem lub nabycie określonej ilości świadczeń. Takie rozwiązania zależą wyłącznie od woli zamawiającego i powinny być zamieszczone w SIWZ dotyczącej postępowania mającego na celu utworzenie systemu.
5. Dynamiczny system zakupów może być ustanowiony na czas dłuższy niż 4 lata przy spełnieniu łącznie przesłanki wystąpienia szczególnego interesu zamawiającego i objęcia systemem takiego przedmiotu zamówienia, który wymaga ustanowienia systemu na czas dłuższy. Pzp nie przewiduje możliwości przedłużenia trwania systemu już po jego utworzeniu. Po upływie czasu, na jaki został stworzony, jeśli zamawiający dalej ma zamiar posługiwać się dynamicznym systemem zakupów przy udzielaniu zamówień, niezbędne jest przeprowadzenie kolejnego postępowania o stworzenie nowego systemu.
6. Przy ocenie tych przesłanek należy mieć na względzie, iż zezwalają one na odstępianie od zasady i nie mogą być w związku z tym interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc przedmiot zamówienia może być objęty systemem trwającym przez 4 lub mniej lat i nie wiąże się to ze stratą dla zamawiającego, ustanowienie systemu na czas dłuższy będzie naruszeniem ustawy. Szczególny interes zamawiającego powinien również mieć charakter wyjątkowy i niestandardowy. Nie można przyjąć, że istnieją interesy, które zawsze i niezależnie od okoliczności mają charakter szczególny. Takim szczególnym interesem nie jest bez wątpienia nie oparte na faktycznych przesłankach domniemanie oszczędności czy zapewnienie zamawiającemu wygodnego mechanizmu udzielania zamówień. Prawidłowość zastosowania przesłanek, w oparciu o które dynamiczny system zakupów jest tworzony na okres dłuższy niż 4 lata jest poddana kontroli Prezesa UZP. Po ustanowieniu systemu, który ma trwać 4 lata lub dłużej zamawiający informuje Prezesa Urzędu o tym fakcie, wskazując na zaistnienie przesłanek upoważniających do takiego działania. Jest to podstawa do wszczęcia przez Prezesa ewentualnej kontroli postępowania, mającego na celu ustanowienie systemu. Obowiązku takiego na mocy art. 133 ust. 3 nie mają jedynie zamawiający, którzy ustanawiają dynamiczny system zakupów w celu udzielania zamówień sektorowych. Jeśli jednak



będzie on służył zarówno zamówieniom sektorowym jak i innym zamówieniom, obowiązek powiadomienia Prezesa Urzędu będzie miał miejsce. Nie znajdą natomiast nigdy zastosowania przepisy art. 167 ust. 2 dotyczące obowiązkowej kontroli uprzedniej, gdyż takiej podlegają jedynie zamówienia i umowy ramowe o określonej wartości, nie zaś dynamiczny system zakupów, który nie jest zamówieniem ani umową ramową.

7. Dynamiczny system zakupów nie może być stosowany w celu ograniczania konkurencji. Oznacza to w szczególności, że w przypadku jego tworzenia rozważenia wymaga, czy w konkretnym segmencie rynku, w którym sytuuje się przedmiot zamówienia objęty systemem, udzielanie zamówień z jego wykorzystaniem nie stanowi ograniczenia konkurencji poprzez wyeliminowanie z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy nie posługują się elektronicznymi środkami komunikacji. Stwierdzenie, czy nie dochodzi do naruszenia dyspozycji zawartej w ust. 4 powinno być więc zawsze oceniane przez pryzmat okoliczności faktycznych, w których zamówienia udzielano by w obrębie systemu. Ponadto zakaz wykorzystywania dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji wskazuje na brak podstaw do uznania, iż w okresie jego trwania zamawiający musi udzielać zamówień nim objętych tylko z jego zastosowaniem. Wręcz przeciwnie, należy opowiedzieć się za możliwością udzielania zamówień tożsamych z objętymi systemem w inny sposób, tj. po przeprowadzeniu postępowań na ogólnych zasadach.
8. Zakaz ograniczania konkurencji poprzez stosowanie dynamicznego systemu zakupów do udzielania zamówień oznacza również, że zamawiający jest zobowiązany do zachowania szczególnej staranności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu prowadzony w celu ustanowienia systemu, opisanych w art. 22. Poziom, który zostanie uznany za spełnienie warunków powinien być dostosowany do poszczególnych zamówień objętych systemem, nie zaś do całego systemu, bowiem wartość i skala zamówień objętych systemem mogą wielokrotnie przewyższać wielkość pojedynczych, udzielanych zamówień. Ustalenie wymogów wobec wykonawców w taki sposób, aby byli w stanie wykonać całość zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów prowadziłoby wprost do ograniczenia konkurencji poprzez eliminowanie z udziału nim wykonawców, którzy bez trudu byłiby zdolni do wykonania standardowego zamówienia objętego systemem.

### **Art. 103. [Forma przekazywania dokumentów]**

1. W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną.
2. W postępowaniach, o których mowa w ust. 1, oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
3. Ogłoszenia przekazuje się Prezesowi Urzędu drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu, a Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

1. Konsekwencją zdefiniowania dynamicznego systemu zakupów jako procesu elektronicznego jest nałożenie na strony postępowania, mającego na celu jego ustanowienie oraz postępowań o udzielenie zamówienia nim objętych obowiązku komunikowania się wyłącznie drogą elektroniczną. Przekazywanie oświadczeń, wniosków, zaproszeń, zawiadomień, dokumentów oraz innych informacji stanowi więc wyjątek od zasady pisemności,

wyrażonej w art. 9 ust. 1, a także odstępstwem od dopuszczalności formy pisemnej zgodnym z art. 27 ust. 3.

2. Nakaz posługiwania się elektroniczną formą komunikacji dotyczy jedynie komunikowania się stron postępowania ze sobą. Nie dotyczy więc np. składania odwołań do Prezesa UZP. Obowiązek stosowania elektronicznej formy komunikacji zostanie wypełniony przez użycie dowolnych narzędzi elektronicznych np. poczty elektronicznej. Informacje podawane przez zamawiającego mogą być przekazywane za pośrednictwem strony www.
3. Ustawa jedynie w stosunku do oferty wymaga pod rygorem nieważności opatrzenia jej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Należy jednak zwrócić uwagę, że katalog dokumentów, przekazywanych w trakcie trwania dynamicznego systemu zakupów i podczas objętych nim postępowań jest zróżnicowany. Uwzględniając przepis art. 25 ust. 2 oraz rozporządzenia wydanego na jego podstawie, a także przepisy Kc dotyczące składania oświadczeń woli należy stwierdzić, że składane przez wykonawcę dokumenty i oświadczenia wymagające podpisu na podstawie innych przepisów powinny być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W szczególności dotyczy to składanych przez wykonawców oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem, podpisywania dokumentów prywatnych, takich jak wykazy osób, usług narzędzi itp.
4. Przy przekazywaniu ogłoszeń dotyczących dynamicznego systemu zakupów zamawiający nie może skorzystać z drogi pisemnej oraz faksu, a także zwykłej poczty elektronicznej. Wymagane jest skorzystanie z narzędzi zamieszczonych na stronach internetowych wskazanych w przepisie. Przepis ten nie dotyczy jedynie wstępnych lub okresowych ogłoszeń informacyjnych, nawet jeśli dotyczą m.in. dynamicznego systemu zakupów. Wszystkie pozostałe ogłoszenia (o zamówieniu, o udzieleniu zamówienia) są przekazywane w sposób wskazany w ust 3. Odbiorcą ogłoszeń jest właściwy ze względu na wartość zamówienia organ publikacyjny.

#### **Art. 104. [Udostępnienie SIWZ oraz podstawowych informacji]**

1. **Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający udostępnia na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, w szczególności:**
  - 1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów;
  - 2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
  - 3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
  - 4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert.
2. **Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz informacje, o których mowa w ust. 1, są dostępne na stronie internetowej przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów.**
  1. Postępowanie w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz objęte nim postępowania prowadzi się z zastosowaniem przepisów o przetargu nieograniczonym, co oznacza, że ogłoszenia o każdym postępowaniu będą zamieszczane na stronie internetowej. Ogłoszenie takie stanowi bez wątpienia informację dotyczącą dynamicznego systemu zakupów. W związku z tym w świetle ust. 1 komentowanego artykułu należy uznać,

iż powinno być ono zamieszczane na tej stronie, na której będzie funkcjonował system, pomimo braku takiego wskazania w stosowanym odpowiednio art. 40 ust. 1. Ogłoszenie takie nie musi być jednak dostępne na tej stronie przez cały czas trwania systemu. Dane udostępniane przez cały ten okres, wymienione w ust 1 pkt 1–4 to jedynie niektóre elementy ogłoszenia. Nie jest jednak wadą zachowanie ogłoszenia o utworzeniu systemu na stronach www przez cały okres jego trwania.

2. Obowiązkowo w całym okresie trwania dynamicznego systemu zakupów na stronie www zamawiający musi wskazywać przewidywane terminy dokonywania zamówień, tzn. terminy wszczynania jednostkowych postępowań objętych systemem. Jeśli system obejmuje więcej niż jeden przedmiot zamówienia, wskazując terminy udzielania poszczególnych zamówień właściwe jest poinformowanie, którego przedmiotu zamówienia dotyczy konkretny termin. W przeciwnym razie informacja stanie się dla wykonawców bezwartościowa, a obowiązek ciążyący na zamawiającym będzie mógł być uznany za niewykonany. Podane terminy nie wiążą przy tym zamawiającego, nie jest to też podstawą do jakichkolwiek roszczeń po stronie wykonawców.
3. Obowiązek publikacji SIWZ na stronie internetowej poczynając od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu wynika nie tylko z komentowanego artykułu, ale również z treści art. 42 ust. 1, odnoszącej się do przetargu nieograniczonego. Komentowany artykuł, inaczej niż art. 42, nakazuje udostępnianie wszelkich niezbędnych informacji na stronach internetowych przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów. Zakres informacji zamieszczanych na stronach www. w przypadku dynamicznego systemu zakupów jest szerszy, niż katalog wymieniony przykładowo w ust. 1. W związku ze stosowaniem przepisów o przetargu nieograniczonym i otwartym charakterem katalogu należy uznać, że na stronie internetowej zamieszczane powinny być pytania do SIWZ, odpowiedzi na nie, kopie wniesionych protestów oraz rozstrzygnięcia protestów dotyczących SIWZ.
4. Obowiązek określenia wymagań technicznych, o których mowa w pkt 4 ust. 1 dotyczących urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert, należy rozumieć tak, aby zapewniały kompatybilność urządzeń, którymi posługują się wykonawca i zamawiający. Ponieważ w dynamicznym systemie zakupów całość komunikacji może być wykonywana za poczty elektronicznej i za pośrednictwem stron internetowych, wymagania odnoszące się do urządzeń teleinformatycznych mogą ograniczać się do poinformowania o obowiązku korzystania przy przesyłaniu informacji z takiego urządzenia, które zapewnia możliwość nadania i odebrania takiej informacji. Ustawa nie zakazuje jednak stosowania bardziej skomplikowanych urządzeń lub oprogramowania, jednakże wówczas niezbędne będzie podanie informacji np. o programie obsługującym połączenie ze stroną internetową zamawiającego i minimalnych parametrach stacji komputerowej, które zapewniają obsługę tego oprogramowania (procesorze, systemie operacyjnym wielkości pamięci operacyjnej, wymaganej wolnej pamięci twardego dysku itp.).
5. Ze względu na niekompatybilność występujących na rynku systemów służących „odkodowywaniu” podpisu elektronicznego zamawiający powinien wskazać, jakimi urządzeniami do sporządzenia podpisu powinien dysponować wykonawca, aby podpis ten mógł być odczytany. Jednakże zasada nie ograniczania konkurencji przy posługiwaniu się dynamicznym systemem zakupów wskazuje raczej na konieczność dysponowania przez zamawiającego urządzeniem do odczytania podpisów elektronicznych, składanych z zastosowaniem urządzeń wszystkich „operatorów”. Potwierdza to konieczność zachowania neutralności technologicznej przez organy publiczne w krajach członkowskich, wynikająca z zaleceń UE.

## **Art. 105. [Oferty orientacyjne]**

- 1. W celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcy mogą składać oferty, zwane dalej „ofertami orientacyjnymi”, przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów. Przepisów art. 45 i 46, art. 82 ust. 1 i 2 oraz art. 83–86 nie stosuje się.**
  - 2. Wraz z ofertą orientacyjną wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków również te dokumenty.**
  - 3. Oferta orientacyjna może być w każdym czasie uaktualniona poprzez złożenie nowej oferty orientacyjnej. W przypadku uaktualniania oferty orientacyjnej przepisu ust. 2 nie stosuje się.**
  - 4. Zamawiający dokonuje oceny oferty orientacyjnej w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia jej otrzymania.**
  - 5. Zamawiający informuje niezwłocznie wykonawcę o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.**
  - 6. Zamawiający może przedłużyć termin, o którym mowa w ust. 4, z tym że w okresie przedłużenia nie może wszcząć postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.**
1. Składanie ofert orientacyjnych nie ma na celu uzyskania konkretnego zamówienia, a jedynie dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów, w ramach którego będą prowadzone postępowania mające na celu udzielanie zamówień. Oferta orientacyjna pomimo tego, że nie stanowi zobowiązania do wykonania jakiegokolwiek zamówienia jest oświadczeniem woli uczestnictwa w systemie. Zastosowanie znajdują zatem przepisy Kc dotyczące związania ofertą, szczególnie ważne w kontekście wyłączenia w stosunku do ofert orientacyjnych art. 85. Związanie ofertą orientacyjną będzie trwało przez 15 dni od dnia jej otrzymania. Zgodnie z ust. 4 w takim terminie zamawiający powinien ją ocenić i przyjąć lub odrzucić Termin oceny oferty i dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów może być bez szczególnego uzasadnienia dowolnie przedłużony. Jedynym ograniczeniem jest zakaz wszczynania postępowań o udzielenie zamówienia objętych dynamicznym systemem zakupów w trakcie oceny oferty orientacyjnej.
  2. W stosunku do oferty orientacyjnej stosują się przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli, a także wszelkie przepisy Pzp odnoszące się do ofert, jeśli przepisy komentowanego rozdziału nie wskazują na jej szczególne traktowanie. Oferty takie wymagają zatem podpisu, stanowią załącznik do protokołu postępowania oraz są jawne. Zgodnie z art. 96 ust. 4 jawność ta powstaje przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Brak możliwości ustalenia konkretnego i wiążącego terminu otwarcia ofert orientacyjnych wskazuje na to, iż oferta orientacyjna jest jawna od chwili jej złożenia.
  3. Oferty orientacyjne nie są zabezpieczane wadium i zamawiający nie może żądać wniesienia wadium przy ich składaniu, bowiem byłoby ono wnoszone na okres trwania systemu i zabezpieczało ofertę, która nie stanowi zobowiązania do zawarcia konkretnej umowy w sprawie zamówienia. Dynamiczny system zakupów nie przewiduje składania ofert wariantowych oraz częściowych. Ze względu na standardowy charakter zamówień możliwych do udzielania w obrębie systemu oczywiste wydaje się wyłączenie możliwości składania ofert wariantowych. Wyłączenie stosowania art. 83 ust. 2 oznacza, że każdy z wykonawców przystępujących do systemu może w konsekwencji uczestniczyć we wszystkich objętych nim postępowaniach. Wyłączenie zastosowania art. 84 jest oczywiste ze względu na brak terminu składania ofert przy składaniu ofert orientacyjnych. Po-

nadto następuje w związku z przepisem ust. 3 komentowanego artykułu, zgodnie z którym wykonawca w każdej chwili trwania dynamicznego systemu zakupów może zmodyfikować ofertę orientacyjną lecz nie można jej wycofać.

4. Ocena ofert w postępowaniu ustanawiającym dynamiczny system zakupów jest dokonywana w taki sposób jak w przetargu nieograniczonym. Pomimo nie wskazania tego wprost nie znajdują jednak zastosowania podczas jej dokonywania przepisy art. 92 dotyczącego informowania wykonawców o wynikach oceny ofert (przepis szczególnie zawiera art. 105 ust. 5), art. 93 dotyczące unieważnienia postępowania, które ze względu na szczególnie sposób ustanawiania systemu nie przystają do jego charakteru. Wyjątek stanowią przesłanki zawarte w ust. 1 pkt 6 i 7, które powinny znaleźć zastosowanie, jako że przepisy temu nie przeczą. Nie wyłączono natomiast zastosowania art. 87–89. Wątpliwości budzi sposób zastosowania art. 87 ust. 2 w zakresie informowania wykonawców o poprawianiu omyłek pisarskich i omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Wydaje się, że ich zastosowanie w taki sposób, aby informować o tym wszystkich wykonawców, którzy uczestniczą w dynamicznym systemie zakupów nie było intencją ustawodawcy. Przepis ust. 5 komentowanego artykułu wskazuje przy tym na szczególne zasady informowania wykonawców o dopuszczeniu do systemu, wiążąc obowiązek informacyjny z konkretnym wykonawcą, który złożył ofertę. Ponieważ nie stoi to jednak w sprzeczności z obowiązkami z art. 87 ust. 2 wydaje się, że o ocenie oferty składanej trzeba informować także innych wykonawców. Ponieważ przekazanie informacji nastąpi z zachowaniem drogi elektronicznej, może to być np. zamieszczenie takich danych na stronach www.
5. Wykonawca składa wraz z ofertą orientacyjną oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków. W przypadku uchybienia temu obowiązkowi zamawiający, w okolicznościach wskazanych w art. 26 ust. 3, jest zobowiązany wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Forma składanych dokumentów została omówiona w komentarzu do art. 103.

#### **Art. 106. [Uproszczone ogłoszenie]**

1. **Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający zamieszcza na stronie internetowej uproszczone ogłoszenie o zamówieniu. Przepisy art. 40 ust. 2–6 stosuje się odpowiednio.**
2. **Uproszczone ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej:**
  - 1) termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów;
  - 2) nazwę (firmę) zamawiającego;
  - 3) określenie przedmiotu zamówienia oraz wielkość lub zakres zamówienia;
  - 4) adres strony internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz informacje, o których mowa w art. 104 ust. 1;
  - 5) termin składania ofert orientacyjnych.
3. **Zamawiający może, przed publikacją uproszczonego ogłoszenia, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O dokonanej modyfikacji zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów, a także zamieszcza tę informację na stronie internetowej. Przepisy art. 38 ust. 4, 6 i 7 nie stosuje się.**
1. Uproszczone ogłoszenie o zamówieniu objętym dynamicznym systemem zakupów poprzedza wszczęcie postępowania o udzielenie takiego zamówienia i służy zapewnieniu prawa do złożenia ofert orientacyjnych wykonawcom, niedopuszczonym dotychczas do uczestnictwa w systemie. Ogłoszenie takie zamieszcza się na stronie internetowej i mimo, iż przepis na

to nie wskazuje należy przyjąć, że powinna to być strona, na której zamieszczona jest SIWZ dotycząca systemu. Wskazuje na to przepis art. 104 ust. 1, który nakazuje zamieszczanie na stronie internetowej informacji dotyczących systemu. Wśród informacji, jakie powinny tam być zawarte nie wskazano co prawda wprost uproszczonego ogłoszenia, ale użycie przed wymienionym katalogiem słów „w szczególności” oznacza, że inne informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów też powinny znaleźć się na tej stronie.

2. Art. 40 ust. 2–6, do którego odsyła przepis ust. 1 dotyczy przekazywania ogłoszeń Prezesowi UZP albo UOPWE. Wzór ogłoszenia przekazywanego do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest zawarty w Rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r., wprowadzającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>1</sup>. Wzór ogłoszenia przekazywanego Prezesowi Urzędu został ustalony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 11 ust 6 ustawy.
3. Przed publikacją uproszczonego ogłoszenia zamawiający może zmodyfikować treść SIWZ. Musi o tym zawiadomić wszystkich wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów, podając treść tych zmian. Zobowiązany jest także zamieścić tę informację na stronie internetowej. Podobnie jak w odniesieniu do publikacji uproszczonego ogłoszenia należy przyjąć, że jest to strona, na której zamieszczono SIWZ dotyczącą dynamicznego systemu zakupów. Ponieważ przepis ust. 3 wyłącza stosowanie art. 38 ust. 4, 6 i 7, zamawiający, w związku z modyfikacją treści specyfikacji, nie może przedłużyć terminu składania ofert orientacyjnych.

#### **Art. 107. [Ocena ofert orientacyjnych]**

**1. W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawca, który dotychczas nie był dopuszczony do udziału w dynamicznym systemie zakupów, składa ofertę orientacyjną w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym niż 15 dni od dnia przekazania tego ogłoszenia.**

**2. Zamawiający niezwłocznie dokonuje oceny ofert orientacyjnych. Art. 105 ust. 5 stosuje się.**

1. Poza możliwością złożenia oferty orientacyjnej w każdym momencie trwania dynamicznego systemu zakupów zgodnie z art. 105 ust. 1 wykonawca, który jest zainteresowany konkretnym zamówieniem objętym systemem, może uzyskać o nim informacje z uproszczonego ogłoszenia o zamówieniu. Umożliwia ono uzyskanie dopuszczenia do systemu wykonawcom, którzy dotychczas nie składali oferty orientacyjnej, a są zainteresowani uzyskaniem zamówienia, którego ogłoszenie dotyczy. Na złożenie oferty orientacyjnej, składanej w wyniku informacji powziętej z uproszczonego ogłoszenia, pozostawia się wykonawcy termin co najmniej 15 dni, przy czym początkiem terminu jest zgodnie z Kc dzień następujący po dniu przekazaniu ogłoszenia do właściwego oficjalnego publikatora (Dz. Urz. WE lub BZP). Ocena złożonych ofert orientacyjnych powinna nastąpić niezwłocznie (ust. 2).
2. Termin na dokonanie oceny oferty orientacyjnej, zgodnie z art. 105 ust. 4, wynosi maksymalnie 15 dni. W związku z tym ocena oferty złożonej w odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie nie może trwać dłużej, a ze względu na wskazanie, iż ma być dokonana niezwłocznie, powinna nastąpić szybciej. Przekroczenie w tym przypadku 15 dni będzie

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1.

uchybieciem przepisom ustawy, naruszając zarówno art. 105 ust. 4, jak i ust. 2 komentowanego artykułu. Odwołanie do art. 105 ust. 5 oznacza, że po ocenie oferty orientacyjnej zamawiający informuje wykonawcę o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

#### **Art. 108. [Zaproszenie do składania ofert]**

- 1. Niezwłocznie po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych, zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do tego systemu.**
- 2. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.**

1. Pomimo tego, iż do postępowań objętych dynamicznym systemem zakupów stosuje się zgodnie z art. 102 ust. 1, przepisy o przetargu nieograniczonym, już samo wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia jest wyjątkiem od tej zasady. Jest ono wszczynane nie przez ogłoszenie, lecz przez zaproszenie wszystkich wykonawców objętych systemem do złożenia ofert. Uproszczone ogłoszenie poprzedza jedynie wszczęcie postępowania i stanowi podstawę naboru do systemu kolejnych wykonawców, nie zaś udzielenie zamówienia. Zaproszenie do złożenia ofert w postępowaniu jest zgodnie z art. 103 ust. 1 przekazywane drogą elektroniczną. Przepis nie wskazuje przy tym, czy zaproszenie ma być przekazane indywidualnie wszystkim wykonawcom, czy też może być jedynie opublikowane z użyciem środków elektronicznych. W przypadku zastosowania rozwiązania polegającego na przesyłaniu zaproszeń wykonawcom zamawiający musi znać adres elektroniczny, na który będą przekazywane zaproszenia, powinien więc żądać jego podania przez wykonawcę na etapie składania ofert orientacyjnych.
2. Zaproszenie do złożenia ofert zamawiający przekazuje niezwłocznie po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych, uwzględniając w tym zakresie ostateczne rozstrzygnięcie ewentualnych protestów. Wcześniej, niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert orientacyjnych, zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawcy, który złożył ofertę o dopuszczeniu go do udziału w dynamicznym systemie zakupów, albo o odmowie dopuszczenia. Wobec czynności zamawiającego w trakcie oceny ofert wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

#### **Art. 109. [Ocena ofert]**

- 1. Oferty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów ocenia się wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 104.**
  - 2. Oferta składana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów nie może być mniej korzystna od oferty orientacyjnej.**
  - 3. Wykonawca składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający żąda ich zapraszając do składania ofert.**
1. Sposób oceny oferty składanej w postępowaniu objętym dynamicznym systemem zakupów musi zapewnić nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również ustalić, czy nie jest ona mniej korzystna od oferty orientacyjnej złożonej przez wykonawcę w postępowaniu dopuszczającym go do systemu. W świetle tak skonstruowanej normy przepis ust. 1 stanowiący, iż oferty ocenia się wyłącznie w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ oznacza, że muszą to być te same kryteria, które były podstawą oceny ofert orientacyjnych i dopuszczenia do systemu. Takie samo musi być też ich znaczenie. Zastosowanie

znajdzie przepis art. 38 ust. 5 zakazujący modyfikacji kryteriów zawartych w SIWZ, który w przypadku dynamicznego systemu zakupów oznacza nie tylko zakaz ich modyfikacji dla celów oceny ofert orientacyjnych, ale również niezmiennosc tych kryteriów stosowanych we wszystkich postępowaniach objętych systemem.

2. W postępowaniach objętych dynamicznym systemem zakupów, niezależnie od ich wartości, wykonawca składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wówczas, jeżeli zażąda tego zamawiający. Żądanie takie powinno być wyrażone w zaproszeniu do składania ofert i należy uznać, że spełnia to wymóg art. 25 ust. 1. Zamawiający może bez konieczności szczególnego uzasadniania swojej decyzji odstąpić od żądania złożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wraz z ofertą muszą być wówczas złożone jedynie oświadczenia o spełnianiu warunków. W okolicznościach wskazanych w art. 26 ust. 3 oświadczenia mogą być uzupełniane i wyjaśniane. Należy również wskazać, że odstąpienie od żądania dokumentów podmiotowym nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców. Nie jest więc możliwe wyrażenie zgody na odstąpienie od składania dokumentów przez niektórych wykonawców i zobowiązanie do tego innych, uzależniając to np. od daty dopuszczenia do systemu.

## **Rozdział 3**

### **Konkurs**

#### **Art. 110. [Definicja]**

**Konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.**

1. Konkurs zdefiniowany jako przyrzeczenie publiczne nawiązuje do przepisów Kodeksu cywilnego (art. 919–921) i jest publicznym oświadczeniem zamawiającego (dłużnika), w którym zobowiązuje się on do jego dotrzymania. Oświadczenie jest kierowane do nieoznaczonej grupy podmiotów, które będą uprawnione do uzyskania nagrody w zamian za wykonanie czynności stanowiącej przesłankę przyrzeczenia. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości organizowania konkursów zamkniętych. Przyrzeczenia może dokonać wyłącznie podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3. W stosunku do podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 oznacza to, iż mogą dokonać przyrzeczenia dopiero w chwili, gdy zostanie w jednoznaczny sposób przesądzone, że będą dysponować środkami publicznymi, a ponadto nagrodą w konkursie będzie udzielenie zamówienia. Wyłącznie w przypadku udzielania zamówień podmioty określone we wspomnianych przepisach są zobowiązane do stosowania ustawy.
2. Zasada określona w art. 33 ustawy o finansach publicznych<sup>1</sup>, zgodnie z którą „prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że ustawy stanowią inaczej” nie pozwala zamawiającemu w sposób dowolny ograniczać kręgu podmiotów, do których kieruje przyrzeczenie. Ograniczenie to może wynikać jedynie z przepisów art. 118 ust. 2 Pzp. Publiczne ogłoszenie przyrzeczenia (konkursu) jest dokonywane w formach przewidzianych w art. 115, uzależnionych od wartości konkursu. Nie wyklucza to jednak możliwości dodatkowego ogłoszenia w inny sposób.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.



3. Wyboru prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy. Pomimo tego, iż wybór ten następnie jest zatwierdzany przez kierownika zamawiającego, nie jest możliwe pominięcie sądu konkursowego w procesie dokonywania wyboru prac.
4. Przedmiotem konkursu, a więc czynnością warunkującą otrzymanie nagrody, jest wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej, wybranej przez sąd konkursowy. Z takiego brzmienia przepisu wynika, iż przedmiotem konkursu nie może być wykonanie pracy konkursowej, któremu nie towarzyszy przeniesienie praw do utworu na rzecz zamawiającego oraz zobowiązanie do przeniesienia praw wyłącznie uczestników konkursu, którzy otrzymali przyrzeczoną nagrodę.
5. Ustawa wskazuje jedynie przykładowy zakres czynności, które mogą być przedmiotem konkursu, mających jednak szczególne znaczenie w systemie zamówień publicznych. Każda czynność objęta regulacją dotyczącą konkursu musi być czynem ludzkim wiążącym się z wolą jej wykonania i zakresem umiejętności oraz, co istotne, musi być objęta ochroną praw jej wykonawcy. Czynność ta powinna być wyraźnie oznaczona w przyrzeczeniu.

#### **Art. 111. [Nagrody]**

- 1. Nagrodami w konkursie mogą być:**
    - 1) nagroda pieniężna lub rzeczowa;**
    - 2) zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub**
    - 3) zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.**
  - 2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.**
  - 3. Wartością konkursu jest wartość nagród.**
  - 4. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia oraz wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody.**
  - 5. Do ustalenia wartości konkursu przepisy art. 35 stosuje się odpowiednio.**
1. Nagroda stanowi niezbędny element konkursu. Ustawa określa katalog nagród, jakie zamawiający może ustanowić w konkursie, wybierając co najmniej jeden z przewidzianych rodzajów nagrody. Zamknięty katalog nagród w konkursie nie ogranicza zamawiającego w możliwości przyznawania nagród innego rodzaju. Mogą to być w szczególności nagrody niemajątkowe (tytuły honorowe, dyplomy, puchary itp). Mają one charakter dodatkowy w stosunku do rodzajów nagród przewidzianych w ustawie i do ich wydania nie stosuje się przepisów ustawy, lecz przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące publicznego przyrzeczenia. Zamawiający może udzielić nagrody jednemu lub większej liczbie uczestników konkursu. W przypadku przyrzeczenia nagrody większej liczbie uczestników powinien określić w regulaminie rodzaje nagród, uzależniając je od oceny pracy konkursowej.
  2. Konkurs stanowi samoistną procedurę postępowania tylko wówczas, gdy jego celem jest wyłącznie nabycie określonych praw do wybranej pracy. Nie jest to jednak procedura udzielania zamówienia. Jeżeli celem konkursu jest realizacja zamierzenia zawartego w wybranej pracy konkursowej, wówczas konkurs stanowi procedurę poprzedzającą udzielenie zamówienia, a udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi nagrodę przyrzeczoną w konkursie.
  3. Wartością konkursu jest łączna wartość wszystkich przewidzianych w nim nagród. W przypadku nagród pieniężnych wartość tę określa się poprzez sumowanie ich wartości.

W przypadku nagród rzeczowych niezbędne jest uprzednie oszacowanie ich wartości w pieniądzu. Jeśli przewidywaną nagrodę stanowi zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do ustalenia wartości konkursu konieczne jest ustalenie wartości tego zamówienia zgodnie z regułami określonymi w przepisach Pzp.

#### **Art. 112. [Organizator, sąd konkursowy]**

- 1. Organizatorem konkursu jest zamawiający. Przepis art. 15 ust. 2 oraz art. 18 stosuje się odpowiednio.**
- 2. Kierownik zamawiającego powołuje sąd konkursowy oraz określa organizację, skład i tryb pracy sądu konkursowego.**
- 3. Sąd konkursowy składa się co najmniej z 3 osób powoływanych i odwoływanych przez kierownika zamawiającego.**
- 4. Do członków sądu konkursowego przepisy art. 17 stosuje się odpowiednio.**
- 5. Członkami sądu konkursowego są wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, posiada wymagane uprawnienia.**

1. W wyniku nowelizacji z kwietnia 2006 roku zrezygnowano z bezwzględnego obowiązku samodzielnego przeprowadzenia postępowania konkursowego przez zamawiającego. Dodanie w ust. 1 komentowanego artykułu możliwości odpowiedniego stosowania w konkursie art. 15 ust. 2 oznacza, że zamawiający pozostając organizatorem konkursu może powierzyć jego przygotowanie lub przeprowadzenie innym jednostkom lub podmiotom, takim, jak wskazane w art. 15 ust. 2. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na zmianę brzmienia przywoływanego ust. 2 art. 15. Zgodnie z tym przepisem możliwe jest powierzenie zarówno łącznego przygotowania i przeprowadzenia konkursu, jak i każdej z tych czynności odrębnie. Zmiana dokonana w wyniku nowelizacji nie wskazała jednak, w jakim charakterze działają podmioty, którym powierzono czynności przygotowania lub przeprowadzenia konkursu. Brak odesłania do art. 15 ust. 3 wskazuje, iż nie będzie obowiązkiem zamawiającego udzielenie takiemu podmiotowi pełnomocnictw, jak ma to miejsce w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia. Odstąpienie od udzielenia pełnomocnictw będzie oznaczać, że prowadzący konkurs nie będzie mógł w imieniu zamawiającego składać oświadczeń woli, a więc podejmować wiążących dla niego i innych uczestników konkursu decyzji. W tym kontekście powierzenie przygotowania lub przeprowadzenia konkursu można by odczytywać wyłącznie jako prawo przekazania wykonawstwa czynności o charakterze techniczno-organizacyjnych, zaś oświadczenia woli składa każdorazowo kierownik zamawiającego. Należy jednak wskazać na możliwości udzielenia takich pełnomocnictw do działania w imieniu organizatora konkursu.
2. Za prawidłowe przeprowadzenie konkursu odpowiada kierownik zamawiającego i po wprowadzonej w wyniku nowelizacji możliwości odpowiedniego stosowania w konkursie wszystkich przepisów art. 18 (nie tylko ust. 1) może powierzyć pracownikom zamawiającego wykonywanie czynności zastrzeżonych dla niego. Możliwość odpowiedniego stosowania art. 18 ust. 2 wskazuje przy tym, że może on powierzyć wykonywanie niektórych swoich obowiązków wyłącznie własnym pracownikom, co a contrario oznacza, że nie może ich scedować na osoby nie będące pracownikami zamawiającego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że odpowiednie stosowanie art. 18 ust. 2 pozwala jedynie na powierzenie czynności z zakresu odpowiadającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynnościom opisanym w Dziale II Rozdział 1, gdyż tylko takich dotyczy art. 18 ust. 2.

Brak możliwości powierzania czynności kierownika zamawiającego komukolwiek innemu niż pracownicy zamawiającego wynika z konieczności wyeliminowania możliwości oddziaływania na przebieg konkursu osób postronnych.

3. Rezultatem odpowiedzialności za prawidłowość konkursu kierownika zamawiającego i upoważnionych pracowników jest uprawnienie wyłącznie kierownika zamawiającego lub pracowników przez niego umocowanych do powoływania i odwoływania członków sądu konkursowego oraz określenia organizacji i trybu jego pracy. Pzp nie narzuca kierownikowi zamawiającego żadnych rozwiązań, dając mu w zakresie organizacyjnym dużą swobodę dostosowania formuły prac sądu do rozwiązań zwyczajowo przyjętych u zamawiającego.
4. Zarówno w przypadku prowadzenia konkursu przez zamawiającego jak i w przypadku powierzenia tych czynności innym podmiotom, w trakcie postępowania konkursowego po stronie organizatora możliwy jest udział innych osób. Osoby takie, jeśli posiadają odpowiednie kwalifikacje, mogą zostać powołane przez kierownika zamawiającego w skład sądu konkursowego. Ustawa nie określa, czy kwalifikacje te mają być wynikiem formalnego wykształcenia czy doświadczenia zawodowego, stawiając jedynie warunek, że muszą one umożliwiać ocenę (co należy rozumieć jako ocenę prawidłową) prac konkursowych. Jedynie w sytuacjach, gdy przedmiotem konkursu jest wykonanie prac konkursowych, których dalsze opracowanie wymaga posiadania uprawnień (np. do sporządzenia projektu architektonicznego na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot konkursu), w skład sądu konkursowego muszą wchodzić osoby posiadające uprawnienia takie, jak zezwalające na opracowanie pracy. Warunkiem niezbędnym jest posiadanie takich uprawnień przez co najmniej 1/3 jego członków, wliczając w to przewodniczącego sądu. Przyjmując minimalną wymaganą liczbę członków sądu konkursowego określoną jako trzy osoby wystarczy, że uprawnienia będzie posiadał przewodniczący.
5. Powołanie sądu konkursowego jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, jeśli mają zastosowanie przepisy ustawy, tzn. jeśli wartość konkursu przekracza 6000 euro. Odmienne niż w przypadku komisji przetargowej, której obowiązek powołania powstaje wyłącznie w postępowaniach o większej wartości, nawet w konkursach o wartości poniżej 60 000 euro oceny spełniania przez uczestników wymagań określonych w regulaminie, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy.
6. Bezstronność sądu uregulowano w sposób analogiczny do postanowień odnoszących się do członków komisji przetargowej (por. art. 17). Oznacza to, że to po stronie zamawiającego leży obowiązek zapewnienia takiego składu sądu, aby jego członkowie nie pozostawali w związku z uczestnikami konkursu. W przypadku zaistnienia takiego związku dokonywane są zmiany w składzie sądu. Członkowie sądu konkursowego, podobnie jak członkowie komisji przetargowej, składają pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, wskazujących na związek z uczestnikami konkursu. Należy przyjąć, że udział w pracach sądu konkursowego członka, który nie został wyłączony z jego składu pomimo związku z uczestnikiem konkursu, powinno skutkować brakiem możliwości rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w następstwie konkursu. Postępowanie to już od momentu jego wszczęcia jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż podstawą jego wszczęcia był konkurs przeprowadzony niezgodnie z przepisami ustawy. Żaden stosunek prawny lub faktyczny pomiędzy członkiem sądu konkursowego, a uczestnikiem konkursu nie może być natomiast podstawą wykluczenia uczestnika z konkursu.
7. Członkowie sądu konkursowego mogą być odwołani ze składu sądu przez kierownika zamawiającego. Dotyczy to w szczególności ujawnienia związków pomiędzy członkiem są-

du a uczestnikiem konkursu już po terminie powołania sądu. Należ przyjąć, iż przyczyną odwołania mogą być zdarzenia losowe uniemożliwiające udział członka sądu w jego pracach, a także rażące naruszenie lub uporczywe naruszanie przez członka sądu trybu jego prac, określonych przed powołaniem sądu. Właściwe przy tym byłoby, aby w dokumencie określającym tryb pracy sądu wyraźnie wskazać, iż w takich sytuacjach członek sądu może zostać odwołany. Możliwość odwoływania członka sądu konkursowego musi być zawsze rozpatrywana w kontekście niezależności sądu w ocenie prac. Niedopuszczalne jest więc odwołanie członka sądu, którego rzeczywistą przyczyną byłaby inna, niż oczekiwana przez zamawiającego (kierownika zamawiającego), ocena prac konkursowych.

#### **Art. 113. [Zadania sądu konkursowego]**

- 1. Sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.**
- 2. Sąd konkursowy w szczególności sporządza informacje o pracach konkursowych, przygotowuje uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, a także, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie konkursu.**
- 3. Sąd konkursowy w zakresie spraw, o których mowa w ust. 1 i 2, jest niezależny.**
- 4. Kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne niż określone w ust. 1 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem konkursu.**

1. Pomocniczy charakter sądu konkursowego wynika z pełnej odpowiedzialności kierownika zamawiającego za prawidłowość przeprowadzenia konkursu. Odpowiedzialność tę ponosi on niezależnie od tego, że zgodnie z art. 18 ust. 2 może pracownikom powierzyć wykonywanie zastrzeżonych dla siebie czynności. Pomimo pomocniczego charakteru to sąd konkursowy jest ciałem, do którego wyłącznych kompetencji należy merytoryczna ocena prac konkursowych oraz ocena spełniania wymagań, warunkujących udział w konkursie.
2. Celem działania sądu konkursowego jest wybór najlepszych prac konkursowych. Użycie liczby mnogiej w wyrażeniu „prac konkursowych” może sugerować, iż w każdej sytuacji powinny być to nie mniej niż 2 prace. Kompetencje sądu w tym zakresie doprecyzowane zostały jednak w przepisie dotyczącym rozstrzygnięcia konkursu, w którym ustawa przesądza o możliwości wyboru zarówno jednej, jak i większej liczby zwycięskich prac (art. 122 ust. 2).
3. Jeśli w ocenie sądu żaden uczestnik konkursu nie spełnia wymagań określonych w regulaminie albo nie złożono odpowiedniej liczby prac konkursowych, występuje on do kierownika zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie konkursu. W zakresie oceny spełniania wymagań przez uczestników konkursu sąd konkursowy jest związany przepisami Pzp, ustaw szczególnych stanowiących podstawę nadawania uprawnień niezbędnych do opracowania prac konkursowych (jeśli są wymagane), a także regulaminem konkursu. Ocena prac konkursowych odbywa się na podstawie kryteriów oraz ich znaczenia określonych w regulaminie.
4. Sąd konkursowy jest niezależny w ocenie spełniania wymagań przez uczestników konkursu oraz ocenie prac. Oznacza to, iż kontroli podlega wyłącznie respektowanie przez sąd postanowień ustaw i regulaminu konkursu. Wpływ jakiegokolwiek innej osoby na merytoryczną ocenę sędziów jest niedozwolony. Dotyczy to w szczególności kierownika zamawiającego i osób działających w jego imieniu, które pomimo swej odpowiedzialności za prowadzenie konkursu nie mogą narzucać sądowi swoich ocen. Niezależność sądu konkursowe-

go oznacza również, że wobec jego rozstrzygnięć w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych środki ochrony prawnej nie przysługują (patrz art. 179 ust. 1b). Takie ograniczenie praw do wnoszenia środków ochrony prawnej na rozstrzygnięcie sądu konkursowego oznacza, że protesty i odwołania oraz skarga na czynności sądu mogą być składane wyłącznie w odniesieniu do jego innych czynności niż ocena prac i wybór prac najlepszych. Nie może być z całą pewnością skutecznie zaskarżona ocena prac dokonana zgodnie z prawem i postanowieniami regulaminu. Możliwe jest natomiast skuteczne zaskarżenie niezgodnego z prawem zatwierdzenia wyników konkursu przez kierownika zamawiającego, dokonywanego na podstawie art. 114 pkt 2.

5. O złożonych pracach sąd konkursowy sporządza informację. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu jest to jedna, wspólna informacja o wszystkich pracach. Ustawa nie przesądza, jakie dane dotyczące poszczególnych prac powinny się w niej znaleźć. Zasada równego traktowania, a także konieczność zachowania obiektywizmu w trakcie wykonywania czynności związanych z prowadzeniem konkursu wskazują, iż zakres informacji powinien być tożsamy w stosunku do każdej ze złożonych prac. Powinien też pozwalać na ustalenie motywów, którymi kierował się sąd podejmując w stosunku do poszczególnych prac decyzje w zakresie jej oceny. Dodatkowo sąd konkursowy sporządza uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, które wskazuje bądź na formalne przesłanki unieważnienia konkursu, bądź na motywów oceny prac.
6. Podobnie jak w przypadku komisji przetargowej (por. art. 20 ust. 2) kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne, niż przewidziane w ustawie czynności. Muszą one jednak wiązać się z przygotowaniem lub przeprowadzeniem konkursu. Jeśli powierzone czynności będą wykonywane przed oceną prac konkursowych sąd musi zostać powołany odpowiednio wcześniej, przy czym niemożliwe jest powołanie odrębnego zespołu w oparciu o przepisy o sędziach konkursowym dla przygotowania postępowania, a odrębnego dla oceny prac. Zakres powierzanych czynności nie może jednak naruszać innych przepisów ustawy. W szczególności sądowi nie mogą być powierzone czynności kierownika zamawiającego, gdyż te powierza się wyłącznie pracownikom zamawiającego, a członkami sądu mogą być osoby niepozostające w stosunku pracy z zamawiającym. Ponadto powierzanie sądowi czynności kierownika zamawiającego stałoby w sprzeczności z nadzorem kierownika nad sądem sprawowanym zgodnie z art. 114.

#### **Art. 114. [Nadzór nad sądem konkursowym]**

**Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności:**

- 1) unieważnia konkurs;
- 2) zatwierdza rozstrzygnięcie konkursu.

1. Zakres uprawnień zamawiającego związanych z nadzorem nad sądem konkursowym jest ograniczony do zapewnienia zgodności przeprowadzenia konkursu z przepisami ustawy i przyjętym uprzednio regulaminem konkursu. Jest to wynik niezależności sądu w zakresie oceny spełniania wymagań uczestnictwa przez uczestników konkursu oraz merytorycznej oceny prac. Zakres nadzoru wskazuje jednak, że należy przyjąć istnienie prawa kierownika zamawiającego do zweryfikowania prawidłowości zastosowania przez sąd przesłanek wykluczenia z udziału w konkursie uczestników, nie spełniających warunków określonych w art. 22 ust. 1. Są to bowiem jednocześnie wymagania wobec uczestników konkursu, a więc dotyczą obszaru w którym istnieje niezależność sądu jak i warunki

zgodności przeprowadzenia konkursu z przepisami ustawy. Uprawnienie to będzie miało zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie będzie zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd konkursowy nie ponosząc odpowiedzialności za udzielanie zamówień nie może powodować swoimi decyzjami konieczności nieprawidłowego postępowania zamawiającego w związku z udzielaniem zamówienia.

2. Jeśli uprawnienia w zakresie nadzoru zostały przez kierownika zamawiającego przekazane innej osobie, możliwości jej działania są ograniczone do czynności, które nie są wyraźnie zastrzeżone dla kierownika jak np. powoływanie i odwoływanie członków sądu konkursowego, chyba, że jednocześnie na podstawie art. 18 ust. 2 powierzono jej wykonywanie możliwych do powierzenia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego. Takimi czynnościami, zgodnie z art. 18 ust. 2 w związku z art. 20 ust. 3, będą wykluczenie wykonawców, odrzucanie prac, wybór najlepszej pracy i unieważnienie konkursu. Osoba, której powierzono nadzór nad sądem konkursowym bez prawa do dokonywania tych czynności powinna zawiadomić kierownika o konieczności ich wykonania. Osobą upoważnioną przez kierownika zamawiającego do nadzoru nad sądem konkursowym może być każda osoba trzecia, również osoba niebędąca pracownikiem zamawiającego.
3. Wskazanie, iż wśród czynności kierownika zamawiającego, wynikających z nadzoru nad sądem konkursowym, znajdują się w szczególności unieważnienie konkursu oraz zatwierdzenie jego wyników jednoznacznie przesądza, że decyzja w tym zakresie nie może być podejmowana przez sąd konkursowy. Konstrukcja ta jest analogiczna do relacji pomiędzy kierownikiem zamawiającego a komisją przetargową w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

#### **Art. 115. [Ogłoszenie]**

1. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o konkursie w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.
2. Ogłoszenie o konkursie zawiera co najmniej:
  - 1) nazwę (siedzibę) i adres zamawiającego;
  - 2) określenie przedmiotu konkursu;
  - 3) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, z tym że jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przepis art. 22 stosuje się odpowiednio;
  - 4) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;
  - 5) określenie sposobu uzyskania regulaminu konkursu;
  - 6) termin składania prac konkursowych;
  - 7) rodzaj i wysokość nagród.
3. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Prezesowi Urzędu.
4. Jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
5. Do przekazywania ogłoszeń o konkursie przepisy art. 40 ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.

1. Konkurs podlega publicznemu ogłoszeniu, które wszczyna postępowanie konkursowe. Publikowane jest w sposób analogiczny do ogłaszania postępowań prowadzonych w try-

bach z ogłoszeniem. Niezależnie od wartości konkursu zamawiający zamieszcza ogłoszenie we własnej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym (patrz komentarz do art. 40 ust. 1), a także na stronie internetowej, która po nowelizacji z kwietnia 2006 r. nie musi być własną stroną zamawiającego. Jednocześnie brak własnej strony nie zwalnia już z obowiązku publikacji ogłoszenia na stronach www. W zależności od wartości konkursu zamawiający przekazuje ogłoszenie do publikacji odpowiednim organom. Konkurs, którego wartość przekracza 60 000 euro podlega ogłoszeniu w BZP.

2. Jeżeli wartość konkursu prowadzonego przez zamawiających z sektora finansów publicznych (z wyłączeniem podsektora samorządowego w rozumieniu przepisów o finansach publicznych), a także przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 137.000 euro ogłoszenia przekazuje się Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Konkursy prowadzone przez zamawiających podsektora samorządowego ogłaszane są w OJ wówczas, kiedy wartość konkursu jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 211 000 euro. W przypadku konkursów prowadzonych w celu działalności sektorowej wartość ta stanowi 422 000 euro. W każdym przypadku wartości te są takie same, jak dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi.
3. Obowiązkowe formy publikacji nie wykluczają możliwości ogłaszania informacji o konkursie w inny sposób. Podobnie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia niezbędne jest zachowanie odpowiedniej kolejności czynności przy publikacji ogłoszenia w różnych miejscach (patrz art. 40 ust. 6). Ogłoszenie o konkursie o wartości powyżej kwot wynikających z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 najpierw przekazuje się UOPWE, następnie zaś zamieszcza w siedzibie zamawiającego, ewentualnie upublicznia w inny sposób. Ogłoszenia o wartości zobowiązującej do zamieszczenia w BZP musi być przekazane Prezesowi Urzędu przed zamieszczeniem w innym miejscu.
4. Pożądane jest, aby zakres informacji zawartych w ogłoszeniach dotyczących tego samego konkursu, zamieszczanych w różnych miejscach, był tożsamy, aby nie stawił w zróżnicowanej sytuacji uczestników konkursu, którzy z różnych miejsc czerpią wiedzę o konkursie. Minimalny zakres informacji zawieranych w ogłoszeniu o konkursie wskazuje dodany w wyniku nowelizacji ust. 2 komentowanego artykułu. Przepis ten zastąpił odesłanie do zawartości ogłoszenia o przetargu ograniczonym, który dotychczas był odpowiednio stosowany do zawartości ogłoszenia o konkursie. Zakres informacji wskazanych w ust. 2 dla prawidłowego przeprowadzenia konkursu powinien być każdorazowo uzupełniany przez zamawiających o wskazanie miejsca i terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Zgodnie z przepisami Pzp informacja ta nie jest bezwzględnie wymagana w ogłoszeniu i zawarta jest wyłącznie w regulaminie konkursu, który można uzyskać na zasadach podanych w ogłoszeniu. Zawsze jednak pojawi się ona w ogłoszeniach zamieszczanych zgodnie z ustalonymi wzorami w oficjalnych publikatorach. W przypadku ogłoszenia zamieszczonego w BZP jej brak będzie podstawą do wezwania zamawiającego do sprostowania ogłoszenia na podstawie art. 11 ust. 3. Bezwzględnym zakazem wynikającym wprost z ustawy jest zamieszczanie większej ilości informacji w jakimkolwiek ogłoszeniu, niż w ogłoszeniu publikowanym w OJ.
5. Wśród obowiązkowych elementów ogłoszenia o konkursie znajdują się wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, które w uprzednim stanie prawnym zamieszczane były w regulaminie konkursu. Regulacja jest tożsama z poprzednią. Powtórzono w niej, że jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji

w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przepis art. 22 stosuje się odpowiednio. Skreślenie tego przepisu z obligatoryjnej zawartości regulaminu nie spowodowało jednak koniecznych zmian w art. 120, który odnosząc się do dopuszczania do udziału w konkursie wskazuje, iż przysługuje ono wykonawcom spełniającym wymogi określone w regulaminie. Interpretacja tego przepisu w świetle błędu ustawowego będzie nastrożać wiele trudności i wydaje się, że jedynym rozwiązaniem jest powtarzanie za ogłoszeniem takich wymagań w regulaminie, pomimo braku takiego obowiązku.

6. Szczegółowy zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniach o konkursie wynika z rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>1</sup> oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>2</sup>. Tak jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, informacje podawane w ogłoszeniach nie mogą być różne od podawanych w SIWZ, tak w przypadku konkursu informacje te powinny być tożsame z podawanymi w regulaminie konkursu.

## **Art. 116. [Regulamin]**

**1. Zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu.**

**2. Regulamin konkursu określa w szczególności:**

- 1) imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) zamawiającego;**
- 2) formę konkursu;**
- 3) szczegółowy opis przedmiotu konkursu;**
- 4) maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej;**
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;**
- 6) informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć uczestnicy konkursu w celu potwierdzenia spełnienia stawianych im wymagań, przepis art. 25 stosuje się odpowiednio;**
- 7) sposób porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów;**
- 8) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie;**
- 9) zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej;**
- 10) miejsce i termin składania prac konkursowych przez uczestników dopuszczonych do udziału w konkursie;**
- 11) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;**
- 12) skład sądu konkursowego;**
- 13) rodzaj i wysokość nagród;**
- 14) termin wydania (wyplacenia) nagrody, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;**

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.



- 15) wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
  - 16) postanowienia dotyczące przejścia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, również istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy;
  - 17) sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu;
  - 18) sposób udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu konkursu;
  - 19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu.
3. Zamawiający przekazuje uczestnikowi konkursu regulamin konkursu w terminie 5 dni od dnia zgłoszenia wniosku o jego przekazanie. Cena, jakiej wolno żądać za regulamin konkursu, może pokrywać jedynie koszty jego druku oraz przekazania.
  4. Do porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu przepisy art. 27 stosuje się odpowiednio.
1. Regulamin konkursu jest oświadczeniem organizatora konkursu i stanowi doprecyzowanie przyrzeczenia, zawartego w ogłoszeniu. Postanowienia regulaminu pokrywają się w istotnej części z informacjami zawartymi w ogłoszeniu, z tym, że są bardziej szczegółowe. Ustawa określa minimalny zakres informacji zawartych w regulaminie. Poza danymi identyfikującymi zamawiającego składają się nań informacje dotyczące przedmiotu konkursu, warunków uczestnictwa, organizacji i przebiegu, przewidywanych nagród, umowy zawieranej w wyniku konkursu i sposobu rozstrzygnięcia sporów, a także informacje o tym, jakie dokumenty i oświadczenia będą wymagane w celu dopuszczenia do udziału w konkursie, potwierdzając spełnianie wymagań. Zakres żądanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określanych w konkursach z zastosowaniem art. 22 i 24 nie może wykraczać poza dokumenty wynikające z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 25 ust. 2. Odesłania w ust. 6 pkt 2 do art. 25 ust. 2 nie można jednak odczytać jako bezwzględnego zakazu żądania innych dokumentów niż wymienione w rozporządzeniu. Organizator konkursu może określić inne warunki, niż zawarte w art. 22 i 24 oraz wymagania wobec uczestników konkursu (patrz komentarz do art. 120). Na ich potwierdzenie może więc żądać innych dokumentów.
  2. Przedmiotem konkursu mogą być, zgodnie z jego definicją zawartą w art. 110, wyłącznie prace wykonane w celu udziału w konkursie. Szczególne znaczenie mają konkursy na tzw. twórcze prace projektowe (architektoniczne, urbanistyczne, konstrukcyjno-budowlane). Opis przedmiotu konkursu powinien być dokonany w sposób pozwalający na wybór najlepszego dzieła i jego wykonawcy, któremu zostaną powierzone dalsze czynności, polegające na opracowaniu złożonej pracy konkursowej. Szczegółowy opis przedmiotu konkursu powinien w sposób wyczerpujący określać cel, któremu ma służyć realizacja pracy konkursowej, a także opisywać warunki (przestrzenne, techniczne, formalno-prawne itp.), w jakich będzie funkcjonować. Punktem wyjścia przy dokonywaniu opisu przedmiotu konkursu powinna być analiza potrzeb zamawiającego, które ma spełnić realizacja założeń konkursowych. Wytyczne, wg których mają być wykonane prace projektowe nie powinny jednak ograniczać twórców prac tam, gdzie zamawiający dopuszcza wariantowość rozwiązań. Zamawiający może, (ale nie musi), wskazać preferowane rozwiązania architektoniczne lub materiałowe. Szczegółowość i zakres wskazań zamawiającego w znacznej mierze zależy od przyszłego usytuowania realizowanej pracy konkursowej (np. planu zagospodarowania przestrzennego terenu), które może narzucać konkretne rozwiązania ograniczające twórców prac w swobodzie proponowanych rozwiązań. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien wskazać na ewentualne dyspozycje właściwych organów (np. decyzje dotyczące warunków zabudowy), od których mo-

gą być uzależnione dopuszczalne rozwiązania w prezentowanych pracach konkursowych. Niezbędne jest również przywołanie odpowiednich przepisów i norm, jeśli przedmiot konkursu musi spełniać wymagania w nich określone.

3. Dla faktycznej przydatności przyjętej pracy konkursowej niezbędne jest zapoznanie uczestników konkursu z finansowymi możliwościami zamawiającego związanymi z realizacją obiektu (czynności), które będą wynikać z wdrażania opracowania pracy konkursowej. Uczestnicy konkursu powinni uwzględniać, formułując w pracach konkretne propozycje rozwiązań, jakimi środkami na wykonawstwo dysponuje zamawiający. Podawane przez zamawiającego wielkości mają jednak charakter indykatorywny i nie wiążą go na przyszłość.
4. Wymagana przez regulamin forma opracowania (przygotowania pracy) i sposób jej prezentacji mają zapewnić podstawy do porównywalności złożonych prac. Nie oznacza to jednak konieczności narzucenia wyłącznie jednej dopuszczalnej formy opracowania prac. Zamawiający powinien unikać sytuacji, w której ze względu na zbyt dużą różnorodność dopuszczonych form wykonania pracy uzyska efekty, których nie będzie mógł porównać stosując te same kryteria oceny.
5. W przypadkach, gdy nagrodę w konkursie stanowi zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, regulamin konkursu wskazuje przedmiot zamówienia poprzez określenie szczegółowego zakresu opracowania pracy konkursowej. Określenie takie nie powinno być następnie zmieniane przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym konsekwencją konkursu. Może być natomiast uzupełniane o elementy, których uwzględnienie okazało się pożądane w świetle wiedzy, jaką zamawiający uzyskał w związku z przeprowadzonym konkursem. Dokonywane uzupełnienia nie mogą jednak prowadzić do zmiany lub istotnej modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia, stanowiącego opracowanie pracy konkursowej.
6. W regulaminie zamawiający wskazuje na kwalifikację prawną konkursu, określając jego formę. Ponieważ o tym, że konkurs ma charakter otwarty i nieodwoływalny przesądza ustawa, zasadniczą informacją dotyczącą formy konkursu jest wskazanie, czy ma on charakter jedno czy dwuetapowy.
7. Istotne znaczenie dla sprawnego przebiegu konkursu ma wyjaśnienie przyjętego sposobu komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu. W tym zakresie w najistotniejszych kwestiach zamawiający jest związany przepisami ustawy. Dla sprawnego przebiegu konkursu powinien jednak wskazać dodatkowo nazwiska osób upoważnionych do kontaktu oraz sposób kontaktowania się z nimi. Pożądane jest, aby były to te same osoby, które wskazano w ogłoszeniu, nie stanowi jednak naruszenia ustawy wskazanie dodatkowych osób. Komunikowanie się z uczestnikami konkursu to również sposób przekazywania dokumentów, w tym pracy konkursowej. Zamawiający musi określić w regulaminie jak czynność ta powinna być realizowana, aby wykonać dyspozycje art. 121 ust. 4.
8. Regulamin powtarza zawarte w ogłoszeniu (o ile ogłoszenie jest sporządzane wg wzorów zawartych w jednym z rozporządzeń dotyczących ogłoszeń) informacje o miejscu i terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Zawiera też, podobnie jak ogłoszenie, informacje o miejscu i terminie składania prac konkursowych. Ponadto, w przypadku konkursów o wartości przekraczającej progi określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 powtarza podane w ogłoszeniu nazwiska sędziów konkursowych. W konkursach o mniejszej wartości ogłoszenie nie zawiera informacji o składzie sądu. Regulamin jest więc pierwszym dokumentem, który go wskazuje. Wymóg podania składu sądu należy przyjąć za spełniony, jeśli zostaną ujawnione nazwiska sędziów. Ich funkcje (np. przewodniczący) czy kwalifikacje nie muszą być podawane.

9. Rozstrzygnięcie konkursu podlega ogłoszeniu (pkt 17). W przypadku konkursów o wartości powyżej 60 000 euro ustawa przesądza o obowiązkowej formie ogłoszenia (patrz art. 126 ust. 1 i 2). Nie wyklucza to jednak możliwości jednostronnego zobowiązania się zamawiającego do podania do publicznej wiadomości wyników konkursu w inny sposób. Może to być ogłoszenie prasowe, podanie informacji w trakcie określonego wydarzenia i każdy inny sposób upublicznienia informacji. Wskazując na obowiązek zawarcia w regulaminie informacji o zakładanym sposobie publikacji wyników konkursu, ustawa przesądza o obowiązku podawania do publicznej wiadomości także informacji o rozstrzygnięciach konkursów o wartości poniżej 60 000 euro, zostawiając zamawiającemu jedynie swobodę decyzji co do sposobu jej podania. Należy też przyjąć, że rozstrzygnięcie oznacza każdą decyzję podjętą w stosunku do konkursu, w tym jego unieważnienie. Zakres podawanych wiadomości powinien zawierać informację o wszelkich przyznanych nagrodach, ze wskazaniem ich zdobywców. Inne rozstrzygnięcia podejmowane w trakcie konkursu (np. wykluczenia, odrzucenia prac konkursowych itp.) nie są objęte zakresem omawianego przepisu.
10. Niezbędnym elementem regulaminu jest określenie sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu (pkt 18). Nie mogą one ograniczać się do podania technicznej formy zwracania się o wyjaśnienia oraz ich przekazywania, gdyż byłyby to jedynie aspekty porozumiewania, których dotyczy pkt 7. Realizując zobowiązania wynikające z tego przepisu zamawiający powinien określić, w jakim terminie udzieli wyjaśnień, czy przewiduje możliwość zaproszenia uczestników do udziału w zebraniu dotyczącym wyjaśnień wątpliwości co do regulaminu lub podać inne sposoby udzielania wyjaśnień. Pomimo tego, że ustawa nie wskazuje szczegółowych rozwiązań w tym zakresie niezbędne jest, aby dostęp do informacji został zapewniony wszystkim uczestnikom w jak najszerszym zakresie i na równych prawach. Zamawiający z pewnością nie uchybi tym wymaganiom, jeśli odpowiednio zastosuje przepisy art. 38 ust. 1–3 dotyczące wyjaśniania treści SIWZ.
11. Istotnym novum regulaminu, dopuszczonym kwietniową nowelizacją ustawy jest przyznanie zamawiającemu prawa do zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych uczestnikom konkursu. Jest to prawo, nie obowiązek zamawiającego i w związku z tym skorzystanie z niego zależy wyłącznie od jego decyzji i nie może być przesłanką jakichkolwiek żądań uczestników konkursu w tym zakresie. Chcąc skorzystać z tego prawa zamawiający musi poinformować o tym w regulaminie. Jest również obowiązany wskazać wysokość zwrotu kosztów. Dyspozycje normy zawartej w pkt 15 ust. 2 można uznać za spełnioną nie tylko poprzez jednoznaczne określenie kwot zwrotu kosztów, ale również np. w przypadku wskazania, iż będą to kwoty stanowiące określony procent poniesionych przez wykonawców kosztów. W takim przypadku wskazane byłoby jednak określenie maksymalnego pułapu zwrotu, gdyż w innych przypadkach nieuzasadniony, zbyt wysoki poziom zwracanych kosztów mógłby prowadzić do naruszenia art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.
12. Pzp, odmiennie niż Kc w przepisach o przyrzeczeniu publicznym (art. 921 § 3) wymaga, aby otrzymanie nagrody za wykonanie prac konkursowych wybranych przez sąd konkursowy było uzależnione od przeniesienia praw do nagrodzonych prac na rzecz zamawiającego. Przeniesienie praw dotyczy wyłącznie tych uczestników konkursu, którzy otrzymali przyrzeczoną nagrodę i następuje wraz z jej wypłaceniem. Prawidłowo sformułowane postanowienia regulaminu powinny przy tym określać pola eksploatacji utworu, do których prawa autorskie majątkowe przejdą na zamawiającego. Pzp nie określa zakresu, w jakim zamawiający jest zobowiązany wymagać przeniesienia praw autorskich na swoją rzecz. Jednakże wyraźne zapisanie obowiązku ich przeniesienia wskazuje, iż powinien być to zakres umożliwiający zamawiającemu dysponowanie autorskimi prawami majątkowymi na takich polach eksploatacji, aby mógł korzystać z rezultatów konkursu. Racjo-

nalne wydaje się więc zróżnicowanie postanowień dotyczących przejścia praw w zależności od zamiarów zamawiającego względem prac konkursowych, przy czym najszersze zdefiniowanie pól eksploatacji powinno dotyczyć praw dotyczących prac konkursowych których opracowanie będzie przedmiotem zamówienia udzielanego w wyniku rozstrzygnięcia konkursu. Różnicowanie postanowień regulaminu, dotyczące przejścia praw autorskich majątkowych jest wskazane również ze względu na brzmienie art. 45 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>1</sup>, wiążącym przejęcie praw do eksploatacji konkretnych pól z wynagrodzeniem twórcy. Kształtując postanowienia regulaminu w zakresie przejścia praw autorskich majątkowych zamawiający musi uwzględnić także art. 41 ust. 4 przywoływanej ustawy, zgodnie z którym umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe może dotyczyć tylko pól eksploatacji znanych w chwili jej zawarcia. Przepis ten wyłącza możliwość generalnego przeniesienia przez twórcę dzieła będącego przedmiotem umowy prawa do wykorzystania pól eksploatacji, które powstaną dopiero w przyszłości, np. możliwość przeniesienia dzieła na jeszcze nieistniejące nośniki.

13. Wymogiem regulaminu jest zamieszczenie informacji o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu. Ustawa przesądza, że są to wszystkie przewidziane w niej środki tzn. protest, odwołanie i skarga. Jednocześnie żaden z tych środków nie przysługuje wobec rozstrzygnięć sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac. Minimalną treść w tym punkcie regulaminu może stanowić wskazanie, iż środkami ochrony prawnej są środki przewidziane w Pzp, z zastrzeżeniem art. 179 ust. 1b. Jednocześnie zamawiający powinien zachować szczególną staranność we wskazywaniu co podlega wyłączeniu ze stosowania środków ochrony prawnej (patrz komentarz do art. 113 oraz art. 179).
14. Zamawiający jest obowiązany do przekazania regulaminu konkursu każdemu, kto wyrazi zainteresowanie, nie później niż 5 dni od zgłoszenia wniosku o jego przekazanie, skierowanego na adres wskazany w ogłoszeniu o konkursie. Pomimo tego, że wzory ogłoszeń zawierają pole, w którym zamawiający może określić termin do którego można uzyskać regulamin należy przyjąć, iż nie może być on kształtowany dowolnie, a brak przepisu pozwalającego na jego ograniczenie wskazuje, że powinien być tożsamy z wyznaczonym terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Tylko takie postępowanie zamawiającego zapewnia niedyskryminacyjne traktowanie podmiotów ubiegających się o udział w konkursie. Nowelizacją kwietniową doprecyzowano, że regulamin może być udostępniany odpłatnie, jednakże zasada powszechności dostępu do zadań realizowanych ze środków publicznych nakazuje, aby cena ta nie stanowiła bariery udziału w konkursie. Przyjęto rozwiązanie stosowane w art. 42 ust. 2 i ograniczono cenę, której można żądać za regulamin do wysokości pokrywającej koszt jego druku oraz przekazania. Ustawa nie wskazuje żadnych szczególnych form przekazywania regulaminu, należy zatem stosować ogólne zasady przyjęte do przekazywania informacji pomiędzy zamawiającym a uczestnikami konkursu.
15. Obowiązująca zasada pisemności oraz odwołanie do art. 27, w tym do jego ust. 3 sprawa, że przekazywanie informacji o konkursie w formie pisemnej w każdym przypadku będzie właściwe. Zakres korzystania przez zamawiającego z innych, niż pisemna, form porozumiewania się z uczestnikami konkursu jest zależny od decyzji zamawiającego, podejmowanej zgodnie z art. 27 ust. 1. Należy przy tym zwrócić uwagę na przepis art. 27 ust. 3 do którego odwołują się w tym zakresie przepisy o konkursie który stanowi, że sposób przekazu nie może ograniczać konkurencji. (patrz komentarz do art. 27).

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

## **Art. 117. [Forma konkursu]**

- 1. Konkurs może być zorganizowany jako jednoetapowy lub dwuetapowy.**
  - 2. W konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.**
1. Każdy konkurs, niezależnie od jego wartości i przedmiotu, może być zorganizowany jako jedno lub dwuetapowy. Zamawiający podejmuje w tym zakresie w pełni uznaniową decyzję, informując o tym uczestników konkursu w ogłoszeniu i regulaminie konkursu.
  2. Sposób dokonywania czynności zmierzających do rozstrzygnięcia konkursu dwuetapowego wskazuje, iż jest on szczególnie przydatny, jeśli przedmiot konkursu jest możliwy do wykonania przez szeroką grupę uczestników lub jeśli przygotowanie pełnej pracy konkursowej wiąże się z istotnymi kosztami. Składanie w pierwszym etapie wyłącznie wstępnych opracowań studialnych pozwala na dokonanie kwalifikacji uczestników i dopuszczenie najlepszych do składania prac konkursowych. Rozwiązanie to z jednej strony oszczędza nakład pracy sądu konkursowego, z drugiej zaś nie powoduje kosztów przygotowania prac konkursowych u uczestników, których opracowania już w pierwszym etapie zostały odrzucone.

## **Art. 118. [Uczestnicy]**

- 1. Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.**
  - 2. Jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia.**
  - 3. Uczestnicy konkursu mogą wspólnie brać udział w konkursie. Przepisy dotyczące uczestnika konkursu stosuje się odpowiednio do uczestników konkursu biorących wspólnie udział w konkursie.**
1. Uznając konkurs za działanie zmierzające do udzielenia zamówienia, Pzp uzależnia uczestnictwo w nim od posiadania wymaganych prawem uprawnień do opracowania pracy konkursowej, które może stanowić przedmiot zamówienia udzielanego w związku z rozstrzygnięciem konkursu. Brak uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia przez uczestnika konkursu czyniłby bezprzedmiotowym przepis stanowiący, iż nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w sprawie zamówienia. Zamówienie takie nie mogłoby być udzielone, jako że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonych czynności. Eliminacja uczestników nieposiadających odpowiednich uprawnień następuje już na etapie dopuszczenia do udziału w konkursie.
  2. Posiadanie uprawnień do opracowania pracy konkursowej jest niezbędne wyłącznie w tych konkursach, w wyniku których zamawiający zamierza powierzyć opracowanie pracy konkursowej. Niecelowe byłoby ograniczanie kręgu podmiotów uprawnionych do uczestnictwa w konkursie do posiadających uprawnienia, jeśli korzystanie z tych uprawnień nie jest warunkiem prawidłowej realizacji zamierzeń zamawiającego.
  3. Warunek posiadania wymaganych uprawnień należy uznać za spełniony, jeśli podmiot uczestniczący w konkursie może posłużyć się osobami fizycznymi posiadającymi wyma-

gane uprawnienia. Należy przyjąć, że warunek ten spełnia nie tylko posługująca się takimi osobami osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, ale również osoba fizyczna nieposiadająca odpowiednich uprawnień, wykazująca możliwość posłużenia się osobą, która takie uprawnienia posiada. Nie oznacza to, że osoby posiadające uprawnienia muszą pozostawać z uczestnikiem konkursu w stosunku pracy lub jakimkolwiek innym stosunku prawnym. Wystarczy, iż składając wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie podmiot jednoznacznie wykaże możliwość korzystania z pracy takich osób, a przedstawiona praca konkursowa będzie ich dziełem.

4. Szczególnie często wymagane uprawnienia będą warunkiem udziału w konkursach, których przedmiot jest związany z projektowaniem w rozumieniu ustawy Prawo budowlane<sup>1</sup>. Art. 12 ust. 2 tej ustawy uzależnia możliwość wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie od potwierdzenia decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego posiadane go wykształcenia i praktyki dostosowanych do rodzaju wykonywanych zadań. Uprawnienia budowlane określają specjalność i ewentualną specjalizację techniczno-budowlaną oraz zakres prac projektowych lub robót budowlanych objętych uprawnieniem. Do udziału w konkursie niezbędne jest posiadanie uprawnień odpowiednich dla przedmiotu i zakresu konkursu.

#### **Art. 119. [Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału]**

**Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, z uwzględnieniem czasu na złożenie wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 21 dni od dnia przekazania ogłoszenia o konkursie:**

- 1) Prezesowi Urzędu;
- 2) **Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich — jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.**

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie powinien być uzależniony od zakresu żądań zamawiającego, dotyczących dokumentów wymaganych od uczestników konkursu. Ustawa nie określa liczonego w dniach terminu składania wniosków w przypadku organizacji konkursów niepodlegających ogłoszeniu w oficjalnych publikatorach (o wartości poniżej 60 000 euro). Nie oznacza to jednak, iż może to być termin dowolnie krótki. Zamawiający musi respektując zasadę równego traktowania umożliwić wszystkim chętnym uzyskanie żądanych dokumentów. Powinien więc ocenić realny czas uzyskiwania takich dokumentów i uzależnić od niego podawany termin przyjmowania wniosków.
2. Podobnej oceny zamawiający powinien dokonać w przypadku konkursów o większej wartości, jednak wówczas minimalny okres przyjmowania wniosków musi wynosić co najmniej 21 dni od przekazania ogłoszenia o konkursie do publikacji. Faktyczny termin na uzyskanie przez uczestnika dokumentów żądanych przez zamawiającego będzie krótszy, gdyż rozpocznie się wraz z powzięciem wiadomości o konkursie po opublikowaniu ogłoszenia, na co organy publikacyjne mają w zależności od sposobu przekazania ogłoszenia do 12 dni. Ustalenie terminu składania wniosków na 21 dni nie w każdym przypadku będzie wypełniać dyspozycję uwzględniania czasu niezbędnego do uzyskania dokumentów. W przypadku żądania dokumentów, których uzyskanie może być trudne lub długotrwałe, zamawiający powinien więc wyznaczać termin odpowiednio długi, przy czym Pzp nie określa jego maksymalnej długości.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.

## **Art. 120. [Dopuszczenie do udziału i zaproszenie do składania prac]**

- 1. Zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników konkursu spełniających wymagania określone w regulaminie konkursu.**
- 2. Uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu.**
- 3. Do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie przepis art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio.**

1. Na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków przez jego uczestników oraz decyduje o dopuszczeniu i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników składających wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie. Przepisy ust. 1 i 2 wskazują na obligatoryjne zachowania zamawiającego, uzależniając je od spełniania przez uczestników wymagań określonych w regulaminie. Niestety, zawarcie wymagań w regulaminie nie ma charakteru obowiązkowego i mogą być one sformułowane np. tylko w ogłoszeniu. Literalna wykładnia przepisu ust. 2 nie dopuszczałaby w takiej sytuacji do wykluczenia z konkursu uczestników niespełniających wymagań, które podano tylko w ogłoszeniu. Wydaje się więc, że dla prawidłowego przeprowadzenia konkursu warunki powinny być bezwzględnie powtarzane w regulaminie.
2. Zakres wymagań wobec uczestników konkursu jest uzależniony w szczególności od tego, czy wśród przewidywanych nagród jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeśli w następstwie konkursu zamawiający przewiduje udzielenie zamówienia autorowi wybranej pracy, już sam udział w konkursie jest uzależniony od spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonych w art. 22. Niespełnienie tych warunków powodowałoby, że działania zamawiającego w trakcie konkursu są bezcelowe, nie dając szans realizacji jego zamiaru jakim jest udzielenie, a następnie realizacja zamówienia.
3. Wśród wymagań zamawiający powinien wskazać również na obowiązek potwierdzenia posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, jeśli przewiduje udzielenie zamówienia polegającego na jej opracowaniu (patrz komentarz do art. 118).
4. Zarówno art. 120 jak i odpowiednie postanowienia art. 116 dotyczące regulaminu konkursu nie ograniczają zamawiającego w możliwości określenia innych wymagań warunkujących udział w konkursie, niż uprawnienia do opracowania pracy konkursowej, przewidziane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy jednak przyjąć, iż takie określenie warunków możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy następstwem konkursu nie będzie udzielenie zamówienia. Zamawiający może wówczas albo nie żądać spełnienia rygorystycznych warunków określonych dla wykonawców zamówień, albo określić je w sposób bardziej restrykcyjny, z poszanowaniem jedynie zasady równości. Żadne z tych zachowań nie będzie godzić w prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia lub grozić złamaniem zasad Pzp.
5. Odmienne niż w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, zamawiający nie jest obowiązany do niezwłocznego zawiadomienia wykluczonych uczestników konkursu o fakcie ich wykluczenia. Należy jednak przyjąć, że nie ogranicza go to w możliwości skorzystania z rozwiązania analogicznego, jak przewidziane w art. 24 ust. 3. Brak powiadomienia o wykluczeniu z udziału w konkursie będzie równoznaczny z uznawaniem takiego podmiotu w dalszym ciągu za uczestnika konkursu. Ponadto bezpośrednio po określonym w regulaminie terminie składania prac konkursowych przez zaproszonych uczestników zamawiający musiałby liczyć się z koniecznością rozpatrywania protestów na nie zaproszenie do składania prac, bowiem dopiero w tym momencie wykluczeni uczestnicy powzięliby informację o czynności zamawiającego, skutkującej brakiem zaproszenia.

#### **Art. 121. [Informacja o planowanych kosztach, anonimowość pracy]**

- 1. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, z zastrzeżeniem ust. 2.**
- 2. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe bez informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ze względu na specyfikę przedmiotu pracy konkursowej nie jest możliwe określenie kosztów.**
- 3. Z zawartością prac konkursowych sąd konkursowy nie może zapoznać się do upływu terminu ich składania.**
- 4. Zamawiający zapewnia, że do rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy niemożliwe jest zidentyfikowanie autorów prac konkursowych.**

1. Zamawiający w regulaminie konkursu informuje o wielkości środków przewidywanych na realizację prac (obiektu, czynności), które będą wynikać z wdrażania opracowania pracy konkursowej. Uczestnicy konkursu powinni uwzględniać, jakimi środkami na wykonawstwo dysponuje zamawiający. Ponieważ jednak podawane przez zamawiającego wielkości nie wiążą go na przyszłość, również uczestnicy nie muszą dostosować się do kwoty podanej w regulaminie. Powinni jednak uwzględniać fakt, że jej istotne przekroczenie może uniemożliwić zamawiającemu realizację zamówienia będącego przedmiotem opracowania pracy konkursowej, nawet, jeśli została wybrana.
2. Obowiązek zamieszczenia informacji o planowanych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej będzie uznany za dopełniony poprzez podanie jednej łącznej kwoty, bez konieczności wskazywania kosztów wykonania poszczególnych elementów lub etapów wykonywania prac. Podawana informacja powinna obejmować wyłącznie koszty wykonania prac, nie może więc zawierać np. kosztów przygotowania dokumentacji projektowej stanowiącej opracowanie pracy konkursowej. Te koszty stanowić będą wartość zamówienia udzielanego w wyniku konkursu, która jest ustalana samodzielnie przez zamawiającego zgodnie z art. 32–35.
3. Odstąpienie od obowiązku podawania informacji o kosztach realizacji pracy konkursowej może mieć miejsce jedynie ze względu na taki charakter przedmiotu pracy konkursowej, który czyni oszacowanie kosztów niemożliwym. Sytuacje takie będą miały miejsce w przypadku prac konkursowych, których następstwem będą przedsięwzięcia wykonywane przez szerszą grupę podmiotów, a ich szczegółowy zakres jest nieprzewidywalny na etapie składania prac konkursowych. Koszty te mogą być w istotny sposób uzależnione od indywidualnych decyzji tych podmiotów.
4. Przepis ten wzmacnia zasadę bezstronności członków sądu konkursowego i jest rozwiązaniem nieznanym w przypadku procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczność taka wynika z mniej wymiernego sposobu dokonywania ocen prac konkursowych w porównaniu z oceną ofert. Większy, wynikający z przedmiotu konkursu (np. na opracowania artystyczne lub twórcze) dopuszczalny zakres subiektywizmu ocen sądu konkursowego musi być zrównoważony pewnością, że subiektywizm ten nie wynika z oceny uprzednich dokonań autora pracy czy jego renomy, ale wyłącznie z poglądów członka sądu na rozwiązania zaproponowane w pracy, będącej przedmiotem konkursu.
5. Norma zawarta w ust. 3 komentowanego artykułu jest częściowym odzwierciedleniem zasady wyrażonej w art. 86 ust. 1, odnoszącej się do ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O ile jednak zakaz sformułowany w art. 86 ma charakter generalny, o tyle z zawartością prac konkursowych przed upływem terminu ich składania nie może zapoznać się sąd konkursowy. Interpretacja tego artykułu w świetle zasady jawno-



ści mogłoby prowadzić do wniosku, iż osoby nie będące członkami sądu konkursowego mogą się zapoznać z zawartością złożonych prac przed terminem ich składania. W tym kontekście szczególnie istotne jest właściwe kształtowanie regulaminów konkursów, w którym zakaz taki powinien uzyskiwać charakter generalny. Inne zachowanie będzie prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i bezstronności.

6. Zamawiający w praktyce postępowania konkursowego musi pogodzić dwa wymogi. Z jednej strony uzyskać wiedzę o tym, jacy uczestnicy konkursu złożyli prace, ponieważ zależy od niej ustalenie składu sądu konkursowego, którego członkowie nie mogą pozostawać w żadnych związkach z uczestnikami konkursu (por. art. 101 ust. 4). Z drugiej strony, na tym etapie postępowania konkursowego, musi zapewnić niemożliwość przypisania konkretnych prac poszczególnym autorom. Niezbędne jest więc określenie w regulaminie sposobu składania prac konkursowych zapewniającego anonimowość, przy jednoczesnej pewności, iż autor pracę złożył. Zapewnia to np. odrębne przekazywanie informacji o złożeniu pracy przez autora wraz z odrębną informacją o sposobie oznaczenia złożonej pracy, która nie jest otwierana przed zakończeniem prac sądu.

#### **Art. 122. [Ocena prac]**

- 1. Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie. Przepis art. 87 ust. 1 stosuje się odpowiednio.**
  - 2. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs, wybierając spośród prac konkursowych najlepszą pracę konkursową lub najlepsze prace konkursowe.**
  - 3. Sąd konkursowy dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych po rozstrzygnięciu konkursu.**
1. Oceny prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy i wyłącznie w oparciu o kryteria podane uprzednio w regulaminie konkursu. Sąd decyduje o tym, czy wskazać jedną, czy więcej prac konkursowych uznanych za najlepsze, tzn. prac nagrodzonych. Jest przy tym związany postanowieniami regulaminu określającymi rodzaj i wysokość nagród, wyłącznie w maksymalnym zakresie, tzn. nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na nagrody lub zwiększyć liczby nagrodzonych prac, jeśli taka została wskazana w regulaminie. Może natomiast podjąć decyzję o ograniczeniu liczby prac nagrodzonych, nie przyznaniu konkretnej wskazanej w regulaminie nagrody, np. poprzez decyzję o przyznaniu wyłącznie nagród pieniężnych i odstąpienie od wskazania prac, których autorzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzja sądu konkursowego w tym zakresie stanowi jeden ze sposobów rozstrzygnięcia konkursu, które jest wyłączną kompetencją sądu.
  2. Kryteria oceny prac konkursowych, a także ich znaczenie są podawane w regulaminie i sąd konkursowy nie może ich zmienić. Stanowi to gwarancję równego traktowania uczestników konkursu oraz zapewnia przejrzystość postępowania zamawiającego. Kryteria mogą odnosić się wyłącznie do prac konkursowych. Dopuszczalne są przy tym zarówno kryteria odnoszące się wprost do merytorycznych rozwiązań proponowanych w pracach konkursowych, np. zgodności rozwiązań z planem zagospodarowania przestrzennego, funkcjonalności, nowoczesności, estetyki, rodzaju rozwiązań technicznych i technologicznych, jak i do możliwości realizacji prac, np. kosztów realizacji lub eksploatacji. Podane do publicznej wiadomości kryteria powinny być określone precyzyjnie, tak, aby element subiektywizmu ocen ograniczał się do niewymiernych cech natury artystycznej jak piękno, estetyka, itp. Subiektywizm ten nie może jednak powodować stosowania dodatkowych kryteriów oceny lub prowadzić do zachwiania znaczenia podanych w regulaminie kryteriów względem siebie.

3. Oceniając prace konkursowe sąd może zwrócić się do autora pracy o wyjaśnienia treści złożonej pracy. Jest to konsekwencja wprowadzenia do przepisu odpowiedniego stosowania art. 87 ust. 1, odnoszącego się do wyjaśniania ofert. Wskazanie, że uzyskiwanie wyjaśnień, ich zakres i wykorzystywanie powinno być stosowane zgodnie z art. 87 ust. 1 oznacza, że nie mogą one prowadzić do dokonywania w pracach jakichkolwiek zmian. Za „treść”, do której odnoszą się wyjaśnienia należy w przypadku pracy uznać całość pracy. Nie złożenie przez autora żądanych wyjaśnień musi prowadzić do dokonania oceny pracy w takim kształcie, w jakim została pierwotnie złożona. Złożenie ich w taki sposób, że spowoduje to zmianę pracy musi być uznane za zmianę, która w świetle art. 87 ust. 1 jest niedopuszczalna.
4. Po rozstrzygnięciu konkursu, za które po nowelizacji kwietniowej należy uznać zakończenie oceny prac przez sąd konkursowy, dokonuje on identyfikacji złożonych prac. Na wcześniejszym etapie prace sądu odbywają się w sposób uniemożliwiający identyfikację autorów ocenianych prac. Zapoznanie się z informacją o autorach oraz podanie tej informacji innym osobom może mieć miejsce przed zatwierdzeniem wyników konkursu przez kierownika zamawiającego, jednakże przesadzające znaczenie w tym zakresie będą miały postanowienia regulaminów. Przepis ust. 3 nie nakazuje identyfikacji prac bezpośrednio po rozstrzygnięciu konkursu, a jedynie zabrania dokonać tej czynności wcześniej.

#### **Art. 123. [Zawiadomienie o wyniku]**

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

**2. Z przebiegu prac sądu konkursowego sporządza się protokół.**

1. Rozstrzygnięcie konkursu to ustalenie jego wyników. Zgodnie z art. 114 za ustalenie wyników należy uznać każdą decyzję podjętą przez zatwierdzającego wyniki konkursu kierownika zamawiającego, zarówno o przyznaniu nagród jak i np. o unieważnieniu konkursu. Warto pamiętać (patrz art. 179), że uczestnikom konkursu wobec decyzji zamawiającego o rozstrzygnięciu konkursu, a także innych czynności podejmowanych w trakcie konkursu, przysługują środki ochrony prawnej. Termin ten będzie, w odniesieniu do prawidłowości postępowania zamawiającego przy ustalaniu wyników konkursu, liczony od otrzymania informacji, o której mowa w ust. 1.
2. Zakres wiadomości, przekazywanych uczestnikom konkursu jest ograniczony do danych personalnych i adresowych podmiotów, których prace zostały wybrane (nagrodzone w sposób przewidziany w konkursie). Jeśli nagród nie przyznano (nie wybrano prac), zawiadomienie o wynikach konkursu zawiera wyłącznie informację o nie przyznaniu żadnej nagrody lub o unieważnieniu konkursu.
3. Ust. 2, dodany w wyniku nowelizacji z kwietnia 2006 r. nakazuje sporządzanie protokołu z prac sądu konkursowego. Nakaz ten nie dotyczy czynności podejmowanych przez organizatora konkursu przy jego przygotowywaniu, zatwierdzaniu jego wyników itp., lecz wyłącznie działalności sądu. Oznacza to, że w stosunku do czynności nie wykonywanych przez sąd obowiązek ich odzwierciedlenia na piśmie wynika jedynie z zasady pisemności, a jego zakres jest niedookreślony. W przypadku działań sądu nie wskazano wymaganej zawartości protokołu. Bez wątpienia jego częścią lub załącznikiem będzie informacja o złożonych pracach i pisemne odzwierciedlenie innych czynności, do których powoływany jest sąd wymienionych w przepisach niniejszego rozdziału (patrz art. 113 ust. 2). Taką zawartość należy więc uznać za minimalne wymagania wobec protokołu, o którym mowa w ust. 2.

## Art. 124. [Unieważnienie]

**Zamawiający unieważnia konkurs, jeżeli nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa, a w przypadku, o którym mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2, co najmniej dwie prace konkursowe albo jeżeli nie rozstrzygnięto konkursu. Do unieważnienia konkursu przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 stosuje się odpowiednio.**

1. W odróżnieniu od postępowania o udzielenie zamówienia liczba przesłanek dotyczących unieważnienia konkursu jest ograniczona. Unieważnienie konkursu możliwe jest w sytuacji, gdy nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa. W przypadku, gdy zamawiający przewiduje jako konsekwencję rozstrzygnięcia konkursu udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, niezbędne jest złożenie co najmniej dwóch prac konkursowych. Umożliwi to wypełnienie dyspozycji art. 63 ust. 3, nakazującego zaproszenie do negocjacji co najmniej 2 wykonawców. Choć przepis wskazuje, iż unieważnienie konkursu w takiej sytuacji możliwe jest dopiero po stwierdzeniu braku dwóch złożonych prac należy przyjąć, że jeśli w konkursie, w którym przewidzianą nagrodą jest zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia nie wpłyną dwa wnioski, konkurs może być unieważniony już na tym etapie.
2. Przesłanką unieważnienia konkursu jest również brak rozstrzygnięcia, którego zgodnie z art. 122 ust. 2 dokonuje sąd konkursowy. W przypadku braku takiego rozstrzygnięcia, niezależnie od przyczyn jego nie dokonania, zamawiający musi unieważnić konkurs. Tak sformułowany przepis wzmacnia pozycję sądu i w jego kontekście należy rozważyć, czy nie uchylbia się jego pomocniczemu charakterowi, o którym mowa w art. 113 ust. 1. Zamawiający, aby respektować jednocześnie oba wspomniane przepisy powinien w regulaminie konkursu wyraźnie formułować zapisy, w jakich przypadkach konkurs może zostać przez sąd nierozstrzygnięty oraz jakie działania podejmie, jeśli sąd z innych, nie przewidzianych w regulaminie przyczyn konkursu nie rozstrzygnie. Wydaje się, że w tym przypadku możliwe jest posłużenie się przez zamawiającego prawem odwołania członków sądu i powołaniem w ich miejsce innych, którzy zgodnie z prawem i postanowieniami regulaminu doprowadzą do rozstrzygnięcia konkursu.
3. Unieważnienie konkursu jest ponadto możliwe w sytuacjach, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7, ale zwrócić należy przy tym uwagę na następujące kwestie. Po pierwsze wystąpienie okoliczności wspomnianych w pkt 6 przywoływanego przepisu będzie odnoszone zarówno do samego konkursu, jak i postępowania o udzielenie zamówienia autorowi najlepszej pracy. Po wtóre wystąpienie przesłanki, o której mowa w pkt 6 musi być oceniane w sposób szczególnie staranny, gdyż unieważnienie konkursu jest odmiennie niż w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia odstępianiem od przyrzeczenia publicznego (zgodnie z definicją konkursu). Powołanie się na przesłankę z pkt .7 jest możliwe wyłącznie w przypadku konkursów, w których nagrodą jest zaproszenie do postępowania o udzielenie zamówienia. Tylko wówczas może wystąpić okoliczność uniemożliwiająca zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.
4. Ograniczenie liczby przesłanek unieważnienia konkursu nie jest jednak równoznaczne z koniecznością wydania przyrzeczonych nagród w każdej wówczas, gdy w konkursie zostanie złożona odpowiednia ilość prac. Sąd konkursowy (niezależny w swoim postępowaniu) może uznać, iż przedstawione prace nie spełniają oczekiwań zamawiającego i nie przyznać nagród lub ograniczyć ich ilość.

## **Art. 125. [Wydanie nagrody, zaproszenie do negocjacji]**

**W terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia ustalenia wyników konkursu, zamawiający wydaje (wypłaca) nagrodę, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3 — odpowiednio zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki.**

Zamawiający może, wg własnego uznania, określić w regulaminie termin wydania nagrody, o ile będzie on dłuższy niż 15 dni od rozstrzygnięcia konkursu, którym jest zatwierdzenie wyników konkursu przez kierownika zamawiającego (patrz art. 114). Piętnastodniowy okres pomiędzy zatwierdzeniem wyników konkursu a dniem wydania nagrody pozwala na uprzednie zawiadomienie uczestników konkursu o jego wynikach zgodnie z art. 123 oraz na ewentualne wniesienie przez nich protestów. Zgodnie z art. 180 ust. 4 wniesienie protestu jest możliwe tylko przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Ponieważ wynikiem konkursu nie jest udzielane zamówienie należy przyjąć, że protest może być wniesiony do chwili wypełnienia zobowiązania zamawiającego, zawartego w przyrzeczeniu, tzn. przyznania nagrody.

## **Art. 126. [Ogłoszenia o wynikach]**

- 1. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu, zamawiający przekazuje ogłoszenie o jego wynikach Prezesowi Urzędu.**
- 2. Jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu, zamawiający przekazuje ogłoszenie o jego wynikach Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.**

- Ogłoszenie o wynikach konkursu o wartości powyżej 60 000 euro jest dokonywane w formie analogicznej do ogłoszenia o konkursie (patrz art. 115). Z ustawy nie wynika natomiast dla zamawiającego obowiązek zamieszczania ogłoszeń o wynikach konkursu o wartości poniżej 60.000 euro. Musi jedynie wypełnić obowiązek podania do publicznej wiadomości rozstrzygnięcia konkursu w sposób przewidziany w regulaminie konkursu (art. 116 ust. 2 pkt 17).
- Szczegółowy zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu o wynikach konkursu określają odpowiednie rozporządzenia. W przypadku konkursów, których wartość nie przekracza kwot ustalonych na podst. art. 11 ust. 8 — w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup>. W przypadku zamówienia o wyższej wartości ogłoszenia publikuje się w OJ, zgodnie z wzorem ustalonym rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>2</sup>.
- Obowiązek przekazania ogłoszenia do publikacji następuje niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu, tzn. zatwierdzeniu jego wyników przez kierownika zamawiającego, a w przypadku wniesienia protestu po jego ostatecznym rozstrzygnięciu. „Niezwłocznie” oznacza więc bezpośrednio po upływie terminu na wnoszenie protestów na czynności zamawiającego, tj. co najmniej po siedmiu dniach od dnia, w którym uczestnicy konkursu mogli się zapoznać z rozstrzygnięciem konkursu.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str.1.

#### **Art. 127. [Przechowywanie dokumentacji, zwrot prac]**

- 1. Zamawiający, przechowuje dokumentację konkursu przez okres 4 lat od dnia ustalenia wyników konkursu w sposób gwarantujący jej nienaruszalność.**
  - 2. Zamawiający, na wniosek uczestników konkursu, których prace konkursowe nie zostały wybrane, zwraca złożone przez nich prace konkursowe.**
1. W odniesieniu do dokumentacji konkursu, podobnie jak w przypadku protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, na zamawiającego został nałożony obowiązek jej przechowywania przez cztery lata, w sposób zapewniający jej nienaruszalność.
  2. Czteroletni okres przechowywania rozpoczyna się w dniu następującym po dniu rozstrzygnięcia konkursu, tzn. zatwierdzeniu jego wyników przez kierownika zamawiającego, a w przypadku wniesienia protestu jako dzień następujący po dniu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. Jednocześnie należy jednak przyjąć, iż w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie jest udzielenie zamówienia, a zgodnie z art. 96 ust. 2 każda informacja składana przez zamawiającego i wykonawców jest załącznikiem do protokołu, dokumentacja z konkursu powinna być traktowana jak załącznik do protokołu z postępowania i przechowywana z uwzględnieniem postanowień art. 97.
  3. Dokumentacja powinna być przechowywana w sposób zapewniający jej nienaruszalność czyli w takim stanie, w jakim została złożona lub wytworzona. Wyjątek od obowiązku przechowywania dotyczy prac, które nie zostały wybrane, a składający je uczestnicy konkursu wystąpili z pisemnym wnioskiem o ich zwrócenie. Wniosek taki stanowi wówczas element dokumentacji konkursu i podlega obowiązkowi przechowywania.

### **Rozdział 4**

#### **Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane**

#### **Art. 128. [Udzielanie koncesji]**

- 1. Postępowanie mające na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, zwanej dalej „koncesją”, wszczyna zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, zamieszczając ogłoszenie o koncesji w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.**
- 2. Jeżeli wartość koncesji jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający przekazuje ogłoszenie o koncesji Prezesowi Urzędu.**
- 3. Jeżeli wartość koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający przekazuje ogłoszenie o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.**
- 4. Ogłoszenie o koncesji zawiera co najmniej:**
  - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
  - 2) określenie przedmiotu koncesji;
  - 3) określenie trybu, w jakim udzielana będzie koncesja;
  - 4) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert;
  - 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a w przypadku udzielania koncesji w trybie przetar-

gu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem także znaczenie warunków udziału w postępowaniu;

- 6) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
  - 7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie.
5. Do ogłoszenia o koncesji przepisy art. 40 ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.
6. W postępowaniu, o którym mowa w ust. 1, mogą uczestniczyć wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego.
7. Koncesji udziela się, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.
8. Jeżeli wartość koncesji jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:
- 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Prezesowi Urzędu drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu;
  - 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Prezesowi Urzędu, w sposób inny niż określony w pkt 1.
9. Jeżeli wartość koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:
- 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
  - 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w sposób inny niż określony w pkt 1.
1. Udzielanie koncesji na roboty budowlane to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane z przewidzianą szczególną formą wynagrodzenia wykonawcy (patrz art. 2 pkt 4). Jej wykonywanie następuje, podobnie jak realizacja każdego zamówienia, w oparciu o umowę cywilnoprawną zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zwanym w tym przypadku koncesjonariuszem. Użyte pojęcie „koncesja” nie pozostaje więc w żadnym związku z identycznym pojęciem występującym np. w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej<sup>1</sup>, w którym koncesja ma charakter pozwolenia administracyjnego na prowadzenie działalności gospodarczej.
2. Zawarte w art. 2 pkt 4 przesądzenie, iż koncesja jest zamówieniem publicznym skutkuje obowiązkiem stosowania w postępowaniu o udzielenie koncesji wszelkich przepisów Pzp, o ile przepisy niniejszego rozdziału lub inne przepisy ustawy nie przewidują rozwiązań szczególnych.
3. Niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia oraz bez konieczności wystąpienia jakichkolwiek przesłanek ustawowych zamawiający może przeprowadzić postępowanie, którego celem jest udzielenie koncesji, stosując jeden z trzech trybów — przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony lub negocjacje z ogłoszeniem, bez konieczności re-spektowania przesłanek zastosowania tego trybu. Uznanie negocjacji z ogłoszeniem za

<sup>1</sup> Dz. U z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

równoprawne trybom przetargowym jest szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż udzielanie koncesji wiąże się z koniecznością analizy wielu warunków realizacji zamówienia i zapoznania się z koncepcjami wykonawców dotyczącymi jej wykonywania. Tryb negocjacji z ogłoszeniem umożliwia to w sposób pełniejszy niż tryby przetargowe.

4. Niezależnie od trybu, w jakim będzie udzielane zamówienie (koncesja) postępowanie wszczynane się poprzez zamieszczenie ogłoszenia o koncesji. Brzmienie ust. 1 precyzyjniej niż w przypadku analogicznych przepisów dotyczących trybów, w którym udzielana może być koncesja przesądza, iż wszczęciem postępowania będzie zawsze zamieszczenie ogłoszenia w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronach internetowych. Przepis wskazuje więc, że dla skutecznego wszczęcia postępowania niezbędne są oba wymienione miejsca ogłoszenia. Przy określonych wartościach zamówienia (koncesji) ogłoszenie musi być też zamieszczone w BZP lub OJ. Jeśli wartość ta nie przekracza kwoty, określonej dla robót budowlanych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ogłoszenie zamieszcza się w BZP, zgodnie z wzorem ogłoszenia określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędy Zamówień Publicznych<sup>1</sup>. W przypadku postępowania o większej wartości zastosowanie znajdują wzory określone w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005, ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>2</sup>. W świetle obowiązku stosowania określonych w aktach prawnych wzorów ogłoszeń, wymienienie w ust. 4 obowiązkowych elementów ogłoszenia o koncesji jest przede wszystkim wskazaniem na istotne znaczenie tych informacji. Należy uznać, że przy naruszeniu tego przepisu podczas przekazywania ogłoszeń do BZP nastąpi wezwanie zamawiającego przez Prezesa Urzędu do sprostowania ogłoszenia w trybie art. 11 ust. 3. Brak jednego z tych elementów może być również uznany za naruszenie ustawy, które ma rażąco charakter, bowiem narusza zakres zasady jawności zdefiniowany ustawą. Postępowanie poprzedzone takim wadliwym ogłoszeniem powinno być unieważniane. Za cel wskazania w ustawie niektórych elementów ogłoszenia o koncesji nie może być natomiast uznane zdefiniowanie obowiązków zamawiającego, udzielającego koncesji o wartości poniżej 60 000 euro, w których to postępowaniach nie znajdują zastosowania wzory ogłoszeń. Do zamówień tej wielkości stosuje się art. 4a, który określa zawartość ogłoszeń o wszczęciu postępowania poniżej tej wartości.
5. Obowiązek zastosowania art. 40 ust. 5 i 6 oznacza, że ogłoszenie o koncesji może być opublikowane w inny, dowolny sposób, tzn. poza oficjalnym publikatorem, siedzibą zamawiającego i stroną www, np. w prasie. Ponadto niezbędne będzie dostosowanie treści ogłoszeń zamieszczanych w siedzibie, na stronach www oraz publikowanych w nieobowiązkowych formach do zawartości ogłoszeń publikowanych w BZP lub OJ. Ogłoszenia zamieszczane poza oficjalnymi publikatorami nie mogą zawierać więcej informacji niż kierowane do publikacji w dziennikach urzędowych.
6. Zastosowanie art. 40 ust. 6 oznacza również, że opublikowanie ogłoszenia w jakikolwiek sposób, w tym we własnej siedzibie i stronach internetowych, możliwe jest dopiero po przekazaniu ogłoszenia do publikacji w publikatorze oficjalnym. Jednocześnie w związku z jednoznacznym określeniem momentu wszczęcia postępowania o udzielenie koncesji należy wskazać, iż przesądza to o obowiązku zamieszczenia ogłoszeń o których mowa w ust. 1 przed opublikowaniem ogłoszeń w jakikolwiek inny sposób, w tym w oficjalnych publikatorach. W innym przypadku ogłoszenia w BZP lub OJ ukazały się przed wszczęciem postępowania.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 609.

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1.

7. Konieczność wskazania w ogłoszeniu terminów składania ofert (w trybie przetargu nieograniczonego) oznacza, iż znajdują zastosowanie wszelkie przepisy dotyczące tego terminu, określone w przepisach o przetargu nieograniczonego. W kontekście przepisów zawartych w ust. 8 i 9 szczególną uwagę zwraca brak zakazu skracania terminów składania ofert z zastosowaniem przepisów dla zamówień udzielanych w tym trybie. Oceniając powyższą regulację w świetle przepisów dyrektywy 2004/18 należy jednak wskazać, że nie przewiduje ona krótszych niż podstawowe terminów w postępowaniu o udzielenie koncesji. Taki kształt regulacji w prawie europejskim wskazuje, że pomimo braku wyraźnego zakazu skracania terminów składania ofert w postępowaniach o udzielenie koncesji prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, określenie tych terminów na czas dłuższy niż 52 dni w postępowaniach objętych regulacjami dyrektywy (tzn. o wartości powyżej progu, określonego dla robót budowlanych w rozporządzeniu wydanym na podst. art. 11 ust. 8) byłoby niewłaściwe. W postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, jeśli wartość przedmiotu zamówienia jest mniejsza od tego progu, termin na składanie ofert wynosi 30 dni, tak jak we wszystkich postępowaniach tej wartości, których przedmiotem są roboty budowlane. W przypadku postępowań w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi 45 dni (przy zastosowaniu formularzy i drogi internetowej do przekazywania ogłoszenia) lub 52 dni przy przekazywaniu go w inny sposób. Termin ten nie może ulec skróceniu.
8. Koncesji udzielają wyłącznie zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a. Przesądza to jednoznacznie brzmienie ust. 1 oraz dodatkowo art. 138 ust. 2, który wskazuje, że w przypadku udzielania zamówień sektorowych przepisy ustawy (nie tylko tego rozdziału, lecz również innych) nie znajdują zastosowania. Ponadto z brzmienia ust. 1 należy wnioskować, że do udzielania koncesji przepisów niniejszego rozdziału nie stosują zamawiający, na których nałożono obowiązek stosowania ustawy zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6. Żądanie takie w świetle art. 128 ust. 1 należałoby uznać za nieuprawnione.
9. Przyjmując, zgodnie z art. 2 ust. 4, iż koncesja na roboty budowlane jest zamówieniem publicznym na takie roboty należy uznać, że wyłącznie wykonanie zamówienia w zakresie wykonywania robót objętych umową w sprawie zamówienia będzie stanowić wykonywanie koncesji. Dalsze czynności związane z eksploatacją obiektu będą zaś działaniami mającymi na celu realizację wynagrodzenia za wykonanie koncesji. Tym samym przewidziany w art. 121 obowiązek stosowania przez koncesjonariuszy Pzp przy wykonywaniu koncesji należy uznać za spełniony wraz z zakończeniem inwestycji, tzn. wykonaniem robót budowlanych. Do dalszych czynności związanych z eksploatacją obiektu Pzp stosować będą jedynie koncesjonariusze, którzy są podmiotowo zobowiązani do stosowania ustawy.
10. Zamawiający, określając warunki, których spełnienie zgodnie z ust. 6 umożliwi wykonawcy uczestnictwo w postępowaniu jest zobowiązany respektować postanowienia art. 22–26, tak, jak w postępowaniu prowadzonym w związku z każdym innym zamówieniem. Warunki te nie mogą mieć charakteru dyskryminującego. Jednakże, po zweryfikowaniu spełnienia przez wykonawcę minimalnych wymogów w zakresie warunków udziału w postępowaniu zamawiający może dokonywać oceny ofert również poprzez porównywanie sposobu spełniania tych warunków, i to niezależnie od trybu w jakim udziela zamówienia. Nie musi przy tym, jak to ma miejsce w przypadku innych zamówień udzielanych w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, czynić z tego odrębnego etapu postępowania, traktując tą ocenę jako element oceny ofert.
11. Przesądzenie, iż koncesja jest zamówieniem na roboty budowlane decyduje, że dla obliczania wartości koncesji stosuje się przepisy odnoszące się do ustalenia wartości zamówień, których przedmiotem są takie roboty.



## **Art. 129. [Wyłączenie]**

**W postępowaniu mającym na celu udzielenie koncesji do oceny ofert nie stosuje się przepisu art. 91 ust. 3.**

Pzp dopuszcza przy udzielaniu koncesji posługiwanie się podmiotowymi kryteriami oceny ofert. Kryteria te mogą być jednak formułowane wyłącznie w oparciu o informacje zawierające się w dokumentach, których zamawiający może żądać zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>, jest to bowiem wyłączny zakres wiedzy o wykonawcy, jakiej może żądać zamawiający.

## **Art. 130. [Podwykonawstwo, wspólne ubieganie się o udzielenie koncesji]**

- 1. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może żądać, aby wykonawca, któremu udzielono koncesji (koncesjonariusz), zawarł z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo o wartości stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji.**
- 2. Umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji oraz umowy z podmiotami będącymi w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. Nr 184, poz. 1539 oraz z 2006 r. Nr 157, poz. 1119) nie są uważane za umowy o podwykonawstwo w rozumieniu ust. 1.**
- 3. Wykonawca składa wraz z ofertą listę podmiotów, o których mowa w ust. 2; w przypadku zaistnienia zmian w stosunkach pomiędzy wykonawcą a tymi podmiotami wykonawca jest obowiązany złożyć aktualną listę.**

1. Udzielając koncesji zamawiający, zgodnie z własną decyzją, może zażądać w SIWZ aby wykonawca nie mniej niż 30% wartości koncesji, ustalonej zgodnie z przepisami dotyczącymi ustalania wartości zamówień na roboty budowlane, zrealizował poprzez zlecenie zadań podwykonawcom. Przepis określa maksymalny pułap żądania zamawiającego, który może zażądać powierzenia podwykonawcom takiej części robót, albo części mniejszej niż 30%, albo zrezygnować z takiego żądania. Regulacja ta nie ogranicza wykonawców w powierzaniu podwykonawcom wskazanym w ofercie więcej niż 30% robót objętych koncesją. Żądanie to ma charakter uzupełniający w stosunku do regulacji art. 36 ust. 4 i 5 i nie wyłącza ich stosowania. Możliwe jest więc zażądanie przez zamawiającego wskazania nazw proponowanych podwykonawców. Nie jest natomiast możliwe, aby konkretni podwykonawcy zostali wskazani przez zamawiającego. Ponieważ umowa w sprawie zamówienia, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji, będzie umową w sprawie robót budowlanych, zastosowanie natomiast art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zmiana zaproponowanych podwykonawców będzie wymagała zgody Inwestora (zamawiającego). Przepis ust. 2 dla potrzeb ewentualnego żądania zawarcia umów podwykonawczych zawęża pojęcie podwykonawcy, wyłączając z niego podmioty powiązane z wykonawcą, tzn. podmioty zależne lub dominujące. Dla ustalenia, czy przyszłe umowy o podwykonawstwo, wypełniające żądanie wskazane w SIWZ nie będą zawierane z podmiotami powiązanymi, wykonawca wraz z ofertą składa kompletną listę przedsiębiorstw pozostających z nim w stosunku zależności lub dominacji. Nie wskazanie na liście o której mowa w ust. 3 przedsiębiorstwa, które powinny zostać wskazane lub przedsiębiorstwa z którym stosunek zależności lub dominacji zostanie ukształtowany po złożeniu oferty, nie umożliwia

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605.

uznania go za podwykonawcę. Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie koncesji postanowienia dotyczące przedsiębiorstw powiązanych odnoszą się do wszystkich występujących wspólnie wykonawców.

2. Ustawa nie wskazuje na jakikolwiek obowiązkowy moment zawarcia umów o podwykonawstwo przez wybranego w postępowaniu koncesjonariusza. Wskazanie, że chodzi o wykonawcę, któremu koncesji udzielono oznacza, że bezprawne byłoby żądanie zawarcia umów podwykonawczych przed udzieleniem zamówienia na koncesję. Szczątkowa regulacja w tym zakresie sprawia, że za prawidłowe należy uznać zawarcie umów podwykonawczych w dowolnym momencie wykonywania zamówienia. Jedynie nie wywiązanie się z tego zobowiązania będzie uznane za wykonanie umowy niezgodnie z ofertą. Nie będzie to jednak czynność, do której odnosi się art. 140 ust. 1, gdyż ten dotyczy wyłącznie zakresu świadczenia. Podwykonawstwo lub jego brak jest jedynie sposobem spełnienia świadczenia o określonym zakresie.
3. Pojęcia „podmiot dominujący” oraz „podmiot zależny” zostały zdefiniowane w art. 4 pkt 14 i 15 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych<sup>1</sup>. Podmiotem dominującym jest podmiot, który posiada bezpośrednio lub pośrednio przez inne podmioty większość głosów w organach innego podmiotu, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających innego podmiotu, lub więcej niż połowa członków zarządu drugiego podmiotu jest jednocześnie członkami zarządu, prokurentami lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego podmiotu bądź innego podmiotu pozostającego z tym pierwszym w stosunku zależności. Podmiotem zależnym jest podmiot, w stosunku do którego inny podmiot jest podmiotem dominującym, przy czym wszystkie podmioty zależne od tego podmiotu zależnego uważa się również za podmioty zależne od tego podmiotu dominującego.

#### **Art. 131. [Obowiązki koncesjonariusza]**

1. **Koncesjonariusz, który jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5, jest obowiązany stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji.**
2. **Koncesjonariusz, który nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 wynikających z wykonywania koncesji:**
  - 1) **jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy dotyczących:**
    - a) ogłoszenia o zamówieniu,
    - b) ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane,
    - c) określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2;
  - 2) **jest obowiązany do prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1;**
  - 3) **może nie stosować przepisów, o których mowa w pkt 1, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1.**
3. **Przepisu ust. 2 nie stosuje się do udzielania zamówień podmiotom będącym w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instru-**

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 184, poz. 1539 z późn. zm .

**mentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych a także podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji.**

1. Zakres stosowania ustawy przez wykonawców koncesji (koncesjonariuszy) jest uzależniony od ich statusu formalnoprawnego. Jednakże w każdym przypadku celem regulacji jest zobowiązanie koncesjonariusza do zapewnienia przejrzystych reguł wykonywania koncesji. Ustawa określa przy tym jedynie minimalny zakres obowiązków koncesjonariusza, a przepisy o wykonywaniu koncesji nie mogą prowadzić do odstąpienia od stosowania innych regulacji ustawy, jeśli na ich podstawie zakres obowiązków podmiotu będącego koncesjonariuszem jest szerszy.
2. Koncesjonariusze, którzy posiadają status zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a są zobowiązani do stosowania wszelkich przepisów Pzp do całej swojej działalności, a więc również do zamówień związanych z wykonywaniem koncesji. Zakres stosowania ustawy przy wykonywaniu koncesji jest przy tym identyczny jak w przypadku pozostałej działalności. Oznacza to w konsekwencji, że w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 jest on uzależniony od obszaru działalności, którego dotyczy koncesja. Jeżeli zawiera się w działalności podlegającej przepisom o zamówieniach sektorowych, wówczas do wykonywania koncesji taki koncesjonariusz stosuje przepisy ustawy zgodnie z postanowieniami art. 132–138f.
3. Koncesjonariusze będący jednocześnie zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 stosują do wykonywania koncesji przepisy Pzp w całości. Aby jednak zyskać status zamawiającego, o którym mowa w tym przepisie podmiot będący koncesjonariuszem musi uzyskać i przeznaczyć na finansowanie zamówienia będącego przedmiotem koncesji środki publiczne lub zapewnić sobie współfinansowanie takiego przedsięwzięcia przez zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a. Pozyskaniem środków publicznych nie będzie przy tym zapłata za wykonywanie koncesji. Zapłata taka jest elementem wynagrodzenia, które po jego przekazaniu nie stanowi już środków publicznych. Przedmiot zamówienia musi mieć przy tym wartość wyższą niż zobowiązująca do stosowania ustawy zgodnie z art. 3. ust 1 pkt 5, a udzielane zamówienie musi dotyczyć wskazanych w przywołanym przepisie rodzajów robót budowlanych lub usług im towarzyszącym.
4. Koncesjonariusze, będący jednocześnie zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 są podmiotowo zobowiązani do stosowania przepisów ustawy przy udzielaniu zamówień w celu wykonywania określonych rodzajów działalności (zamówień sektorowych). Oznacza to, że w przypadku wykonywania koncesji uzależniają sposób stosowania Pzp od obszaru działalności, którego dotyczy koncesja. Jeżeli zakres działań objętych umową koncesji zawiera się w działalności podlegającej przepisom o zamówieniach sektorowych, wówczas taki koncesjonariusz do wykonywania koncesji stosuje przepisy ustawy tak, jak przy udzielaniu innych zamówień sektorowych. Jeśli natomiast koncesja dotyczy innej działalności, koncesjonariusz stosuje wyłącznie postanowienia art. 131 ust. 2.
5. Koncesjonariusze, którzy są jednocześnie zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 6 (tzn. z innych tytułów niż uzyskanie koncesji otrzymali środki publiczne, których wydatkowanie zgodnie z wolą podmiotu, które im przekazał powinno mieć miejsce z zastosowaniem Pzp) mogą zostać zobowiązani do stosowania przepisów Pzp w zakresie szerszym, niż przewidziany w art. 131 ust. 2 przez podmiot przekazujący im środki, z których będzie współfinansowane wykonywanie koncesji. Prawo to przysługuje przekazującemu środki nie na podstawie przepisów o koncesji, ale normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 6.
6. Pozostali koncesjonariusze są zobowiązani do stosowania niektórych przepisów Pzp wymienionych w art. 131 ust. 2. W wyniku nowelizacji kwietniowej wyraźnie ograniczono

zakres tych obowiązków wskazując, iż wszelkie postanowienia komentowanego przepisu dotyczą koncesjonariusza wyłącznie wówczas, gdy udziela zamówień na roboty budowlane o wartości co najmniej takiej, jak określona dla robót budowlanych w rozporządzeniu wydanym na podst. art. 11 ust. 8. Oznacza to, że koncesjonariusz, który uzyskał zamówienie będące koncesją, wykonując roboty budowlane będące jej przedmiotem, w żadnej sytuacji nie zastosuje Pzp, gdy do realizacji zamówienia będzie nabywał usługi lub dostawy oraz gdy nabywane przez niego roboty budowlane nie przekroczą wartości, wynikającej z przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8.

7. W świetle powyższej tezy przy wykonywaniu koncesji respektowanie zasad równości i uczciwej konkurencji przy wyborze wykonawców niezbędne jest tylko w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane o znaczącej wartości. Podobnie wygląda obowiązek respektowania zasady jawności, która dodatkowo została ograniczona wyłącznie do stosowania przez koncesjonariusza przepisów dotyczących ogłoszenia o zamówieniu. Ze względu na wartość zamówień, których ta regulacja dotyczy, ogłoszenia takie w każdym przypadku będą zamieszczane w OJ oraz w inny sposób, wskazany w przepisach dotyczących ogłoszeń w poszczególnych trybach udzielania zamówień, stosowanych do udzielania koncesji. W stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji kwietniowej zdjęto z koncesjonariuszy obowiązek zamieszczania nie tylko wstępnego ogłoszenia informacyjnego (jak dotychczas), ale również ogłoszenia o udzielonym zamówieniu, ogłoszenia o konkursie oraz ogłoszenia o wynikach konkursu.
8. Z obowiązku stosowania przepisów o ogłoszeniach wynika kolejny, dodany w wyniku nowelizacji kwietniowej obowiązek stosowania przepisów dotyczących ustalania wartości zamówień na roboty budowlane. Wyłącznie ustalenie tej wartości w oparciu o przepisy Pzp pozwoli na uzyskanie informacji, czy przepisy dotyczące konieczności ogłaszania postępowań przez koncesjonariusza znajdują zastosowanie. Tak sformułowany przepis art. 131 ust. 2 pkt 1 lit b, pomimo iż dotyczy wyłącznie zamówień o wartości nie mniejszej niż wynikająca z przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8, w praktyce spowoduje konieczność sporządzania kosztorysów inwestorskich lub programu funkcjonalno-użytkowego przez koncesjonariuszy, przygotowujących inwestycję o wartości zbliżonej do podanego progu. Dopiero ustalenie wartości zamówienia zgodnie z art. 33 pozwoli na stwierdzenie, czy stosowanie przepisów o ogłoszeniach jest niezbędne. Żadna inna podstawa ustalenia wartości nie pozwoli na uzyskanie jednoznacznej i nie grożącej naruszeniem przepisu odpowiedzi, czy koncesjonariusz jest zwolniony z obowiązku zamieszczania ogłoszeń.
9. Jeśli po ustaleniu wartości zamówienia udzielanego przez koncesjonariusza, okaże się, że jest ona wyższa od wynikającej z przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8, jest on zobowiązany nie tylko do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, ale również do stosowania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz składania ofert zgodnych z wskazanymi w przepisach art. 49 ust. 1 i 2, a także składania ofert zgodnie z terminami określonymi w art. 52 ust. 2. W przywołanym przepisie zbędne jest odesłanie do art. 49 ust. 1, który dotyczy terminów obowiązujących przy udzielaniu zamówień o wartościach, do których nie znajdują zastosowania przepisy dyrektyw. Z samej treści ust. 2 art. 131 wynika, że w przypadku takich zamówień koncesjonariusz nie jest zobowiązany do stosowania jakichkolwiek przepisów ustawy. Należy również zwrócić uwagę, że w odróżnieniu od innych zamawiających koncesjonariusz, ustalając termin składania wniosków nie będzie mógł skorzystać z możliwości skrócenia tych terminów w sytuacji wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Uniemożliwia to brak odesłania do art. 49 ust. 3, który dotyczy takich przypadków. Komentowany przepis nie wyjaśnia ponadto, jaki termin powinien zachować koncesjonariusz na złożenie ofert, które nie będą poprzedzane wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w sytuacji, gdy udziela zamówienia w sposób zbliżony do przetargu

nieograniczonego. Brak wskazania tego terminu przesądza, jak się wydaje, o braku możliwości skorzystania przez koncesjonariusza w sposób odpowiedni z przepisów o przetargu nieograniczonym przy udzielaniu zamówień.

10. Ograniczony zakres stosowania ustawy przez koncesjonariuszy nie będących zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–5 skutkowało do czasu nowelizacji z kwietnia 2006 r. brakiem możliwości korzystania przez nich z tych rozwiązań ustawy, które dotyczyły udzielania zamówień w trybach bez ogłoszenia. Możliwość taka została stworzona w wyniku dodania do art. 131 ustępu 3. W przypadku wystąpienia przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu z wolnej ręki koncesjonariusz może odstąpić od ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji również zachowywania terminów oraz ustalania wartości zamówienia w oparciu o przepisy Pzp, gdyż ten ostatni obowiązek służył jedynie uzyskaniu odpowiedzi, czy niezbędne jest zamieszczanie ogłoszenia. Przy stosowaniu trybów negocjacyjnych staje się więc bezprzedmiotowy.
11. Przepisy art. 131 ust. 2 i 3 określają minimalny zakres obowiązków koncesjonariusza niebędącego jednocześnie zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust 1–3a i 5 przy wykonywaniu koncesji. Jednocześnie wypełnienie ich wymogów jest w pełni wystarczające dla osiągnięcia zgodności z ustawą. Należy więc wskazać, że zamawiający, który udziela koncesji nie może uzależnić jej udzielenia od stosowania przez koncesjonariusza ustawy w szerszym zakresie, niż wynika to z art. 131 ust. 2 i 3. Błędne byłoby powołanie się w takiej sytuacji na przepis art. 3 ust. 1 pkt 6, który umożliwia zobowiązanie dowolnego podmiotu do stosowania Pzp przy przekazywaniu mu środków przez inny podmiot, bowiem art. 3 ust. 1 pkt 6 dotyczy przekazywania środków, a nie udzielania koncesji.

## **Rozdział 5**

### **Zamówienia sektorowe**

#### **Art. 132. [Działalność sektorowa]**

1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej „zamówieniami sektorowymi”, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:
  - 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
  - 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
  - 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
  - 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
  - 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
  - 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
  - 7) świadczenia usług pocztowych.

2. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz działalnością związaną z pozyskiwaniem wody pitnej.
  3. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 7, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych ze świadczeniem usług: zarządzania usługami pocztowymi, przesyłania zakodowanych dokumentów za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji, zarządzania bazami adresowymi, przesyłania poleconej poczty elektronicznej, finansowych, filatelistycznych i logistycznych w szczególności przewozu przesyłek towarowych oraz ich konfekcjonowania i magazynowania.
1. Rozdział dotyczący zamówień sektorowych został istotnie zmieniony w ramach nowelizacji dokonanej w kwietniu 2006 roku. Wpływ na te zmiany miała treść Dyrektywy 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.<sup>1</sup> W Dyrektywie tej uznano, że nie ma potrzeby dalszego regulowania poprzez przepisy dotyczące zamówień publicznych zamówień dokonywanych w sektorze telekomunikacyjnym, natomiast reżimem sektorowym został objęty sektor pocztowy. Dalsze zmiany są omawiane przy kolejnych przepisach komentowanego rozdziału.
  2. To, czy dane zamówienie będzie mogło być uznane za sektorowe zależy od odpowiedzi na pytanie, czy jest ono udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w art. 132 ust. 1 pkt 1–7. Określenie „w celu wykonywania” może rodzić wątpliwości interpretacyjne. Pojęcie to powinno być interpretowane szeroko. Jeżeli określona firma prowadzi jedynie działalność sektorową nie powinno ulegać wątpliwości, że np. zakup papieru do drukarek, zakup benzyny do samochodów, budowa nowego budynku administracji, itp. to zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej. Dla uznania danego zamówienia za sektorowe nie stanowi wystarczającego argumentu to, że jest ono finansowane z działalności sektorowej, w oderwaniu od tego, czy zamówienie to byłoby udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej.
  3. Sam przedmiot zamówienia nie zawsze musi przesądzać o jego sektorowym charakterze. Określenie „cel” wiąże się nieraz z konkretnymi zamiarami zamawiającego. Np. wzięcie kredytu w celu zakupu akcji firmy energetycznej nie musi być postrzegane jako zamówienie udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej, gdy inwestycja jest tzw. inwestycją portfelową. Nie będzie jednak wątpliwości co do sektorowego typu zamówienia, gdy zamawiający (np. wytwórca ciepła) kupuje akcje innego wytwórcy ciepła po to, aby docelowo połączyć te dwie firmy i wykorzystać efekt synergii.
  4. Powstaje pytanie, czy można mówić o zamówieniu sektorowym wtedy, gdy dany podmiot nie rozpoczął jeszcze działalności sektorowej, ale zamówienie jest bezpośrednio związane z tą działalnością, np. zamówienie na budowę dużej kotłowni dokonywane przez podmiot, który zamierza prowadzić działalność polegającą na wytwarzaniu ciepła. Należy przyjąć, że ocena co do tego, czy zamówienie jest udzielane w celu wykonywania określonej działalności sektorowej powinna być oderwana od tego, czy dany podmiot już taką działalność prowadzi.
  5. Powstaje pytanie, czy prawo zamówień publicznych powinny stosować firmy prowadzące działalność deweloperską w branżach, o których mowa w art. 132 ust. 1. Odpowiedź na to pytanie jest negatywna, bowiem nie jest celem tych firm prowadzenie działalności sektorowej, o której mowa wyżej. Ich celem jest najczęściej sprzedanie przygotowanej

<sup>1</sup> Blżej na temat wspólnych aktów prawnych zob. A. Sołtysińska „Europejskie Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wyd. Zakamycze, 2006 r.

inwestycji przedsiębiorcom, którzy będą w oparciu o nabytą infrastrukturę prowadzić działalność sektorową. Wspomniane firmy deweloperskie nie posiadają, bowiem nie muszą posiadać, żadnych koncesji ani taryf związanych z działalnością sektorową. Nie przysługują im w związku z tym żadne prawa szczególne lub wyłączne, o których mowa w art. 3 ust. 4. Prowadzone przez nich działania są podejmowane na rynku konkurencyjnym. Przykładem firm deweloperskich, o których mowa, są firmy przygotowujące inwestycje w zakresie nowych źródeł energii.

6. Działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 reguluje bliżej ustawa Prawo geologiczne i górnicze<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 6 pkt 4 i 5 tej ustawy „poszukiwaniem jest wykonywanie prac geologicznych w celu odkrycia i wstępnego udokumentowania zasobów złóż kopalin lub wód podziemnych”, a „rozpoznawaniem jest wykonywanie prac geologicznych na obszarze wstępnie udokumentowanego złoża kopaliny lub wód podziemnych”. Z kolei art. 15 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy przewiduje, że działalność gospodarcza w zakresie poszukiwania lub rozpoznawania złóż kopalin oraz wydobywania kopalin ze złóż, wymaga koncesji.
7. Zgodnie z ustawą Prawo lotnicze<sup>2</sup> zarządzającym lotniskiem jest podmiot, który został wpisany jako zarządzający do rejestru lotnisk cywilnych (art. 2 pkt 7). Zarządzanie lotniskiem wymaga uzyskania certyfikatu (art. 160) oraz zezwolenia (art. 173 ust. 1 pkt 1). Zagadnienia zarządzania portami morskimi reguluje ustawa o portach i przystaniach morskich<sup>3</sup>. W odniesieniu do zarządzania portami śródlądowymi znajduje zastosowanie ustawa o żegludze śródlądowej<sup>4</sup>.
8. Przez sieć, w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne<sup>5</sup>, należy rozumieć instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania i dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstw energetycznych (art. 3 pkt 11). Z kolei przedsiębiorstwem energetycznym jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania i dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi (art. 3 pkt 12).
9. Tworzenie stałych sieci, o których mowa w ust. 3 i 4 nie może być utożsamiane z wykonywaniem jakichkolwiek usług, dostaw czy robót budowlanych niezbędnych dla ich powstania. Przez tworzenie stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej należy rozumieć długi proces określony przepisami ustawy Prawo energetyczne. Proces ten wiąże się, między innymi, z tworzeniem planów rozwoju przedsiębiorstw energetycznych oraz opracowywaniem założeń do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe, przygotowywanym dla obszaru gminy lub jej części. Co do zasady działalność przedsiębiorstw energetycznych polegająca na obrocie energią elektryczną, gazem lub ciepłem, w sytuacji, gdy nie były one przez nią wytworzone nie jest dostarczaniem do sieci w rozumieniu ust. 1 pkt 3. O dostarczaniu do sieci w rozumieniu tego przepisu mowa wtedy, gdy energia elektryczna, gaz lub ciepło są dostarczane fizycznie przez podmiot, który jest ich wytwórcą.
10. Nietrafnie wiąże się dostarczanie do sieci, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 z dostarczaniem tylko do sieci operatorów systemów przesyłowych w rozumieniu prawa energetycznego. Po pierwsze, istotne znaczenie ma dostarczenie do sieci bez względu na to, kto jest jej

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. 2002 r. Nr 110, poz. 967 z późn. zm.

<sup>4</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 857.

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

właścicielem (operator nie musi być właścicielem sieci), po drugie, dostarczanie dotyczy w takim samym stopniu sieci służącej dystrybucji jak i świadczeniu usług przesyłowych.

11. Działalnością, o której mowa w ust. 1 pkt 4 będą zajmowały się z reguły przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjne, czyli, zgodnie z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków<sup>1</sup> przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, którzy prowadzą działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków. Na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków jest wymagane uzyskanie zezwolenia wydawanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w drodze decyzji (art. 16 ust. 1).
12. W odniesieniu do rodzajów działalności, o których mowa ust. 1 pkt 5 i 6, istotne znaczenie mają ustawa o transporcie kolejowym<sup>2</sup> oraz ustawa o transporcie drogowym<sup>3</sup>. Przepisy te, między innymi, szczegółowo regulują problematykę licencji i zezwoleń na wykonywanie określonych rodzajów działalności gospodarczej.
13. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe<sup>4</sup> usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe:
  - przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek oraz druków nieopatrzonych adresem, zwanych dalej „drukami bezadresowymi,
  - prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjęcie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów,
  - realizowanie przekazów pocztowych.Nie stanowi usługi pocztowej:
  - przemieszczanie i doręczanie własnych przesyłek, jeżeli jest wykonywane bez udziału osób trzecich,
  - przemieszczanie i doręczanie dokumentów dotyczących towarów przemieszczanych wraz z nimi,
  - przewóz rzeczy innych niż korespondencja, wykonywany na podstawie odrębnych przepisów,
  - wzajemna nieodpłatna wymiana korespondencji, dokonywana wyłącznie przez wymieniające się podmioty,
  - przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek przez pocztę specjalną ministra właściwego do spraw wewnętrznych,
  - przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek przez pocztę ministra Obrony Narodowej — wojskową pocztę polową.
14. Tak jak w kontekście stosowania ust. 1 kluczowe znaczenie ma badanie celu wykonywania określonej działalności gospodarczej, tak przy stosowaniu ust. 3 kluczowe znaczenie ma to, czy określony zamawiający udziela zamówień publicznych w celu świadczenia usług pocztowych. Jeżeli ich nie udziela, wtedy nie jest zobowiązany do stosowania ust. 3. Obowiązek jego stosowania aktualizuje się wówczas, gdy zamawiający udziela zamówień w celu świadczenia chociaż jednej z usług, o których mowa w art. 2 ust. 1 prawa pocztowego, nawet, gdy nie udziela zamówień w celu świadczenia innych usług określonych w tym przepisie.

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.



### Art. 133. [Zakres stosowania ustawy]

1. Do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
2. Zamawiający udzielający zamówień sektorowych są obowiązani uwzględniać w sprawozdaniu, o którym mowa w art. 98, także informacje dotyczące udzielonych zamówień sektorowych, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
3. Do zamówień sektorowych nie stosuje się przepisów art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3.

1. W Rozporządzeniu Komisji /WE/Nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. dla zamówień sektorowych przyjęto nowe progi wartości zamówienia, od których obowiązuje stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych: 442 000 euro dla usług i dostaw i 5 278 000 euro dla robót budowlanych. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich<sup>1</sup> wydane na podstawie delegacji ustawowej, o której mowa w art. 11 ust. 8 dla zamówień sektorowych wskazuje te kwoty jako obowiązujące w przypadku zamówień sektorowych.
2. Powstaje pytanie, na jakich zasadach udzielane są zamówienia, które mają charakter zamówień sektorowych, jednak ich wartość jest niższa od progów określonych w przywołanym wyżej rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Należy przyjąć, że bez względu na to, czy określony zamawiający stosuje Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, czy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4, w każdym przypadku nie ma obowiązku stosowania jego przepisów. Wynika to z tego, że zamawiający, niezależnie od tego, czy stosują ustawę na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, czy art. 3 ust. 1 pkt 4, jeżeli udzielają zamówienia w celu określonym w art. 132 ust. 1 stosuje ustawę tylko na zasadach określonych w rozdziale o zamówieniach sektorowych, a więc tylko wtedy, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zamówienie takie będzie udzielone na podstawie odrębnych procedur określonych przez zamawiających, których podstawą będzie nie Prawo zamówień publicznych, ale Kodeks cywilny. W niektórych tego typu wewnętrznych regulacjach (np. regulaminach) zawarte są postanowienia o „odpowiednim stosowaniu Prawa zamówień publicznych”. Wiele zawartych tam instytucji i regulacji może znaleźć odpowiednie stosowanie, jednakże z pewnością nie wszystkie. W szczególności w odniesieniu do zamówień, które nie są zamówieniami publicznymi nie będzie możliwe zastosowanie przepisów przewidujących wydanie decyzji administracyjnej przez Prezesa UZP ani odwołań wnoszonych do Prezesa Urzędu.
3. Niekiedy dane zamówienie w części może być zamówieniem sektorowym, w części zaś nie. W takiej sytuacji powstanie pytanie, na jakiej podstawie i na jakich zasadach ma być ono udzielone. Np. firma energetyczna zleca prace doradcze o wartości 500 000 euro, z których część ma dotyczyć dywersyfikacji działalności firmy i inwestycji w działalność hotelarską (ta część wyceniana jest na 150 000 euro). Ze względu na to, że wartość zamówienia sektorowego jest poniżej 400 000 euro nie znajdują zastosowania przepisy o zamówieniach sektorowych. Zamawiający, który stosuje Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 będzie zobowiązany do zastosowania jego przepisów na zasadach ogólnych (zamówienie nie będzie miało charakteru sektorowego). Gdyby z kolei zamówienie zawierało zarówno elementy zamówienia sektorowego (przekroczone progi dla zamówień sektorowych), jak i zamówienia nie mającego charakteru sektorowego, wtedy podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 będą zobowiązane prowadzić postępowanie na zasadach

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 604.

ogólnych. Biorąc pod uwagę powyższą konkluzję warto w takim przypadku zastanowić się, czy nie będzie właściwy, a jednocześnie dopuszczalny, podział zamówienia.

4. Zamawiający udzielający zamówień sektorowych nie są zobowiązani do zawiadamiania Prezesa Urzędu o zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata. Podobnie nie mają obowiązku zawiadamiania Prezesa w przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata.

#### **Art. 134. [Tryby udzielania zamówień]**

1. Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.
2. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.
3. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może wyznaczyć:
  - 1) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż:
    - a) 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną lub faksem,
    - b) 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w inny sposób niż określony w lit. a,
    - c) 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
  - 2) termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty;
  - 3) dowolny termin składania ofert, jeżeli wszyscy wykonawcy, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wyrazili na to zgodę.
4. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej.
5. Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:
  - 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1;
  - 2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.
6. Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:
  - 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1–5 i pkt 7–9;
  - 2) w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych;
  - 3) udziela się, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w nim określonego.

1. Regulacja zawarta w komentowanym artykule jest wyrazem opartego na dyrektywie sektorowej liberalnego podejścia do zamówień sektorowych. W przypadku tych zamówień w każdym przypadku zamawiający ma swobodę wyboru udzielenia zamówienia w jednym z trzech trybów: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem. Każdy z nich ma charakter publiczny, a wszczęcie postępowania wiąże się z ogłoszeniem. Swoboda wyboru polega na tym, że każdy z tych trybów może być zawsze zastosowany (ustawodawca nie określa jakichkolwiek przesłanek ich zastosowania). Ma to istotne znaczenie przy udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, bowiem zastosowanie tego trybu w odniesieniu do innych zamówień niż sektorowe wymaga zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 55 ust. 1.
2. Przepis ust. 3 przewiduje terminy w części krótsze, niż przewidziano w przepisach dotyczących trybów przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający udzielający zamówienia sektorowego może skorzystać z regulacji, o której mowa w art. 49 ust. 3, zawierającej terminy jeszcze krótsze. Krótszy termin dotyczy też składania ofert, może to być nawet dowolny termin w przypadku wyrażenia zgody przez wszystkich wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert.
3. Udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia wymaga spełnienia ustawowych przesłanek, z tym, że ich katalog jest szerszy niż przy udzielaniu zamówień innych niż sektorowe. Przy zamówieniach sektorowych można zastosować ten tryb także wtedy, gdy nie tylko w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (art. 62 ust. 1 pkt 1), ale także wtedy, gdy stało się tak po przeprowadzeniu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem.
4. „Szczególnie korzystne okoliczności”, o których mowa w ust. 6 pkt 3 nie muszą dotyczyć bezpośrednio szczególnej sytuacji, w jakiej znalazł się dany wykonawca. Jakiegokolwiek szczególnie korzystne okoliczności, jeśli trwają przez bardzo krótki okres, a jednocześnie pozwalają na udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od zwykłych cen rynkowych, uzasadniają udzielenie zamówienia sektorowego z wolnej ręki. Przykładem może być kupno starych komputerów z kilkudziesięcioprocentowym rabatem w związku z wejściem na rynek komputerów nowej generacji.
5. Należy przyjąć, że intencją ustawodawcy, który w ust. 6 pkt 1 nie uwzględnił art. 67 ust. 1 pkt 6 było ujęcie tej materii w szerszym wymiarze w ust. 6 pkt 3. Szerszy wymiar polega na uwzględnieniu zamówienia podstawowego udzielonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 67 ust. 1 pkt 6 odnosi się w tej mierze tylko do przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego). Za błąd ustawodawcy należy uznać odniesienie w ust 6 pkt 3 zamówień uzupełniających tylko do robót budowlanych, z pominięciem usług, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6.
6. Zamawiający udzielający zamówień sektorowych z wolnej ręki powinien pamiętać o obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 2), chyba, że zachodzą przesłanki zwalniające z tego obowiązku (art. 67 ust. 3).

#### **Art. 135. [Okresowe ogłoszenia informacyjne]**

- 1. Zamawiający, co najmniej raz w roku, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić w profilu nabywcy okresowe ogłoszenie**

informacyjne o planowanych w terminie następných 12 miesięcy zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych, których wartość dla:

- 1) robót budowlanych — jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
  - 2) dostaw — zsumowana w ramach danej grupy Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 133 ust. 1, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
  - 3) usług — zsumowana w ramach kategorii 1–16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 133 ust. 1, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.
2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może zamieścić w profilu nabywcy po przekazaniu ogłoszenia o profilu nabywcy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.
  3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do planowanych zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1, oraz planowanych zamówień udzielanych w trybie innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny.
  4. Do ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1, przepis art. 43 ust. 3 stosuje się odpowiednio.
  5. Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może zawierać zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. W takim przypadku zamawiający, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
  6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, zamawiający zaprasza wykonawców, którzy po opublikowaniu okresowego ogłoszenia informacyjnego poinformowali zamawiającego, że są zainteresowani udziałem w postępowaniu, do potwierdzenia tego zainteresowania, informując jednocześnie o terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
  7. Do zaproszenia, o którym mowa w ust. 6, przepis art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio.
1. Przed nowelizacją kwietniową zamawiający udzielający zamówień sektorowych mieli obowiązek, przynajmniej raz w roku, przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich okresowego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniach sektorowych, planowanych w terminie najbliższych 12 miesięcy. Na podstawie nowelizacji zamawiający zostali zwolnieni z tego obowiązku. Mogą oni jednak nadal, na zasadzie dobrowolności, korzystać z okresowych ogłoszeń informacyjnych.
  2. Pomimo wspomnianej zmiany przepisu dotyczącego okresowych ogłoszeń informacyjnych powinien być on nadal traktowany jako *lex specialis* w odniesieniu do art. 13. Oznacza to, że tak, jak zamawiający działający w sektorze finansów publicznych są zobowiązani corocznie publikować wstępne ogłoszenie informacyjne, w którym informują o planowanych zamówieniach w okresie najbliższego roku, tak zamawiający udzielający zamówień sektorowych, bez względu na to, czy przekazują do publikacji okresowe ogłoszenie informacyjne, czy też z możliwości tej nie korzystają, nie są zobowiązani do stosowania art. 13.
  3. Okresowe ogłoszenie informacyjne może obejmować zarówno zamówienia sektorowe jak i umowy ramowe, jednakże tylko wtedy, gdy stosowany jest tryb przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego. Przedmiotem okresowego ogłoszenia nie mogą być usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1.

4. Korzyścią dla zamawiającego, który zdecydował się opublikować okresowe ogłoszenie informacyjne jest to, że w przypadkach określonych w art. 43 ust. 2 (przetarg nieograniczony) zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE.
5. Powstaje pytanie, jaka powinna być treść zaproszenia, o którym mowa w ust. 5. Z jednej strony mogłoby się wydawać, że skoro skutkiem opublikowania takiego zaproszenia jest prawo do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, to wszelkie elementy ogłoszenia o zamówieniu powinny być zawarte w okresowym ogłoszeniu informacyjnym. Z drugiej jednak strony analiza przepisów ust. 6 i 7 wskazuje na to, że wszelkie elementy ogłoszenia (art. 48 ust. 2) powinny być zawarte dopiero w zaproszeniu, które zamawiający, po opublikowaniu okresowego ogłoszenia informacyjnego, kieruje do tych wykonawców, którzy poinformowali go, że są zainteresowani udziałem w postępowaniu. Z tego wynika, że zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe, zawarte w okresowym ogłoszeniu informacyjnym powinno być precyzyjne przede wszystkim w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ale nie musi zawierać wszystkich elementów koniecznych dla ogłoszenia (art. 48 ust. 2).

#### **Art. 136. [Podmioty powiązane]**

1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane, a w przypadku gdy wykonawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lub 4, również na dostawy, jeżeli są udzielane podmiotom:
  - 1) z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,
  - 2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
  - 3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,
  - 4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy— jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4; w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.
2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności, o której mowa w art. 132:
  - 1) jednemu z tych zamawiających lub
  - 2) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób określony w ust. 1, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przycho-

dów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz podmiotów, z którymi jest powiązany w sposób, o którym mowa w ust. 1.

3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych podmiotowi utworzonemu przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności, o której mowa w art. 132, przez jednego z tych zamawiających, pod warunkiem że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie.
4. Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w ust. 1–3.
5. Jeżeli spośród podmiotów, o których mowa w ust. 1, więcej niż jeden podmiot świadczy takie same lub podobne usługi albo wykonuje takie same lub podobne roboty budowlane na rzecz zamawiającego, uwzględnia się całkowity przychód wszystkich tych podmiotów osiągany ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych.

1. Nowelizacja z kwietnia 2006 r. w istotny sposób rozszerza możliwości współpracy między poszczególnymi spółkami działającymi w ramach jednej grupy kapitałowej, bez obowiązku stosowania przepisów Pzp. Przed tą nowelizacją wyłączenia stosowania Pzp dotyczyły tylko usług, obecnie dotyczą także robót budowlanych, a w przypadku, gdy wykonawca jest zamawiającym zobowiązanym do stosowania ustawy — także dostaw.
2. Zgodnie z ustawą o rachunkowości<sup>1</sup> przez konsolidację rozumie się „łączenie sprawozdań finansowych jednostek tworzących grupę kapitałową przez sumowanie odpowiednich pozycji sprawozdań finansowych jednostki dominującej, jednostek zależnych i nie będących spółkami handlowymi jednostek współzależnych, z uwzględnieniem niezbędnych wyłączeń i korekt” (art. 3 ust. 1 pkt 45). Przez „grupę kapitałową” rozumie się „jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi i nie będącymi spółkami handlowymi jednostkami współzależnymi” (art. 3 ust. 1 pkt 44). Przez jednostkę dominującą rozumie się „spółkę handlową, sprawującą kontrolę lub współkontrolę nad inną jednostką, a w szczególności: a) posiadającą bezpośrednio lub pośrednio przez udziały większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym innej jednostki (zależnej), także na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu, wykonującymi swe prawa głosu zgodnie z wolą jednostki dominującej, lub b) uprawnioną do kierowania polityką finansową i operacyjną innej jednostki (zależnej) w sposób samodzielny lub przez wyznaczone przez siebie osoby lub jednostki na podstawie umowy zawartej z innymi uprawnionymi do głosu, posiadającymi, na podstawie statutu lub umowy spółki, łącznie z jednostką dominującą, większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym, lub c) uprawnioną jako udziałowiec do powoływania albo odwoływania większości członków organów zarządzających lub nadzorczych innej jednostki (zależnej), lub d) będącą udziałowcem jednostki, której członkowie zarządu w poprzednim roku obrotowym, w ciągu bieżącego roku obrotowego i do czasu sporządzenia sprawozdania finansowego za bieżący rok obrotowy, stanowią jednocześnie więcej niż połowę składu zarządu tej jednostki (zależnej) lub osoby, które zostały powołane do pełnienia tych funkcji w rezultacie wykonywania przez jednostkę dominującą prawa głosu w organach tej jednostki (zależnej), lub e) będącą udziałowcem lub współnikiem innej jednostki współzależnej nie będącej spółką handlową i sprawującą współkontrolę nad tą jednostką wspólnie z innymi uprawnionymi do głosu” (art. 3 ust. 1 pkt 37). Z kolei przez jednostkę zależną rozumie się „spółkę handlową, która kontrolowana jest przez jednostkę dominującą” (art. 3 ust. 1 pkt 39).
3. Regulacja art. 136 nie dotyczy tylko relacji wewnątrz grup kapitałowych „połączonych” rocznymi skonsolidowanymi sprawozdaniami finansowymi, ale także sytuacji, gdy został

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.

utworzony przez zamawiających podmiot w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej. Jako, że podmiot ten ma wykonywać działalność gospodarczą będzie on przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>1</sup>. Rozwiązanie ustawowe w odniesieniu do zamawiających, którzy utworzyli wspólny podmiot w celu wykonywania działalności sektorowej obejmują tylko usługi i roboty budowlane, nie obejmują natomiast dostaw.

4. Jeżeli podmiot powiązany świadczył usługi w Polsce, bierze się pod uwagę okres 3 lat, a nie okres rozpoczynający się od 1 maja 2004 r., pomimo tego, że dopiero od tej daty Polska stała się członkiem UE. Przyjęcie wykładni wskazującej na to, że okres ten powinien być liczony dopiero od tej daty byłoby niezgodne z *ratio legis* tego przepisu oraz z wykładnią celowościową. W praktyce przepis ten w okresie dwóch miesięcy (marzec, kwiecień 2004) byłby przepisem martwym, co z pewnością nie było intencją ustawodawcy.
5. Niezwykle istotne znaczenie ma określenie relacji unormowań zawartych w ustępach 1 i 5. Należy przyjąć, że ust. 1 znajdzie zastosowanie tylko wtedy, gdy w grupie podmiotów powiązanych na zasadach określonych w tym przepisie wyłącznie jeden z podmiotów świadczyłby zamawiającemu określone usługi, a żaden inny nie świadczyłby usług takich samych lub podobnych. W takim przypadku bierze się pod uwagę przychód danego podmiotu ze wszystkich usług świadczonych dla zamawiającego lub innych podmiotów z tej samej grupy, a nie tylko przychód z rodzaju usług, które potencjalnie miałyby być przedmiotem zamówienia. W przypadku jednak, gdy określone lub podobne usługi świadczy na rzecz zamawiającego (ale tylko na rzecz zamawiającego, a nie innych podmiotów z grupy) więcej niż jeden podmiot z grupy, wtedy znajduje zastosowanie ust. 5, nie znajduje natomiast zastosowania ust. 1. Jeżeli np. firma A, której potencjalnie miałyby być udzielone zamówienie posiada obrót z zamawiającym ze świadczenia usług na poziomie 70%, a firma B z grupy świadczy na rzecz tego samego zamawiającego takie same usługi lub usługi podobne stanowiące 90% jej obrotów, sumuje się przychody obu spółek ze świadczenia usług (wszystkich) na rzecz zamawiającego. Jeżeli suma obrotów z zamawiającym przekracza 80%, zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp przy udzielaniu zamówienia firmie A. Powyższe rozważania dotyczą też analogicznie robót budowlanych.
6. W ust. 2 pkt 2 nie przewidziano sytuacji, w której okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata. Tymczasem w nowelizacji kwietniowej, w ust. 1 pkt 4 *expressis verbis* wskazano, iż „w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.” Ważne jest uwzględnienie *vacatio legis* tych przepisów. Badanie pewnych zjawisk w okresie trzyletnim ma, co do zasady, wskazać charakter i natężenie pewnych trwałych relacji, natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby podmioty, których byt prawny jest krótszy niż 3 lata nie mogły stosować komentowanych rozwiązań. Dlatego też należy przyjąć, że stosując ust. 2 pkt 2 można w odróżnieniu do spółek, których byt jest krótszy niż 3 lata, stosować analogicznie rozwiązanie, o którym mowa w, ust. 1 pkt 4.
7. W kontekście ust. 3 wyjaśnienia wymaga, jakie usługi mogą być potraktowane jako „podobne”. Nie budzi wątpliwości, że „usługami podobnymi” będą usługi należące do tej samej kategorii określonej w CPV. Nie oznacza to jednak, że tylko przynależność do tej samej kategorii uzasadnia zakwalifikowanie danych usług jako podobnych. CPV nie wyróżnia np. usług hotelarskich. Najniższą jednostką klasyfikacji jest w przypadku tych usług klasa. Można zatem niekiedy mówić o podobieństwie usług wchodzących w skład róż-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

nych klas tego samego działu. Ponadto nie tylko CPV może być punktem odniesienia przy kwalifikowaniu usług jako podobnych. Podobieństwo usług może wynikać np. z faktu, że są one świadczone na podstawie tych samych uprawnień albo do ich wykonania niezbędne są takie same kwalifikacje lub urządzenia. Podobieństwo to może być oparte i o to, że określone usługi służą temu samemu celowi gospodarczemu, a jednocześnie wykonywane są w podobny sposób. Wydaje się, że zawsze wymaga to indywidualnej oceny.

#### **Art. 137. [Wyłączenia przedmiotowe]**

**1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu gazu lub ciepła do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3, jeżeli:**

- 1) produkcja gazu lub ciepła stanowi niezbędną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz**
- 2) dostarczanie gazu lub ciepła ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 20% przeciętnych obrotów wykonawcy.**

**2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3, jeżeli:**

- 1) produkcja energii elektrycznej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz**
- 2) dostarczanie energii elektrycznej jest uzależnione wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat, łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.**

**3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu wody pitnej do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4, jeżeli:**

- 1) produkcja wody pitnej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz**
- 2) dostarczanie wody pitnej uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.**

1. Analiza komentowanego artykułu wskazuje na to, iż ustawodawca generalnie uznał, że podmioty, które dostarczają energię elektryczną, gaz, albo ciepło do sieci, ale stanowi to ich działalność uboczną, nie są zobowiązane do stosowania przepisów ustawy. Należy jednocześnie przyjąć, że te same podmioty, dla których omawiana działalność dotycząca gazu, energii elektrycznej, albo ciepła jest działalnością uboczną, ale które nie dokonują dostaw do sieci, a np. bezpośrednio do finalnego odbiorcy, powinny stosować przepisy ustawy.

2. Kiedy mowa o niezbędnej konsekwencji prowadzenia działalności innej, niż określona w art. 132 (ust. 1 pkt 1) lub o ekonomicznym wykorzystaniu produkcji (ust. 1 pkt 2) należy brać pod uwagę przede wszystkim względy natury technologicznej i organizacji produkcji.

#### **Art. 138. [Zamówienia udzielane osobom trzecim]**

**1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu**



przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający.

2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych mających na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, jeżeli koncesje takie są udzielane w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132.
3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych, jeżeli są udzielane w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132, poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej.
4. Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w ust. 1 i 2.
  1. Można mieć wątpliwości co do tego, czy zamawiający może jednocześnie udzielić zamówienia sektorowego definiowanego przez cel, o którym mowa w art. 132 ust. 1 i odsprzedać przedmiot zamówienia, co w wielu przypadkach spowoduje brak możliwości osiągnięcia tego celu (zamawiający zamiast uzyskać autobusy w celu obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego sprzedaje je po zakupie nie osiągając i nie realizując tego celu). Bez wątplenia są jednak przypadki, w których ust. 1 może znaleźć zastosowanie. Będzie to miało np. miejsce w sytuacji, gdy spółka działająca w sektorze energetycznym zakupi kable po to, aby je odsprzedać swojej spółce-córce, która z kolei, sama nie będąc zobowiązana do stosowania Pzp, będzie dokonywała remontów sieci należącej do spółki-matki.
  2. Co do zasady nie jest intencją ustawodawcy, aby zamawiający udzielający zamówień sektorowych, którzy działają na rynku konkurencyjnym, stosowali prawo zamówień publicznych. Najdobitniej jest to wyrażone w art. 138f, który przewiduje, że zamawiający, którzy działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, nie stosują przepisów ustawy, z tym, że dla zwolnienia powyższego niezbędna jest stosowna decyzja Komisji Europejskiej. Niezależnie od powyższego zwolnienia o charakterze podmiotowym, komentowany artykuł określa przesłanki niestosowania przepisów ustawy z uwagi na możliwość zakupu określonych produktów i usług na zasadach konkurencyjnych.
  3. Pojęcie „szczególne lub wyłączne prawo” nie zostało zdefiniowane w „słowniczku” do ustawy w art. 2. Niemniej zgodnie z art. 3 ust. 2, w odniesieniu do art. 3 ust. 1 pkt 4 prawami szczególnymi lub wyłącznymi „są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania”. Nie ma przeszkód, aby tę definicję wykorzystywać przy interpretacji ust. 1.
  4. Udzielanie koncesji na roboty budowlane jest uregulowane w art. 128 i następnych. Co do zasady koncesji udziela się stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówień w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem (art. 128 ust. 7). W tym kontekście ust. 2 stanowi *lex specialis*.
  5. Zastosowanie ust. 3 jest możliwe wtedy, gdy łącznie spełnione są dwa warunki: wykonywanie działalności sektorowej odbywa się poza obszarem Unii Europejskiej i przy wykonywaniu tej działalności nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej ani obszar Unii Europejskiej. Częściowe tylko lub znikome korzystanie z sieci lub obszaru Unii Europejskiej wymaga stosowania przepisów prawa zamówień publicznych.

### **Art. 138a. [Wyłączenia podmiotowe]**

- 1. Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 i 3, nie stosują ustawy do udzielania zamówień sektorowych na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii.**
- 2. Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4, nie stosują ustawy do udzielania zamówień na dostawę wody.**
- 3. Zamawiający prowadzący, na podstawie praw szczególnych, działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 6, nie stosują ustawy, jeżeli przewozy regularne mogą być świadczone także przez innych przewoźników na tym samym obszarze i tych samych warunkach.**

1. Wytwórcy energii, którzy dokonują zakupów energii elektrycznej, ciepła lub paliw w celu jej wytwarzania nie są zobowiązani do stosowania przepisów ustawy. Powyższe wyłączenie zostało wprowadzone ze względu na ochronę środowiska — może umożliwić zamawiającemu zakup dóbr z lokalnych źródeł, które nie zawsze są najtańsze.<sup>1</sup> Często też względy techniczne i geograficzne, np. budowy dużych elektrowni na węgiel brunatny w pobliżu złóż tego węgla powodują, że organizowanie przez takie elektrownie przetargów na dostawy paliw do wytwarzania energii nie byłoby celowe. Podobne argumenty dotyczą niestosowania ustawy przy udzielaniu zamówień na dostawę wody.

2. Zamawiający, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 6 może skorzystać z wyłączenia, o którym mowa w ust. 2 tylko wtedy, gdy przynajmniej dwóch innych przewoźników świadczy przewozy regularne na tym samym obszarze i na tych samych warunkach. Przez ten sam obszar można rozumieć region, w którym świadczone są usługi przewoźników regionalnych. Pojęcie „te same warunki” należy badać w kontekście regulacyjnym oraz poprzez porównanie warunków dostępu do tych usług przez odbiorców. Użycie przez ustawodawcę pojęcia w liczbie mnogiej wskazuje, że dotyczy ono całokształtu warunków świadczenia usług i nie może być zawężane do jednego aspektu np. do cen usług świadczonych przez przewoźników.

3. Nie ulega wątpliwości, że ust. 3 może znaleźć zastosowanie w stosunku do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4. Wydaje się jednak, że także w odniesieniu do zamawiających udzielających zamówienia na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, jeżeli prowadziłoby działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 6 na podstawie praw szczególnych, przepis ten mógłby znaleźć zastosowanie.

### **Art. 138b. [Komisja przetargowa]**

- 1. Udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej.**
- 2. Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac.**

1. Przepis komentowanego artykułu stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 19. Przy udzielaniu zamówień sektorowych ustawodawca pozostawia kierownikowi zamawiającego swobodny wybór co do tego, czy powoła on komisję przetargową, czy też nie. Powstaje pytanie, czy w sytuacji udzielania zamówienia sektorowego i powołania przez kierownika zamawiającego komisji przetargowej znajdują zastosowanie art. 20 i 21. Można twierdzić, że skoro ustawodawca dopuszcza możliwość niepowołania komisji przetargowej

<sup>1</sup> Tak A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności publicznej*. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2000, s. 34.

przez kierownika zamawiającego akceptuje też, że powołując ją kierownik zamawiającego sam, według swego uznania określi jej rolę i zadania. Teza taka nie jest jednak właściwa. W przypadku, gdy kierownik zamawiającego odstępuje od powołania komisji przetargowej powinien wypełnić dyspozycje określone w ust. 2. Jeśli kierownik zamawiającego powoła komisję przetargową, nie wiąże go przepis tego ustępu. W takiej sytuacji znajdują jednak zastosowanie przepisy art. 20 i 21.

2. Jeżeli kierownik zamawiającego odstąpi od powołania komisji przetargowej powinien określić pewne minimum zasad prowadzenia postępowania w zakresie, o którym mowa w ust. 2. Zasady te będą wiązały osoby powołane do przeprowadzenia postępowania. Mogą być one określone indywidualnie dla każdego postępowania, mogą też być ujęte w dokumencie (regulaminie, instrukcji, zarządzeniu itp.), który będzie stosowany przy udzieleniu wielu zamówień.
3. Kierownik zamawiającego, określając sposób prowadzenia postępowania powinien zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także to, że czynności związane z przeprowadzeniem postępowania będą wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7). Nie mogą być naruszone również inne zasady określone w Pzp, jak jawność i pisemność.

#### **Art. 138c. [Potwierdzenie spełniania warunków, preferencje unijne]**

##### **1. Zamawiający może:**

- 1) zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków;
- 3) odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 4) w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3, o ile stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%.

1. Biorąc pod uwagę cywilnoprawny charakter relacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami należy przyjąć, w kontekście uprawnienia, o którym mowa w ust. 1, iż zamawiający może żądać od wykonawców, aby złożyli oświadczenie o zachowaniu poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Działając na podstawie art. 25 ust. 2 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup>. Co do zasady zamawiający nie może żądać innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu, niż określone w tym rozporządzeniu. Innych dokumentów można żądać tylko w procedurach udzielenia zamówień sektorowych, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Każdy wykonawca uznając, że żądany przez zamawiającego dokument nie jest niezbędny dla oceny spełnienia warunków, może złożyć protest.
3. W każdym przypadku zamawiający, udzielając zamówienia sektorowego, może odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W sytuacji, gdy niezależnie od braku obowiązku żądania wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy pragnie z tych instrumentów skorzystać, jest zobowiązany stosować przewidziane w ustawie przepisy o wadium i zabezpieczeniach. Należy przyjąć, że zwolnienie z konkretnego obowiązku (o którym np. mowa w art. 45 ust. 1) nie zwalnia zamawiającego ze stosowania innych przepisów Pzp. Przepisy o wadium i zabezpieczeniach z jednej strony chronią zamawiającego (obowiązek wnoszenia wadium i zabezpieczeń przy przetargach o większej wartości), z drugiej strony chronią wykonawców (to oni wśród określonego w przepisach katalogu wybierają formę wadium i zabezpieczenia). Tak więc jeżeli zamawiający, udzielając zamówienia sektorowego zażąda wadium choć nie jest do tego zobowiązany, będzie musiał respektować prawo wyboru przez wykonawcę jego formy.
4. Zamawiający nie jest zobowiązany do różnej oceny ofert na dostawy ze względu na to, skąd pochodzą towary. Jeżeli jednak zgodnie z ust. 1 pkt 2 chciałby odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%, powinien zawrzeć stosowny warunek w specyfikacji. Powinien jednocześnie żądać przedłożenia takich oświadczeń i dokumentów, które pozwolą ocenić, czy warunek ten został spełniony. Jeżeli zamawiający postawi taki warunek, jest zobowiązany odrzucić wszystkie oferty, które go nie spełniają. Określenie „zamawiający może” o którym mowa w ust. 1 dotyczy fakultatywności co do postawienia warunku, natomiast jeżeli zostanie on postawiony, zamawiający obligatoryjnie powinien odrzucić wszystkie oferty, które go nie spełniają.
5. Regulacja ust. 1 pkt 5 jest wyrazem przeświadczenia ustawodawcy (wynika to też z porównania dyrektyw klasycznych i sektorowych), że postępowanie prowadzone przez zamawiających udzielających zamówień sektorowych powinny być mniej sformalizowane niż te, które są prowadzone przez zamawiających z sektora finansów publicznych. Stosowanie ust. 1 pkt 5 nie może naruszać zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Dlatego też zastrzeżenie, o którym mowa w tym przepisie powinno precyzyjnie wskazywać, jakie działania zamawiający będzie podejmował, lub jakich nie będzie podejmował w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3.
6. W wyjątkowych wypadkach także zastosowanie ust. 2 nie gwarantuje wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem może okazać się, że pozostanie więcej niż jedna oferta, która nie mogłaby być odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. W określonych przypadkach i przy spełnieniu ustawowych warunków rozwiązanie mogłaby przynieść aukcja elektroniczna.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605.

## Art. 138d. [Koncyliacja]

- 1. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego, których interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy lub prawa Unii Europejskiej dotyczącego zamówień, mogą wnioskować do Komisji Europejskiej o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego, polegającego na rozpatrzeniu wniosku przez rozjemców akredytowanych przy Komisji Europejskiej.**
- 2. Wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego wnosi się na piśmie do Komisji Europejskiej za pośrednictwem Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego przekazuje niezwłocznie Komisji Europejskiej.**

1. Komentowany przepis dotyczy postępowania koncyliacyjnego szeroko uregulowanego w rozdziale czwartym Dyrektywy Rady z dnia 25 lutego 1992 r. dotyczącej koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Przepisy te szczegółowo opisują tryb działania po złożeniu wniosku, o którym mowa w komentowanym artykule. Z kolei przepisy Pzp nie zawierają norm określających skutki złożenia wniosku o postępowanie koncyliacyjne w kontekście prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Art. 10 Dyrektywy, o której mowa wyżej stanowi, że: „Jeżeli spór dotyczy właściwego stosowania prawa Wspólnoty, Komisja winna skierować zapytanie do zamawiającego, czy życzy on sobie wziąć udział w postępowaniu koncyliacyjnym. Jeżeli zamawiający odmawia wzięcia udziału, Komisja informuje podmiot, który wystąpił z wnioskiem, że postępowania nie można rozpocząć. Jeżeli zamawiający wyraża zgodę, stosuje się ust. 2–7. Komisja proponuje, tak szybko jak to możliwe, prowadzącego postępowanie koncyliacyjne z listy akredytowanych dla tego celu niezależnych osób. Lista ta sporządzana jest przez Komisję po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych lub, w przypadku zamawiających, których działalność opisana jest w art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 90/531/EWG, po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień w Sektorze Telekomunikacji. Każda strona postępowania koncyliacyjnego musi oświadczyć, czy akceptuje rozjemcę oraz wyznaczyć dodatkowego rozjemcę. Rozjemcy mogą zaprosić nie więcej niż dwie dodatkowe osoby jako ekspertów doradzających w ich pracy. Strony postępowania koncyliacyjnego i Komisja mogą odrzucić kandydaturę każdego eksperta zaproszonego przez rozjemców. Rozjemcy umożliwią podmiotowi wnioskującemu o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego, zamawiającemu oraz każdemu innemu kandydatowi lub oferentowi, uczestniczącemu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, składanie oświadczeń w sprawie — ustnie lub na piśmie. Rozjemcy dołożą wszelkich starań, w celu jak najszybszego osiągnięcia porozumienia między stronami, zgodnego z prawem Wspólnoty. Rozjemcy składają raport Komisji na temat dokonanego przez siebie rozpoznania i osiągniętych wyników. Podmiot występujący z wnioskiem o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego, oraz zamawiający, mają prawo przerwać postępowanie w każdym czasie. Jeżeli strony nie zdecydują inaczej, podmiot występujący o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego oraz zamawiający sami pokrywają swoje koszty. Ponadto, każde z nich ma obowiązek ponieść połowę kosztów postępowania, z wyjątkiem kosztów stron, które przystąpiły do postępowania.”
3. Brak szczegółowych przepisów określających skutki złożenia wniosku o postępowanie koncyliacyjne powoduje, że złożenie takiego wniosku nie będzie miało wpływu na bieg terminów wszczętych procedur o udzielenie zamówienia, w pełni też będą mogły być stosowane przepisy dotyczące środków ochrony prawnej.

## Art. 138e. [Atestacja]

1. Zamawiający mogą poddać swoje procedury związane z udzielaniem zamówień okresowemu badaniu w celu uzyskania świadectwa, że w danym czasie procedury te są zgodne z ustawą oraz prawem Unii Europejskiej dotyczącym udzielania zamówień.
2. Prezes Urzędu opracowuje i upowszechnia zasady przeprowadzania badania oraz prowadzi listę podmiotów uprawnionych do przeprowadzania badania, o którym mowa w ust. 1, z zachowaniem wymagań określonych w normie PN EN 45503 (Ocena i atestacja procedur udzielania zamówień w jednostkach działających w sektorach gospodarki wodnej, energii, transportu i telekomunikacji).
3. Podmiot dokonujący badania nie może pozostawać z zamawiającym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.
4. Podmiot dokonujący badania, po jego przeprowadzeniu, przedstawia zamawiającemu pisemne sprawozdanie z wyników.
5. Przed przyznaniem świadectwa podmiot dokonujący badania jest obowiązany upewnić się, czy nieprawidłowości stwierdzone podczas badania zostały naprawione oraz że zostały podjęte działania zapobiegające powstawaniu nieprawidłowości w przyszłości.
6. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, do ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Biuletynie Zamówień Publicznych mogą dołączyć informację w brzmieniu: „Zamawiający uzyskał atestację zgodnie z dyrektywą Rady 92/13/EWG, że w dniu (...) jego procedury i praktyki związane z udzielaniem zamówień były zgodne z prawem Wspólnoty oraz przepisami wprowadzającymi to prawo”.
7. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, przez okres 3 lat od jego przyznania nie są obowiązani do stosowania przepisów art. 40 ust. 4 oraz art. 167 ust. 2 i 3.

1. Komentowany artykuł wprowadza do polskiego systemu zamówień publicznych instytucję atestacji, o której mowa w rozdziale drugim Dyrektywy Rady z dnia 25 lutego 1992 r. dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.
2. Poddanie przez zamawiających badaniom prowadzonych przez nich procedur udzielania zamówień w celu uzyskania świadectwa, że w danym czasie procedury te są zgodne z Pzp oraz prawem UE dotyczącym udzielenia zamówień, nie jest obowiązkowe. Jednakże w przypadku zamawiających, którzy udzielają zamówień na roboty budowlane przekraczające wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro lub na usługi i dostawy, przekraczające kwotę 10 000 000 euro uzyskanie takiego świadectwa może w praktyce skrócić czas trwania procedur, chociażby z uwagi na brak zastosowania przepisów o kontroli poprzedniej. Stanie się tak ze względu na treść ust. 7.
3. Norma PN EN 45503 definiuje wiele istotnych pojęć, m.in. takich jak „akredytacja”, „jednostka akredytująca”, „atestacja”, „jednostka atestacyjna”, „atestat”. Jednostką akredytującą, czyli organem państwowym wyznaczonym przez państwo w celu akredytowania atestatorów i jednostek atestujących jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Norma szczegółowo reguluje kryteria akredytacji atestatorów i jednostek atestujących, zagadnienia cofnięcia akredytacji, atestacji procedur i sposobów postępowania jednostek zamawiających oraz ochrony informacji.

4. Opracowane przez Prezesa UZP zasady przeprowadzania badania przewidują, że podmiot prowadzący badanie w porozumieniu z zamawiającym przygotowuje „Program badania” i określa jego minimalny zakres. Po zakończeniu badania podmiot prowadzący badanie sporządza „Sprawozdanie wstępne”, do którego zamawiający, w terminie 7 dni od otrzymania sprawozdania, może zgłaszać zastrzeżenia. Jeżeli badający zgadza się z zastrzeżeniami, może je uwzględnić i w tym zakresie zmienić swoją wcześniejszą ocenę, albo podtrzymać ocenę zawartą w sprawozdaniu wstępnym. W przypadku braku stwierdzenia w „Sprawozdaniu wstępnym” nieprawidłowości podmiot prowadzący badanie sporządza „Sprawozdanie z badania”. W przypadku, gdy wynika z niego, że działania zamawiającego nie budzą zastrzeżeń, lub, że stwierdzone w „Sprawozdaniu wstępnym” nieprawidłowości zostały usunięte oraz podjęto działania zapobiegające ich powstaniu w przyszłości, podmiot dokonujący badania przyznaje zamawiającemu świadectwo, o którym mowa w ust. 1.
5. Odmowa przyznania świadectwa ma miejsce wtedy, gdy stwierdzono naruszenie skutkujące nieważnością umowy oraz wtedy, gdy ze sprawozdania z badania wynika, że zamawiający w wyznaczonym terminie nie usunął wskazanych nieprawidłowości lub nie podjął właściwych działań zapobiegających nieprawidłowościom w przyszłości. W obu przypadkach zamawiający może poddać się ponownemu badaniu po upływie 2 lat od daty doręczenia pisma informującego o odmowie przyznania świadectwa.
6. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych opracował też „Procedurę akredytacji podmiotów uprawnionych do prowadzenia badania zamawiających udzielających zamówień sektorowych”. Zgodnie z tą procedurą Prezes Urzędu będzie przeprowadzał co trzy lata egzamin sprawdzający przygotowanie do prowadzenia badania. W procedurze określone są szczegółowo wszystkie warunki wpisu na listę, a także okoliczności powodujące skreślenie z listy.

#### **Art. 138f. [Podmioty działające na rynku konkurencyjnym]**

1. Zamawiający, którzy zgodnie z opublikowaną decyzją Komisji Europejskiej działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, nie stosują przepisów ustawy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w przypadku niewydania przez Komisję Europejską decyzji w terminie 7 miesięcy od dnia otrzymania wniosku, o którym mowa w ust. 2.
2. Organ właściwy z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego może po przeprowadzeniu analizy właściwego rynku wystąpić do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający wykonujący działalność, o której mowa w art. 132, działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony.
3. Organ właściwy przeprowadza analizę rynku w zakresie danej działalności i sporządza wniosek zgodnie z wymaganiami określonymi w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 7 stycznia 2005 r. dotyczącej szczegółowych zasad stosowania procedury przewidzianej w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 7 z 11.01.2005, str. 7). Wniosek uzgadnia się z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz z Prezesem Urzędu.
4. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, organy właściwe do występowania z wnioskiem, o którym mowa w ust. 2, mając na względzie rodzaj działalności oraz zakres działania organów, a także znajomość przez te organy funkcjonowania rynku w zakresie danej działalności.

1. Zgodnie z art. 30 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zamówienia sektorowe nie podlegają tejże Dyrektywie, jeżeli w Państwie Członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Niewystarczające jest jednak samo przekonanie danego zamawiającego, że działa on na takich rynkach, bowiem konieczna jest decyzja Komisji Europejskiej, o której mowa w ust. 1.
2. Dla zamawiającego, pragnącego być beneficjentem regulacji, o której mowa w komentowanym artykule kluczowe znaczenie mają kompetencje i działania organu właściwego, określonego w rozporządzeniu Rady Ministrów wydanym na podstawie delegacji ustawowej, zawartej w ust. 4. Organ ten może podejmować działania z własnej inicjatywy lub na wniosek zainteresowanego zamawiającego.
3. Treść decyzji Komisji Europejskiej z dnia 7 stycznia 2005 r. dotyczącej szczegółowych zasad stosowania procedury przewidzianej w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych<sup>1</sup> przewiduje, że wnioskodawcą może być zamawiający. Biorąc jednak pod uwagę kompetencje organu właściwego, o których mowa w ust. 2 i 3, w tym obowiązek dokonywania uzgodnień z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Prezesem UZP, można być sceptycznym co do tego, czy bezpośrednie działania zamawiającego będą skuteczne i czy przyspieszą uzyskanie decyzji Komisji Europejskiej.
4. Na podstawie delegacji przewidzianej w ust. 4 Rada Ministrów w dniu 1 sierpnia 2006 r. wydała rozporządzenie w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony<sup>2</sup>. Zgodnie z tym rozporządzeniem organami właściwymi w odniesieniu do poszczególnych rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 są: minister właściwy do spraw środowiska, Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego, minister właściwy do spraw gospodarki morskiej, minister właściwy do spraw transportu, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej, Prezes Urzędu Transportu Kolejowego i Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

---

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE L 7 z 11.01.2005, str. 7.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 147, poz. 1063.



## Dział IV

### Umowy w sprawach zamówień publicznych

#### Art. 139. [Odesłanie do Kc, forma umowy, jawność]

- 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.**
  - 2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.**
  - 3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.**
1. Przepisy ustawy, a w szczególności Działu IV, są przepisami szczególnymi w stosunku do Kodeksu cywilnego i zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* mają przed nimi pierwszeństwo. Wiele z przepisów Pzp, np. dotyczących czasu obowiązywania umów, zmian umów, czy solidarnej odpowiedzialności wykonawców ma charakter bezwzględnie obowiązujący.
  2. Ustawa zawiera własne definicje legalne „usług”, „dostaw” i „robót budowlanych”. Służą one temu, aby regulacja dotycząca zamówień publicznych była „szczelna”. Przy określaniu typów i treści umów nie należy jednak posługiwać się np. pojęciem „dostawa”, lecz pojęciami określonymi w Kc lub w nauce prawa cywilnego. Tak więc niezależnie od tego, że przeprowadzono postępowanie w celu udzielenia zamówienia, którego przedmiotem był dostawa, nie ma przeszkód, aby zawarta w wyniku takiego postępowania umowa była umową sprzedaży, najmu, dzierżawy, leasingu lub inną umową, w tym umową nienazwaną lub o charakterze mieszanym, której przedmiotem jest nabycie rzeczy, praw oraz innych dóbr.
  3. Powstaje pytanie, czy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia można zawrzeć więcej niż jedną umowę. Może to być uzasadnione w bardziej skomplikowanych transakcjach, gdy np. gmina, zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej, powierza wykonanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom trzecim, z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. W wyniku jednego postępowania mogłaby być zawarta umowa o wybudowanie nowego źródła ciepła i wieloletnia umowa dostawy ciepła. Należy przyjąć, że będzie to dopuszczalne pod warunkiem, że zakres świadczeń wykonawcy, wynikający z umów będzie tożsamy z zobowiązaniami zawartymi w ofercie, a oferta będzie zgodna z określonymi przez zamawiającego wymogami. Z natury rzeczy, gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, w wyniku jednego postępowania może być także zawarte kilka umów.
  4. Ustawa wymaga, aby umowy w sprawach zamówień publicznych były zawierane w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, bez względu na ich wartość. Jeżeli przepisy odrębne wymagają formy szczególnej, powinna być ona zachowana. Stosowanie tych odrębnych przepisów będzie pod rządami Pzp rzadkie, bowiem nabycie własności i innych praw do nieruchomości jest wyłączone z zakresu jej stosowania (dla części z tych transakcji niezbędne jest dochowanie formy aktu notarialnego).
  5. Przepisy Pzp przewidują, że kierownik zamawiającego może powierzyć wykonanie czynności w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania innym osobom. Nie jest to równoznaczne z udzieleniem tym osobom pełnomocnictwa do podpisania umowy. Podpisać umowę mogą tylko te osoby, które mają prawo reprezentowania danego zamawiającego albo na zasadach ogólnych, zgodnie z zasadami reprezentacji, albo też na podstawie stosownego pełnomocnictwa.

6. Jedną z kluczowych zasad ustawy jest jawność postępowania (art. 8). Zawarcie umowy jest jednym z elementów tego postępowania. Niezależnie od tego ustawodawca podkreśla w art. 139 ust. 3, że umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Przepisy o dostępie do informacji publicznej są uregulowane przede wszystkim w ustawie o dostępie do informacji publicznej<sup>1</sup>. W odniesieniu do jawności umów w sprawach zamówień publicznych należy uznać, że obowiązują, między innymi, następujące zasady: a) umowy są udostępniane na wniosek zainteresowanego; b) od osoby wnoszącej o udostępnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego; c) jawność umów może być ograniczona przepisami o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; d) zamawiający powinien nie tylko udostępnić umowę, ale także zapewnić możliwość ich odpłatnego kopiowania; e) udostępnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego winno nastąpić bez zbędnej zwłoki, nie później jednak, niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku; f) jeżeli zamawiający odmawia udostępnienia wnioskodawcy umowy, winien swoje stanowisko uzasadnić, ze wskazaniem imion, nazwisk i funkcji osób, które zajęły negatywne stanowisko; g) wnioskodawca w terminie 14 dni od otrzymania odmowy udostępnienia umowy może wystąpić do zamawiającego o ponowne rozpatrzenie wniosku; h) „kto, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi, nie udostępnia informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawieniu wolności do roku” (art. 23 ustawy o dostępie do informacji publicznej). Z treści ust. 3 wynika, że także podmioty, które nie są objęte co do zasady przepisami o dostępie do informacji publicznej będą zobowiązane do ujawniania umów w sprawach zamówień publicznych.
7. Do umów w sprawach zamówień publicznych znajdują, między innymi, zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych odnoszące się do: zasad reprezentacji (art. 38), ważności czynności prawnych (art. 58), wad oświadczeń woli, działania w cudzym imieniu (art. 96 i następne), terminów (art. 110 i następne) oraz Księga trzecia — Tytuł III „Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych” (art. 384–396), Tytuł VII „Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania” (art. 450–497), Tytuł XI „Sprzedaż” (art. 535–602), Tytuł XIII „Dostawa” (art. 605–612), Tytuł XV „Umowa o dzieło” (art. 627–646), Tytuł XVI „Umowa o roboty budowlane” (art. 647–658), Tytuł XVII „Najem i dzierżawa” (art. 659–709), Tytuł XVII „Umowa leasingu” (art. 709<sup>1</sup>–709<sup>18</sup>), Tytuł XXI „Zlecenie” (art. 734–751), Tytuł XXVII „Umowa ubezpieczenia” (art. 805–834).
8. Umowy w sprawach zamówień publicznych to nie tylko odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest wykonanie usługi, dostawy lub robót budowlanych. Są nimi także umowy ramowe. Także takie umowy wymagają zachowania, pod rygorem nieważności, formy pisemnej, są jawne, podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, itp.

#### **Art. 140. [Tożsamość zobowiązania i świadczenia]**

- 1. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.**
- 2. W szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczalna jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyrazi na nią zgodę. Zmiany sposobu**

<sup>1</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

spełnienia świadczenia nie mogą dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania.

### 3. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. Świadczeniem jest zachowanie się dłużnika zgodnie z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesom wierzyciela<sup>1</sup>. Zakres pojęcia „zakres świadczenia wykonawcy”, o którym mowa w ust. 1 komentowanego artykułu jest szerszy od zakresu pojęcia „przedmiot zamówienia”, o którym mowa w ust. 2. Określenie przedmiotu zamówienia jest kluczowym obowiązkiem zamawiającego przy opracowywaniu specyfikacji. Na zakres świadczenia wykonawcy będą miały też wpływ, między innymi, „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zamierzonej umowy (...)”<sup>2</sup>. Postanowienia te mogą zawierać wiele ważnych wskázówek co do tego, w jaki sposób przedmiot zamówienia ma być zrealizowany.
2. Zgodnie z Pzp „treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (art. 82 ust. 3). Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2). Może się jednak zdarzyć, że zamawiający nie odrzucił oferty niezgodnej ze specyfikacją, inni wykonawcy nie złożyli protestu i umowa została podpisana z wykonawcą, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, mimo, że powinna być odrzucona. W takiej sytuacji umowa jako taka zachowa swą ważność, jednak nieważna od początku będzie ona w części wykraczającej poza treść SIWZ.
3. Jeżeli określone zamówienie jest udzielane wykonawcy, z którym wcześniej zawarta była umowa ramowa, zakres i warunki świadczenia wynikające z umowy powinny być co do zasady zgodne z treścią umowy ramowej. Biorąc pod uwagę, że zamawiający udzielający zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna, należy przyjąć, że może to samo, w tym samym zakresie, za zgodą wykonawcy, uczynić w odniesieniu do zakresu i warunków świadczenia (patrz art. 101 ust. 2).
4. Co do zasady zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie może być szerszy niż jego zobowiązania zawarte w ofercie. Nie powinien być także, co być może jest mniej oczywiste, węższy, gdyż mogłoby to być sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. W ten sposób bowiem ograniczono by krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a następnie udzielono zamówienia w skali, w której mogłyby je wykonać także podmioty, które zostały wykluczone z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.
5. Treść ust. 2 budziła wielkie emocje w trakcie prac legislacyjnych, prowadzonych podczas kwietniowej nowelizacji ustawy. Z jednej strony podnoszono, że dopuszczenie dokonywania jakichkolwiek zmian dotyczących świadczenia wykonawcy w okresie pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a podpisaniem umowy może tworzyć szerokie pole do nadużyć. Z drugiej strony twierdzono, że przepis ten *expressis verbis* potwierdza możliwość wprowadzenia rozwiązań, które dotychczas były możliwe w przypadku analogicznego stosowania art. 144 ust. 1. W poprzednim wydaniu Komentarza, w uwagach do art. 144 stwierdzono: „nie ma przeszkód, aby komentowany artykuł zastosować odpowiednio po wyborze najkorzystniejszej oferty i ostatecznym rozstrzygnięciu ewentualnych protestów, a jeszcze przed podpisaniem umowy”. Taka wykładnia, przy zachowaniu wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 144 pozwalała na unikanie rozwiązań sztucznych (podpisanie umowy, po czym niezwłoczne jej aneksowanie) przy jednoczesnym ustaleniu jej właściwej treści. Za nietrafną należy uznać tezę, iż niedopuszczalne

<sup>1</sup> Bliżej na ten temat zob. Z. Radwański, A. Olejniczak „Zobowiązania — część ogólna” Warszawa 2005 r., s. 39.

<sup>2</sup> Art. 36 ust. 1 pkt 2.

było odpowiednie stosowanie art. 144 po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że byłoby to równoznaczne ze zmianą SIWZ, co jest dopuszczalne tylko przed terminem składania ofert. Nie trafność tej tezy wiąże się z faktem, że zakaz zmian SIWZ dotyczy okresu przed wyborem oferty najkorzystniejszej i ma na celu niedopuszczenie do jakichkolwiek manipulacji, które mogłyby naruszyć zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Tymczasem sytuacje, o których mowa zarówno w art. 140, jak i 144 mają miejsce po wybraniu najkorzystniejszej oferty i z tego względu wykładnia *per analogiam* znajdowała uzasadnienie. Obecnie, właśnie ze względu na nową regulację art. 140 ust. 2 omówione wyżej analogiczne stosowanie art. 144 nie byłoby już dopuszczalne.

6. Ust. 2 może znaleźć zastosowanie tylko w przypadkach kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek: (a) zaistnienie szczególnie uzasadnionego przypadku, (b) istnienie okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty lub przewidywane zmiany są korzystne dla zamawiającego, (c) wykonawca wyraża zgodę na proponowane zmiany, (d) zmiana sposobu spełniania świadczenia nie dotyczy zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania.
7. Przed podpisaniem umowy dopuszczalna jest jedynie zmiana sposobu spełnienia świadczenia. Należy uznać, że wszelkie inne zmiany dotyczące zakresu świadczenia wykonawcy nie są dopuszczalne. W tym kontekście powstaje pytanie o zakres pojęcia „sposobu spełniania świadczenia”. Wydaje się, że może tu chodzić zarówno o zmianę kolejności podejmowania określonych działań, zmiany technologii służących wykonaniu świadczenia, itp.
8. Zmiana sposobu spełnienia świadczenia nie może dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. Powstaje zatem pytanie, jaki jest zakres oceny zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie. W szczególności chodzi o to, czy wspomniane ograniczenie dotyczy zobowiązań, które są oceniane zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami, czy też ocena dotyczy wszystkich zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, w tym i tych, które nie są oceniane na podstawie przyjętych przez zamawiającego kryteriów, ale pod kątem zgodności z wymogami SIWZ. W związku z tym, że sposób spełnienia świadczenia wynika ze zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie i opartego na SIWZ przyjęcie, że ocena, o której mowa w ust. 2 dotyczy też zobowiązań wykonawcy nie ocenianych na podstawie przyjętych kryteriów prowadziłoby w praktyce do tego, że nie mogłoby dojść do zgodnej z prawem zmiany sposobu spełnienia świadczenia. W takim przypadku każda zmiana musiałaby dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. W takiej sytuacji należy przyjąć za właściwą taką wykładnię, zgodnie z którą ocena zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie dotyczy wyłącznie oceny dokonywanej na podstawie przyjętych kryteriów. Takie spojrzenie jest spójne z wykładnią art. 87 ust. 1, który przewiduje proces badania oferty (pod względem formalnym) i oceny ofert (na podstawie przyjętych kryteriów).
9. Ust. 1 nie znajdzie zastosowania w przypadkach, gdy zamówienie publiczne będzie udzielone w trybie z wolnej ręki. W tym trybie ustawa nie zobowiązuje do składania ofert; zamawiający udziela zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji tylko z jednym wykonawcą.
10. Rozstrzygnięcia wymaga dylemat, czy skutkiem naruszenia ust. 2 jest nieważność całej umowy, czy tylko tych jej postanowień, które zostały wprowadzone niezgodnie z regulacją, zawartą w tym przepisie. Wydaje się, że wykładnia systemowa uwzględniająca art. 146 ust. 2 pkt, 2 wskazuje nie na nieważność całej umowy, ale tych jej postanowień, które zostały przyjęte niezgodnie z ust. 2. Stanowisko takie koresponduje z art. 58 § 3

Kc, który stanowi: „jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba, że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana”.

11. Powstaje pytanie, czy zgoda wykonawcy na zmianę sposobu spełnienia świadczenia powinna być wyrażona w jakiejś szczególnej formie. Należy przyjąć, że żadna odrębna czynność wykonawcy, polegająca na wyrażeniu takiej zgody nie jest wymagana. Podpisanie umowy między zamawiającym a wykonawcą z wykorzystaniem rozwiązań dopuszczalnych na podstawie ust. 2 należy uznać za taką zgodę. W praktyce nie tylko zamawiający może wystąpić z inicjatywą zmian sposobu spełniania świadczenia, ale także sam wykonawca, bowiem nie tylko on, ale także wykonawca może zidentyfikować okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, a które uzasadniają zastosowanie ust. 2.
12. Uzgodnienie, o którym mowa w ust. 2 będzie doniosłe tylko w relacjach między zamawiającym a tym wykonawcą, który faktycznie będzie stroną umowy. Gdyby do takich uzgodnień doszło między zamawiającym a wykonawcą, który złożyłby najkorzystniejszą ofertę, ale z uwagi na wykorzystanie przez innych wykonawców środków ochrony prawnej zamawiający dokonał później innego wyboru, dla wykonawcy wybranego później uzgodnienia wcześniejsze nie będą wiążące.
13. Jakkolwiek roszczenie o zawarcie umowy ma charakter majątkowy, za słuszną należy uznać tezę<sup>1</sup>, iż cesja takiego roszczenia pozostawałaby w sprzeczności z zasadą, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3). Z tych względów rozwiązanie takie należy uznać za niedopuszczalne.

#### **Art. 141. [Odpowiedzialność solidarna]**

##### **Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.**

1. Art. 23 ust. 1 przewiduje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ponoszą oni zarówno solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy jak i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarna odpowiedzialność wykonawców polega na tym, że są oni zobowiązani w ten sposób, iż zamawiający może żądać całości lub części świadczeń od nich wszystkich łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (patrz art. 366 § 1 Kc). Jednocześnie, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego, wszyscy wykonawcy pozostają zobowiązani (patrz art. 366 § 2 Kc). Przepis komentowanego artykułu jest bez wątpienia korzystny dla zamawiających, a niekorzystny dla wykonawców, bowiem każdy z nich ponosi ryzyko wykonania całego świadczenia określonego w umowie z zamawiającym.
2. W przypadku, gdy jeden z wykonawców działających wspólnie zaspokoiłby w pełni zamawiającego, ma prawo rozliczyć się z pozostałymi wykonawcami. Podstawą takich rozliczeń będzie wiążący wykonawców działających wspólnie odrębny stosunek wewnętrzny (wynikający z zawartej umowy). W braku takiej umowy znajdzie zastosowanie art. 376 Kc, który stanowi: „§ 1. Jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu

<sup>1</sup> Tak R. Szostak „Obowiązek zawarcia umowy”. *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2005 r. Nr 10, s. 4.

w częściach równych. § 2. Część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się między współdłużników”.

3. Przepis komentowanego artykułu ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Wynika z tego, że jakiegokolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność wykonawców wobec zamawiającego nie będą wobec niego skuteczne. Może to być istotną barierą przy powstawaniu konsorcjów w sprawach uzyskania zamówienia. Np., firma, która jest producentem sprzętu może nie odważyć się wziąć pełnej odpowiedzialności za działania firmy budowlanej wykonującej określone prace i odwrotnie, firma budowlana może nie chcieć wziąć odpowiedzialności za dostawy sprzętu. Podobnie w dużych projektach finansowanych przez konsorcja bankowe poszczególne banki nie będą raczej chciały wziąć odpowiedzialności w zakresie udostępnienia kredytu w jego pełnej wysokości, a tylko w wysokości, do której zobowiązanie przyjął konkretny bank. Komentowany przepis dotyczy tylko wykonawców, natomiast nie dotyczy podwykonawców. Wobec zamawiającego wykonawca jest odpowiedzialny za działania i zaniechania podwykonawców, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również którym wykonanie zobowiązania powierza tak samo, jak za własne działanie lub zaniechanie (patrz art. 474 Kc). Należy jednakże zaznaczyć, że zobowiązania są solidarne nie tylko wtedy, gdy wynika to z przepisów Pzp ale także wtedy, gdy wynika to z czynności prawnych (art. 369 Kc).
4. Jakkolwiek zobowiązanie solidarne może wynikać także z czynności prawnej, za niedopuszczalne należy uznać narzucanie przez zamawiającego wymogu, aby wykonawca z podwykonawcą solidarnie odpowiadali wobec zamawiającego. Należy przyjąć, biorąc pod uwagę daleko idące konsekwencje zobowiązań solidarnych, że czynność prawna może nadać stosunkowi prawnemu charakter zobowiązania solidarnego tylko wtedy, gdy zainteresowane strony, działając z równorzędnym pozycji, zgodnie tak postanowią. W przypadku relacji zamawiającego i wykonawcy trudno mówić o równorzędnym charakterze tej relacji. W praktyce trudno sobie wyobrazić narzucenie przez zamawiającego w przetargu na dostawę samochodów, aby niewielka firma, która jako podwykonawca odpowiada za serwis, była jednocześnie solidarnie odpowiedzialna wraz z dostawcą samochodów za samą dostawę.

#### **Art. 142. [Czas trwania umowy]**

1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.
2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowania nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.
3. Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w ust. 2, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się w przypadku umów:
  - 1) kredytu i pożyczki;
  - 2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
  - 3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
  - 4) koncesji.
1. Co do zasady umowy, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe mogą być zawierane na okres nie dłuższy niż 4 lata. Zawieranie takich umów na okres dłuższy niż 4 lata

może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ust. 2. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy, że znajdzie zastosowanie przynajmniej jedna z określonych w nim przesłanek.

2. Zawiadomienie Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata powinno zawierać nie tylko uzasadnienie faktyczne i prawne, ale także wskazanie konkretnego okresu, na który umowa miałaby być zawarta, może się bowiem okazać, że oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego będą dotyczyły okresu sześcioletniego, ale już nie okresu ośmioletniego. Podobnie, zdolności płatnicze zamawiającego mogą uzasadniać zawarcie umowy na okres pięcioletni, ale nie siedmioletni.
3. Zawarcie umowy na okres dłuższy niż cztery lata nie wymaga zgody Prezesa UZP. Zamawiający powinien jednakże zawiadomić Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania. Zawiadomienie takie umożliwi Prezesowi UZP ocenę poprawności działania zamawiającego i ewentualne przeprowadzenie kontroli, której podstawowym przedmiotem będzie ustalenie, czy faktycznie występują przesłanki uzasadniające zawarcie umowy na okres dłuższy niż czteroletni. W przypadku świadczenia jednorazowego, jednakże rozłożonego na raty, nie jest konieczne zawiadomienie Prezesa Urzędu nawet wtedy, gdy realizacja świadczenia w ratach przekraczałaby okres 4 lat.
4. Powstaje pytanie o konsekwencje zaniechania przez zamawiającego zawiadomienia Prezesa UZP w trybie ust. 2. W szczególności należy rozważyć, czy zaniechanie takie powinno być postrzegane jako wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest przesłanką unieważnienia postępowania. Wydaje się, że to zaniechanie, w sytuacji, gdy postępowanie w pozostałym zakresie przeprowadzone było zgodnie z wszystkimi przepisami, a zamawiający obiektywnie wyłonił najlepszego wykonawcę, nie powinno być podstawą unieważnienia postępowania. Podobnie zaniechanie nie jest zaniechaniem karalnym na podstawie art. 200.
5. Trudno zgodzić się z poglądem, że z treści i funkcji przepisów Pzp zawierających pojęcie „zamówienie o świadczenie okresowe” wynika, iż pojęcie to nie zostało w nich zastosowane w ujęciu właściwym dla prawa cywilnego.<sup>1</sup> W odróżnieniu od „usług” i „dostaw”, którym to pojęciom ustawa nadaje inne znaczenie niż posiadają one na gruncie Kodeksu cywilnego, brak w Pzp oddzielnej definicji „zamówień o świadczenie okresowe”. Jako że udzielenie zamówienia sprowadza się do zawarcia umowy nie można abstrahować od treści art. 139 ust. 1, który stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się Kodeks cywilny, chyba, że przepisy Pzp stanowią inaczej. Tak więc pojęcie „zamówienie o świadczenie okresowe” może być interpretowane tylko na gruncie prawa cywilnego. W przypadku świadczeń okresowych istotną rolę gra czynnik czasu, który jest miernikiem całości świadczeń<sup>2</sup>.
6. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 zamawiający powinien określić w specyfikacji termin wykonania zamówienia. Termin ten w wielu przypadkach będzie miał istotny związek z czasem, na który umowa jest zawierana. Nie byłoby jednak zasadne, aby postrzegać termin wykonania zamówienia określony przez wskazanie konkretnej daty jako równoznaczny z wygaśnięciem umowy, wiążącej strony. Jakkolwiek ustawodawca nie obliguje *expressis verbis* zamawiającego, aby wskazał w specyfikacji czas, na który umowa jest zawierana, powinien to zrobić na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16. Bez wątplienia czas, na który umowa zostanie zawarta jest postanowieniem istotnym dla stron, które zostanie wprowadzone do treści zawieranej umowy.

<sup>1</sup> R. Szostak „Rodzaje zamówień według przedmiotu i czasu świadczenia”, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2004 r. Nr 5, s. 44.

<sup>2</sup> Tak Z. Radwański „Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego” *Studia Cywilistyczne*, 1969 r., s. 253.

7. Zawarcie umowy na czas oznaczony może polegać nie tylko na wskazaniu daty kalendarzowej zakończenia danego stosunku prawnego. Może polegać też na określeniu czasu jego trwania (np. w tygodniach lub miesiącach), licząc np. od dnia podpisania umowy. Można także inaczej oznaczyć moment końcowy, np. w ścisłej relacji z terminem wykonania zamówienia. Termin końcowy umowy może oznaczać także konkretne zdarzenie, jednak tylko takie, którego nastąpienie w przyszłości jest, zgodnie z rozsądnymi oczekiwaniami, pewne<sup>1</sup>.
8. Umowa kredytu jest uregulowana w ustawie Prawo bankowe<sup>2</sup>. Na podstawie umowy kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu (art. 69 ust. 1). Zamawiający udzielając zamówienia wyrażonego w umowie kredytu może go udzielić tylko wykonawcy, który ma status banku.
9. Umowa pożyczki to umowa, w której dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić te samą ilość pieniędzy albo tą samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości (art. 720 § 1 Kc). Wykonawca, z którym zamawiający zawiera umowę pożyczki nie musi mieć żadnego specjalnego statusu, określonego przepisami prawa (w odróżnieniu np. od umowy ubezpieczenia).
10. Umowa rachunku bankowego jest uregulowana w Kodeksie cywilnym (art. 725–733) oraz ustawie Prawo bankowe. Ustawa ta, między innymi, wskazuje przykładowy katalog rachunków bankowych (art. 50 ust. 2) oraz przykładowy katalog postanowień, które umowa rachunku bankowego powinna określać (art. 54 ust. 2). Zamawiający udzielając zamówienia wyrażonego w umowie rachunku bankowego może go udzielić tylko wykonawcy, który ma status banku.
11. Umowa ubezpieczenia to umowa, w której zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę (art. 805 Kc). W przypadku umów ubezpieczenia wykonawca musi mieć status „zakładu ubezpieczeń”.
12. Koncesja, o której mowa w ust. 4 pkt 4 dotyczy koncesji na roboty budowlane, zdefiniowanej w art. 2 pkt 4. Procedura poprzedzająca zawarcie takiej umowy jest szczegółowo uregulowana w Rozdziale „Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane” (artykuły 128–131).
13. Dla stosowania Prawa zamówień publicznych istotne znaczenie ma też data wykonania umowy. Wiąże się to z orzeczeniem Sądu Najwyższego, który uznał, że „zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów wydane po rozpoznaniu odwołania, chyba że umowa została wykonana<sup>3</sup>”. W niektórych przypadkach datą wygaśnięcia umowy zawartej na czas oznaczony będzie data wykonania umowy. Każdy przypadek powinien być jednak analizowany indywidualnie.

<sup>1</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, Nr 10–12, poz. 125.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

<sup>3</sup> Uchwała SN z 14 października 2005 r. (III CZP 73/05).



### **Art. 143. [Umowy zawierane na czas nieoznaczony]**

#### **1. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:**

- 1) wody z pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;**
- 2) energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej;**
- 3) gazu z sieci gazowej;**
- 4) ciepła z sieci ciepłowniczej.**

#### **2. Przepisu art. 142 ust. 3 nie stosuje się.**

1. Ust. 1 przewiduje wyjątki od określonej w art. 142 ust. 1 zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas oznaczony. Znajdą one zastosowanie tylko wtedy, gdy woda, energia elektryczna, gaz lub ciepło są dostarczane z sieci. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków<sup>1</sup> siecią wodno-kanalizacyjną są przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Przez sieci elektroenergetyczne lub sieć gazową należy rozumieć instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania i dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstwa energetycznego (art. 3 pkt 11 ustawy Prawo energetyczne<sup>2</sup>).
2. Jeżeli woda, ciepło, gaz lub energia elektryczna nie byłyby dostarczane z sieci w rozumieniu powyższych przepisów, lecz np. ciepło byłoby dostarczane bezpośrednio ze źródła ciepła, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny zawrzeć umowę na czas oznaczony.
3. Przedmiotem umów, o których mowa w ust. 1 pkt 1 są, co do zasady, świadczenia ciągłe. Zgodnie ust. 2 przepisu art. 142 ust. 3 (zawiadomienie Prezesa Urzędu) nie stosuje się do umów, o których mowa w ust. 1. Wydaje się, że wyłączenie to jest zbędne bowiem należy przyjąć, że zawiadomienie Prezesa dotyczy tylko umów zawieranych na czas oznaczony dłuższy niż 4 lata. W sytuacji, gdy w ust. 1 mowa jest o kategorii umów zawieranych na czas nieoznaczony, przepis ust. 2 i tak nie mógłby tych umów dotyczyć.

### **Art. 144. [Zakaz zmian w umowie]**

#### **1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.**

#### **2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.**

1. Zakaz, o którym mowa w komentowanym artykule dotyczy sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego (w tym także umowa ramowa) została już zawarta. Z kolei omówiony przepis art. 140 ust. 2 reguluje dopuszczalność zmian sposobu świadczenia przed zawarciem umowy.
2. Zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, zawarty w Pzp różni się od podobnej regulacji, zawartej w uzp. Ta ostatnia zakazywała zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla zamawiającego. Obecnie, jeżeli konieczność wprowadzenia zmian do umowy nie wynika z okoliczności, których nie

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, dopuszczalne zmiany mogą być tylko korzystne dla zamawiającego. Oznacza to zakaz wprowadzania zmian o charakterze neutralnym dla zamawiającego.

3. Zmiana umowy jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy spełniona jest przynajmniej jedna z następujących przesłanek: wprowadzenie zmian jest konieczne i wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Brak istnienia jednej ze wskazanych przesłanek jest jednoznaczny z zakazem wprowadzania zmian. Brak możliwości przewidzenia okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Jeżeli zamawiający rzeczywiście nie przewidział tych okoliczności, choć mógł i powinien był je przewidzieć, zmiana postanowień umowy zawartej z wykonawcą nie będzie dopuszczalna.
4. Powstaje pytanie o dopuszczalność zmian podmiotowych po stronie wykonawców. Odpowiedź jest zależna od tego, czy zmiana strony umowy miałaby się wiązać z sukcesją uniwersalną, w wyniku której prawa przysługujące jednemu podmiotowi przechodzą na inny podmiot w wyniku jednego zdarzenia prawnego, czy z sukcesją singularną, której konsekwencją jest nabycie określonego prawa podmiotowego. W przypadku sukcesji uniwersalnej z mocy prawa zmienia się wykonawca umowy. Na przykład zgodnie z art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych „spółka przejmująca albo spółka nowo zawierana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki”. Pzp nie zawiera *expressis verbis* zakazu dokonywania zmian podmiotowych w umowach po stronie wykonawców. Należy jednak uznać, że zmiana wykonawcy, dokonana nawet za zgodą zamawiającego, będzie czynnością mającą na celu obejście ustawy, a jako taka, z mocy art. 58 ust. 1 Kc będzie nieważna. Wynika to z faktu, iż celem Pzp jest zapewnienie, że podmioty będące zamawiającymi wydatkują środki zgodnie z przewidzianymi, obiektywnymi i konkurencyjnymi procedurami, w tym zgodnie z procedurą badania przyszłego kontrahenta. Gdyby swobodna zmiana wykonawcy po zawarciu umowy była dopuszczalna, cel Pzp nie zostałby osiągnięty.
5. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia przystąpienia do długu w umowie o zamówienie publiczne. Warto tu przytoczyć wyjaśnienia Urzędu Zamówień Publicznych opublikowane na stronie internetowej UZP: „umowa przystąpienia do długu (tzw. „łączone”, kumulatywne przejęcie długu) nie została uregulowana w prawie polskim. Dopuszczalność zawierania takich umów wynika jednak z ogólnej zasady swobody umów, zgodnie z którą, strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości, naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 3531 Kodeksu cywilnego). W wyniku umowy o przystąpienie do długu następuje przekształcenie podmiotowe po stronie dłużnika. Do dotychczasowego stosunku prawnego przystępuje osoba trzecia, która solidarnie z dłużnikiem pierwotnym odpowiada za dług. Stosownie do wypracowanej w tym przedmiocie doktryny, umowne przystąpienie do długu może nastąpić w dwojaki sposób:
  - 1) przez umowę pomiędzy wierzycielem i nowym dłużnikiem (przystępującym);
  - 2) przez umowę pomiędzy dotychczasowym dłużnikiem a nowym dłużnikiem. (...)Dopuszczalność kumulatywnego przejęcia długu, wynikającego z umowy o zamówienie publiczne, nie będzie rozpatrywana pod względem zgodności z art. 144 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten ma bowiem zastosowanie do zmian postanowień zawartej umowy o zamówienie publiczne, tymczasem przystąpienie do długu następuje na skutek zawarcia odrębnej umowy, której stroną będzie osoba trzecia a nie dokonania zmian w umowie już zawartej pomiędzy dotychczasowym dłużnikiem a wierzycielem. Kwestię przystąpienia do długu, wynikającego z umowy o zamówienie publiczne, należy rozpatrywać w kontekście dopuszczalności przekształceń podmiotowych po stronie wykonawcy. Nie-

wątpliwie, zawarcie umowy o przystąpienie do długu powoduje zamiany podmiotowe po stronie wykonawcy. W jej efekcie, przystępujący do długu staje się obok dotychczasowego wykonawcy, samoistnym dłużnikiem. Odmienne jednak niż w przypadku właściwego przejęcia długu w następstwie którego osoba trzecia wstępuje w sytuację prawną dłużnika, a ten zostaje z długu zwolniony, w efekcie kumulatywnego przejęcia długu stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a zamawiającym nie ulega zmianie. Dotychczasowy wykonawca, wyłoniony zgodnie z przepisami Pzp nie zostaje zwolniony z wykonania zamówienia. Wydaje się, iż tego rodzaju przekształcenie podmiotowe po stronie wykonawcy nie będzie sprzeczne z postanowieniami Pzp. Nie narusza ono zasady, wyrażonej w art. 7 ust. 3, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – gdyż pomimo pojawienia się nowego podmiotu odpowiedzialnego za dług, dotychczasowy wykonawca pozostaje nadal zobowiązany aż do całkowitego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie publiczne. Jednocześnie, w następstwie umowy o przystąpienie do długu zamawiający uzyskuje dodatkowe gwarancje właściwego wykonania zobowiązania. Z punktu widzenia należytej realizacji umów o zamówienie publiczne, kumulatywne przejęcie długu jest jak najbardziej celowe i uzasadnione, gdyż stanowi dodatkową gwarancję wykonania zobowiązania. Biorąc pod uwagę konstrukcję prawną umowy o przystąpienie do długu oraz jej funkcję jaką jest zapewnienie dodatkowej gwarancji wykonania zobowiązania należy stanąć na stanowisku, iż jej zawarcie jest dopuszczalne w stosunku do długu wynikającego z umowy o zamówienie publiczne. Wydaje się jednak, iż przystąpienie do długu wynikającego z umowy o zamówienie publiczne może nastąpić wyłącznie poprzez zawarcie umowy pomiędzy dotychczasowym wykonawcą a osobą trzecią. W takim przypadku, pomimo pojawienia się nowego podmiotu, odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia, kumulatywne przejęcie długu nie stanowi udzielenia nowego zamówienia. Po pierwsze, skuteczność umowy o przystąpienie do długu zawartej pomiędzy wykonawcą a osobą trzecią nie będzie uzależniona od zgody zamawiającego. Do jej zawarcia może dojść niezależnie od woli zamawiającego, chociaż zasada lojalności w obrocie prawnym wymaga poinformowania go o jej zawarciu. Po drugie, w następstwie umowy o przystąpienie do długu, dotychczasowy wykonawca nie zostaje zwolniony od zobowiązania a dodatkowo pojawia się nowy podmiot odpowiedzialny za wykonanie zamówienia.”

6. Problemem jest dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT). Zdaniem Ministerstwa Finansów „dla rozstrzygnięcia sprawy decydujące jest wyjaśnienie, jaki wpływ ma podatek od towarów i usług na wysokość wynagrodzenia, które w związku z realizacją danej umowy odbiorca (zamawiający) jest zobowiązany zapłacić. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach<sup>1</sup>, do którego odesłanie zawiera art. 2 pkt 1 ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Przepis ten, według powszechnie przyjętego rozumienia oznacza, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tego towaru lub usługi. Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT, jeżeli zawarta umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.

<sup>2</sup> Znak: PP1-811-1019/02/DSz.

7. Rozstrzygnięcie powyższego problemu nie może być oderwane od treści ust. 1. Należy więc przyjąć, że przy zmianie VAT zmiana umowy jest dopuszczalna w dwóch sytuacjach: albo wtedy, gdy istnieje konieczność wprowadzenia zmiany, która wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy, albo wtedy, gdy zmiana umowy jest korzystna dla zamawiającego. Można przyjąć, że konieczność wprowadzenia zmian do umowy ma miejsce wówczas, gdy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć (w tym zmian przepisów prawa) jedna ze stron umowy mogłaby ponieść rażącą stratę (patrz art. 357<sup>1</sup> Kc). W sytuacji jednak, gdyby np. w dacie podpisania umowy byłyby już opublikowane przepisy o zmianie VAT, jakkolwiek jeszcze nie weszły w życie, na powyższą przesłankę nie można byłoby się powołać, bowiem zmianę oczywiście można było przewidzieć. Niezależnie od dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, w świetle przepisów prawa każda zmiana umowy wymaga zgody zamawiającego i wykonawcy.
8. Przy braku konsensusu stron co do zmiany umowy może znaleźć zastosowanie art. 357<sup>1</sup> Kc który stanowi: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia, a nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”.
9. W tym kontekście należy przyjąć, że przepis ust. 1 stanowi ograniczenie dla stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast nie jest nim związany sąd działający na gruncie art. 357<sup>1</sup> Kc. Zakaz, o którym mowa w komentowanym artykule powinien wiązać zamawiającego i wykonawcę w celu zapobieżenia sytuacjom, w których nie byłoby osiągalne cele Pzp. Obaw takich jak i uzasadnienia tego zakazu nie ma w przypadku rozstrzygnięcia sprawy przez sąd.
10. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r.<sup>1</sup>, niezależnie od tego, że umowę zawarto w trybie postępowania o zamówienie publiczne, wykonawca może odstąpić od niej w sytuacjach i na warunkach określonych w Kodeksie cywilnym tak, jak od każdej innej umowy<sup>2</sup>. Po podpisaniu umowy jedyna płaszczyzna prawnego uprzywilejowania zamawiającego jest oparta o przepis art. 144. Na pozostałych płaszczyznach zawartego stosunku cywilnoprawnego należy uznać równorzędność pozycji zamawiającego i wykonawcy. Na zasadach ogólnych, gdyby np. zamawiający dopuszczał się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, wykonawca może mu wyznaczyć odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (patrz art. 491 § 1 Kc).
11. Jeżeli potrzeba zmiany umowy wynika ze zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wtedy komentowany przepis nie znajduje zastosowania. Nowe zabezpieczenie powinno jednocześnie spełnić wymogi ustawowe oraz wymogi specyfikacji. Konieczne jest przy tym zachowanie ciągłości zabezpieczenia i jego wymaganej wysokości.
12. Zmiana umowy, dokonywana na podstawie komentowanego artykułu może dotyczyć m.in. terminu realizacji przewidzianych w niej świadczeń. Jeżeli strony przewidują wydłużenie okresu obowiązywania umowy z powyższych względów, powinny także przedłużyć terminy ważności zabezpieczeń. Jeżeli strona trzecia, od której zależy przedłużenie ważności zabezpieczenia nie wydała zgody na takie przedłużenie, wykonawca powinien skorzystać z innych form zabezpieczenia.

<sup>1</sup> Sygn. III CKN/320/00.

<sup>2</sup> Zob. „Rzeczpospolita” z dnia 20 maja 2004 r., C4.

## Art. 145. [Odstąpienie od umowy]

**1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.**

**2. W przypadku, w którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.**

1. Przepis ust. 1 ma charakter wyjątkowy. Pozwala zamawiającym, mocą jednostronnej czynności prawnej, doprowadzić, bez zgody wykonawcy, do wygaśnięcia łączącego strony stosunku prawnego. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego może mieć miejsce tylko wtedy, gdy łącznie wystąpią następujące przesłanki: (a) zaistnieją istotne zmiany okoliczności, (b) będą one powodowały, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, (c) nie można było tego przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przy zaistnieniu tych przesłanek zamawiający może od umowy odstąpić jedynie w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Należy przyjąć, że gdyby powyższe przesłanki zaistniały przed podpisaniem umowy zamawiający może, stosując odpowiednio ust. 1, nie przystąpić do podpisania umowy.

2. Powstaje wątpliwość co to znaczy, że „wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym”. Pojęcie „interesu publicznego” pojawia się w wielu innych przepisach prawa, np. w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 1)<sup>1</sup>, ustawie Prawo własności przemysłowej (art. 68 ust. 1)<sup>2</sup>, czy ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 1 ust. 1)<sup>3</sup>. Zakres pojęcia „interes publiczny” na gruncie różnych ustaw nie musi być tożsamy. Na pewno sam interes zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Powołanie się na to, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym może mieć miejsce np. wtedy, gdy środki publiczne, którymi dysponuje zamawiający, w wyniku wykonania umowy, zostałyby wykorzystane w sposób niewłaściwy. Uzasadnione będzie odstąpienie od umowy, na podstawie której wykonawca miałby położyć nową nawierzchnię na moście, co do którego, po podpisaniu umowy, np. po zniszczeniach powodziowych podjęto decyzję o rozbiórce. Ust. 1 jest istotnym ograniczeniem równowagi stron, niedopuszczalna będzie więc jego wykładnia rozszerzająca.

3. Odstąpienie od umowy będzie jednostronnym, skierowanym przez zamawiającego do wykonawcy oświadczeniem woli o charakterze kształtującym prawo. W następstwie złożenia takiego oświadczenia stosunek prawny między stronami wygasa, i to już od momentu zawarcia umowy. W takiej sytuacji kwestię rozliczenia między stronami reguluje ust. 2.

4. Gdy wykonawca uzna, że odstąpienie zamawiającego od umowy jest nieuzasadnione (np. brak interesu publicznego), może wystąpić do sądu o ustalenie istnienia stosunku prawnego na podstawie art. 189 Kpc. Zgodnie z tym przepisem „powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny”<sup>4</sup>.

5. W praktyce umowy w sprawach zamówień publicznych rzadko kiedy zawierają stosowne postanowienia dotyczące rozliczeń na wypadek odstąpienia przez zamawiającego od umowy na podstawie ust. 1. Trudno arbitralnie określić, jak powinno wyglądać rozliczenie między stronami, bowiem wiele zależy od tego, czy umowa przewidywała kilka etapów wykonania zamówienia, odbiory częściowe itp. Wykonawcy należy się wynagrodze-

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>2</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.

<sup>4</sup> Na ten temat zob. bliżej „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz”, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2001, tom I, s. 799.

nie za rzeczywiste wykonanie części umowy bez względu na to, czy wykonanie tej części zostało formalnie potwierdzone przez zamawiającego przed odstąpieniem od umowy. Wykonawca zgłaszając żądanie na podstawie ust. 2 powinien je uzasadnić. Niekiedy uzasadnienie może wyrażać się w przedłożeniu stosownej kalkulacji. Wykonawca ma prawo żądać nie tylko pokrycia poniesionych kosztów, ale także części zysku. Przez wykonanie części umowy należy rozumieć także i taką sytuację, gdy wykonawca dokonał zakupów niezbędnych dla należytego wykonania umowy. Poza wynagrodzeniem należnym z tytułu wykonywania części umowy wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia odszkodowawcze związane z odstąpieniem zamawiającego od umowy.

#### **Art. 146. [Nieważność umowy]**

##### **1. 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.**

##### **2. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:**

- 1) umowy, o której mowa w ust. 1;**
- 2) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 2;**
- 3) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.**

1. Komentowany artykuł określa szczególnie przypadki nieważności umów w sprawach zamówień publicznych, przy czym nie wyłącza stosowania regulacji Kodeksu cywilnego dotyczącej nieważności umów. W szczególności znajdzie zastosowanie przepis art. 58 § 1 Kc, który stanowi, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy. W kontekście powyższego przepisu istotne znaczenie ma pojęcie „obejście przepisów prawa”. W doktrynie przyjmuje się, że elementami charakterystycznymi obejścia przepisów prawa są: istnienie wyraźnej normy prawnej zakazującej osiągnięcia określonego celu i dokonanie czynności prawnej prowadzącej do osiągnięcia takiego celu zakazanego przez normę prawną<sup>1</sup>. Podobnie w jednym z orzeczeń sądowych uznano, że nie można przyjąć, iż skutek nie zamierzony przez ustawodawcę i skutek przez niego zakazany to ten sam skutek. Dlatego też dla ustalenia, iż doszło do obejścia prawa, najistotniejsze znaczenie ma ustalenie, że istnieje norma prawna, która zakazuje osiągnięcia określonego skutku i że czynność prawna prowadzi do jego osiągnięcia<sup>2</sup>. Np. utworzenie przez zamawiającego odrębnego podmiotu prawnego, któremu będzie on udzielał zamówień bez stosowania przepisów ustawy na podstawie jej art. 136 nie może być postrzegane jako działanie zmierzające do obejścia przepisów prawa, w konsekwencji czego umowy między tymi podmiotami będą ważne.

<sup>1</sup> Patrz np. Kodeks cywilny, red. K. Pietrzykowski, wyd. CH Beck, Warszawa, 2005, s. 258–259.

<sup>2</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z 27 lutego 2004 r. (ISA/Gd 1216/03).

2. Umowa będzie nieważna w przypadku, w którym osoby fizyczne wchodzące w skład organu będą działały z przekroczeniem kompetencji tego organu (patrz art. 38 Kc). Będzie nieważna także w niektórych przypadkach wad oświadczeń woli, o których mowa w przepisach Kodeksu cywilnego.
3. Nowelizacja kwietniowa zmieniła w komentowanym artykule ustęp pierwszy. Zgodnie z wcześniejszą regulacją umowa była nieważna wtedy, gdy zamawiający nie dopełnił obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W obecnym stanie prawnym rygor nieważności obejmuje sytuację, gdy ogłoszenie o zamówieniu nie zostało opublikowane w BZP albo OJ, mimo, że zamawiający dokonał obowiązku ogłoszenia. Tak więc zamawiający, działając z należytą starannością, powinien po przesłaniu ogłoszenia uzyskać pewność, że zostało ono opublikowane.
4. Po nowelizacji dokonanej w kwietniu 2006 roku istotne wątpliwości budzi wykładnia ust. 1 pkt 3 w związku z przepisami dotyczącymi kontroli uprzedniej (art. 167–169a). Analiza ust. 1 pkt 3 i art. 169 ust. 1 zdaje się jasno wskazywać, jakie działania są traktowane jako zakończenie kontroli uprzedniej, przy czym zawarcie umowy po zakończeniu kontroli uprzedniej, w kontekście analizy tych dwóch przepisów, zdawałoby się dopuszczalne. Tymczasem art. 168 ust. 3 *expressis verbis* wskazuje, do jakiego dnia nie można zawrzeć umowy i odnosi się do zdarzeń, które mają miejsce później, niż zakończenie kontroli uprzedniej, o której mowa w art. 169 ust. 1. Należy przyjąć, że art. 168 ust. 3 jest przepisem odrębnym, o którym mowa w ust 1 komentowanego artykułu.
5. W ramach nowelizacji kwietniowej istotnie zmniejszono liczbę przypadków, w których działania zamawiającego wymagają zgody Prezesa Urzędu. Obecnie dotyczy to tylko zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego (art. 182 ust. 3).
6. Nie każdy wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem Pzp będzie skutkował nieważnością umowy. Umowa będzie nieważna tylko wtedy, gdy naruszenie ustawy miało charakter rażący. Każdy przypadek wymaga w tym kontekście wnikliwej oceny. Nie jest rzeczą łatwą określenie, jakie naruszenia ustawy będą miały charakter rażących naruszeń. Nie musi to być jednoznaczne z naruszeniem zasad udzielania zamówień określonych w Rozdziale 2, bowiem można sobie wyobrazić, że naruszono zasadę równego traktowania wykonawców, np. jednego przypadkiem nie powiadomiono o odpowiedzi na nieistotne pytanie dotyczące specyfikacji, co trudno zakwalifikować jako rażące naruszenie ustawy. Rażącym naruszeniem Pzp będzie z pewnością ocena ofert niezgodna z przyjętymi kryteriami.
7. Nie tylko sama czynność wyboru oferty powinna być badana w kontekście ust. 1 pkt 5. Powinny być badane także wszelkie czynności poprzedzające wybór oferty, które mogły ten wybór wypaczyć, np. wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie oferty.
8. Przy wykładni pojęcia „rażące naruszenie ustawy” może być przydatna bogata literatura oraz orzecznictwo. Na tej płaszczyźnie ścierają się dwa stanowiska. „Według pierwszego z nich rażące naruszenie prawa zachodzi w przypadku naruszenia przepisu, nie pozostawiającego wątpliwości co do jego bezpośredniego naruszenia (...) Drugie stanowisko reprezentują ci, którzy uważają, iż przy pojęciu rażącego naruszenia prawa należy brać pod uwagę jego skutki”. W wyroku z dnia 27 maja 1988 r. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że „rażącym naruszeniem prawa jest tylko takie jego naruszenie, w wyniku którego powstają skutki niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia wymagań praworządności”<sup>2</sup>. W odniesieniu do Pzp za bardziej uzasadnione należy uznać drugie stanowisko.

<sup>1</sup> Tak M. Jaśkowska, A. Wróbel „Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz”. Zakamycze, 2005 r., s. 961–962.

<sup>2</sup> Sygn. akt. IV SA 2328/88, GAP 1989 Nr. 6, s. 42.

9. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie i jednocześnie jest pewność co do tego, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Jeżeli doszło do takich naruszeń, ale nie stwierdzono, iż rzeczywiście wpływ ten miały, nie będzie podstawy do uznania umowy za nieważną na podstawie ust. 1 pkt 6. Jeżeli doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, ale do naruszenia doszło nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale na etapie przygotowania postępowania, także nie będzie uzasadnienia dla uznania umowy za nieważną na podstawie powyższego przepisu.
10. Przepis ust. 2 uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, jej części lub zmian dokonanych z naruszeniem prawa, co w żaden sposób nie ogranicza działań innych osób, które mogą działać na zasadach ogólnych. Zgodnie z art. 189 Kpc powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Powodem może być np. podwykonawca, pomimo tego, że nie ubiegał się o udzielenie zamówienia, jeżeli wykaże interes prawny w ustaleniu nieważności umowy.

#### **Art. 147. [Zabezpieczenie należytego wykonania umowy]**

- 1. Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej „zabezpieczeniem”.**
  - 2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.**
  - 3. Zamawiający żąda od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:**
    - 1) wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;**
    - 2) wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki;**
    - 3) umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143.**
  - 4. W wyjątkowych sytuacjach, w szczególności gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenie zamówienia lub spowodować znaczny wzrost cen ofert, zamawiający może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia.**
1. Żądanie przez zamawiającego od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma charakter fakultatywny, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 3, kiedy ma ono charakter obligatoryjny. Wyjątek od reguły określonej w tym przepisie stanowi art. 138c ust. 1 pkt 3, który w odniesieniu do zamówień sektorowych zezwala na odstąpienie od obowiązku żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jeżeli zamawiający powinien żądać lub chce żądać zabezpieczenia, jego obowiązkiem jest zapisać to w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 15). Wniesienie zabezpieczenia powinno nastąpić jeszcze przed podpisaniem umowy. Wskazuje na to zarówno interes zamawiającego, jak i treść przepisu art. 94 ust. 2 który przewiduje m.in., że jeżeli wykonawca nie wnosi wymaganego zabezpieczenia, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert.
  2. Powstaje pytanie, czy na podstawie komentowanego artykułu zamawiający jest zobowiązany do żądania zabezpieczenia od wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową. Byłoby rzeczą niewłaściwą, gdyby instytucja zabezpieczenia była oderwana od udzielenia zamówienia, a jak wiadomo podpisanie umowy ramowej nie stanowi udzielenia zamówienia. Tak więc obowiązek, o którym mowa w tym przepisie, nie dotyczy umów ramowych.



3. Zgodnie z art. 150 zamawiający ma pewne pole manewru co do tego, jakiego zabezpieczenia będzie żądał, jednakże jego wysokość nie może być niższa niż 2%, ani wyższa niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego, wynikającego z umowy. Zamawiający może powoływać się na wyjątkową sytuację, o której mowa w ust. 4, gdy mimo tego, iż żądał zabezpieczenia w wysokości i formule najbardziej korzystnej dla wykonawcy, istnieje ryzyko niemożliwości udzielenia zamówienia bądź znacznego wzrostu cen ofert.
4. W przypadku zawierania każdej umowy na okres dłuższy niż 4 lata, bez względu na to czy chodzi o roboty budowlane, usługi czy dostawy i bez względu na jej wartość, co do zasady zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy. Wyjątek stanowią umowy, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143 oraz sytuacje, w których mowa w art. 147 ust. 4.
5. Wyjątkowa sytuacja, o której mowa w ust. 4 nie musi polegać tylko na ryzyku niemożliwości udzielenia zamówienia lub ryzyku znacznego wzrostu cen ofert (są to tylko przykłady wyjątkowych sytuacji). Istnieje dylemat, czy doskonała sytuacja finansowa i renoma wykonawcy same w sobie uzasadniają odstąpienie od żądania zabezpieczenia. Byłoby to w wielu przypadkach uzasadnione, bowiem interes zamawiającego, którego ochronie ma służyć zabezpieczenie wykonania umowy, nie byłby zagrożony. Odpowiedź na to pytanie jest jednak negatywna, bowiem trudno uznać, że złożenie najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę posiadającego doskonałą sytuację finansową i świetną renomę, jest sytuacją wyjątkową.

#### **Art. 148. [Forma zabezpieczenia]**

1. Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:
  - 1) pieniądzu;
  - 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
  - 3) gwarancjach bankowych;
  - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
  - 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.
2. Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:
  - 1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
  - 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
  - 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.
3. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.
4. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia.
5. Jeżeli zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu, zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy.

1. Warto rozważyć, kiedy i na jakich zasadach możliwe jest zaliczenie wadium na poczet zabezpieczenia. Co do zasady należy przyjąć, że takie zaliczenie nie jest dopuszczalne. Wiąże się to chociażby z tym, że okres ważności wadium jest związany z okresem ważności oferty i nawet, jeśli dane wadium byłoby ważne jeszcze przez jakiś czas po zawarciu umowy, w większości przypadków traciłoby swoją ważność na tyle wcześnie, że jako forma zabezpieczenia nie mogłoby pełnić swojej roli. Wyjątek od tej zasady dotyczy wadium w formie pieniężnej, kiedy wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia (ust. 4). Jeżeli wykonawca zgody tej nie wyrazi, zamawiający jest zobowiązany zwrócić mu wadium na zasadach ogólnych.
2. Podobnie jak w przypadku wadium ustawodawca przewiduje szereg alternatywnych form zabezpieczenia do wyboru wykonawcy (ust. 1). Jednocześnie, w odróżnieniu od regulacji dotyczącej wadium, ustanawia trzy dodatkowe formy zabezpieczenia: weksel z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, zastaw rejestrowy na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (ust. 2). Wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia w jednej z powyższych form wymaga dla swej skuteczności wcześniejszej zgody zamawiającego.
3. Weksle są papierami wartościowymi uregulowanymi w ustawie Prawo wekslowe<sup>1</sup>. Regulację papierów wartościowych, które są emitowane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego zawiera w szczególności ustawa o finansach publicznych<sup>2</sup>, ustawa o obligacjach<sup>3</sup> oraz ustawa o obrocie instrumentami finansowymi<sup>4</sup>. Ustanowienie zastawu rejestrowego reguluje ustawa z o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów<sup>5</sup>. Określa ona katalog podmiotów, których wierzytelności mogą być zabezpieczone poprzez ustanowienie zastawu rejestrowego (art. 1 ust. 1). Do ustanowienia zastawu rejestrowego dochodzi poprzez umowę między osobą uprawnioną do rozporządzania przedmiotem zastawu (zastawcą) a wierzycielem (zastawnikiem) oraz wpis do rejestru zastawów (art. 2 ust. 1). Przedmiotem zastawu mogą być rzeczy ruchome z wyjątkiem statków morskich wpisanych do rejestru okrętowego, a także zbywalne prawa majątkowe (art. 7 ust. 1).
4. Trudno zgodzić się z poglądem, że za niewłaściwe należałoby uznać dopuszczenie jednej z form zabezpieczenia wymagającej zgody zamawiającego już po wyborze najkorzystniejszej oferty<sup>6</sup>. Nie ma przeszkód, aby ewentualna zgoda była już udzielona w dokumentacji określającej warunki zamówienia. Żaden przepis nie zakazuje jednocześnie w sytuacji, gdy dokumentacja określająca warunki zamówienia żadnych postanowień w tej mierze nie zawiera, aby zgoda zamawiającego została udzielona po wyborze najkorzystniejszej oferty na wniosek wykonawcy, który taką ofertę złożył.
5. Jeżeli wykonawca wnosi zabezpieczenie w pieniądzu nie ma żadnego wpływu na to, jak będzie oprocentowane konto bankowe, na którym będą przechowywane. Jednocześnie zamawiający, działając w dobrej wierze, powinien starać się o to, aby oprocentowanie to było jak najkorzystniejsze.

<sup>1</sup> Dz. U. z 1936 r. Nr 37, poz. 282, z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity: Dz. U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.

<sup>5</sup> Dz. U. z 1996 r. Nr 149, poz. 703 z późn. zm.

<sup>6</sup> Tak J. Pieróg „Zamówienia publiczne” Komentarz, 5 wydanie, Warszawa, 2003 r., s. 288.

#### **Art. 149. [Zmiana formy zabezpieczenia]**

- 1. W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1.**
- 2. Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 2.**
- 3. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.**

Przepisy, o których mowa w tym artykule z jednej strony służą interesom zamawiającego, z drugiej strony stwarzają takie warunki, aby zabezpieczenie umowy było dla wykonawców jak najmniej uciążliwe. Tak więc w odniesieniu do pieniędzy, poręczeń bankowych, poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (pod warunkiem, że zobowiązanie kasy będzie zobowiązaniem pieniężnym), gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych i poręczeń, o których mowa w art. 148 ust. 1 pkt 5 wykonawca ma pełną swobodę zamiany jednej formy zabezpieczenia na drugą. W odniesieniu natomiast do form, o których mowa w ust. 2 tego artykułu, wymagana jest zgoda zamawiającego. Wskazane jest, chociażby dla celów dowodowych, aby zgoda taka była udzielana na piśmie.

#### **Art. 150. [Wysokość zabezpieczenia]**

- 1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.**
  - 2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.**
  - 3. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.**
  - 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia.**
  - 5. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury.**
  - 6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.**
1. Zamawiający może żądać, aby wykonawca przedstawił w ofercie cenę całkowitą, albo cenę lub ceny jednostkowe. W zależności od tego, jakie było jego żądanie w tej mierze, inny będzie punkt odniesienia sposobu ustalenia wysokości zabezpieczenia. Jakkolwiek to, jaka będzie wysokość wymaganego zabezpieczenia wynika z treści najkorzystniejszej oferty, punkt odniesienia dla ustalenia wysokości zabezpieczenia, jak i jego procentowa wartość w stosunku do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy, powinny być przesądzone w specyfikacji (art. 36 ust. 1 pkt 15).
  2. W przypadku, gdy okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, komentowany przepis dopuszcza, aby za zgodą zamawiającego wykonawca w dniu podpisania umowy wniósł co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia, pod warunkiem uzupełnienia reszty przez potrącenie z należności za częściowo wykonane zamówienie. Przepis jednocześnie przesądza, że wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.

## **Art. 151. [Zwrot zabezpieczenia]**

- 1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.**
- 2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.**
- 3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.**

1. Działając z należytą starannością zamawiający jest zobowiązany do weryfikowania, czy zamówienie zostało należyte wykonane. Jeżeli po wykonaniu zamówienia i jego odbiorze nie zgłasza roszczeń z tytułu rękojmi za wady, a jednocześnie nie udzielono gwarancji, jest zobowiązany zwrócić wykonawcy zabezpieczenie w całości, w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go za należyte wykonane.
2. Po wykonaniu zamówienia mogą znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące rękojmi za wady. Jakkolwiek zgodnie z art. 558 Kc jest dopuszczalne ograniczenie, a nawet wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi wydaje się, iż rzadko będzie istniało uzasadnienie dla takiego stanowiska, tym bardziej, że w przypadku udzielania zamówień publicznych zamawiający ma decydujący wpływ na treść umowy. Zgodnie z art. 568 Kc: „§ 1. Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku — po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. § 2. Upływ powyższych terminów nie wyłącza wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli sprzedawca wadę podstępnie zataił. § 3. Zarzut z tytułu rękojmi może być podniesiony także po upływie powyższych terminów, jeżeli przed ich upływem kupujący zawiadomił sprzedawcę o wadzie”.
3. Tak jak roszczenia z tytułu rękojmi za wady wynikają z przepisów prawa, tak roszczenia z tytułu gwarancji jakości wynikają z dokumentu gwarancyjnego wystawionego przez gwaranta. Dokument ten może określać zakres odpowiedzialności. Art. 578 Kc stanowi: „jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy”. Wspomniany dokument powinien określać także okres gwarancji. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji (art. 579 Kc). Zamawiający może narzucić jakie minimalne warunki powinna zawierać gwarancja, przy czym może to być jednym z kryteriów oceny ofert.
4. Jeżeli, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 15 zamawiający określił w SIWZ wymagania dotyczące należytego wykonania umowy, nie może ich już potem zmieniać. Przed podpisaniem umowy powinien sprawdzić, czy przedłożone zabezpieczenie spełnia te wymogi. Obok sprawdzenia, czy wspomniane wymogi zostały spełnione (np. złożono gwarancję o wymaganej treści), powinien zbadać ważność złożonych mu dokumentów.
5. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w takiej postaci, w jakiej zostało mu ono złożone. Powinien zwrócić wykonawcy stosowne dokumenty nawet wtedy, gdy straciły one już swoją ważność. Brak ważności danego dokumentu nie może być powodem odmowy jego zwrotu.

# Dział V Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

## Rozdział 1 Zakres działania

### Art. 152 [Prezes Urzędu]

- 1. Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu.**
- 2. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów.**
- 3. Obsługę Prezesa Urzędu zapewnia Urząd.**
- 4. Organizację Urzędu określa statut nadany, w drodze zarządzenia, przez Prezesa Rady Ministrów.**

1. Centralne organy administracji rządowej są powoływane na mocy ustaw, działają na ich podstawie i w ramach określonych w nich kompetencji. Centralnym organem administracji rządowej jest Prezes Urzędu. Zgodnie z właściwością miejscową swoim działaniem obejmuje teren całego kraju. Według właściwości rzeczowej jest organem właściwym w sprawach zamówień publicznych, a zatem ma kompetencje do rozpoznawania i rozstrzygania spraw w tym obszarze. Zakres działania Prezesa Urzędu jest określony w przepisach o charakterze materialnoprawnym, przede wszystkim w Pzp, wydanych do niego aktach wykonawczych, a także w innych przepisach. Obowiązkiem prezesa, wynikającym z art. 19 Kpa jest przestrzeganie z urzędu swojej właściwości rzeczowej. Pzp nie określa trybu postępowania przed prezesem Urzędu, także więc w tym przypadku mają zastosowanie właściwe przepisy Kpa, zgodnie z ogólną normą zawartą w art. 1 pkt 1 która stanowi, że reguluje on postępowanie „przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych”. Podstawową zasadą, obowiązującą w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, podobnie jak przed każdym innym organem administracji, jest zasada prawdy obiektywnej. Oznacza ona obowiązek dążenia do jak najpełniejszego ustalenia stanu faktycznego, który stanowi podstawę rozstrzygnięcia. Może ono nastąpić tylko wówczas, gdy okoliczności sprawy zostaną w pełni wyjaśnione w toku postępowania, prowadzonego przy zachowaniu pełnego obiektywizmu w ocenie tych okoliczności oraz dowodów. Ustawa o działach administracji rządowej<sup>1</sup> w art. 34 ust. 2 stanowi iż „w sprawach indywidualnych decyzje centralnego organu administracji rządowej są ostateczne w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, chyba, że ustawa uprawnienia takie przyznaje ministrowi kierującemu określonym działem administracji rządowej”.
2. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów. Konsekwentnie do tego Urząd Zamówień Publicznych nie jest objęty zakresem żadnego z działów administracji rządowej, ustanowionych w ustawie o działach administracji rządowej (art. 33a ust. 1). Jest to rozwiązanie gwarantujące Prezesowi Urzędu wysoką pozycję w strukturze organów administracji rządowej, ale przede wszystkim chroniące go przed możliwościami wpływania lub oddziaływania na podejmowane przez niego decyzje bądź czynności przez inne organy administracji. Ma to szczególnie znaczenie z uwagi na kompetencje Prezesa Urzędu w zakresie kontroli postępowań o zamówienia publiczne oraz prawo nakładania kar pieniężnych na podmioty spoza sektora finansów publicznych.
3. Urząd Zamówień Publicznych rozpoczął działalność z dniem wejścia w życie uzp, to znaczy 1 stycznia 1995 roku. Stanowi wyodrębnioną jednostkę organizacyjną administracji

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1548 z późn. zm.

rządowej, która zapewniać ma realizację zadań przewidzianych w Pzp dla Prezesa Urzędu. W literaturze przyjęło się niezbyt fortunnie, że jest to „aparat wykonawczy” Prezesa Urzędu. Bardziej trafne wydaje się określanie go jako „rządowego centrum polityki, legislacji, analiz, ekspertyz, dokumentacji i sprawozdawczości”<sup>1</sup>. Urząd działa na podstawie ustawy oraz Statutu nadanego mu zarządzeniem Nr 110 Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 grudnia 2004 r.<sup>2</sup>, który w § 2 stanowi, iż „zapewnia obsługę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (...) i działa zgodnie z jego zarządzeniami, wytycznymi, decyzjami i poleceniami oraz pod jego bezpośrednim nadzorem i kierownictwem”. Statut określa także strukturę organizacyjną Urzędu. W jego skład wchodzi departamenty: Prawny, Kontroli, Szkoleń i Wydawnictw, Współpracy Międzynarodowej, Studiów i Analiz, Biura: Odwołań oraz Organizacyjno-Finansowe, Sekretariat Prezesa, Samodzielne Stanowisko ds. Audytu Wewnętrznego. Prezes kieruje Urzędem przy pomocy wiceprezesów, dyrektora generalnego oraz dyrektorów komórek organizacyjnych. Wewnętrzną organizację i zakres zadań komórek organizacyjnych oraz tryb pracy Urzędu określa Regulamin organizacyjny Urzędu, nadawany przez Prezesa Urzędu. Działalność Urzędu finansowana jest z budżetu państwa, a Prezes Urzędu, w części dotyczącej Urzędu, jest dysponentem budżetu pierwszego stopnia.

## **Art. 153 [Tryb powołania i odwołania Prezesa]**

**1. Prezes Urzędu wyłoniony w drodze konkursu jest powoływany i odwoływany przez Prezesa Rady Ministrów. Kadencja Prezesa Urzędu trwa 5 lat, licząc od dnia powołania. Prezes pełni obowiązki do dnia powołania jego następcy.**

**2. Prezesem Urzędu może być wyłącznie osoba, która posiada:**

- 1) wyższe wykształcenie;**
- 2) wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych.**

1. Przepisy dotyczące trybu powołania i odwołania Prezesa Urzędu w obecnym brzmieniu zostały wprowadzone ustawą o przeprowadzaniu konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów rządów państwowych funduszy celowych<sup>3</sup>. Tak, jak poprzednio przesądzały one, że Prezes Urzędu wyłonionego w drodze konkursu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów oraz że jego kadencja trwa pięć lat. Funkcję tę pełnić może wyłącznie osoba posiadająca wykształcenie wyższe oraz wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Pozostałe unormowania dotyczące omawianych kwestii znajdują się w przywołanej wcześniej ustawie oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów<sup>4</sup>, wydanym na mocy delegacji, zawartej w art. 12 tej ustawy.

2. Zgodnie z art. 2 tejże ustawy kandydat na Prezesa Urzędu powinien cieszyć się nieposzlakowaną opinią, dawać rękojmię prawidłowego wykonywania powierzonych zadań, wyróżniać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie zamówień publicznych, a także odpowiadać warunkom określonym w art. 4 pkt 1–3 ustawy o służbie cywilnej<sup>5</sup> tzn. posiadać obywatelstwo polskie, korzystać z pełni praw publicznych i nie być karany za przestęp-

<sup>1</sup> Tadeusz Grzeszczyk, Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu. Biblioteka menedżera i bankowca. Warszawa 1995, s. 272.

<sup>2</sup> M.P. z 2004 r. Nr 52 poz. 886.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o przeprowadzaniu konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów rządów państwowych funduszy celowych, Dz. U. Nr 163, poz. 1362 z późn. zm.

<sup>4</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2005 r. w sprawie konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów rządów państwowych funduszy celowych, Dz. U. Nr 166, poz. 1383 z późn. zm.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej, Dz. U. z 1999 r. Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

stwo popełnione umyślnie. Konkurs na stanowisko Prezesa zarządza i przeprowadza Prezes Rady Ministrów (art. 3). Ogłoszenie o konkursie zamieszcza się w Biuletynie Informacji Publicznej oraz w dzienniku ogólnopolskim. Dla przeprowadzenia konkursu powołuje się komisję konkursową, której członkami mogą być wyłącznie osoby, dające rękojmię bezstronnego pełnienia tej funkcji w interesie publicznym. W toku konkursu sprawdzaniu podlegają wiedza, predyspozycje oraz umiejętności niezbędne do wykonywania zadań na stanowisku Prezesa Urzędu (art. 4). Podczas konkursu mogą być stosowane w szczególności: testy i kwestionariusze psychologiczne, zadania sprawdzające umiejętności praktyczne oraz wywiady selekcyjne.

3. Przed upływem kadencji Prezes Urzędu może być odwołany wyłącznie w przypadku: (1) rażącego naruszenia przepisów prawa, (2) prowadzenia działalności która pozostaje w sprzeczności z wykonywanymi obowiązkami, (3) utraty zdolności do pełnienia obowiązków służbowych z powodu choroby lub innej długotrwałej przeszkody w pełnieniu obowiązków służbowych, (4) rezygnacji ze stanowiska, (5) skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne lub przestępstwo skarbowe, (6) prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego nieważność konkursu. Decyzja ta, w odniesieniu do przesłanek odwołania nie ma zatem charakteru uznaniowego, jednakże od oceny konkretnej sytuacji przez Prezesa Rady Ministrów zależy, czy przy zaistnieniu tych okoliczności zdecyduje się odwołać ze stanowiska Prezesa Urzędu. Jest to kolejne rozwiązanie, konsekwentnie zmierzające do stabilizowania funkcji Prezesa Urzędu i zapewnienia mu statusu fachowca.
4. Pierwszą przesłanką odwołania Prezesa przed upływem kadencji jest rażące naruszenie przepisów prawa. Ponieważ przepis przywoływanej ustawy odnosi się do wielu stanowisk objętych jej regulacjami, ustawodawca posłużył się ogólnym terminem „przepisy prawa” oznaczającym, w zależności od sprawowanej funkcji, przepisy ustawy (ustaw) normujących zakres działania centralnego urzędu administracji rządowej, agencji państwowej lub państwowego funduszu celowego. Rażące naruszenie przepisów traktować należy jako swoistą klauzulę generalną i odnosić do fundamentalnych zasad na jakich oparte są te ustawy, a w przypadku Prezesa UZP do Prawa zamówień publicznych. Istotne znaczenie miałyby przy tym nie tylko ocena samego naruszenia zasad ustawowych, ale także skutków, które to naruszenie spowodowało bądź powoduje. W piśmiennictwie, odnosząc się do problemu oceny, czy nastąpiło rażące naruszenie prawa wymienia się następujące elementy: „ocenę skutków społeczno-gospodarczych naruszenia prawa wskazującą na niemożność ich pogodzenia z wymaganiami praworządności, powstanie skutków naruszenia prawa niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia praworządności, powodowanie naruszeniem prawa skutków nie do pogodzenia z wymaganiami praworządności, które to wymagania trzeba chronić kosztem trwałości decyzji, naruszenie prawa jako następstwo zaniedbań lub naruszenia obowiązków służbowych funkcjonariusza (...)”<sup>1</sup>. Wyrok NSA z dnia 25 listopada 1997 r. (III SA 1201/96) stwierdza, że z rażącym naruszeniem prawa mamy do czynienia wtedy, gdy „uchylenie prawu ma charakter oczywisty, jasny i bezsporny, nie dopuszczający możliwości odmiennej wykładni.”
5. Oczywistą przesłanką odwołania Prezesa Urzędu jest rezygnacja zgłoszona przez osobę sprawującą to stanowisko, bowiem trudno jest wyobrazić sobie pełnienie go wbrew własnej woli. Równie oczywiste jest odwołanie Prezesa w przypadku skazania go prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne lub przestępstwo skarbowe. Art. 7 § 1 Kk stanowi, że „przestępstwo umyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi”. Kolejną przesłankę stanowi utrata zdolności do pełnienia obowiązków

<sup>1</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. 5. wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2003, s. 720.

służbowych, po pierwsze z powodu choroby, po drugie z powodu innej długotrwałej przeszkody. Mamy tu do czynienia z dwoma elementami — a) „utrata zdolności do pełnienia obowiązków”, czyli faktyczną niemożliwością wykonywania funkcji Prezesa Urzędu, b) niemożliwość ta musi być długotrwała. Uniemożliwić wykonywanie obowiązków może choroba wymagająca np. pobytu w szpitalu, ale także pobyt w areszcie śledczym, izolacja z powodów zdrowotnych (kwarantanna), zaginięcie. Posłużenie się terminem „długotrwałości” oznacza, że muszą to być przeszkody występujące w długim przeciągu czasu („długookresowe”), z pewnością znacznie dłużej niż przez pół roku. Jeśli na podstawie niektórych przepisów, jak chociażby prawa pracy czy ubezpieczeń społecznych można przyjąć, że dolna granica terminu „długotrwały” lokuje się powyżej sześciu miesięcy, określenie po jakim okresie występowania tej przesłanki skutkuje ona możliwością jej zastosowania jest praktycznie niemożliwe. W każdym przypadku zależeć to musi od wieloaspektowej oceny konkretnego stanu faktycznego, a zwłaszcza sytuacji, w jakiej znalazł się Prezes oraz zagrożeń dla normalnego funkcjonowania Urzędu, jakie powoduje niemożność wykonywania przez niego obowiązków.

6. Prezes Rady Ministrów może zawiesić Prezesa Urzędu w pełnieniu obowiązków na czas nie dłuższy niż trzy miesiące, w razie wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego przestępstwo umyślne z oskarżenia publicznego oraz przestępstwo skarbowe. W okresie zawieszenia zachowuje on prawo do wynagrodzenia. Należy zauważyć, że podobnie jak w przypadku odwołania zawieszenie stanowi możliwość, a nie obowiązek. Zarówno ocena sytuacji jak i decyzja w tej sprawie pozostawione zostały Prezesowi Rady Ministrów. Jeżeli jednak decyzja o zawieszeniu została podjęta, a przesłanki uzasadniające jej podjęcie utrzymują się przez okres dłuższy niż trzy miesiące, Prezes Rady Ministrów może odwołać Prezesa Urzędu z zajmowanego stanowiska.
7. Organizację, sposób i tryb przeprowadzania konkursu, skład komisji konkursowej, sposób i tryb jej powoływania i działania, kryteria oceny predyspozycji oraz umiejętności osoby kandydującej oraz zakres informacji udostępnianych kandydatom i sposób ich udostępniania reguluje przywoływane wyżej rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów zarządów państwowych funduszy celowych<sup>1</sup>. W załącznikach do rozporządzenia uregulowany został zakres kryteriów oceny predyspozycji oraz umiejętności kandydata — obligatoryjnych (Załącznik Nr 1) oraz fakultatywnych (Załącznik Nr 2).

## **Art. 154 [Kompetencje]**

### **Prezes Urzędu:**

- 1) opracowuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;**
- 2) podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą;**
- 3) publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia przewidziane ustawą;**
- 4) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia;**
- 5) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;**
- 6) zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej;**
- 7) opracowuje programy szkoleń, organizuje oraz inspiruje szkolenia z zakresu zamówień;**

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 166, poz. 1383 z późn. zm.



- 8) przygotowuje i upowszechnia przykładowe kryteria oceny merytorycznego poziomu szkoleń;
- 9) (uchylony);
- 10) upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień;
- 11) czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą;
- 12) upowszechnia zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień;
- 13) dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności upowszechnia orzeczenia zespołów arbitrów, o których mowa w art. 186 ust. 1, sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zamówień;
- 14) prowadzi współpracę międzynarodową w sprawach związanych z zamówieniami;
- 15) dokonuje analiz funkcjonowania systemu zamówień;
- 16) opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej roczne sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień.

1. Komentowany artykuł enumeratywnie wylicza kompetencje Prezesa Urzędu, z których wynika zakres jego działania. Katalog ten obejmuje zarówno kompetencje „stare”, zapisane w ustawie o zamówieniach publicznych oraz „nowe”, wynikające z nowych obowiązków zapisanych w prawie europejskim, jak również te, których wprowadzenie wynikało z praktyki działania systemu zamówień publicznych w ostatnich latach. Łatwo zauważyć, iż w stosunku do stanu sprzed nowelizacji zaszły tu pewne zmiany. Prezes Urzędu utracił możliwość dokonywania oceny merytorycznego poziomu szkoleń prowadzonych przez podmioty wykonujące działalność szkoleniową (uchylony pkt 9). Rozszerzony i uściślony został obowiązek dążenia do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach (pkt 13), a także nieco zmieniony zapis dotyczący publikacji ogłoszeń w BZP (pkt 3). Nadając temu artykułowi taką formę redakcyjną, (bez zwrotu „w szczególności”) ustawodawca przesądził, że jest to katalog zamknięty, wyczerpujący wszystkie obowiązki oraz możliwości działania Prezesa. Zdecydowana większość spośród nich znajduje swój skonkretyzowany wyraz w innych przepisach ustawy, dotyczących czynności lub działań prezesa, np. w zakresie kontroli, prowadzenia listy arbitrów, organizacji posiedzeń zespołów arbitrów itp.
2. Zawarty w przepisie zakres kompetencji Prezesa Urzędu obejmuje wszystkie te dziedziny oraz obszary, w których powinien on być obecny, nie tylko jako organ administracji rządowej posiadający uprawnienia kontrolne czy decyzyjne, ale także jako organizator lub inicjator określonych działań. Decyduje to o charakterze funkcji Prezesa Urzędu, a także, co się z tym wiąże, w znacznym stopniu przesądza o sposobie jej sprawowania. W świetle tego Prezes Urzędu to nie tylko organ administracji rządowej, ale także „organizator” bądź „moderator” systemu zamówień publicznych. Wydaje się to rozwiązaniem słusznym, przede wszystkim dlatego, że takie rozumienie funkcji Prezesa Urzędu potwierdza praktyka minionego okresu. Po pierwszych latach wdrażania uzp i budowy systemu zamówień publicznych, kiedy Prezes Urzędu siłą rzeczy musiał być organizatorem i kierownikiem tego procesu wydawało się, iż kolejne lata powinny przynieść zdecydowane przesunięcie punktu ciężkości z „organizowania” na administrowanie. Jednakże postępujący rozwój systemu zamówień publicznych, zwiększanie się jego zakresu podmiotowego i przedmiotowego, a także dynamiczny rozwój rynku zamówień publicznych przesądziły o tym, że Prezes Urzędu nadal musi być przede wszystkim jego organizatorem i moderatorem.
3. Kompetencje Prezesa Urzędu obejmują następujące dziedziny: legislację, kontrolę, zabezpieczanie funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej, współpracę międzynarodo-

wą, monitorowanie systemu zamówień, kształtowanie — w szerokim tego słowa znaczeniu — prawidłowej praktyki działania zamawiających i wykonawców oraz, w minimalnym zakresie, wydawanie aktów administracyjnych indywidualnych (decyzji i postanowień).

4. Choć nie znajduje to bezpośredniego wyrazu w zapisach dotyczących kompetencji Prezesa, z innych przepisów ustawy wynikają istotne zmiany dotyczące zakresu niektórych spośród nich, a mianowicie wydawania decyzji administracyjnych oraz wykonywania czynności kontrolnych. Wydawanie decyzji administracyjnych, będące w okresie przed nowelizacją jednym z najważniejszych działań Prezesa Urzędu zostało znacznie ograniczone. Obecnie nie posiada on kompetencji do wyrażania zgody na zastosowanie innego trybu niż przetarg nieograniczony czy ograniczony, a także na podpisanie umowy na okres dłuższy, niż przewiduje to ustawa. Oznacza to, iż w każdej z tych spraw decyzję, zgodnie z przesłankami ustawowymi, podejmuje sam zamawiający. Rozszerzył się natomiast zakres kontroli, wykonywanej przez Prezesa. Ma on obowiązek przeprowadzać kontrolę na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju (art. 166 ust. 4). Są to rozwiązania o doniosłym znaczeniu systemowym. Stanowią z jednej strony wynik konsekwentnego decentralizowania systemu zamówień publicznych oraz ograniczania administracyjno-prawnej ingerencji centralnego organu administracji rządowej w proces udzielania zamówień publicznych, a z drugiej — umacniania i rozszerzania jego funkcji kontrolnych.
5. Szczególnie istotne są uprawnienia w zakresie legislacji (pkt 1), bowiem to Prezes Urzędu przygotowywał i przedstawiał Radzie Ministrów projekty większości zmian w ustawie o zamówieniach publicznych oraz w Prawie zamówień publicznych. Jest także autorem projektów aktów wykonawczych wydanych zarówno do ustawy o zamówieniach publicznych jak i do Pzp. Od propozycji rozwiązań, jakie są w nich zawarte, a które stanowią podstawę rozstrzygnięć podejmowanych przez uprawnione do tego organy w dużej mierze zależy funkcjonowanie systemu zamówień. Ma to duże znaczenie zwłaszcza w kontekście obowiązku dbania o zgodność przepisów dotyczących zamówień publicznych z normami prawa europejskiego.
6. Duże znaczenie mają także uprawnienia kontrolne Prezesa Urzędu (pkt 11), które ustawodawca określił jako „czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień” (patrz komentarz do art. 161), dokonywanie analiz funkcjonowania systemu zamówień (pkt 15), upowszechnianie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień (pkt 12) oraz przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych kryteriów oceny merytorycznego poziomu szkoleń (pkt 8). To ostatnie uprawnienie jest szczególnie ważne wobec coraz większego znaczenia procesu edukacji uczestników systemu zamówień, a także bardzo zróżnicowanego poziomu usług szkoleniowych oferowanych przez firmy, zajmujące się tą działalnością.
7. Prawną formą działania Prezesa Urzędu jest wydawanie aktów administracyjnych indywidualnych, a mianowicie decyzji i postanowień. Obok tego Prezes Urzędu wykonuje czynności materialno-techniczne oraz prowadzi działania o charakterze niewładczym. Prezes Urzędu wydaje decyzje administracyjne w następujących sprawach: wyrażenia zgody na podpisanie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 182 ust. 3), wpisu oraz skreślenia z listy arbitrów (art. 173 ust. 2 i ust. 8), wpisu, skreślenia lub odmowy wpisu na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 4), nałożenia kary administracyjnej (art. 202 ust. 1), natomiast postanowienia m. inn. w następujących sprawach: wyłączenia albo odmowy wyłączenia arbitra (art. 186 ust. 4), wyłączenia pracownika UZP od udziału w kontroli (art. 162 ust. 3), zwrotu odwołania (185 ust. 3). Do czynności materialno-technicznych Prezesa Urzędu zaliczyć należy m. inn.: publikację ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 154 pkt 3), prowadzenie i ogłaszanie listy arbitrów oraz gromadzenie i przetwarzanie ich danych osobowych (art. 172. ust. 1–3), prowadzenie i ogłaszanie listy organizacji uprawnionych do wnoszenia środków

ochrony prawnej (art. 179 ust. 2–5), opracowywanie i przedstawianie Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej rocznego sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych (art. 154 pkt 16). Działaniami Prezesa Urzędu o charakterze niewładczym są m. inn.: opracowywanie programów szkoleń, organizacja i inspiracja szkoleń, przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych kryteriów oceny merytorycznego poziomu szkoleń (art. 154 pkt 7–8), upowszechnianie przykładowych wzorców umów, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień (art. 154 pkt 10).

#### **Art. 155 [Wiceprezesa Urzędu]**

- 1. Prezes Urzędu wykonuje zadania wynikające z ustawy przy pomocy nie więcej niż dwóch Wiceprezesów Urzędu.**
- 2. Wiceprezesów Urzędu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu.**
- 3. Wiceprezesa Urzędu może być wyłącznie osoba, która spełnia następujące warunki:**
  - 1) jest obywatelem polskim;**
  - 2) posiada wyższe wykształcenie;**
  - 3) posiada wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych;**
  - 4) cieszy się nieposzlakowaną opinią;**
  - 5) korzysta z pełni praw publicznych;**
  - 6) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne.**

1. Przepis ten rozstrzyga dwie istotne kwestie. Po pierwsze ustanawia funkcję wiceprezesa Urzędu, po drugie przesądza, że nie może ich być więcej niż dwóch. Zadaniem wiceprezesów jest „pomoc” prezesowi Urzędu w wykonywaniu zadań przewidzianych ustawą. Działają oni z upoważnienia prezesa i w zakresie, jakiego dotyczy to upoważnienie. Mogą np. podejmować decyzje administracyjne lub prowadzić działania ustawowo przypisane centralnemu organowi administracji rządowej. Zakres ich kompetencji powinien być określony w Regulaminie wewnętrznym Urzędu, a upoważnienie do podejmowania decyzji lub wykonywania określonych czynności dokonane przez prezesa Urzędu w formie pisemnej, z oznaczeniem czasu, na jaki zostaje udzielone.
2. Podobnie jak prezesa, wiceprezesów powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów. Dokonuje tego jednakże na wniosek prezesa Urzędu. Oznacza to, że Prezes Urzędu posiada prawo inicjatywy w odniesieniu do powołania i odwołania wiceprezesów, a zatem ma istotny wpływ zarówno na personalną obsadę tych stanowisk, jak i na termin powołania lub odwołania osób, sprawujących tę funkcję. Bez stosownego wniosku w tych sprawach ze strony Prezesa Urzędu Prezes Rady Ministrów nie może podjąć decyzji dotyczących obsady stanowisk wiceprezesów. Powstaje pytanie, w jakim przypadku Prezes Rady Ministrów może odmówić powołania kandydata zaproponowanego przez prezesa Urzędu. Wydaje się że tylko wówczas, gdy nie odpowiada on warunkom, określonym w ust. 3 komentowanego przepisu. Wystarczającym powodem negatywnej decyzji jest nie spełnienie jednego spośród nich.
3. Kryteria, jakie musi spełniać wiceprezes Urzędu są takie same, jak w odniesieniu do Prezesa Urzędu, a mianowicie: obywatelstwo polskie, wyższe wykształcenie, wiedza o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, nieposzlakowana opinia, pełnia praw publicznych, niekaralność za przestępstwo. Wnosząc o powołanie wiceprezesa, Prezes Urzędu zadbać musi, aby wypełniał on wszystkie te kryteria, natomiast ocena, czy odpowiada im proponowany na to stanowisko kandydat należy do Prezesa Rady Ministrów.

#### **Art. 156. (uchylony).**

## Rozdział 2

### Rada Zamówień Publicznych

#### Art. 157 [Kompetencje]

**1. Tworzy się Radę Zamówień Publicznych, zwaną dalej „Radą”, która jest organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu.**

**2. Rada w szczególności:**

- 1) wyraża opinie w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu;**
- 2) opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;**
- 3) opiniuje roczne sprawozdania Prezesa Urzędu o funkcjonowaniu systemu zamówień;**
- 4) ustala zasady etyki zawodowej osób wykonujących określone w ustawie zadania w systemie zamówień;**
- 5) opiniuje na zasadach określonych w ustawie zastrzeżenia do zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu.**

1. Rada Zamówień Publicznych jest kolegialnym organem opiniodawczo-doradczym Prezesa Urzędu. Zastąpiła istniejące pod rządami uzp Kolegium Urzędu Zamówień Publicznych. Przy braku jakichkolwiek innych organów doradczych, bądź możliwości korzystania z doradztwa zawodowego, istnienie takiego ciała wydaje się niezbędne. Tym bardziej, że system zamówień publicznych obejmuje obszar niezwykle ważny dla funkcjonowania państwa, w którego zasięgu jest wiele problemów o dużej wrażliwości społecznej, a rola i zadania Prezesa Urzędu nie ograniczają się wyłącznie do czynności administracyjnych.

2. Określone w ust. 2 kompetencje Rady odnoszą się do najważniejszych problemów związanych z jego funkcjonowaniem oraz działalnością Prezesa Urzędu, nie stanowią jednakże katalogu zamkniętego. Wyraźnie wskazuje na to komentowany przepis mówiąc, że Rada wyraża opinie w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu musi zatem zdecydować, które ze spraw są na tyle ważne, że powinny uzyskać opinię Rady. Aby nie było wątpliwości które spośród nich są najważniejsze określił je sam ustawodawca. Jest to opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień oraz rocznego sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a także ustalanie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zadania określone w ustawie. Trudno się z tym nie zgodzić, powstaje jednakże pytanie, czy takie określenie kompetencji Rady rodzi dla Prezesa Urzędu obowiązek zasięgnięcia opinii, czy jest to tylko jego prawo. Zważywszy na ratio legis ustanowienia Rady i rangę nadaną jej przez ustawodawcę należy przyjąć, że Prezes Urzędu ma obowiązek zasięgnięcia opinii Rady przed przedłożeniem Radzie Ministrów projektów aktów normatywnych oraz sprawozdania z funkcjonowania systemu. Podobnie przyjąć należy, że ma obowiązek zasięgnięcia opinii Rady w innych „istotnych” sprawach, choć trudno w tym miejscu przesądzić, jakie należy do tej kategorii zaliczyć. Natomiast wyłączną kompetencją Rady jest ustalanie zasad etyki zawodowej, co odnieść należy niewątpliwie przede wszystkim do arbitrow wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Jest to rozwiązanie słuszne, bowiem od dawna odczuwany był brak jakichkolwiek uregulowań w tym zakresie, przy wyraźnych różnicach poglądów dotyczących organu, który miałby je wydać. Realizując posiadane w tym zakresie kompetencje Rada uchwaliła dwa dokumenty: „Zasady etyki arbitra” (sierpień 2004) oraz „Zasady etyki atestatora” (luty 2005).

3. Nowym uprawnieniem Rady, wprowadzonym nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2006r. jest opiniowanie zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu (ust. 2 pkt 5). Zważyw-

szy na zasady wykonywania tego uprawnienia, określone w art. 169a, wyraźnie odbiega ono od pozostałych, wymienionych w pkt 1–4. Aczkolwiek ustawodawca użył określenia „opiniuje”, opinia Rady przyjmowana w formie uchwały ma w istocie charakter rozstrzygnięcia, wiążącego Prezesa Urzędu. Oznacza to, iż w tym jednym przypadku — rozpatrywania zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu — Rada nie pełni funkcji opiniodawczo-doradczej, stając się ciałem decyzyjnym w stosunku do centralnego organu administracji rządowej. Wyjątek ten nie przesądza jednakże o zmianie statusu czy znaczenia Rady. Jej rola oraz istota sprawowanej przez nią funkcji pozostaje niezmieniona. Poprzez opiniowanie projektów dokumentów i decyzji Prezesa Urzędu, ustalenie zasad etyki, a także formułowanie opinii w sprawach najważniejszych nie tylko wspiera działalność Prezesa Urzędu, ale wpływa na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych.

#### **Art. 158 [Tryb powołania]**

- 1. W skład Rady wchodzi od 10 do 15 członków powoływanych przez Prezesa Rady Ministrów.**
- 2. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów są w szczególności kluby parlamentarne, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz ogólnokrajowe organizacje przedsiębiorców.**
- 3. Prezes Rady Ministrów powołuje członków Rady spośród osób, które:**
  - 1) są obywatelami polskimi;**
  - 2) korzystają z pełni praw publicznych;**
  - 3) nie były karane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;**
  - 4) posiadają wiedzę i autorytet dające rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady.**
- 4. Prezes Rady Ministrów powołuje spośród osób, o których mowa w ust. 1, przewodniczącego Rady. Rada wybiera wiceprzewodniczącego Rady ze swojego grona.**
- 5. Członkom Rady przysługuje wynagrodzenie za udział w pracach Rady.**
- 6. Tryb pracy Rady określa regulamin przyjęty przez Radę.**

1. Rada Zamówień Publicznych jest organem który musi zostać utworzony. Jej członków powołuje Prezes Rady Ministrów. Oznacza to, że prezes Urzędu nie ma prawa przedstawiania kandydatów na członków Rady, nie ma też możliwości wypowiedzania się czy opiniowania kandydatów wskazanych przez Prezesa Rady Ministrów. Można zatem przyjąć, że jest to organ całkowicie niezależny od Prezesa Urzędu, działający na mocy decyzji szefa rządu w ramach uprawnień określonych w Pzp. Przesądza to o wysokiej randze Rady Zamówień Publicznych. Liczebność Rady musi się zamykać w granicach 10–15 osób. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że określona w komentowanym przepisie wielkość Rady odpowiada zadaniom, jakie ma do wypełnienia.
2. Ustawodawca nie przesądził, jaki ma być skład Rady, jednakże w trosce o jej należytą reprezentatywność wskazał, jakie podmioty są w szczególności uprawnione do zgłaszania kandydatów: kluby parlamentarne, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz ogólnokrajowe organizacje przedsiębiorców. Jest to wskazanie słuszne, uwzględniające te środowiska, które są szczególnie zainteresowane prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych, choć z całą pewnością trudno byłoby ograniczyć skład Rady wyłącznie do ich reprezentantów. Należy zwrócić uwagę, że uprawnienie do zgłaszania kandydatów przypisane zostało określonym podmiotom, które, jeśli są zainteresowane wykorzystaniem go, powinny dokonać zgłoszenia z własnej inicjatywy. Prezes Rady Ministrów może natomiast, jeśli uzna to za potrzebne, zwrócić się do wszystkich bądź niektórych z wymienionych

w ustawie podmiotów o wskazanie kandydatów, którzy byłiby brani pod uwagę przy powoływaniu członków Rady. Jednakże wskazanie takie żadną miarą nie może być uznawane za wiążące. Spośród członków Rady Prezes Rady Ministrów powołuje przewodniczącego, natomiast wiceprzewodniczącego wybiera sama Rada ze swego grona.

3. Określone zostały kryteria, jakie spełniać muszą członkowie Rady Zamówień Publicznych. Należy zwrócić uwagę, że jest wśród nich wymóg posiadania wiedzy i autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady. A zatem członkami Rady mogą być wyłącznie osoby nie tylko dobrze znające funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, ale także o dużym autorytecie. Biorąc pod uwagę kompetencje oraz zakres zadań stojących przed Radą oraz ustawową rangę tego organu jest to rozwiązanie jak najbardziej słusze. Obok komentowanego wyżej wymogu reprezentatywności zapewnia, że Rada będzie organem kompetentnym i autorytatywnym.
4. Za udział w pracach Rady jej członkom przysługuje wynagrodzenie. Nie jest to jednakże wynagrodzenie wypłacane na podstawie umowy o pracę lub jakiegokolwiek umowy cywilnoprawnej. Członkom Rady przysługują niewielkie kwoty, w części rekompensujące utracone zarobki za czas poświęcony na pracę w Radzie oraz, w odniesieniu do osób zamiejscowych, koszty przyjazdu i pobytu w Warszawie. Zgodnie z delegacją zawartą w art. 160 Pzp kwestię tę uregulował w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów<sup>1</sup>. Za udział w posiedzeniu wynagrodzenie przewodniczącego Rady wynosi 500 zł, wiceprzewodniczącego 400 zł, pozostałych członków Rady — 300 zł. Członkom Rady nie przysługują żadne inne uprawnienia, np. prawo do korzystania z telefonów komórkowych bądź służbowych samochodów.

## **Art. 159 [Kadencja]**

- 1. Kadencja Rady upływa wraz z upływem kadencji Prezesa Urzędu.**
  - 2. Członkostwo w Radzie wygasa w przypadku upływu kadencji Rady, śmierci członka Rady, jego odwołania albo rezygnacji.**
  - 3. Prezes Rady Ministrów odwołuje członka Rady, jeżeli przestał on odpowiadać jednemu z warunków określonych w art. 158 ust. 3 pkt 1–3, a na wniosek Prezesa Urzędu w razie:**
    - 1) niewykonywania obowiązków członka Rady;**
    - 2) utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady;**
    - 3) choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji członka Rady.**
1. Rada Zamówień Publicznych działa w okresie kadencyjnym. Kadencja Rady została związana z kadencją Prezesa Urzędu, a zatem trwa pięć lat. Jeśli natomiast zaistnieją określone w Pzp okoliczności powodujące wcześniejsze wygaśnięcie kadencji prezesa, podobnemu skróceniu ulega także kadencja Rady. Ustawodawca przesądził zatem, kiedy kadencja Rady się kończy — wraz z upływem kadencji prezesa, nie wypowiedział się natomiast, w jakim terminie się rozpoczyna. Nie wiadomo więc, kiedy Prezes Rady Ministrów powinien ją powołać. Niewątpliwie obowiązek ten powstaje z chwilą rozpoczęcia się kadencji Prezesa Urzędu, ale od decyzji premiera zależy, czy wykona go niezwłocznie po powołaniu Prezesa, czy też w terminie późniejszym. Przesądzony został jedynie termin powołania pierwszej Rady Zamówień Publicznych<sup>2</sup>. Prezes Rady Ministrów musiał ją powołać w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, to znaczy nie później niż 2 września br. Zgodnie z tym unormowaniem Rada powołana została w dniu 15 lipca 2004 r.

<sup>1</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych, Dz. U. Nr 49, poz. 470.

<sup>2</sup> Art. 222. „W terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy Prezes Rady Ministrów powoła Radę, o której mowa w art. 157 ust. 1”.

2. Członkostwo w Radzie wygasa jedynie w okolicznościach określonych w Pzp. Jest to upływ kadencji, śmierć, odwołanie przez Prezesa Rady Ministrów lub rezygnacja członka Rady. Istotne znaczenie w tym zakresie mają możliwości odwołania członka Rady. Prezes Rady Ministrów może to zrobić z własnej inicjatywy wyłącznie wówczas, gdy członek Rady utracił obywatelstwo polskie, pełnię praw publicznych lub został skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Prawo wystąpienia do Prezesa Rady Ministrów o odwołanie członka Rady ma także Prezes Urzędu. Ustawodawca enumeratywnie określił okoliczności, w jakich może to uczynić. W odróżnieniu od przesłanek odwołania odnoszących się do inicjatywy Prezesa Rady Ministrów, których spełnienie potwierdzają lub wykluczają stosowne dokumenty (np. wyrok sądu), mają one w znacznej mierze charakter uznaniowy i ocenny. Stosunkowo prosta jest ocena w przypadku choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji członka Rady, znacznie bardziej skomplikowana sytuacja ma miejsce w odniesieniu do dwóch kolejnych przesłanek. Prezes Urzędu musi ocenić, czy członek Rady nie wykonuje swoich obowiązków bądź czy utracił autorytet w stopniu uzasadniającym wniosek o jego odwołanie i przedstawić w tej sprawie stosowne uzasadnienie. Jeśli Prezes Rady Ministrów uzna je za przekonujące odwoła członka Rady. W miejsce odwołanego członka Rady Prezes Rady Ministrów może powołać inną osobę, zgodnie z regulacjami zawartymi w art. 158.

#### **Art. 160 [Obsługa Rady, upoważnienie]**

1. Obsługę prac Rady zapewnia Urząd.
2. **Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wysokość wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady, mając na względzie pełnioną funkcję oraz zakres obowiązków przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady.**
  1. Organizacyjno-techniczną obsługę Rady zapewnia prezes Urzędu, określając zadania w tym zakresie w Regulaminie wewnętrznym Urzędu. Wykonują je pracownicy Urzędu w ramach obowiązków służbowych oraz w ramach budżetu, będącego w dyspozycji Urzędu. Powołanie Rady nie wpływa ani na zwiększenie ilości etatów przyznanych Urzędowi w ustawie budżetowej, ani na ilość środków, przeznaczanych w budżecie na ten cel. Ogólna kwota wydatków, związanych z funkcjonowaniem rady nie przekracza w skali roku 20–30 tys. zł.
  2. Zgodnie z delegacją Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych<sup>1</sup>.

### **Rozdział 3 Kontrola udzielania zamówień**

#### **Art. 161 [Cel kontroli]**

1. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień.
2. **Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy.**
3. **Kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu.**

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 49, poz. 470.

#### **4. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę, o której mowa w ust. 1, także na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju.**

1. Przepisy zawarte w rozdziale „Kontrola udzielania zamówień” wprowadziły całkowicie nowe rozwiązania, nieznanne dotychczas polskiemu systemowi zamówień publicznych. Uzp kompetencje kontrolne prezesa Urzędu traktowała marginalnie. Ograniczały się one do prawa żądania od zamawiającego informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych i ich realizacji oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego<sup>1</sup>. W przypadku ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych prezes miał obowiązek zawiadomienia rzecznika dyscypliny finansów publicznych<sup>2</sup>. Dotyczyło to wyłącznie podmiotów sektora finansów publicznych, natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości u innego zamawiającego (pn. z sektora użyteczności publicznej) nie było możliwości podjęcia jakichkolwiek działań.
2. Ratio legis wyposażenia Prezesa Urzędu w określone ustawowo kompetencje kontrolne wydaje się oczywiste. System zamówień publicznych rozwija się pod względem podmiotowym i przedmiotowym, czego efektem jest coraz większa ilość pieniędzy trafiających na rynek zamówień publicznych<sup>3</sup>. Począwszy od roku 2004 na rynek ten trafia znaczna część środków pochodzących z Unii Europejskiej, przyznanych w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Są one wydatkowane zgodnie z procedurą krajową, a więc w oparciu o Pzp. Sytuacja ta wymaga sprawnej i efektywnej kontroli poprawności ich wydatkowania. Jest to tym ważniejsze, że zamówienia publiczne są szczególnie narażone na działania korupcyjne, przy czym trudno zapominąć, że Polska jest uznawana za kraj szczególnie zagrożony pod tym względem.
3. Przepis mówiący, że Prezes Urzędu sprawuje kontrolę udzielania zamówień czyni z niego kolejny, obok Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych, organ kontroli państwowej, właściwy w sprawach zamówień publicznych. Prowadzenie kontroli zamówień publicznych jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Prezesa Urzędu. Może on podjąć działania kontrolne w stosunku do każdego postępowania i na każdym etapie prowadzonej procedury. Oznacza to, że podlegają im także podmioty prywatne, które dokonują zakupów według procedur Pzp. Czynności kontrolne nie mogą natomiast obejmować potencjalnych wykonawców zamówienia a jedynie oferty, złożone przez nich podczas kontrolowanego postępowania.
4. Czynności kontrolne prowadzone przez pracowników Urzędu nie mają charakteru postępowania administracyjnego w rozumieniu Kpa, dlatego też nie mają do niego zastosowania przepisy zawarte w tym kodeksie. Przepisy Pzp w stosunku do Kpa (podobnie jak w stosunku do Kpc) w tym przypadku mają niewątpliwie charakter *lex specialis*. Wydaje się jednakże, iż z uwagi na to, że postępowanie to prowadzi organ administracji rządowej, a określone czynności wykonują z jego upoważnienia pracownicy, w sprawach kontroli przepisy Kpa stosować należy odpowiednio. Przykładem tego jest chociażby problem wyłączenia pracownika Urzędu od udziału w kontroli (patrz komentarz do art. 162).
5. Kontrola prowadzona przez Prezesa Urzędu dotyczyć może wyłącznie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przepis ten należy rozumieć ściśle, a zatem nie może ona obejmować np. celowości planowanego zakupu, wielkości kwoty, jaka została na ten zakup przeznaczona czy terminu, w jakim zamówienie jest realizowane.

<sup>1</sup> Art. 9 ust. 2 pkt. 2.

<sup>2</sup> Art. 9 ust. 3.

<sup>3</sup> W roku 2002 polski rynek zamówień publicznych oceniany był na ponad 40 mld. złotych, w roku 2004 na blisko 50 mld. złotych, w roku 2005 na blisko 70 mld. zł. (Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2005 roku opracowane w UZP).



6. Kontrola przeprowadzana jest w siedzibie Urzędu, a zatem nie są dopuszczalne jakiegokolwiek formy czynności kontrolnych, przeprowadzanych bądź podejmowanych poza Urzędem, np. w siedzibie zamawiającego. Dokumentacji kontrolowanego postępowania nie wolno wnosić z Urzędu. Od chwili przekazania do kontroli akt postępowania Prezes Urzędu ponosi pełną odpowiedzialność za ich bezpieczeństwo, w tym za przestrzeganie przepisów chroniących tajemnicę handlową, służbową i państwową. Osoba kontrolująca pracuje wyłącznie z dokumentami, bez osobistego kontaktu z pracownikami zamawiającego, w siedzibie Urzędu.
7. Ust. 4 dodany nowelizacją z kwietnia 2006r. wprowadza nową, nieznaną dotychczas przesłankę przeprowadzania kontroli przez Prezesa Urzędu. Ma on obowiązek przeprowadzić ją w każdym przypadku, gdy z wnioskiem takim wystąpi instytucja zarządzająca, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju<sup>1</sup>. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5 ustawy o Narodowym Planie Rozwoju instytucją zarządzającą jest właściwy minister albo inny organ administracji publicznej, odpowiedzialny za przygotowanie i nadzorowanie realizacji programu operacyjnego albo za przygotowanie i nadzorowanie realizacji strategii wykorzystania Funduszu Spójności, albo Podstaw wsparcia Wspólnoty, o których mowa w przepisach Unii Europejskiej ustanawiających Fundusz Spójności i ustanawiających przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych. Ponieważ przepis ust. 4 mówiąc o kontroli odsyła do ust. 1 oznacza to, że dotyczy on zarówno kontroli uprzedniej jak i następczej, a także każdego zamówienia, niezależnie od jego wartości oraz przedmiotu. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości konsekwencje dla beneficjenta środków unijnych mogą być bardzo dolegliwe, łącznie z koniecznością zwrotu przekazanych środków lub wstrzymaniem dalszego finansowania projektu<sup>2</sup>. W ten sposób Prezes Urzędu staje się bardzo ważnym elementem kontroli prawidłowości wydatkowania środków Unijnych. Trudno przewidzieć, jak podmioty pełniące funkcję instytucji zarządzającej będą korzystały z tego uprawnienia i zlecały Prezesowi Urzędu przeprowadzenie kontroli określonego postępowania. Jeśli jednak dotyczyłoby to około 5% realizowanych w ciągu roku projektów, zakres kontroli obligatoryjnych realizowanych obecnie przez Urząd wzrósłby kilkakrotnie.

#### **Art. 162 [Wyłączenie pracownika]**

##### **1. Od udziału w kontroli wyłączony jest pracownik Urzędu, który:**

- 1) uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;**
- 2) pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;**
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;**
- 4) pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.**

##### **2. Pracownik Urzędu informuje Prezesa Urzędu o przyczynach powodujących jego wyłączenie od udziału w kontroli.**

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju, Dz. U. Nr 116, poz. 1206 z późn. zm.

<sup>2</sup> Art. 55 ustawy o Narodowym Planie Rozwoju.

### 3. Prezes Urzędu rozstrzyga o wyłączeniu pracownika w drodze postanowienia.

1. Komórką organizacyjną Urzędu właściwą w sprawach prowadzenia kontroli jest Departament Kontroli. Czynności kontrolne prowadzą pracownicy etatowi Urzędu. Mogą być one wykonywane nie tylko przez pracowników tego departamentu, ale także przez każdego innego pracownika Urzędu. Do prowadzenia tych czynności wobec konkretnego podmiotu nie są potrzebne odrębne upoważnienia wydawane przez Prezesa Urzędu, ponieważ ich uprawnienia w tym zakresie wynikają z dokonanego na piśmie określenia obowiązków służbowych. Decyzję w sprawie skierowania pracownika do przeprowadzenia kontroli dokumentacji konkretnego postępowania podejmuje, z upoważnienia Prezesa Urzędu, dyrektor departamentu Kontroli.
2. Z uwagi na charakter wykonywanych czynności pracownicy Urzędu prowadzący kontrolę muszą podlegać szczególnym rygorom. Podstawowym spośród nich jest obligatoryjne wyłączenie od udziału w kontroli, kiedy zaistnieje choćby jedna z okoliczności, wymienionych w ust. 2. Jest to powszechna praktyka w tego rodzaju sytuacjach, która ma na celu zapewnienie pełnego obiektywizmu oraz bezstronności osoby kontrolującej, a także uniemożliwienie jakichkolwiek prób oddziaływania na nią w trakcie prowadzenia kontroli. Istotne jest także to, aby osoba ta była poza wszelkimi podejrzeniami o jakiegokolwiek związku z uczestnikami kontrolowanego postępowania, zarówno zamawiającym jak i wykonawcami, którzy złożyli oferty. Katalog przesłanek powodujących wyłączenie pracownika obejmuje zarówno jego ewentualne związki ze sprawą (postępowaniem), jak i związki z podmiotami uczestniczącymi w tym postępowaniu oraz osobami, które w nim występują. Niezależnie od przepisów zawartych w tym artykule pracownik Urzędu podlega wyłączeniu od udziału w kontroli na mocy art. 24 § 1 Kpa. Istotny w tym zakresie jest zwłaszcza § 3 tegoż artykułu który stanowi, że wyłączenie może nastąpić także wówczas, gdy zostanie uprawdopodobnione istnienie okoliczności nie wymienionych w § 1, które mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności pracownika.
3. Podstawową przesłanką wyłączenia jest związek ze sprawą, tzn. uczestniczenie osoby skierowanej do przeprowadzenia czynności kontrolnych w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego bądź wykonawcy. Należy to rozumieć ściśle, co oznacza, że chodzi o każdą, nawet najdrobniejszą i jednostkową formę uczestnictwa. Nie ma zatem żadnego znaczenia, czego to uczestnictwo dotyczyło oraz jak długo trwało. W odniesieniu do wykonawców dotyczy to nie tylko tego wykonawcy, którego oferta została wybrana, ale wszystkich, którzy w tym postępowaniu złożyli oferty. Sprawa jest oczywista jeśli chodzi o uczestnictwo w kontrolowanym postępowaniu, natomiast pewne trudności powodować może ocena, czy czynność w której uczestniczył pracownik Urzędu miała bezpośredni lub pośredni związek z przygotowaniem postępowania. Niewątpliwie wyłączeniem pracownika Urzędu powinno skutkować np. incydentalne udzielenie przez niego porady przygotowującemu postępowanie pracownikowi zamawiającego czy opracowującemu ofertę pracownikowi wykonawcy, podobnie jak opiniowanie projektów dokumentów przetargowych. Trudno byłoby natomiast za czynność bezpośrednio związaną z prowadzonym postępowaniem uznać np. analizy ekonomiczne sektora rynku zamówień publicznych, którego dotyczy kontrolowane postępowanie. Rygory te ustawodawca wyraźnie ograniczył do postępowania, którego kontrola dotyczy. Choć wydaje się to mocno kontrowersyjne, od udziału w kontroli nie będzie zatem wykluczony pracownik który uczestniczył w innym, niż kontrolowane postępowaniu prowadzonym przez ten sam podmiot bądź w czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem.
4. Przesłanki dotyczące związków osoby kontrolującej z osobami uczestniczącymi w kontrolowanym postępowaniu dotyczą więzów krwi, powinowactwa, przysposobienia, opieki i kurateli, ale także związków wynikających z pozostawania w faktycznym pożyciu. Łatwo

zauważyć, że treść tego przepisu jest niemal identyczna z treścią art. 17 ust. 1 pkt 2, odnoszącego się do przesłanek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego z powodu ich związków z osobami występującymi po stronie wykonawców. Jest to zapewne rozwiązanie słuszne, bowiem ratio legis obydwu regulacji jest tożsame, choć komentowany przepis zarówno w stosunku do art. 17 Pzp<sup>1</sup> jak i art. 24 § 1 pkt 2 i 3 Kpa<sup>2</sup> nieco rozszerza zakres tego wyłączenia. Wyłączenie pracownika Urzędu następuje w sytuacji, gdy osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawców, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia są: jego małżonek lub konkubent, dziadek, babka, ojciec, matka, dziecko i wnuk, a w linii bocznej – ojciec lub matka teścia i teściowej, teść i teściowa, zięć, synowa, brat i siostra współmałżonka. Jeśli chodzi o opiekę i kuratelę zastosowanie mają przepisy art. 145 i nast. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>3</sup>, natomiast w odniesieniu do przysposobienia — art. 114 i nast. Zgodnie z art. 24 § 2 Kpa powody wyłączenia pracownika od udziału w postępowaniu trwają także po ustaniu małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli.

5. Podobnie jak przesłanka komentowana wcześniej, kolejne dwie przesłanki wyłączenia pracownika są tożsame z kolejnymi przesłankami zawartymi w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4. Pierwsza z nich dotyczy występujących przed upływem 3 lat od wszczęcia kontrolowanego postępowania związków służbowych osoby kontrolującej z podmiotami występującymi w tym postępowaniu, a mianowicie stosunku pracy lub zlecenia oraz członkostwa we władzach osób prawnych ubiegających się o kontrolowane zamówienie. Zapewne przez niedopatrzenie pominięto, nie występujący z oczywistych względów w przywoływanym wcześniej pkt 3 ust. 1 art. 17, udział we władzach podmiotu zamawiającego, który nie musi się przecież wiązać z istnieniem stosunku pracy lub zlecenia. Jest to luka tym istotniejsza, że takiej przesłanki wyłączenia nie przewiduje też art. 24 Kpa. Ostatnia z przesłanek, unormowana w pkt 4 odnosi się do wszelkich innych, niż wymienione wcześniej, związków osoby kontrolującej z osobami występującymi po stronie zamawiającego i wykonawców w kontrolowanym postępowaniu. Dotyczy to nie tylko członków odpowiednich organów decyzyjnych zamawiającego lub wykonawcy, a także osób upoważnionych do występowania w ich imieniu (np. członków komisji przetargowej, pełnomocników lub prokurentów), ale także wszystkich biorących udział w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania oraz w przygotowaniu oferty. Wyłączeniem skutkować powinien taki stosunek faktyczny lub prawny osoby kontrolującej z tymi osobami, który może budzić uzasadnione wątpliwości dotyczące obiektywizmu kontrolera. Niewątpliwie mieć to będzie miejsce w przypadku np. przyjaźni czy koleżeństwa, przynależności do klubu sportowego, tego samego stowarzyszenia, organizacji społecznej czy zawodowej, zasiadania w radzie nadzorczej, a także posiadania udziałów w tej samej spółce prawa handlowego.
6. Zaistnieniu okoliczności powodujących wyłączenie pracownika od udziału w kontroli powinien on poinformować Prezesa Urzędu. Jest to bez wątpienia jego obowiązek, jednakże nie stanowi warunku koniecznego decyzji o wyłączeniu. Jeśli pracownik poprzez zaniechanie lub brak wiedzy nie uczyni tego, a któraś z okoliczności powodujących wyłączenie będzie miała miejsce, Prezes Urzędu powinien dokonać wyłączenia z własnej inicjatywy. Choć nie przesądza tego wprost Kpa ustawodawca zdecydował, że o wyłączeniu pracownika od udziału w kontroli rozstrzyga prezes Urzędu w formie postanowienia. Jest to stanowisko zgodne

<sup>1</sup> W art. 17 ust. 1 pkt. 2 brak jest okoliczności pozostawiania w „faktycznym pożyciu”.

<sup>2</sup> Art. 24 § 1. Pracownik organu administracji publicznej podlega wyłączeniu od udziału w postępowaniu w sprawie: (...) 2) swego małżonka oraz krewnych i powinowatych do drugiego stopnia, 3) osoby związanej z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli.

<sup>3</sup> Dz. U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.

z utrwalonym orzecznictwem NSA<sup>1</sup>. Postanowienie to jest wydawane w formie pisemnej, z zastosowaniem art. 123 Kpa<sup>2</sup> i ma charakter deklaratoryjny. Na postanowienie to nie służy zażalenie, zgodnie zatem z art. 124 § 2 Kpa nie musi zawierać uzasadnienia<sup>3</sup>.

## **Art. 163 [Wszczęcie kontroli, dowody]**

- 1. Wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.**
- 2. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie zebranych dowodów.**
- 3. Dowodami są w szczególności dokumenty i wyjaśnienia, o których mowa w art. 164 ust. 2, oraz opinie biegłych.**
- 4. Dowody stanowią załącznik do protokołu kontroli, o którym mowa w art. 165.**

1. Decyzję o wszczęciu kontroli podejmuje Prezes Urzędu lub inna, upoważniona przez niego osoba, np. wiceprezes lub dyrektor Departamentu Kontroli. Może to nastąpić z mocy ustawy (art. 167) lub z inicjatywy własnej Prezesa, np. w ramach prowadzonej kontroli systemowej, na wniosek uczestnika postępowania, na podstawie sygnału medialnego lub informacji pozyskanej z innego źródła, świadczącej o nieprawidłowościach zaistniałych przy udzielaniu zamówienia. Czynności kontrolne (wszczęcie postępowania) rozpoczyna doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania. Żądanie takie powinno być sformułowane na piśmie i przekazane zamawiającemu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Stosując odpowiednio właściwe przepisy Kpa (art. 61 § 3)<sup>4</sup> uznać należy, że datą wszczęcia postępowania kontrolnego jest dzień doręczenia zamawiającemu żądania doręczenia kopii dokumentacji postępowania. Nieco inna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do postępowań kontrolnych dotyczących zamówień o najwyższej wartości, do których odnosi się art. 167. Zgodnie z tym przepisem obowiązek dostarczenia kopii dokumentacji spoczywa na zamawiającym, który musi to uczynić niezwłocznie, bez wezwania ze strony Prezesa Urzędu.
2. Zamawiający ma obowiązek przekazania kopii dokumentacji postępowania potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Dokumentacja powinna być kompletna i zawierać protokół postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami<sup>5</sup>. Ustawa nie stanowi, w jakim terminie ma to zrobić, ale jeśli prezes Urzędu tego zażąda (art. 164 ust. 1), zamawiający musi to uczynić niezwłocznie, czyli bez zbędnej zwłoki. Jeśli wystąpią okoliczności uniemożliwiające przekazanie dokumentacji, zamawiający powinien zawiadomić o tym prezesa Urzędu, podając uzasadnienie tego faktu.
3. Podobnie jak w każdym innym postępowaniu kontrolnym prowadzonym przez uprawniony do tego organ, stan faktyczny dotyczący kontrolowanego postępowania ustala się na

<sup>1</sup> Patrz np. wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Poznaniu z dnia 29 maja 1990 r. S.A. /P 1555/89 „Wyłączenie pracownika lub odmowa jego wyłączenia od udziału w postępowaniu administracyjnym na podstawie art. 24 § 3 Kpa powinno nastąpić w formie postanowienia. (ONSA 1990, Nr 2–3 poz. 44, OSP 1992 Nr 4 poz. 90).

<sup>2</sup> Art. 123 § 1. W toku postępowania organ administracji publicznej wydaje postanowienia. § 2. Postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających z toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie sprawy, chyba, że przepisy kodeksu stanowią inaczej.

<sup>3</sup> Art. 124 § 2. Postanowienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, jeżeli służy na nie zażalenie lub skarga do sądu administracyjnego oraz gdy wydane zostało na skutek zażalenia na postanowienie.

<sup>4</sup> Art. 61 § 3. Datą wszczęcia postępowania na żądanie strony jest dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej.

<sup>5</sup> Art. 96 Pzp oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dz. U. Nr 87, poz. 606.

podstawie zebranych dowodów. Obowiązuje w tym zakresie zasada dochodzenia prawdy obiektywnej<sup>1</sup>. Prowadzący postępowanie kontrolne dążyć powinni do zgromadzenia i rozpatrzenia całego materiału dowodowego. Dowodami są przede wszystkim dokumenty kontrolowanego postępowania składające się na jego dokumentację, ale także inne dowody, niezbędne dla ustalenia stanu faktycznego dotyczącego konkretnej czynności czy etapu procedury. Kontrolerzy mogą zażądać także innych dokumentów, mających związek z kontrolowanym postępowaniem. Dowodami w sprawie są wyjaśnienia kierownika i pracowników zamawiającego, a także opinie biegłych. Z treści ust. 3 („w szczególności”) wnioskować należy, że katalog środków dowodowych nie jest zamknięty. Poza wymienionymi wprost dopuszczalne są zatem także inne dowody, nie wymienione w przepisach Pzp odnoszących się do kontroli. Ocena, jakie dowody są potrzebne do ustalenia stanu faktycznego kontrolowanego postępowania znajduje się w gestii Prezesa Urzędu, stawsze jednak muszą one dotyczyć tego postępowania, a nie problemów o charakterze ogólnym, np. działalności czy aktualnej sytuacji zamawiającego.

4. Aczkolwiek ustawa nie zawiera w tej sprawie regulacji negatywnych, powstaje pytanie, czy istnieją środki dowodowe, których nie można stosować podczas prowadzenia kontroli. Między innymi czy kontrolerzy mogą podejmować czynności dozwolone inspektorom NIK np. wzywania i przesłuchiwanie świadków, zwoływania narad z pracownikami kontrolowanych jednostek<sup>2</sup>, czy też inspektorom RIO np. żądania informacji dotyczących działalności kontrolowanych jednostek, dostępu do danych osobowych dotyczących kwalifikacji i uposażenia pracowników<sup>3</sup>. Przy uczynionym wcześniej zastrzeżeniu, że do postępowań kontrolnych nie mają zastosowania przepisy Kpa wydaje się, iż w odniesieniu do oceny dopuszczalności dowodów pomocne może być odpowiednio wykorzystanie przepisów zawartych w Rozdziale 4 Działu II Kpa (art. 75 i nast.)<sup>4</sup> oraz orzecznictwa NSA dotyczącego dopuszczalności środków dowodowych<sup>5</sup>.
5. Odrębny problem stanowi ocena zebranych dowodów. Powinna tu być stosowana podstawowa zasada postępowania dowodowego obowiązująca w prawie procesowym, mianowicie zasada swobodnej oceny dowodów. Uznaje ją zarówno prawo administracyjne<sup>6</sup> jak i utrwalone orzecznictwo NSA<sup>7</sup>. Stosowanie tej zasady nie może jednak oznaczać dowolności czy tym bardziej samowoli pracownika prowadzącego postępowanie kontrolne. Obowiązywać tu powinny zasady powszechnie przestrzegane w postępowaniu procesowym: prowadzenie oceny dowodu w sposób wszechstronny, w oparciu o cały materiał dowodowy, z uwzględnieniem znaczenia i wartości dowodu dla całego kontrolowanego po-

<sup>1</sup> Organ administracyjny jest obowiązany do uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak i uwzględnienia wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów, a mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności. Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejskowy w Lublinie z dnia 4 grudnia 1996 r. I SA/Lu 240/96.

<sup>2</sup> Art. 29 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jednolity Dz. U. z 2001 r., Nr 85 poz. 937 z późn. zm.

<sup>3</sup> Art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.

<sup>4</sup> Art. 75 § 1. Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.

<sup>5</sup> Realizacja zasady prawdy obiektywnej, o której mowa w art. 75 Kpa wymaga, aby dopuścić jako dowód w sprawie wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia stanu faktycznego, a nie jest sprzeczne z prawem. Wyrok NSA Ośrodek Zamiejskowy w Gdańsku z 3 lipca 1996 r. SA/Gd 2588/95.

<sup>6</sup> Art. 80 Kpa Organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona.

<sup>7</sup> Organ rozpatrując materiał dowodowy nie może pominąć jakiegokolwiek dowodu, może natomiast, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 80 Kpa) odmówić dowodowi wiarygodności, ale wówczas obowiązany jest to uzasadnić. Wyrok NSA Ośrodek Zamiejskowy we Wrocławiu z dnia 16 lutego 2000 r. I SA/Wr 28/98.

stępowania. Naruszenie obowiązujących reguł oceny dowodów, jak również norm procesowych odnoszących się do środków dowodowych stanowi przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów<sup>1</sup>.

#### **Art. 164 [Uprawnienia Prezesa Urzędu]**

- 1. Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego.**
- 2. Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego oraz od pracowników zamawiającego udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.**
- 3. Jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie, które pokrywa Prezes Urzędu, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.**

1. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 163 ust. 1 wszczęcie postępowania kontrolnego następuje poprzez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania. Obok materiałów dokumentujących postępowanie Prezes Urzędu może zażądać także kopii innych dokumentów związanych z tym postępowaniem, nie stanowiących załączników do protokołu postępowania. Podobnie jak kopia dokumentacji postępowania, powinny być one potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Może to być np. statut czy regulamin wewnętrzny kontrolowanej jednostki, zakładowy regulamin udzielania zamówień publicznych, zakres obowiązków służbowych pracowników będących członkami komisji przetargowej itp. Przepis mówi o dokumentach związanych z postępowaniem, nie przesądza jednakże czy chodzi o związek bezpośredni, czy też mogą to być dokumenty pośrednio odnoszące się do kontrolowanego zamówienia. Wnosić stąd należy, iż można żądać kopii każdego dokumentu, który, według oceny prowadzącego postępowanie kontrolne, może mieć wpływ na ocenę zgodności tego postępowania z przepisami ustawy.
2. Jeżeli z prowadzonych czynności kontrolnych wynikać będzie potrzeba uzyskania wyjaśnień dotyczących kontrolowanego postępowania, Prezes Urzędu może ich zażądać, zarówno od kierownika, jak i pracowników zamawiającego. Wyjaśnienia te dotyczyć mogą dokumentów składających się na dokumentację postępowania, innych dokumentów związanych z postępowaniem, których zażądał Prezes w trybie ust. 1, a także poszczególnych czynności czy działań podejmowanych w związku z prowadzonym postępowaniem oraz okoliczności, w jakich miały one miejsce. Ocena, czy i w jakim zakresie należy zażądać wyjaśnień oraz czego powinny one dotyczyć znajduje się w gestii Prezesa Urzędu. Podejmując decyzję w tej sprawie powinien się on kierować zasadą dochodzenia prawdy obiektywnej oraz wskazaniem zawartym w przywoływanym wcześniej art. 75 § 1 Kpa<sup>2</sup> Wyjaśnienie powinno mieć formę pisemną, a Prezes może wyznaczyć termin na jego złożenie.
3. Podczas prowadzenia czynności kontrolnych Prezes Urzędu może zasięgać opinii biegłych. Jest to jego prawo, a nie obowiązek. Powołanie biegłego, podobnie jak komentowana wyżej możliwość żądania kopii innych dokumentów niż składających się na dokumen-

<sup>1</sup> Wyrok NSA Ośrodek Zamiejscowy w Lublinie z dnia 17 maja 1994 r. SA/Lu 1921/93.

<sup>2</sup> Art. 75 § 1. Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. (...)

tację postępowania, zależy od oceny potrzeb występujących w tym zakresie i służyć powinno dochodzeniu prawdy obiektywnej. Udział biegłych w prowadzonym postępowaniu dopuszcza Kpa (art. 75 § 1)<sup>1</sup>, Kpc (art. 278 i nast.)<sup>2</sup> oraz Kpk (art. 176 i nast., art. 193 i nast.)<sup>3</sup>. Biegłego można powołać tylko wówczas, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego albo dokonanie innych czynności kontrolnych stanowiących podstawę oceny zgodności postępowania z przepisami ustawy wymaga wiadomości specjalnych. Niewątpliwie zatem opinie biegłych nie powinny dotyczyć istoty prowadzonego działania kontrolnego, a więc zgodności postępowania z przepisami ustawy, bowiem tu organem właściwym jest wyłącznie Prezes Urzędu. Pogląd taki potwierdza orzecznictwo SN<sup>4</sup>. Posiadanie wiadomości specjalnych okazać się natomiast może niezbędne np. przy ocenie poprawności zawartego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, kryteriów oceny ofert, zastosowanej metody obliczenia ceny oferty itp. Ustawodawca nie wskazał, kto może pełnić funkcję biegłego, pozostawiając to do decyzji Prezesa Urzędu. Nie mają tu zatem zastosowania przepisy dotyczące biegłych np. sądowych czy biegłych rewidentów. Nie jest też konieczne, choć zapewne w wielu przypadkach będzie wskazane, posiadanie specjalnych uprawnień. Jedynym kryterium, jakie powinno tu być stosowane jest posiadanie przez osobę, do której prezes zwróci się o opinię wiadomości specjalnych w określonej dziedzinie. Pogląd ten zdaje się potwierdzać przepis art. 178 Kpk<sup>5</sup>. Ocena, czy osoba, mająca być powołana na biegłego, posiada te wiadomości w stopniu wystarczającym do wydania miarodajnej opinii, należy do Prezesa Urzędu. Powołując biegłego Prezes Urzędu powinien wskazać przedmiot opinii, o jaką się zwraca oraz jej zakres i termin przedłożenia, a także, jeśli zajdzie taka potrzeba, sformułować pytania szczegółowe. Aczkolwiek ustawodawca tego nie przesądził, z oczywistych względów do biegłych mieć powinny zastosowanie przepisy art. 162 dotyczące wyłączenia z kontroli pracownika Urzędu.

4. Nowelizacja z kwietnia 2006 r. uregulowała istotną kwestię, jaką stanowi wynagrodzenie biegłych, stwierdzając przede wszystkim, iż osobom sprawującym tę funkcję, wynagrodzenie przysługuje. Wyplaca je organ, który biegłego powołuje, tzn. Prezes Urzędu ze środków budżetowych, pozostających w jego dyspozycji. Wysokość wynagrodzenia ustalana jest na podstawie przepisów o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym. Wydaje się, iż odesłanie do tych przepisów w omawianym zakresie nie jest zbyt fortunne, ale w polskim prawie nie ma innych regulacji odnoszących się do tego problemu. Podstawowe znaczenie ma zatem dekret z dnia 26 października 1950 r. o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym<sup>6</sup> oraz wydane na podstawie zawartej w nim delegacji rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 1975 r. w sprawie kosztów przeprowadzania dowodu z opinii biegłych w postępowaniu

<sup>1</sup> Art. 75 § 1 (...) W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.

<sup>2</sup> Art. 278 § 1. W wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.

<sup>3</sup> Art. 176 § 1. Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii instytutu naukowego albo naukowo-badawczego albo zakładu specjalistycznego lub powołanej do tego instytucji albo też powołuje się jednego lub kilku biegłych. O dopuszczeniu tego dowodu wydaje się postanowienie. Art. 193 § 1. Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych.

<sup>4</sup> Opinia biegłych w sprawie rozumienia określonego przepisu prawnego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia, bez przeprowadzenia samodzielnej jego wykładni przez sąd, gdyż pojęcie wiadomości specjalnych z art. 278 § 1 kpc nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego tłumaczenia. Wyrok SN Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 1 lipca 1998 r. I PKN 203/98 OSNAPIUS 1999 Nr 15 poz. 478.

<sup>5</sup> Art. 178. Do pełnienia czynności biegłego jest obowiązany nie tylko biegły sądowy, lecz także każda osoba o której wiadomo, że ma odpowiednią wiedzę w tej dziedzinie.

<sup>6</sup> Dz. U. z 1950 r. Nr 49, poz. 445 z późn. zm.

niu sądowym<sup>1</sup>. Rozporządzenie to stanowi, iż koszty przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych obejmują wynagrodzenie za wykonaną pracę, koszty zużytych materiałów oraz inne wydatki niezbędne do wydania opinii. Postawę obliczenia wynagrodzenia stanowi kwota bazowa dla osób, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. a<sup>2</sup> ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw<sup>3</sup>. Z wyłączeniem sytuacji, które są w rozporządzeniu uregulowane odrębnie (np. posiadających tytuł lub stopień naukowy), wynagrodzenie biegłych za godzinę pracy określa się w granicach od 1,2% do 1,7% podstawy obliczenia. Ustalając wysokość wynagrodzenia, należy mieć na uwadze w szczególności kwalifikacje biegłego, stopień złożoności problemu będącego przedmiotem opinii oraz warunki, w jakich opracowano opinię.

## **Art. 165 [Protokół kontroli]**

### **1. Z kontroli sporządza się protokół kontroli.**

### **2. Protokół kontroli zawiera w szczególności:**

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;**
- 2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;**
- 3) imiona i nazwiska kontrolujących;**
- 4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;**
- 5) informację o stwierdzeniu naruszeń oraz wskazanie osób za nie odpowiedzialnych;**
- 6) wyszczególnienie załączników.**

1. Pracownicy Urzędu Zamówień Publicznych prowadzący czynności kontrolne dotyczące konkretnego postępowania mają obowiązek sporządzenia protokołu kontroli. Sporządzanie protokołu jest czynnością materialno-techniczną, jednakże z rodzaju tych, których skutki mają doniosłe znaczenie formalno-prawne. Ustalenia zawarte w protokole mogą stanowić podstawę podjęcia przez Prezesa Urzędu czynności, o których mowa w art. 171 Pzp<sup>4</sup>. Protokół kontroli może także stanowić dowód w sprawie, np. w przypadku wszczęcia postępowania przygotowawczego w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa.
2. Ustawodawca nie określił w żaden sposób wymagań formalnych protokołu. Jest jednak oczywiste, że musi on być sporządzany w formie pisemnej, co wynika zarówno z zasady pisemności określonej w Pzp (art. 9 ust. 1), jak i z normy zawartej w art. 14 § 1 Kpa<sup>5</sup>. Odnosi się to zarówno do samego protokołu, jak i do dokumentów, które zostaną do niego załączone (np. opinii biegłych). Niewątpliwie jest także, iż protokół musi być sporządzany z należytą starannością, rzetelnie i wiernie odzwierciedlać stan faktyczny, ustalony w toku kontroli. W sporządzonym protokole nie powinno się dokonywać zmian, skreśleń i poprawek. Jeśli natomiast wystąpi taka konieczność, wydaje się, że powinny mieć tu zastosowanie normy, określone w art. 71 Kpa<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Dz. U. z 1975 r. Nr 46, poz. 254 z późn. zm.

<sup>2</sup> Art. 5, 1) osoby objęte mnożnikowymi systemami wynagrodzeń: a) osoby zajmujące kierownicze stanowiska państwowe, członkowie korpusu służby cywilnej, etatowi członkowie samorządowych kolegiów odwoławczych i kolegiów regionalnych izb obrachunkowych, pracownicy Rządowego Centrum Legislacji, eksperci Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej, asesorzy i aplikanci prokuratorscy, funkcjonariusze służby celnej.

<sup>3</sup> Dz. U. z 1999 r. Nr 110, poz. 1255 z późn. zm.

<sup>4</sup> Art. 171 W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:

- 1) zawiadomić właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych;
- 2) nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII;
- 3) wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.

<sup>5</sup> Art. 14 § 1 Sprawy należy załatwiać w formie pisemnej.

<sup>6</sup> Art. 71. Skreśleń i poprawek w protokole należy tak dokonywać, aby wyrazy skreślone i poprawione były czytelne. Skreślenia i poprawki powinny być stwierdzone w protokole przed jego podpisaniem.



3. Ust. 2 określa wymogi materialne protokołu. Jest to bardzo skrótowe, standardowe wyliczenie podstawowych i oczywistych skądinąd elementów, które znajdować się muszą w każdym protokole. Trudno nie zauważyć tu daleko idących analogii z unormowaniami, zawartymi w innych regulacjach<sup>1</sup>. Poza informacjami odnoszącymi się do zamawiającego, kontrolowanego postępowania oraz osób kontrolujących, szczególnie istotne znaczenie mają informacje dotyczące stwierdzonego stanu faktycznego, a mianowicie naruszeń oraz wskazanie osób za nie odpowiedzialnych. Należy przyjąć, iż chodzi o każde naruszenie obowiązujących przepisów Pzp, jak również każdego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku stwierdzenia takich naruszeń warunkiem koniecznym odnoszącej się do nich informacji jest wskazanie osób, które ponoszą za nie odpowiedzialność. Wymienione w komentowanym przepisie wymogi, określające treść protokołów nie stanowią katalogu zamkniętego. Można zatem przyjąć, że w zależności od kontrolowanego postępowania oraz ustaleń poczynionych w toku kontroli, zostaną one rozszerzone o inne, niezbędne w opinii kontrolerów, elementy. Niezależnie jednak od tego intencja ustawodawcy wydaje się oczywista. Protokół kontroli powinien być zwięzły i odnosić się do ustaleń poczynionych przez kontrolerów, a nie opisywać przeprowadzane czynności kontrolne oraz przebieg postępowania, wynikający z kontrolowanych dokumentów. Na dzisiaj wydaje się to rozwiązaniem słusznym, choć w przyszłości należałoby rozważyć zawarcie w ustawie delegacji do wydania aktu wykonawczego, szczegółowo normującego tę materię w sposób podobny, jak czyni to chociażby przywoływane wcześniej zarządzenie Prezesa Najwyższej Izby Kontroli w sprawie postępowania kontrolnego.
4. Ustawodawca nie nałożył na Prezesa Urzędu obowiązku przedstawiania protokołu kontroli kierownikowi zamawiającego, który prowadził kontrolowane postępowanie, co przewidują np. przepisy ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli<sup>2</sup>. Kierownikowi zamawiającego nie przysługuje też prawo zgłaszania umotywowanych zastrzeżeń w odniesieniu do ustaleń, zawartych w protokole, co jest logicznym następstwem pierwszego założenia. Ustalenia zawarte w protokole kontroli są więc ostateczne i nie podlegają żadnej formie zaskarżenia lub odwołania. Choć przepis nie reguluje tych kwestii, wydaje się oczywiste, że protokół kontroli podpisują osoby, które kontrolę przeprowadziły, a także Prezes Urzędu bądź osoba przez niego upoważniona.

## **Art. 166. [Załącznik do protokołu]**

### **1. (uchylony).**

### **2. Zalecenia pokontrolne, o których mowa w art. 169 ust. 1, lub informacja o wyniku kontroli stanowią załącznik do protokołu kontroli oraz do protokołu, o którym mowa w art. 96.**

1. Nowelizacja z kwietnia 2006 r. uchyliła przepis ust. 1. Jest to konsekwencja zmian wprowadzonych w art. 169, które ustanawiają inny, niż zawarty w uchylonym przepisie, tryb postępowania Prezesa Urzędu w odniesieniu do wyników kontroli oraz przekazywania ich zamawiającemu.
2. Zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 169 oraz art. 170 po zakończeniu kontroli sporządzone są zalecenia pokontrolne lub informacja o wyniku kontroli. Powinny być one sporządzane w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, z których jeden jest doreczany (w przypadku kontroli uprzedniej) bądź przesyłany (w przypadku kontroli następczej) zamawiającemu, a drugi załączany do protokołu kontroli. Zamawiający, po otrzymaniu za-

<sup>1</sup> Np. § 33 ust. 2 zarządzenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 1 marca 1995 r. w sprawie postępowania kontrolnego. M. P. Nr 17, poz. 211.

<sup>2</sup> Art. 54. Protokół kontroli podpisują kontroler i kierownik jednostki kontrolowanej, a w razie jego nieobecności osoba pełniąca jego obowiązki.

leceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli, załącza je do protokołu postępowania, jaki prowadzi zgodnie z art. 96. Stanowią one istotny element dokumentacji postępowania, który powinien być przedmiotem analizy ze strony organów nadzorujących zamawiającego oraz inspektorów organów kontrolnych (NIK, RIO). Podobnie jak cała reszta dokumentacji postępowania są one jawne i powinny być przechowywane w sposób gwarantujący nienaruszalność przez okres 4 lat od zakończenia postępowania (art. 97).

#### **Art. 167 [Kontrola uprzednia]**

- 1. Prezes Urzędu może przeprowadzać kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia).**
- 2. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę uprzednią, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:**
  - 1) robót budowlanych — jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro;**
  - 2) dostaw lub usług — jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro.**
- 3. W przypadku postępowania, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeżeli wniesiono protest na wybór najkorzystniejszej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a przed zawarciem umowy, zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.**
- 4. W przypadku udzielania zamówienia w częściach, jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty, o których mowa w ust. 2, Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji, o których mowa w ust. 3.**

1. Z punktu widzenia systemowego najważniejszą formą kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu jest kontrola uprzednia (ex ante). Może być ona przeprowadzana przed podpisaniem umowy, na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne. Ma zatem charakter prewencyjny, ponieważ jej celem jest zidentyfikowanie ewentualnych naruszeń jeszcze przed zaciągnięciem zobowiązań przez zamawiającego i zapobieżenie ich konsekwencjom. Dzięki temu zamawiający ma szansę na uniknięcie ewentualnych konsekwencji tych naruszeń oraz spowodowanych tym strat. Niezależnie od tego pozwala na wczesne ujawnienie działań o charakterze patologicznym i odpowiednio wczesne, a zatem skuteczne, przeciwdziałanie im. Można zatem powiedzieć, że zarówno w jednym, jak i drugim aspekcie w znaczeniu systemowym jej celem jest ochrona budżetu przed konsekwencjami naruszeń przepisów oraz działań patologicznych. W odniesieniu do zamówień o największej wartości ustawodawca wskazał, że kontrola ta powinna nastąpić po wyborze najkorzystniejszej oferty bądź po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeśli takowy wpłynął po wyborze najkorzystniejszej oferty. Kontrola uprzednia jest pierwszym tego typu instrumentem stosowanym przez organy kontrolne uprawnione do badania postępowań o zamówienie publiczne, zapobiegającym wydatkowaniu środków publicznych z naruszeniem prawa.
2. Przy zamówieniach o najwyższej wartości, tzn. takich, których wyrażona w złotych kwotach równowartość przekracza w przypadku dostaw i usług 10 000 000 euro, a w przypadku robót budowlanych 20 000 000 euro przeprowadzenie kontroli uprzedniej jest obowiązkowe. Co do zasady obowiązkowi temu podlegają wszystkie zamówienia, lokujące się powyżej tej granicy wartościowej niezależnie od tego, czego dotyczą i kto jest zamawiającym. Jedyne wyjątek w tym zakresie wprowadza przepis art. 138e ust. 7. Dotyczy on

zamawiających sektorowych (Dział III, Rozdział 5 „Zamówienia sektorowe”), którzy po poddaniu swoich procedur związanych z udzielaniem zamówień publicznych okresowemu badaniu i uzyskaniu świadectwa (atestu), że są one zgodne z ustawą i prawem Unii Europejskiej, uzyskują zwolnienie od tej kontroli na okres 3 lat.

3. Istotną nowością, wprowadzoną nowelizacją z kwietnia 2006 r. jest obowiązek dokonywania kontroli uprzedniej postępowań, mających na celu zawarcie umowy ramowej, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w ust. 2. Należy podkreślić, iż obowiązku temu podlegają jedynie te postępowania, a nie zamówienia, których przedmiot jest objęty umową ramową. Wyłączenie w tym zakresie zawarte jest w art. 101 ust. 4<sup>1</sup>. Oznacza to, iż zamawiający, realizując zamówienia w ramach umowy ramowej nie ma obowiązku przesyłania Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania, przeprowadzonego w tym zakresie.
4. W przypadku zamówień o najwyższej wartości obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Musi to wykonać z własnej inicjatywy, bez wezwania ze strony Prezesa Urzędu. Przekazywana kopia dokumentacji musi być kompletna, to znaczy zawierać protokół postępowania o zamówienie publiczne, o którym mowa w art. 96 ust. 1 wraz z załącznikami, o których mowa w art. 96 ust. 2. Przesłanie kopii dokumentacji następuje niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeśli wniesiono protest na tę czynność, niezwłocznie po ostatecznym rozstrzygnięciu tego protestu. Jak wcześniej powiedziano, zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku musi to nastąpić przed podpisaniem umowy. Wydaje się przy tym oczywiste, że zamawiający z przekazaniem kopii dokumentacji nie powinien czekać na upływ terminu do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2)<sup>2</sup>. Użyty przez ustawodawcę termin „niezwłocznie” należy rozumieć ściśle, co oznacza w tym przypadku przekazanie dokumentacji najszybciej jak jest to możliwe. Za takim rozumieniem tego określenia przemawia zarówno treść przepisu art. 168 ust. 2<sup>3</sup>, jak i potrzeba takiego ustalenia wszelkich terminów dotyczących czynności kontrolnych, aby nie opóźniały one w sposób dolegliwy dla zamawiającego terminu podpisania umowy o zamówienie publiczne.
5. W postępowaniach o wartości powyżej 10 000 000 euro w przypadku usług i dostaw oraz 20 000 000 euro przypadku robót budowlanych, podobnie jak w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości Prezes Urzędu może wszcząć kontrolę uprzednią na każdym etapie prowadzonej procedury, nie czekając na wybór najkorzystniejszej oferty. Uzasadnieniem wcześniejszego wszczęcia czynności kontrolnych mogą być np. wiarygodne informacje o zaistniałych nieprawidłowościach, sygnały medialne, skargi itp. Prezes Urzędu żąda wówczas przekazania kserokopii dokumentacji postępowania na takim etapie, na jakim się ono znajduje, zgodnie z art. 163 i 164. Inicjatywa w tym zakresie należy do Prezesa Urzędu, a skierowane przez niego w tej sprawie żądania muszą być przez zamawiającego wykonane.
6. Ust. 4 dodany nowelizacją z kwietnia 2006 r. rozstrzyga dylemat, jaki występował w przypadku obligatoryjnej kontroli uprzedniej zamówień udzielanych w częściach. Jeżeli wartość każdej z poszczególnych części zamówienia będzie mniejsza od kwoty wy-

<sup>1</sup> Art. 101 ust. 4 Do zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową, nie stosuje się przepisów art. 26 oraz art. 167 ust. 2 i 3.

<sup>2</sup> Art. 180 ust. 2. Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, z zastrzeżeniem ust. 3. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Do uczestników konkursu oraz organizacji, o których mowa w art. 179 ust. 2, przepis stosuje się odpowiednio.

<sup>3</sup> Art. 168 ust. 2. W przypadku wniesienia protestu po wszczęciu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu wstrzymuje jej wykonanie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

mienionej w ust. 2 Prezes Urzędu może odstąpić od kontroli tego zamówienia, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji postępowania. Zamawiający ma zatem obowiązek przesłania dokumentacji takiego postępowania Prezesowi Urzędu, do którego decyzji ustawodawca pozostawił, czy kontrola będzie przeprowadzona, czy też nie. Wydaje się oczywiste, iż decyzja w tym zakresie powinna zapaść po zapoznaniu się z dokumentacją, przede wszystkim w zakresie przesłanek, na podstawie których zamawiający zdecydował o podziale zamówienia na części. Istotne znaczenie ma w tym zakresie przepis art. 32 ust. 2<sup>1</sup>. Czynności te powinny być wykonane niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji postępowania, tak, aby zamawiający mógł być możliwie jak najszybciej (bez zbędnej zwłoki) powiadomiony o decyzji w sprawie przeprowadzenia bądź odstąpienia od przeprowadzenia kontroli. Powstaje pytanie jak postępować w sytuacji, w której jedna lub kilka części zamówienia przekracza wartością kwoty określone w ust. 2. Analiza logiczna komentowanego ustępu wydaje się wskazywać, iż w przypadku, gdy wartość choć jednej części zamówienia przekracza te kwoty, przeprowadzenie kontroli całego zamówienia staje się obligatoryjne.

#### **Art. 168. [Wszczęcie kontroli uprzedniej]**

- 1. Wszczęcie kontroli uprzedniej następuje nie później niż w terminie 7 dni od dnia przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.**
- 2. W przypadku wniesienia protestu po wszczęciu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu wstrzymuje jej wykonanie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.**
- 3. W przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej nie można zawrzeć umowy do dnia:**
  - 1) usunięcia naruszeń wskazanych w zaleceniach pokontrolnych, o których mowa w art. 169 ust. 1 pkt 2;**
  - 2) doręczenia uchwały, o której mowa w art. 169a ust. 3.**
- 4. Wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą do dnia ostatecznego rozpatrzenia zastrzeżeń.**
- 5. Ostatecznym rozpatrzeniem zastrzeżeń jest upływ terminu na ich wniesienie lub doręczenie uchwały, o której mowa w art. 169a ust. 3.**
- 6. W przypadku upływu terminu ważności wadium w trakcie kontroli przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 nie stosuje się.**

1. Zarówno z punktu widzenia podmiotu kontrolującego jak i jednostki kontrolowanej istotne znaczenie ma termin, w jakim kontrola może lub musi być wszczęta. Ostateczny termin wszczęcia kontroli uprzedniej jest określony w ust. 1 który mówi, że następuje ona nie później, niż w terminie siedmiu dni od dnia przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Był to zapis niewątpliwie słuszny przed nowelizacją kwietniową, gdy art. 92 wprowadzał obowiązek powiadomienia Prezesa Urzędu o wyborze najkorzystniejszej oferty przy zamówieniach o wartości powyżej 60 000 euro<sup>2</sup>. Wobec zniesienia tego obowiązku sprawą kluczową dla określenia terminu wszczęcia kontroli uprzedniej staje się ustalenie, w jaki sposób i w jakim terminie następuje powiadomienie Prezesa o wyborze najkorzystniejszej oferty. Ponieważ nie jest on powiadamia-

<sup>1</sup> Art. 32 ust. 2 Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

<sup>2</sup> Art. 92. O wyborze oferty zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, a jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro — również Prezesa Urzędu, za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz jej cenę.

ny o tym fakcie w sposób bezpośredni, (do czego zobowiązywał niegdyś art. 92), uznać należy, iż jest to termin, w którym powziął lub mógł powziąć wiadomość, że decyzja taka została podjęta. W odniesieniu do każdego zamówienia informację taką można pozyskać na stronie internetowej zamawiającego, bowiem w obecnym brzmieniu art. 92 w ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie<sup>1</sup>. Oznacza to, iż Prezes Urzędu, chcąc przeprowadzić kontrolę uprzednią konkretnego zamówienia o wartości niższej niż określona w art. 167 ust. 2, będzie musiał sam ustalać termin wyboru najkorzystniejszej oferty, a za termin „przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” uznać należy termin publikacji informacji, o której mowa w art. 92 ust. 2 na stronie internetowej.

2. Znacznie prościej wygląda sprawa w odniesieniu do postępowań o wartości powyżej progów określonych w art. 167 ust. 2. Tutaj niewątpliwie za „przekazanie Prezesowi Urzędu informacji” uznać należy przesłanie kopii dokumentacji postępowania, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 167 ust. 3. A zatem w przypadku zamówień o wartości powyżej tych progów postępowanie kontrolne powinno być wszczęte nie później niż w siódmym dniu liczącym od dnia przekazania prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania.
3. Jeśli podczas wykonywania kontroli uprzedniej zostanie wniesiony protest, czynności kontrolne zostają przerwane aż do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. Dotyczy to wszystkich kontrolowanych postępowań, także tych o największej wartości. Po rozstrzygnięciu protestu czynności kontrolne powinny zostać wznowione, przy czym oczywiste jest, że jej ustalenia powinny uwzględniać działania i decyzje zamawiającego podjęte w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Uwzględnienie przez zamawiającego bądź przez zespół arbitrów zarzutów zawartych w proteście nie oznacza jednak, że uchybienia czy naruszenia przepisów, których były wynikiem nie powinny być uwzględnione w protokole kontroli. Wręcz przeciwnie, powinny mieć one istotny wpływ na treść zaleceń pokontrolnych oraz informacji o wyniku kontroli, a zwłaszcza na wskazanie osób, które są za nie odpowiedzialne.
4. Wszczęcie kontroli uprzedniej uniemożliwia zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Można ją zawrzeć dopiero po usunięciu naruszeń, wskazanych w zaleceniach pokontrolnych bądź po doręczeniu uchwały Rady Zamówień Publicznych w sprawie zastrzeżeń, wniesionych przez zamawiającego w odniesieniu do zalecenia unieważnienia postępowania (art. 169a ust. 3). Oznacza to istotną zmianę w stosunku do okresu przed nowelizacją kwietniową. Po pierwsze umowa nie może być zawarta, jeśli nie zostaną uwzględnione zalecenia pokontrolne, nakazujące usunięcie wskazanych naruszeń. Ustawodawca zatem zdecydował nadać zaleceniom pokontrolnym Prezesa Urzędu (z wyjątkiem obowiązku unieważnienia postępowania) rygor wykonalności pod groźbą zakazu zawarcia umowy. Jeśliby zamawiający nie uwzględniając tego zakazu umowę zawarł, jest ona nieważna z mocy prawa. Po drugie — ustanowiona została procedura reklamacyjna w stosunku do zalecenia nakazującego unieważnienie postępowania (patrz komentarz do art. 169a). Tu jednakże ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie zakazu podpisania umowy w przypadku nieuwzględnienia stanowiska Rady Zamówień Publicznych, pozostawiając decyzję w tej sprawie samemu zamawiającemu. Przesłanką przesądzającą jest sam fakt „doręczenia uchwały”. W przypadku, gdy potwierdza ona stanowisko Prezesa Urzędu w sprawie unieważnienia postępowania zamawiający może je unieważnić, może też podpisać umowę. Zarówno w tym przypadku jak i w przypadku nieuwzględnienia innych za-

<sup>1</sup> Art. 92 ust. 2 Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt. 1, również na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

leceń (art. 169 ust. 1 pkt 2), zamawiający, podpisując umowę, czyni to na własną odpowiedzialność, bowiem skutkować to może nieważnością postępowania (np. w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7<sup>1</sup>), a także wystąpieniem do sądu przez Prezesa Urzędu o stwierdzenie nieważności umowy (art. 146 ust. 2).

5. Z chwilą wszczęcia kontroli uprzedniej z mocy prawa następuje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. W odróżnieniu od sytuacji, określonej w art. 85 ust. 2–4<sup>2</sup> nie jest do tego wymagana zgoda wykonawców. Zakończeniem okresu zawieszenia biegu terminu związania ofertą jest termin ostatecznego rozpatrzenia zastrzeżeń, zgłoszonych przez zamawiającego do zaleceń pokontrolnych. Zamawiający może takie zastrzeżenia wnieść w każdej sytuacji, o których mówi art. 169 ust. 1 pkt 1–3, a więc zarówno w przypadku wskazania obowiązku unieważnienia postępowania, wskazania obowiązku usunięcia stwierdzonych naruszeń, jak również stwierdzenia naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania. Przesądza o tym ust. 1 art. 169a, odwołujący się do całego art. 169. Zgodnie z regulacją zawartą w ust. 5 ostatecznym terminem rozpatrzenia zastrzeżeń jest upływ terminu na ich wniesienie lub doręczenie uchwały Rady Zamówień Publicznych, o której mowa w art. 169 ust. 3. Sprawa jest stosunkowo prosta w przypadku wskazania na obowiązek unieważnienia postępowania. Jeśli zamawiający nie wniósł umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od ich otrzymania (art. 169a ust. 1), oznacza to, iż postępowanie unieważnił lub unieważni, a zatem problem związania ofertą przestaje mieć znaczenie. Jeśli wnieśli zastrzeżenia, a Prezes Urzędu ich nie uwzględni, decyduje termin doręczenia mu uchwały Rady Zamówień Publicznych, jaka zostanie podjęta w tej sprawie. Biorąc pod uwagę wszystkie terminy określone w tym zakresie w art. 169a, czas zawieszenia biegu terminu związania ofertą liczony od dnia wszczęcia kontroli uprzedniej, wynosić może maksymalnie 61 dni. Wątpliwości powstają natomiast w przypadku zaleceń, wskazujących na obowiązek usunięcia stwierdzonych podczas kontroli naruszeń. Przywoływany wcześniej ust. 5 stanowi, iż ostatecznym terminem rozpatrzenia zastrzeżeń jest upływ terminu na ich wniesienie, a przecież w omawianym przypadku, zgodnie z art. 169a ust. 2 Prezes Urzędu ma 7 dni na ich rozpatrzenie. Ustanawiając takie rozwiązanie, ustawodawca przesądził, iż zawieszenie biegu terminu związania ofertą kończy się siódmego dnia liczonego od dnia otrzymania przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych.
6. Zachodzi pytanie, czy w przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej przez Prezesa Urzędu zamawiający powinien powiadomić wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą. Przewidywał to zmieniony nowelizacją kwietniową ust. 5 art. 168, a zatem trudno przyjąć, iż obowiązek taki istnieje. O fakcie tym wszyscy zainteresowani powinni wiedzieć, bowiem wynika on z obowiązującego prawa i niewątpliwie z sytuacją taką mamy do czynienia w przypadku obligatoryjnej kontroli uprzedniej. Inaczej natomiast wygląda to w sytuacji, gdy kontrola uprzednia podjęta zostanie z własnej inicjatywy Prezesa Urzędu. Wykonawcy uczestniczący w kontrolowanym postępowaniu nie wiedzą o wszczęciu takiej kontroli, a także o związanym z tym zawieszeniu biegu terminu związania ofertą. Ze względów praktycznych wydaje się zatem celowe, aby zamawiający w takim przypadku niezwłocznie zawiadomił wszystkich uczestników postępowania o tym fakcie, podając datę, z jaką następuje zawieszenie biegu terminu związania ofertą.
7. Ust. 6 komentowanego przepisu stanowi, że upływ terminu ważności wadium w okresie zawieszenia biegu terminu związania ofertą nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z po-

<sup>1</sup> Art. 93. 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...)

7) Postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

<sup>2</sup> Art. 85. 2. W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

stępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4. Rodzi się jednakże pytanie, jakie są dalsze konsekwencje tego stanu rzeczy, zwłaszcza wówczas, gdy kontrola uprzednia prowadzona jest przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Jeśli oznaczałoby to, że wykonawca, który nie przedłużył terminu ważności wadium lub nie wniósł wadium nowego może nadal uczestniczyć w postępowaniu aż do jego zakończenia, zamawiający narażony byłby na ewentualność niekorzystnych dla siebie konsekwencji, wynikających z niemożności wykonania dyspozycji art. 46 ust. 5<sup>1</sup>. Zapewne nie to było intencją ustawodawcy. Przyjął zatem należy, iż w przypadku utraty ważności wadium podczas trwania kontroli uprzedniej (zawieszenia biegu terminu związania ofertą) nie następuje z mocy ustawy wykluczenie z postępowania wykonawcy, którego to dotyczy.

## **Art. 169 [Zakończenie kontroli uprzedniej]**

### **1. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli wskazujących na:**

- 1) obowiązek unieważnienia postępowania z uwagi na stwierdzenie naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 1;**
- 2) obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń;**
- 3) brak naruszeń albo stwierdzenie naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.**

### **2. Doręczenie zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli następuje nie później niż w terminie 14 dni od dnia wszczęcia kontroli uprzedniej.**

### **3. Kierownik zamawiającego pisemnie informuje Prezesa Urzędu oraz wykonawcę, którego oferta została wybrana, o wykonaniu czynności wskazanych w zaleceniach pokontrolnych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, albo zgłasza zastrzeżenia, o których mowa w art. 169a ust. 1.**

1. Kontrolę uprzednią kończy doręczenie zamawiającemu zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli. Powinny one wskazywać albo na (1) obowiązek unieważnienia postępowania z uwagi na naruszenia skutkujące nieważnością umowy wymienione w art. 146 ust. 1<sup>2</sup>, albo (2) obowiązek usunięcia naruszeń stwierdzonych w toku kontroli nie skutkujących nieważnością umowy, albo (3) brak naruszeń lub istnienie naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania. Ustawodawca wyraźnie różnicuje formę dokumentu, kończącego kontrolę uprzednią na zalecenia pokontrolne oraz informację o wyniku kontroli, nie przesądza jednakże wprost, kiedy która z nich powinna mieć zastosowanie. Analiza logiczna treści całego ust. 1 wskazuje jednakże wyraźnie, iż z zaleceniami będziemy mieli do czy-

<sup>1</sup> Art. 46 ust. 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

<sup>2</sup> Art. 146. 1. 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;<sup>3)</sup>
- 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.

nienia w przypadku wskazania obowiązku unieważnienia postępowania (pkt 1) oraz usunięcia stwierdzonych uchybień (pkt 2). Wskazanie takie z natury rzeczy powinno mieć zawsze postać „zalecenia”. Natomiast w sytuacji stwierdzenia naruszeń nie mających wpływu na wynik postępowania, a tym bardziej nie stwierdzenia żadnych naruszeń, zakończenie kontroli powinno stanowić sporządzenie informacji o jej wyniku.

2. Zalecenia pokontrolne oraz informacja o wyniku kontroli powinny być sporządzane w formie pisemnej zaraz po zakończeniu czynności kontrolnych i spisaniu protokołu kontroli. Wydaje się oczywiste, że niezależnie od tego, jakiego rodzaju dokumentem kończy się kontrola uprzednia (zaleceniami bądź informacją) powinien on zawierać niezbędne dane, dotyczące kontrolowanego postępowania, wykonanych czynności kontrolnych oraz ich wyników. Bez wątpienia powinien się w nim znaleźć krótki opis kontrolowanego postępowania zawierający dane, które pozwolą jednoznacznie je zidentyfikować, a więc określenie zamawiającego, przedmiotu zamówienia, trybu w jakim prowadzone było postępowanie oraz okresu w jakim przebiegało. Wskazanie naruszeń musi ściśle odpowiadać ustaleniom zapisanym w protokole kontroli (art. 165 ust. 2 pkt 5), przywoływać przepisy Pzp i wydanych do niego aktów wykonawczych, które zamawiający naruszył oraz zapisy SIWZ, którym uchybił. Aczkolwiek komentowany przepis tego nie stanowi wydaje się oczywiste, że w dokumencie kończącym kontrolę uprzednią powinno się znaleźć wskazanie osób odpowiedzialnych za stwierdzone naruszenia.
3. Zalecenia pokontrolne powinny być formułowane w ścisłym związku oraz na podstawie przedstawionych wcześniej naruszeń. Ich celem powinno być zapobieżenie negatywnym skutkom tych naruszeń. W przypadku zalecenia, wskazującego na obowiązek unieważnienia postępowania podstawę tego stanowić mogą wyłącznie przesłanki wymienione w art. 146 ust. 1. Przepis ten należy rozumieć i stosować ściśle, a okoliczności uzasadniające wydanie zalecenia w oparciu o te przesłanki powinny być przedstawione i udokumentowane w zaleceniach pokontrolnych. Jeśli w postępowaniu tym miały miejsce także inne naruszenia, powinny być przedstawiane niezależnie od tego, że nie mają wpływu na treść zalecenia wskazującego obowiązek unieważnienia postępowania. W przypadku zalecenia wskazującego na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń nie skutkujących nieważnością umowy obowiązkiem Prezesa Urzędu jest wskazanie zamawiającemu na konieczność powtórzenia czynności, która została dokonana z naruszeniem przepisów Pzp, a w odniesieniu do czynności, która nie została wykonana, na obowiązek jej wykonania. Wskazanie takie powinno odwoływać się do przepisu, który odnosi się do danej czynności oraz przedstawiać konsekwencje, jakie spowoduje nie wykonanie tego zalecenia.
4. W przypadku informacji o wyniku kontroli zawierającej wskazania naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania, powinny się znaleźć zalecenia, dotyczące wyeliminowania tych naruszeń w następnych postępowaniach, prowadzonych przez zamawiającego. Może to być np. wskazanie na potrzebę zmian w regulaminie udzielania zamówień bądź innym dokumencie normującym tę problematykę. Jeśli kontrola nie wykaze jakiegokolwiek naruszeń, w informacji o wyniku kontroli powinno być zawarte stwierdzenie, że postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo (bez naruszeń), czego konsekwencją jest nie sformułowanie zaleceń pokontrolnych.
5. Termin doręczenia zamawiającemu zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli upływa nie później niż w terminie 14 dni od dnia wszczęcia kontroli uprzedniej. Wydaje się, iż w przypadku wielu kontrolowanych postępowań termin ten będzie trudny do utrzymania, a zatem, wbrew intencjom ustawodawcy, nabierze charakteru instrukcyjnego. Tezę tę uzasadnia systematycznie zwiększająca się ilość zamówień o skomplikowanym charakterze, których dokumentacja liczy kilkanaście, a nierzadko kilkadziesiąt tomów oraz średni okres trwania kontroli, dotychczas przeprowadzonych przez Departament



Kontroli UZP<sup>1</sup>. Ponadto, w przypadku konieczności uzupełnienia dokumentacji przekazanej do kontroli która okazała się niekompletna, faktyczne podjęcie czynności kontrolnych następuje w terminie dużo późniejszym, niż przewidziany w Pzp termin wszczęcia kontroli. Dla uniknięcia tego typu zagrożeń w interesie zamawiającego jest, aby zarówno postępowanie jak i jego dokumentacja prowadzone były z dużą starannością i poszanowaniem wszystkich obowiązujących przepisów. Z uwagi na wagę i znaczenie tych dokumentów doręczenie zaleceń pokontrolnych oraz informacji o wyniku kontroli powinno być dokonane za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Powinny być one dołączane przez zamawiającego do prowadzonej przez niego dokumentacji postępowania (protokołu postępowania — art. 96). Drugi egzemplarz informacji, zgodnie z art. 166 ust. 2 stanowi załącznik do protokołu kontroli.

6. Po otrzymaniu zaleceń pokontrolnych kierownik zamawiającego albo wykonuje czynności, które są w nich wskazane (unieważnia postępowanie bądź usuwa stwierdzone naruszenia), albo, jeśli się z nimi nie zgadza, zgłasza do Prezesa Urzędu umotywowane zastrzeżenia, zgodnie z art. 169a ust. 1. Jeśli decyduje się na wykonanie wskazanych w zaleceniach czynności, pisemnie informuje o tym Prezesa Urzędu oraz wykonawcę, którego oferta została wybrana. Decydując się na zgłoszenie zastrzeżeń może to zrobić zarówno w stosunku do zalecenia wskazującego na konieczność unieważnienia postępowania, jak i wskazującego na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń. Tryb postępowania w odniesieniu do zastrzeżeń, wnoszonych przy zaleceniu unieważnienia postępowania określa art. 169a ust. 2–6 (patrz komentarz do tego art.). Nieco inaczej spraw wygląda w stosunku do zastrzeżeń, wnoszonych wobec zaleceń, wskazujących na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń. Decyzję o ich uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu podejmuje Prezes Urzędu i jest ona ostateczna. Jeśli zalecenia zostaną podtrzymane zamawiający musi je wykonać, w przeciwnym wypadku, zgodnie z art. 168 ust. 3, nie może zawrzeć umowy (patrz komentarz do art. 168).
7. Ustawodawca nie określił terminu, w jakim zamawiający powinien pisemnie poinformować Prezesa Urzędu oraz wykonawcę, którego oferta została wybrana o wykonaniu czynności, wskazanych w zaleceniach pokontrolnych. Wydaje się jednak, iż w jego interesie leży, aby dokonał tego w możliwie najkrótszym terminie, a zatem „bez zbędnej zwłoki”. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż informacja powinna odnosić się do faktów dokonanych, a nie do zamiaru ich dokonania. Zamawiający nie może zatem napisać np., iż „postanowił powtórzyć czynność (...)”, lecz że ją powtórzył. Ze względów oczywistych wymóg wysłania informacji do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą ma zastosowanie tylko wówczas, gdy kontrola uprzednia miała miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty.
8. Jak wcześniej stwierdzono, zamawiający może nie uwzględnić wszystkich bądź części zaleceń pokontrolnych, a także wskazań, zawartych w informacji o wyniku kontroli. Jeżeli z treści informacji o wykorzystaniu zaleceń pokontrolnych jakie otrzymał wykonawca, którego oferta została wybrana wynika, że są wśród nich takie, których nieuwzględnienie wskazuje na nieważność umowy, może odmówić jej podpisania. Wprawdzie podczas nowelizacji kwietniowej z art. 169 usunięty został ust. 6 regulujący tę kwestię, ale ratio legis całej regulacji wydaje się tu oczywiste. Wydaje się również, iż nie ma wówczas zastosowania przepis art. 46 ust. 5 pkt 1<sup>2</sup> dotyczący utraty wadium. Oznacza to, że jeśli w tych okolicznościach wykonawca odmówi podpisania umowy, nie traci wadium. Ewentualność nieważności umowy nie może jednak być domniemaniem wykonawcy, ale wynikać wprost ze stwierdzeń zawartych w zaleceniach pokontrolnych.

<sup>1</sup> Źródło — Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2005 r., opublikowane na stronie internetowej UZP.

<sup>2</sup> Art. 46. ust. 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

## **Art. 169a [Zastrzeżenia do zaleceń pokontrolnych]**

- 1. Kierownikowi zamawiającego przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia otrzymania zaleceń pokontrolnych, o których mowa w art. 169.**
- 2. Prezes Urzędu rozpatruje zastrzeżenia, o których mowa w ust. 1, w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń, które dotyczą obowiązku unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 169 ust. 1 pkt 1, przekazuje zastrzeżenia najpóźniej z upływem tego terminu do zaopiniowania przez Radę.**
- 3. Rada w sprawie zastrzeżeń wyraża opinię, w formie uchwały, w terminie 30 dni od daty ich przekazania przez Prezesa Urzędu.**
- 4. Opinia Rady jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.**
- 5. Prezes Urzędu zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń w terminie 3 dni od daty powzięcia uchwały, o której mowa w ust. 3.**
- 6. Do członków Rady rozpatrujących zastrzeżenia stosuje się odpowiednio art. 162.**

1. Komentowany artykuł został wprowadzony nowelizacją kwietniową. Ustanawia nieznaną dotychczas przepisom o zamówieniach publicznych procedurę reklamacyjną w stosunku do zaleceń pokontrolnych, wydawanych przez Prezesa Urzędu. Po części wypełnia w ten sposób lukę, istniejącą w ustawie przed nowelizacją i sankcjonuje praktykę, jaka w tym zakresie ukształtowała się pod rządami Pzp. Zamawiający otrzymał prawnie unormowaną szansę formalnego odniesienia się do zaleceń pokontrolnych, a tym samym, pośrednio, do zarzutów naruszenia przepisów ustawy, postawionych w wyniku przeprowadzonej kontroli. Prezes Urzędu natomiast został zobowiązany do formalnego ustosunkowania się do tych zastrzeżeń, a jego decyzje w odniesieniu do zaleceń najdalej idących — unieważnienia postępowania — poddane nadzorowi Rady Zamówień Publicznych. Istotne znaczenie, porządkujące postępowanie reklamacyjne w sprawie zaleceń pokontrolnych, ma ustanowienie terminów dla czynności zamawiającego, Prezesa Urzędu oraz Rady Zamówień Publicznych.
2. W stosunku do zaleceń pokontrolnych kierownik zamawiającego ma prawo wnieść zastrzeżenia w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania. Jak już wcześniej powiedziano, zastrzeżenia mogą dotyczyć zarówno zalecenia wskazującego na obowiązek unieważnienia postępowania, jak i zaleceń wskazujących na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń. Przesądza o tym odesłanie do art. 169. Zastrzeżenia powinny mieć formę pisemną i muszą być umotywowane. Na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia słuszności zarzutów, stawianych zaleceniom, a zatem jego obowiązkiem jest przedstawienie przesłanek prawnych i faktycznych, na których opiera swoje twierdzenia. W jego interesie leży, aby opierały się one na faktach, a nie na domniemaniach bądź przekonaniu, co do słuszności podjętych działań oraz przeprowadzonych czynności. Jeśli, w opinii zamawiającego, zalecenia pokontrolne sporządzono w oparciu o błędne kwalifikacje prawne lub niewłaściwe oceny dokumentów bądź czynności, przedstawiane zastrzeżenia powinny to wykazywać. Jest rzeczą oczywistą, iż w przypadku zaleceń wskazujących na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń zastrzeżenia mogą dotyczyć jednego bądź kilku spośród nich, podczas gdy pozostałe zostają przyjęte. Z uwagi na znaczenie terminów, obowiązujących Prezesa Urzędu oraz Radę Zamówień Publicznych wydaje się wskazane, aby zastrzeżenia przekazywane były za zwrotnym potwierdzeniem odbioru.
3. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest rozpatrzenie wniesionych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku zastrzeżeń, dotyczących zalecenia usunięcia stwierdzonych naruszeń stanowisko Prezesa Urzędu powinno być sformułowane na piśmie i odnosić się do wszystkich okoliczności oraz argumentów, przedstawionych przez zamawiającego. Powinno to mieć miejsce niezależnie od tego, czy Prezes Urzędu zgodzi się ze stanowiskiem kierownika jednostki zamawiającej, czy też podtrzyma doręczone mu zalece-

nia pokontrolne. W odniesieniu do tego rodzaju zaleceń stanowisko Prezesa Urzędu dotyczące wniesionych zastrzeżeń kończy procedurę reklamacyjną i jest ostateczne w sprawie. Jeśli Prezes Urzędu nie uwzględni zastrzeżeń, obowiązkiem zamawiającego jest usunięcie naruszeń wskazanych w zaleceniach pokontrolnych. Jeśli tego nie uczyni, nie może zawrzeć umowy (patrz komentarz do art. 168).

4. W przypadku zastrzeżeń, dotyczących zalecenia wskazującego na obowiązek unieważnienia postępowania sytuacja jest zasadniczo inna. Jeśli Prezes Urzędu uwzględni zastrzeżenia i wycofa zalecenie unieważnienia postępowania powinien, podobnie jak w przypadku zaleceń dotyczących usunięcia nieprawidłowości, sformułować swoje stanowisko na piśmie, przedstawiając jego uzasadnienie. Jeśli natomiast nie podzieli stanowiska kierownika zamawiającego i nieuwzględni jego zastrzeżeń, obowiązkiem Prezesa Urzędu jest przekazanie tych zastrzeżeń do zaopiniowania Radzie Zamówień Publicznych najpóźniej w terminie 7 dni od dnia ich wniesienia. O nieuwzględnieniu zastrzeżeń i przekazaniu ich do zaopiniowania Radzie Zamówień Publicznych Prezes Urzędu powinien pisemnie powiadomić zamawiającego. Choć przepis tego nie stanowi wydaje się oczywiste, że Prezes Urzędu wraz z dokumentem zawierającym zastrzeżenia kierownika zamawiającego powinien przekazać Radzie zalecenia pokontrolne. Równie oczywiste wydaje się, że stanowisko Prezesa Urzędu dotyczące wniesionych zastrzeżeń powinno mieć formę pisemną i zawierać uzasadnienie prawne oraz faktyczne. Powstaje pytanie, czy powinno być przekazywane Radzie Zamówień Publicznych wraz z zaleceniami pokontrolnymi i zastrzeżeniami przedstawionymi przez zamawiającego, czy też nie. Zapewne rozsądzi to praktyka, jaką ukształtuje w tym zakresie sama Rada, ale względy pragmatyczne wydają się wskazywać na potrzebę przedstawiania jej umotywowanego stanowiska Prezesa Urzędu.
5. Rada Zamówień Publicznych musi rozpatrzyć zastrzeżenia wniesione przez kierownika zamawiającego i wyrazić w tej sprawie opinię w terminie 30 dni od dnia przekazania ich przez Prezesa Urzędu. Opinia przyjmowana jest w formie uchwały i wiąże Prezesa Urzędu. Powinna mieć formę pisemną i – jak się wydaje – uzasadnienie. Podkreślić należy, iż opinia musi dotyczyć zastrzeżeń kierownika zamawiającego do zaleceń pokontrolnych, a nie samych zaleceń. Należy domniemywać, że przed rozstrzygnięciem każdej ze spraw będącej przedmiotem opinii członkowie Rady zechcą zapoznać się z dokumentacją postępowania oraz dokumentacją przeprowadzonej kontroli, a także z umotywowanym stanowiskiem Prezesa Urzędu. Rozstrzygnięcie musi zapaść w oparciu o te dokumenty, bowiem Rada nie ma prawnych możliwości żądania dodatkowych dokumentów lub wyjaśnień ze strony zamawiającego, a także powoływania biegłych. Uchwała Rady może albo uwzględnić zastrzeżenia kierownika zamawiającego, albo je oddalać. Ponieważ wiąże ona Prezesa Urzędu, w pierwszym przypadku oznacza to, że zalecenie wskazujące na obowiązek unieważnienia postępowania przestaje obowiązywać zamawiającego, natomiast w drugim, że postępowanie musi być unieważnione.
6. W odniesieniu do zalecenia dotyczącego unieważnienia postępowania uchwała Rady Zamówień Publicznych jest ostateczna i kończy postępowanie reklamacyjne w danej sprawie. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest zawiadomienie kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń w terminie 3 dni od dnia powzięcia uchwały przez Radę Zamówień Publicznych. Wydaje się, iż załącznikiem do pisma zawierającego to zawiadomienie powinna być uchwała przyjęta przez Radę. Zgodnie z normą zawartą w art. 168 ust. 3 pkt 2 po doręczeniu uchwały Rady Zamówień Publicznych zamawiający może podpisać umowę. Jak powiedziano w komentarzu do art. 168 może to uczynić także wówczas, gdy Rada negatywnie zaopiniuje zastrzeżenia kierownika zamawiającego, co praktycznie oznacza podtrzymanie stanowiska Prezesa Urzędu. Zatem przy nega-

tywnej opinii Rady w piśmie powiadamiającym o tym fakcie kierownika zamawiającego powinno się znaleźć pouczenie o konsekwencjach takiej decyzji oraz o działaniach, jakie podjąć może (podejmie) Prezes Urzędu.

7. Aby zapewnić pełen obiektywizm Rady Zamówień Publicznych przy podejmowaniu decyzji dotyczących zastrzeżeń wnoszonych wobec zalecenia unieważnienia postępowania ust. 6 wprowadza obowiązek wyłączenia się jej członka przy zaistnieniu przesłanek określonych w art. 162 (patrz komentarz do tego art.). Wyłącznie powinno następować na wniosek osoby zainteresowanej lub innych członków Rady, którym znane są okoliczności uzasadniające wyłączenie. Przepis nie rozstrzyga, kto podejmuje decyzję dotyczącą wyłączenia członka Rady. Ponieważ jednak opinia dotycząca zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych jest przyjmowana przez Radę w formie uchwały należy przyjąć, że także w tej sprawie powinna decydować Rada w formie uchwały na posiedzeniu plenarnym.

### **Art. 170 [Kontrola następcza]**

- 1. Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia w terminie 4 lat od dnia jego udzielenia (kontrola następcza).**
- 2. Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu przesyła kontrolowanemu informację o wyniku kontroli następczej zawierającą:**
  - 1) określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli;**
  - 2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

1. Obok kontroli uprzedniej Prezes Urzędu prowadzi kontrolę następczą (ex post). Kontrola ta może być prowadzona po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne w okresie czterech lat od dnia jego udzielenia. Zgodnie z postanowieniami art. 163 wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność przez kierownika zamawiającego. Na podstawie art. 164 Prezes Urzędu może żądać kopii dokumentów związanych z postępowaniem, a także od kierownika zamawiającego oraz od pracowników zamawiającego udzielania pisemnych wyjaśnień dotyczących kontrolowanego postępowania. Zgodnie z art. 165 z kontroli sporządza się protokół. Podobnie jak w przypadku kontroli uprzedniej protokół kontroli powinien zawierać w szczególności: nazwę i adres zamawiającego, datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli, imiona i nazwiska kontrolujących, oznaczenie postępowania będącego przedmiotem kontroli, informację o stwierdzonych naruszeniach wraz ze wskazaniem odpowiedzialnych za nie osób oraz wyszczególnienie załączników.
2. Ustawodawca nie ustanowił żadnych ograniczeń dotyczących zakresu podmiotowego bądź przedmiotowego lub czasu trwania kontroli następczej. Może ona zatem dotyczyć każdego zamawiającego i każdego postępowania oraz trwać tyle czasu, ile będzie niezbędne dla starannego wykonania czynności kontrolnych. Zakończeniem kontroli następczej jest wysłanie kontrolowanemu (kierownikowi zamawiającego) informacji o wyniku kontroli.
3. Informacja o wyniku kontroli następczej powinna zawierać określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. Część dotycząca informacji o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku musi mieć ścisły związek z ustaleniami zawartymi w odpowiedniej części protokołu kontroli (art. 165 ust. 2 pkt 5), a także, choć ustawa tego nie stanowi, wskazywać zgodnie z zapisem w protokole osoby, które są odpowiedzialne za stwierdzone naruszenia.
4. W odróżnieniu od dokumentu kończącego kontrolę uprzednią, zgodnie z ust. 2, dokument kończący kontrolę następczą nie zawiera zaleceń pokontrolnych. Wydaje się to nie do końca słuszne. Wprawdzie trudno cokolwiek zalecać, jeśli kontrolowane postępowanie

jest już zakończone, a zamówienie udzielone. Dotyczy to jednakże wyłącznie kontrolowanego zamówienia, podczas gdy w toku kontroli może okazać się, że nieprawidłowości bądź naruszenia dotyczą np. wewnętrznych regulacji normujących pracę komisji przetargowej, co skutkować będzie naruszeniami w przypadku kolejnych postępowań. Dlatego też w każdym przypadku, w którym stwierdzone naruszenia mają lub mogą mieć charakter powtarzalny bądź dotyczą nieprawidłowości wykraczających poza ramy kontrolowanego postępowania, w informacji o wyniku kontroli następczej powinny znaleźć się stosowne wskazania na przyszłość lub zalecenia.

#### **Art. 171. [Konsekwencje naruszenia ustawy]**

**W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:**

- 1) zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej;**
- 2) nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII;**
- 3) wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.**

1. Jeśli kontrola uprzednia lub następcza ujawni naruszenia przepisów Pzp Prezes Urzędu może podjąć czynności, zmierzające do ukarania osób lub podmiotów winnych tych naruszeń oraz do zniesienia skutków postępowania, obarczonego naruszeniem przepisów ustawy. W odniesieniu do sektora finansów publicznych jest to zawiadomienie rzecznika dyscypliny finansów publicznych lub wystąpienie z wnioskiem o ukaranie do właściwej komisji orzekającej, w odniesieniu do pozostałych zamawiających — nałożenie kary pieniężnej, o której mowa w dziale VII. W stosunku do jednych i drugich, niezależnie od tego, czy skorzysta z wymienionych wcześniej możliwości, Prezes Urzędu ma prawo wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy. Należy zwrócić uwagę, że nie jest to obowiązkiem Prezesa Urzędu w każdym przypadku stwierdzenia naruszeń. Jest to pozostawione do jego decyzji, która powinna być uzależniona od ciężaru stwierdzonych naruszeń oraz ich wpływu na wynik postępowania, a także, w przypadku sektora finansów publicznych, od tego, czy naruszenie stanowi czyn przeciwko dyscyplinie finansów publicznych. Podstawą takiej decyzji w każdym przypadku muszą być ustalenia zawarte w protokole kontroli oraz wskazania, zawarte w informacji o wyniku kontroli skierowanej do zamawiającego. Zawiadomienie skierowane do rzecznika dyscypliny finansów publicznych lub wystąpienie do właściwej komisji orzekającej nie musi dotyczyć wszystkich osób, wskazanych w protokole kontroli jako winne stwierdzonych naruszeń. Zakres działań możliwych do podjęcia przez Prezesa Urzędu w przypadku stwierdzenia naruszeń w porównaniu ze stanem poprzednim zmienił się istotnie, bowiem uzyskał on prawo samodzielnego (nie „za pośrednictwem” rzecznika dyscypliny finansów publicznych) występować z wnioskiem o ukaranie do właściwej komisji orzekającej. Istotne znaczenie ma też możliwość nakładania kar pieniężnych na podmioty spoza sektora finansów publicznych, które w poprzednim stanie prawnym były praktycznie poza możliwością nałożenia jakichkolwiek sankcji.
2. Naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych w ramach sektora finansów publicznych stanowi czyn, naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Przesądza o tym art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>1</sup>. Za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznaje się między innymi udzielenie zamówienia publicznego: wykonawcy, który nie został wyłoniony w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

stosowania poszczególnych trybów, obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia, obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest też zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej, a także na czas dłuższy, niż przewidziany w przepisach o zamówieniach publicznych. Warto podkreślić, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest też dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej (patrz art. 18 i komentarz do tego artykułu).

3. Po rozpatrzeniu zawiadomienia Prezesa Urzędu i zawartych w nim wniosków rzecznik może wystąpić do właściwej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z wnioskiem o ukaranie wskazanych tam osób lub od złożenia takiego wniosku odstąpić. Prezesowi Urzędu nie przysługują w takim przypadku żadne środki odwoławcze. Sytuacja taka nie ma miejsca wówczas, gdy Prezes samodzielnie, a nie za „pośrednictwem” rzecznika, wystąpi z wnioskiem do komisji orzekającej. Komisja, uznając winę wskazanej osoby, może ukarać ją upomnieniem, naganą, karą pieniężną lub zakazem pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres od roku do 5 lat (art. 31 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Ukaranie pracownika jednostki sektora finansów publicznych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych karą nagany lub karą pieniężną jest równoznaczne z jego ujemną oceną kwalifikacyjną, przewidzianą w odrębnych przepisach, i rodzi skutki przewidziane w tych przepisach (art. 31 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).
4. Możliwość Prezesa Urzędu w zakresie wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części określa art. 146 ust. 2 Pzp<sup>1</sup>. Ma on zastosowanie także do okoliczności, ustalonych w wyniku kontroli uprzedniej lub następczej. Zawarte w nim przesłanki stanowią katalog zamknięty, a zatem w żadnym innym przypadku możliwość wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy nie istnieje. Od oceny stanu faktycznego i podjętej na tej podstawie decyzji Prezesa Urzędu zależy natomiast, czy z możliwości tych skorzysta.

## **Rozdział 4** **Arbitrzy**

### **Art. 172 [Lista arbitrów]**

- 1. Prezes Urzędu prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.**
- 2. Ogłoszeniu podlegają następujące dane osobowe arbitra:**
  - 1) imię i nazwisko;**
  - 2) wykształcenie;**
  - 3) zawód;**
  - 4) stopień lub tytuł naukowy.**
- 3. Prezes Urzędu gromadzi i przetwarza ponadto następujące dane osobowe arbitra:**
  - 1) datę i miejsce urodzenia;**
  - 2) imiona rodziców i nazwisko rodowe matki;**

<sup>1</sup> Art. 146 ust. 2. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:

- 1) umowy, o której mowa w ust. 1;
- 2) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 2;
- 3) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.

- 3) miejsce zamieszkania i adres do korespondencji;**
- 4) dane o posiadanym wykształceniu i przebiegu pracy zawodowej;**
- 5) numer NIP;**
- 6) numer rachunku bankowego;**
- 7) dane o karalności.**

1. Przepisy zawarte w Rozdziale 4 stanowią kompleksową regulację dotyczącą arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu wnoszone do Prezesa Urzędu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dotyczą listy arbitrów, przede wszystkim kryteriów, jakie musi spełniać osoba ubiegająca się o wpis na tę listę, zasad jej kształtowania, a także statusu i ochrony prawnej arbitra. Jest to rozwiązanie słuszne, bowiem systemowe znaczenie odwołań oraz rozpatrujących je arbitrów wymaga, aby dotyczące ich podstawowe kwestie uregulowane były przepisami rangi ustawowej.
2. Listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu prowadzi Prezes Urzędu. Lista podlega ogłoszeniu w BZP i musi zawierać podstawowe dane dotyczące arbitra, określone w ust. 2. W sytuacji, w której arbitrów nie wskazują strony postępowania i Prezes Urzędu, a komputerowy program losujący, dane te mają znaczenie wyłącznie informacyjne. Ustawodawca nie przesądził, w jakim terminie po zakończeniu naboru na listę i ustalenia jej składu ma być ona ogłaszana. Należy jednak przyjąć, że powinno to nastąpić niezwłocznie po wpisaniu na listę przez Prezesa Urzędu wszystkich osób uprawnionych oraz zgromadzeniu wszystkich danych tych osób, jakie podlegają publikacji. Przepis nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku publikowania listy arbitrów na stronie internetowej Urzędu, należy jednak przyjąć, że tak jak dotychczas, powinna ona być tam ogłaszana.
3. Obowiązek Prezesa Urzędu dotyczący „prowadzenia i ogłaszania w BZP listy arbitrów” obejmuje także zmiany dokonywane na tej liście. Przesądza o tym art. 173 ust. 10, który mówi, że Prezes Urzędu ogłasza w BZP o wpisie i skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra oraz o zawieszeniu go w prawach i obowiązkach. Niezależnie od tego ogłoszeniu powinna podlegać także pełna lista, nieuwzględniająca jednak nazwisk oraz danych osób skreślonych bądź zawieszonych. Podobnie jak w przypadku publikacji listy arbitrów po jej ustaleniu powinno to następować niezwłocznie i obejmować także stosowne ogłoszenie na stronie internetowej Urzędu.
4. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest prowadzenie bazy danych dotyczących arbitrów wpisanych na listę. Poza danymi podlegającymi publikacji musi ona zawierać informacje, określone w ust. 3. Osoba wpisana na listę zobowiązana jest udostępnić te dane Prezesowi Urzędu. Zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych<sup>1</sup> podlegają one ochronie, za co jest on odpowiedzialny. Na przetwarzanie tych danych, zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych<sup>2</sup>, nie jest wymagana zgoda arbitra. Dane zwarte w bazie powinny być systematycznie aktualizowane i uzupełniane.

## **Art. 173 [Arbitrzy]**

### **1. Arbitrem może być osoba, która:**

- 1) jest obywatelem polskim;**
- 2) posiada wyższe wykształcenie;**
- 3) posiada pełną zdolność do czynności prawnych;**
- 4) korzysta z pełni praw publicznych;**

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

<sup>2</sup> Art. 23 ust. 1 Przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy: (...) 2) zezwalają na to przepisy prawa.

- 5) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne;
  - 6) w ciągu ostatnich 5 lat nie została skreślona z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra.
2. Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby spełniające warunki, o których mowa w ust. 1, które z najlepszymi wynikami zdały egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Wpis na listę arbitrów następuje w drodze decyzji administracyjnej.
  3. Arbiter składa Prezesowi Urzędu co roku do dnia 31 marca oświadczenie o:
    - 1) toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania;
    - 2) swoim stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego.
  4. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 3 pkt 2, arbiter składa na formularzu, którego wzór jest określony w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.
  5. Kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów.
  6. Arbitra skreśla się z listy arbitrów przed upływem kadencji wyłącznie w następujących okolicznościach:
    - 1) utraty obywatelstwa polskiego;
    - 2) utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych;
    - 3) utraty pełni praw publicznych;
    - 4) prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne;
    - 5) rażącego naruszenia lub uporczywego naruszania obowiązków arbitra;
    - 6) odmowy złożenia ślubowania;
    - 7) niezłożenia oświadczeń, o których mowa w ust. 3;
    - 8) złożenia przez arbitra wniosku o skreślenie z listy.
  7. Za rażące naruszenie obowiązków arbitra, o którym mowa w ust. 6 pkt 5, należy rozumieć pełnienie funkcji arbitra w sposób stronnicy, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień, niezłożenie wniosku o wyłączenie z udziału w postępowaniu w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie arbitrowi jego obowiązków.
  8. Skreślenia z listy arbitrów dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.
  9. Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, zawiesza arbitra w jego prawach i obowiązkach w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.
  10. O wpisie na listę arbitrów, skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra albo zawieszeniu w prawach i obowiązkach arbitra Prezes Urzędu ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych.
1. Ust. 1 określa kryteria, jakie spełnić musi osoba ubiegająca się o wpis na listę arbitrów. Poza wymogami „standartowymi”, takimi jak obywatelstwo polskie, pełna zdolność do czynności prawnych oraz korzystanie z pełni praw publicznych znajduje się wśród nich wymóg wyższego wykształcenia (w uzp go nie było!), niekaralności za przestępstwo umyślne oraz nieskreślenia w okresie ostatnich pięciu lat z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra. W odniesieniu do wyższego wykształcenia warto podkreślić, że nie preferuje się żadnego np. prawniczego czy ekonomicznego. Zachodzi pytanie, czy wymieniony w przepisie katalog kryteriów nie jest za wąski. Jednakże w związku z tym, że kryterium przesądzającym o wpisie na listę jest poziom wiedzy dotyczącej zamówień publicznych wydaje się on wystarczający, tym bardziej, że umożliwia



ubieganie się o wpis szerokiego kręgowi kandydatów. Zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej oraz zakresu egzaminu<sup>1</sup> kandydat musi potwierdzić spełnianie tych warunków przedłożeniem dokumenty lub stosownych oświadczeń.

2. Warunki wpisu na listę są w pełni zobiektywizowane. Kandydat musi spełniać kryteria określone w ust. 1 oraz zdać z najlepszym wynikiem egzaminu ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień. Egzamin zdawany jest przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Zasady powoływania komisji egzaminacyjnej, zadania oraz tryb jej pracy, sposób przygotowania i przeprowadzenia egzaminu, ustalenia jego wyników, a także wykaz zagadnień do egzaminu reguluje przywoływane wcześniej rozporządzenie Rady Ministrów. Zgodnie z § 4 komisja egzaminacyjna składa się z 5–7 osób wyróżniających się wiedzą z zakresu zamówień publicznych, wskazanych przez Radę Zamówień Publicznych bądź arbitrów, którzy nie ubiegają się o ponowny wpis na listę. Do zadań komisji należy między innymi przygotowanie materiałów egzaminacyjnych, przeprowadzenie egzaminu, sprawdzenie i ustalenie jego wyników oraz przedstawienie ich, wraz ze sprawozdaniem, Prezesowi Urzędu.
3. Egzamin ma formę testu wyboru, składa się ze 100 pytań i prowadzony jest z zachowaniem zasad anonimowości; rozkodowanie arkuszy odpowiedzi następuje dopiero po ich sprawdzeniu i ustaleniu wyniku egzaminu danego kandydata. Wyniki egzaminu zatwierdzane są przez Prezesa Urzędu. Kandydat ma prawo odwołać się od wyników egzaminu do Prezesa Urzędu. Zgodnie z § 14 rozporządzenia wpisu na listę arbitrów dokonuje się w ramach limitu osób określonych w ogłoszeniu o naborze na listę arbitrów, przy czym wpisuje się te osoby, które zdały egzamin i uzyskały liczbę punktów, „mieszczącą się” w tym limicie. W praktyce może to oznaczać, że część osób, które uzyskały liczbę punktów zaliczającą egzamin nie uzyska wpis na listę. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów, którzy zdali egzamin z miejscem uprawniającym do wpisu na listę arbitrów w danym naborze uzyskało taką samą liczbę punktów, Prezes Urzędu wpisuje na listę wszystkich tych kandydatów. Przyjęcie takich zasad kształtowania listy arbitrów oznacza, że może być ona zarówno większa, jak i mniejsza od limitu miejsc, określonego w ogłoszeniu. Wpis na listę arbitrów następuje w trybie decyzji administracyjnej.
4. Nowym obowiązkiem arbitra wpisanego na listę jest składanie dwóch oświadczeń: o toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych oraz o stanie majątkowym. Muszą być składane Prezesowi Urzędu co roku, do dnia 31 marca. Przepis stanowi, że oświadczenie majątkowe składane jest na formularzu określonym w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Co do zasady mają tu zastosowanie przepisy art. 10 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne<sup>2</sup>, natomiast wzór oświadczeń, zgodnie z delegacją zawartą w art. 11 tejże ustawy, określił w trybie rozporządzenia Prezydent RP<sup>3</sup>. W odniesieniu do arbitrów zastosowanie ma oświadczenie, składane zgodnie z wzorem określonym w załączniku Nr 3 do tego rozporządzenia. Oświadczenie, po złożeniu, jest poufne. Prezes Urzędu, jako osoba uprawniona do odbierania oświadczeń, zgodnie z art. 11 ust. 7 i 8 przywoływanej wcześniej ustawy, ma prawo dokonywania analizy zawartych w nim danych oraz porównywania analizowanego oświadczenia z treścią uprzednio złożonych oświadczeń. Nie złożenie przez arbitra oświadczeń skutkuje skreśleniem go z listy (ust. 6 pkt 7).

<sup>1</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 98, poz. 997.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 106, poz. 679 z późn. zm.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 lipca 2003 r. w sprawie ustalenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym. Dz. U. Nr 123, poz. 1387.

5. Arbiter sprawuje swoją funkcję przez okres kadencji. Jest to rozwiązanie z jednej strony tworzące mechanizm okresowego sprawdzania poziomu wiedzy i kwalifikacji fachowych osób sprawujących tę funkcję, z drugiej zaś gwarantujące co trzy lata (art. 174 ust. 1) możliwość ubiegania się o wpis na listę osobom, które są tym zainteresowane. Kadencja ustalona została na okres 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 224. Stanowi on, że w przypadku pierwszej kadencji (zgodnie z art. 223 ust. 2 zaczęła się 3 września 2004 r.) Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby, które zdały egzamin z liczbą punktów niższą od połowy limitu osób, które zostaną wpisane na tę listę, na okres lat trzech. Jest to sytuacja jednorazowa, konieczna dla zrealizowania w przeszłości zasady, że przy sześcioletniej kadencji nabór na listę prowadzony jest co trzy lata.
6. Skreślenie arbitra z listy przed upływem kadencji jest możliwe wyłącznie w okolicznościach określonych w ustawie. Przy ich wystąpieniu Prezes Urzędu ma obowiązek skreślenia arbitra z listy („arbitra skreśla się...”). Katalog przesłanek skreślenia jest zamknięty i podobny do tego, który znajdował się w art. 92 ust. 3 uzp, jednakże zawiera istotne różnice. Między innymi przyjęto szerszą formułę „utrąty”, a nie tylko zrzeczenia się obywatelstwa polskiego, a także „utrąty i ograniczenia”, a nie tylko ograniczenia zdolności do czynności prawnych. Wyraźnemu rozszerzeniu uległa przesłanka dotycząca naruszenia obowiązków arbitra. Skreśleniem skutkować będzie nie tylko ich rażące naruszenie, ale także naruszanie uporczywe. Co należy rozumieć pod pojęciem „rażącego naruszenia” obowiązków arbitra precyzuje ust. 7 komentowanego artykułu. Jest to pełnienie funkcji arbitra w sposób stronniczy, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym oraz niezłożenie wniosku o wyłączenie z postępowania w przypadku, gdy okoliczności uniemożliwiają arbitrowi wykonywanie jego obowiązków (patrz komentarz do art. 186 ust. 3 i 4). Za „naruszenie uporczywe” uznać należy te naruszenia obowiązków, które nie będąc „rażącymi” powtarzają się wielokrotnie (np. odmawianie udziału w rozpatrywaniu odwołań bez ważnych przyczyn). Ocena występowania i stopnia nasilenia tej przesłanki, podobnie jak w przypadku „rażącego naruszenia” przesłanki pełnienia funkcji w sposób stronniczy należy do Prezesa Urzędu, który powinien kierować się w tym zakresie czytelnymi, jasno określonymi kryteriami.
7. Prezes Urzędu ma prawo zawiesić arbitra w jego prawach i obowiązkach. Może to mieć miejsce wyłącznie w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych<sup>1</sup>. Należy podkreślić, że chodzi tu o postawienie zarzutu arbitrowi w rozumieniu przepisów Kpk<sup>2</sup>, a nie o wszczęcie postępowania przygotowawczego przeciwko niemu lub „w sprawie”, w której w jakiś sposób uczestniczy. Jest to rozwiązanie kontrowersyjne, bowiem może się zdarzyć, iż arbiter, na którym ciąży poważne poszlaki popełnienia przestępstwa uczestniczył będzie w orzekaniu, nawet przez dłuższy okres. Zawieszenia arbitra ma charakter obligatoryjny. Dokonuje go Prezes Urzędu w trybie decyzji administracyjnej.
8. Podobnie jak wpis na listę, skreślenia arbitra z listy Prezes Urzędu dokonuje w trybie decyzji administracyjnej. Oznacza to, że skreślonemu z listy arbitrowi przysługuje prawo odwołania się od tej decyzji, zgodnie z właściwością miejscową, do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

<sup>1</sup> Patrz np. art. 239, art. 240, art. 241 Kk.

<sup>2</sup> Patrz art. 269 i art. 270 Kpk.

## **Art. 174 [Nabór na listę arbitrów]**

- 1. Prezes Urzędu prowadzi nabór na listę arbitrów raz na trzy lata.**
- 2. Ogłoszenie o naborze zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych.**
- 3. Ogłoszenie zawiera w szczególności:**
  - 1) informację o limicie osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów w danym naborze;**
  - 2) termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, nie krótszy niż 30 dni od dnia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;**
  - 3) wykaz dokumentów, które należy dołączyć do zgłoszenia kandydata;**
  - 4) termin przeprowadzenia egzaminu, o którym mowa w art. 173 ust. 2, oraz informację o minimalnej liczbie punktów zaliczającej ten egzamin.**
- 4. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na arbitrów są:**
  - 1) Prezes Urzędu;**
  - 2) ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie;**
  - 3) organizacje, o których mowa w art. 179 ust. 2;**
  - 4) ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego;**
  - 5) regionalne izby obrachunkowe;**
  - 6) okręgowe izby radców prawnych;**
  - 7) okręgowe rady adwokackie.**

1. Przy sześcioletniej kadencji arbitra nabór na listę arbitrów prowadzony jest przez Prezesa Urzędu co trzy lata. W chwili ogłoszenia naboru wiadomo, ilu arbitrom kończy się kadencja. Nie oznacza to jednak, że liczba osób wpisanych na listę w wyniku tego naboru musi być równa liczbie arbitrów, których kadencja dobiegła końca. Przepisy nie określają ani wielkości listy arbitrów, ani ilości osób, wpisywanych na nią w wyniku kolejnych naborów. Ustawodawca pozostawił to do decyzji Prezesa Urzędu, który powinien ją uzależniać od ilości wnoszonych odwołań oraz ilości postępowań, wymagających obecności obserwatora. Warto zauważyć, że przy pierwszym naborze prowadzonym zgodnie z Pzp limit miejsc na liście arbitrów ustalony został przez Prezesa Urzędu na 350. Na listę wpisanych zostało 363 osoby (patrz § 18 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej oraz zakresu egzaminu<sup>1</sup>), przy czym na podstawie art. 224 Pzp 160 osób na kadencję trzyletnią.
2. Ogłoszenie o naborze na listę arbitrów zamieszczane jest w BZP. Jego treść ustala Prezes Urzędu, ale ustawodawca przesądził, jakie informacje muszą się w nim znaleźć. Najważniejsze spośród nich, poza terminem przeprowadzenia egzaminu, to limit osób, które zostaną wpisane w danym naborze, minimalna liczba punktów, zaliczająca egzamin oraz termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, który nie może być krótszy niż 30 dni od daty ogłoszenia. Ogłoszenie powinno również zawierać informację o dokumentach potwierdzających spełnianie warunków określonych w art. 173 ust. 1, jakie należy dołączyć do zgłoszenia. Kwestię tę rozstrzyga § 3 ust. 2 przywoływanego wcześniej rozporządzenia Rady Ministrów. Zgodnie z tym przepisem dokumentami tymi są: kserokopie odpowiednich stron dowodu osobistego oraz dokumentu potwierdzającego posiadanie wyższego wykształcenia, informacja z Krajowego Rejestru Sądowego oraz oświadczenia o posiadaniu pełnej zdolności do czynności prawnych, korzystaniu z pełni praw publicznych, wyrażeniu zgody na ubieganie się o wpis na listę arbitrów oraz o tym, że kandydat w okresie ostatnich pięciu lat nie został skreślony z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra. Niezbędne jest też oświadczenie o wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych kandydata.

<sup>1</sup> § 18. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów, którzy zdali egzamin z miejscem uprawniającym do wpisu na listę arbitrów w danym naborze uzyskało taką samą liczbę punktów, Prezes Urzędu wpisuje na listę wszystkich tych kandydatów.

3. Kandydatów na arbitrów zgłaszać mogą wyłącznie podmioty wymienione w komentowanym przepisie. Oznacza to, że zgłoszenie dokonane przez jakikolwiek inny podmiot, a także samego kandydata, jest nieskuteczne. Ustawodawca utrzymał tu rozwiązanie zawarte niegdyś w uzp<sup>1</sup>, przy czym rozszerzona została lista podmiotów uprawnionych do zgłaszania kandydatów. Tak jak poprzednio są na niej Prezes Urzędu oraz ministrowie, kierownicy urzędów centralnych, wojewodowie, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz regionalne izby obrachunkowe. Uprawnienie do zgłaszania kandydatów mają także organizacje zrzeszające wykonawców, wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Jest to rozwiązanie słuszne, bowiem prawo zgłaszania kandydatów na arbitrów mają tylko te organizacje zrzeszające wykonawców, które są zainteresowane aktywnym udziałem w procesie ochrony zagrożonych interesów wykonawców uczestniczących w rynku zamówień publicznych. Warto zwrócić uwagę, iż prawo zgłaszania kandydatów na arbitrów mają dwie najważniejsze korporacje prawnicze: okręgowe izby radców prawnych oraz okręgowe rady adwokackie. Świadczy to o istotnej roli, jaką sprawują w systemie zamówień publicznych zawody prawnicze.

### **Art. 175 [Obowiązki i prawa arbitra]**

1. **Przed podjęciem obowiązków arbitrer jest obowiązany złożyć przed Prezesem Urzędu ślubowanie, powtarzając słowa: „Ślubuję sumiennie wypełniać obowiązki arbitra, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, dochowywać zasad etyki arbitra, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”. Złożenie ślubowania arbitrer potwierdza podpisem pod jego treścią.**
2. **Arbitrer jest obowiązany postępować zgodnie z zasadami etyki arbitra, w szczególności pełnić swoją funkcję z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Przy rozpatrywaniu odwołania arbitrer nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani Prezesa Urzędu.**
3. **Osoba wpisana na listę arbitrów nie może występować jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień.**
4. **Arbitrer podlega ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych.**
5. **Pracodawca jest obowiązany zwolnić arbitra na czas niezbędny do wywiązywania się ze sprawowanej funkcji, bez zachowania prawa do wynagrodzenia za ten czas.**
6. **Arbitrowi przysługuje wynagrodzenie za wykonywane czynności.**

1. Warunkiem podjęcia przez arbitra obowiązków jest złożenie ślubowania przed Prezesem Urzędu. Złożenie ślubowania musi być potwierdzone własnoręcznym podpisem pod tekstem zawierającym rotę ślubowania, której treść określa ust. 1. Jest to rozwiązanie ze wszech miar słuszne. Akt ślubowania poprzedza podjęcie wykonywania funkcji lub przystąpienie do zawodu, które wiążą się z zaufaniem publicznym oraz mają szczególne społeczne znaczenie. Między innymi złożenie ślubowania jest warunkiem podjęcia funkcji sędziego<sup>2</sup>, a także wpisu na listę radców prawnych<sup>3</sup>. Rota ślubowania określona w kome-

<sup>1</sup> Art. 92 ust. 2.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm. Art. 66. Przy powołaniu sędziego składa ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej według następującej rotacji: „Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości.”; składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot: „Tak mi dopomóż Bóg.”

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm. Art. 27.

1. Rota ślubowania składanego przez radcę prawnego ma następujące brzmienie: „Ślubuję uroczyście w wykonywaniu zawodu radcy prawnego przyczyniać się do ochrony i umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki zawodowe wypełniać sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, zachować tajemnicę zawodową, postępować godnie i uczciwie, kierując się zasadami etyki radcy prawnego i sprawiedliwości.”

2. Ślubowanie odbiera dziekan rady okręgowej izby radców prawnych prowadzącej listę radców prawnych, na którą wpisany został radca prawny.

towanym przepisie zawiera podstawowe normy etyczne, uwzględniane we wszystkich tego rodzaju aktach. Niezłożenie ślubowania skutkuje skreśleniem z listy, powstaje natomiast pytanie, jakie skutki rodzi sprzeniewierzenie się ślubowaniu bądź niedotrzymanie niektórych z określonych w niej norm. Choć ustawodawca wprost tego nie przesądził wydaje się oczywiste, że w każdym przypadku powinno to stanowić podstawę do wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania poprzedzającego skreślenie arbitra z listy.

2. Tezę tę potwierdza ratio legis przepisu ust. 2. Po raz kolejny ustawodawca powraca do obowiązku przestrzegania przez arbitra norm etycznych, pełnienia obowiązków z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Stanowi to wyraz ogromnego znaczenia oraz rangi, jaką w systemie zamówień publicznych ma funkcja arbitra. Jest więc rzeczą oczywistą, że tej wysokiej pozycji odpowiadać muszą również wysokie wymogi etyczne oraz odpowiednie konsekwencje w przypadku ich naruszenia. Wyraz temu dała także Rada Zamówień Publicznych w przyjętych w sierpniu 2004 r. „Zasadach etyki arbitra”<sup>1</sup>.
3. Przy rozpatrywaniu odwołania arbiter jest niezależny, nie reprezentuje żadnej ze stron postępowania ani Prezesa Urzędu. Niezależność tę gwarantuje wiele przepisów zawartych w Pzp, poczynając od tych, które odnoszą się do trybu naboru i zasad kształtowania listy arbitrów. Najistotniejsze znaczenie mają jednak unormowania odnoszące się do sposobu wyznaczenia składu orzekającego, które odbywa się całkowicie losowo, w drodze jawnego losowania nazwisk arbitrów przez komputer. W ten sposób całkowicie zerwano z niedobłą praktyką lat ubiegłych, kiedy wskazywani przez strony arbitrzy często uważani byli za reprezentantów ich interesów, zgodnie zresztą z ideą sądu polubownego. Konsekwentnie, Prezes Urzędu pozbawiony został kompetencji do wskazywania przewodniczącego składu orzekającego, bowiem także jego wyznacza program losujący.
4. Ust. 3 zakazuje arbitrom występowania w charakterze pełnomocnika strony przy postępowaniu odwoławczym. Jest to w pełni uzasadnione rozmiarem tego rodzaju praktyk, które miały miejsce do czasu wprowadzenia zakazu w tym zakresie nowelizacją uzp z dnia 22 czerwca 2001 r.<sup>2</sup> Słusznie też złamanie tego zakazu traktowane jest jako „rażące” naruszenie obowiązków arbitra, skutkujące skreśleniem go z listy. Pewne wątpliwości budzi natomiast dwukrotne odniesienie się do tego problemu — w komentowanym przepisie i w art. 173 ust. 7.
5. Choć arbiter nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 Kk, na mocy komentowanego przepisu podlega ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Ochrona prawna arbitra wynika z przepisów Rozdziału XXIX Części szczególnej Kk, przede wszystkim z art. 222<sup>3</sup> i art. 226<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Zasady etyki arbitra § 27: Naruszenie niniejszych zasad stanowi uchybienie, które może być traktowane jako rażące naruszenie obowiązków arbitra, co zgodnie z art. 173 ust. 6 pkt. 5 stanowi podstawę skreślenia arbitra z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

<sup>2</sup> Art. 1 pkt. 51 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Dz. U. Nr 76, poz. 813.

<sup>3</sup> Art. 222. § 1. Kto narusza nietykalność cielesną funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 wywołało niewłaściwe zachowanie się funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

<sup>4</sup> Art. 226. § 1. Kto znieważa funkcjonariusza publicznego albo osobę do pomocy mu przybraną podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 2. Przepis art. 222 § 2 stosuje się odpowiednio.

§ 3. Kto publicznie znieważa lub poniża konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

6. Pracodawca jest zobowiązany udzielić arbitrowi zwolnienia na czas pełnienia przez niego funkcji arbitra, bez prawa do wynagrodzenia za czas, jaki poświęcił na wykonywanie czynności związanych z tą funkcją. Nie wyklucza to możliwości wykorzystania w tym celu przez arbitra urlopu wypoczynkowego, urlopu okolicznościowego lub przysługujących mu na mocy odrębnych przepisów dni wolnych. Wynagrodzenie arbitra za wykonywane czynności określa rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów<sup>1</sup>.

#### **Art. 176 [Upoważnienie]**

**Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, tryb wpisu na listę arbitrów, sposób powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakres egzaminu – biorąc pod uwagę zapewnienie obiektywnego sprawdzenia przygotowania kandydatów, sprawnego przeprowadzania postępowań odwoławczych oraz okoliczność, że potwierdzeniem spełnienia warunków, o których mowa w art. 173 ust. 1, mogą być dokumenty zawierające informacje podlegające ochronie danych osobowych, w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego.**

Zgodnie z powyższą delegacją Rada Ministrów wydała rozporządzenie z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu. Rozporządzenie opublikowane zostało w Dzienniku Ustaw z dnia 1 maja 2004 r. Nr 98 poz. 997.

## **Rozdział 5 [Uchylony]**

---

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 607.

# Dział VI Środki ochrony prawnej

## Rozdział 1 Przepisy wspólne

### Art. 179. [Podmioty uprawnione]

1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1b.
  - 1a. Środek ochrony prawnej określony w rozdziale 4 niniejszego działu przysługuje również zamawiającemu.
  - 1b. Środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.
  2. Przed upływem terminu do składania ofert w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy środki ochrony prawnej przysługują również organizacjom zrzeszającym wykonawców wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu.
  3. Przez organizacje zrzeszające wykonawców, o których mowa w ust. 2, należy rozumieć podmioty działające na podstawie przepisów o:
    - 1) izbach gospodarczych;
    - 2) rzemiośle;
    - 3) samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców;
    - 4) organizacjach pracodawców;
    - 5) samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.
  4. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy, o której mowa w ust. 2, dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.
  5. Lista organizacji, o której mowa w ust. 2, podlega ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.
1. Przez „środki ochrony prawnej” należy rozumieć określone w ustawie środki odwoławcze (protest i odwołanie) oraz skargę do sądu. Skarga do sądu nie jest środkiem odwoławczym, lecz szczególnym środkiem kontroli orzeczeń zespołów arbitrów — wyroków i postanowień kończących postępowanie odwoławcze, wykonywanej, zgodnie z zaleceniami podstawowej dyrektywy Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. koordynującej przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych<sup>1</sup>.
2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zważywszy na jego cel — wybór oferty najkorzystniejszej pozwalający na zawarcie umowy cywilnoprawnej w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą — jest postępowaniem o charakterze cywilnoprawnym. Wynikają z tego określone konsekwencje natury prawnej. Obie strony są zainteresowane we właściwej realizacji swych praw podmiotowych<sup>2</sup>, dlatego do ich realizacji dochodzi zwykle w sposób bezkolizyjny. Może się jednak zdarzyć, że zaistnieje sytuacja, gdy jedna ze stron naruszy swym zachowaniem uprawnienia drugiej strony (np. nie wywiąże się ze

<sup>1</sup> Dz. Urz. WE Nr L 395 z 30.12.1989, str. 33, Dz. Urz. Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 246.

<sup>2</sup> Prawem podmiotowym jest przyznana przez normę prawną na rzecz podmiotu stosunku prawnego sfera możliwości postępowania w sposób określony w tej normie, czyli zgodnie z treścią prawa przedmiotowego. Por. S. Grzybowski: (w) System prawa cywilnego Tom I, Wydawnictwo PAN 1985 s. 216.

swych obowiązków). Zachodzi wówczas potrzeba zapewnienia uprawnionemu odpowiednich środków mających na celu zmuszenie zobowiązanego do uczynienia zadość jego obowiązkom. Te środki składają się na pojęcie ochrony praw podmiotowych<sup>1</sup>. Są to przede wszystkim środki o charakterze materialnoprawnym, mające na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Gdy nie okażą się one skuteczne, ochrona prawna wkracza w sferę prawa procesowego<sup>2</sup>. Konkludując, przez ochronę praw podmiotowych należy rozumieć system roszczeń, jakie przysługują uprawnionemu w razie naruszenia lub tylko zagrożenia jego prawa<sup>3</sup>. O tym, jakie roszczenia powstają po stronie uprawnionego decyduje treść tego prawa. W rozważanym przypadku, w razie naruszenia przez zamawiającego praw wykonawcy, uczestnika konkursu czy innej osoby, o której mowa w ust. 1, stosuje się przepisy traktujące o środkach ochrony prawnej (art. 179 i nast.).

3. Konsekwencją tego, że środkami ochrony prawnej są środki odwoławcze (protest i odwołanie) oraz skarga do sądu powszechnego jest podział postępowania związanego z ochroną prawną na: postępowanie protestacyjne, postępowanie odwoławcze i postępowanie skargowe. Postępowanie protestacyjne toczy się — i w tym tkwi jego istota — przed zamawiającym. Wszczytna je wniesienie protestu, a kończy rozstrzygnięcie protestu lub brak jego rozstrzygnięcia w określonym ustawą terminie. Rozstrzygnięciem protestu jest jego odrzucenie, uwzględnienie lub oddalenie. Skutkiem prawnym braku rozstrzygnięcia w ustawowym terminie jest jego oddalenie. Postępowanie odwoławcze toczy się przed zespołem arbitrów. Wszczytna je wniesienie odwołania do Prezesa UZP, a kończy wyrok lub kończące postępowanie odwoławcze postanowienie zespołu arbitrów (wyjątkiem jest zwrot odwołania przez Prezesa UZP w razie nieuiszczenia przez odwołującego się wpisu od odwołania; zwrot odwołania następuje w formie postanowienia Prezesa Urzędu). Wreszcie, w postępowaniu skargowym mają odpowiednie zastosowanie przepisy procedury cywilnej o apelacji, jeżeli przepisy komentowanej ustawy nie stanowią inaczej (są one przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów Kpc o apelacji, tj. mają przed nimi pierwszeństwo).
4. Środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy komentowanej ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi wyżej przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy.
5. Związek, o którym mowa, nazywany „normalnym związkiem przyczynowym” zachodzi, gdy skutek jest następstwem „normalnym” zdarzenia rozpatrywanego jako przyczyna, „normalnym” w tym znaczeniu, że jeśli wystąpi zdarzenie rozpatrywane jako przyczyna, zwiększa ono prawdopodobieństwo powstania zdarzenia rozpatrywanego jako skutek. W rozważanym przypadku przyczyną jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia a skutkiem uszczerbek (możliwość uszczerbku) w interesie prawnym wnoszącego środek ochrony prawnej (protest, odwołanie czy skargę do sądu).
6. Pojęcie „interes prawny” użyte w ustawie należy rozumieć w sposób określony w prawie cywilnym. Wynika to z cywilistycznego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i — co istotniejsze — z celu tego postępowania, którym jest

<sup>1</sup> Zob. J. Ignatowicz: (w) System prawa cywilnego Tom I Wydawnictwo PAN 1985 s. 816.

<sup>2</sup> Tamże s. 857.

<sup>3</sup> Tamże.



cywilnoprawna umowa w sprawie zamówienia publicznego. W prawie cywilnym interes prawny strony stosunku cywilnoprawnego jest rozumiany szeroko, chodzi bowiem o interes prawny strony wynikający z zagrożenia dla jej sfery prawnej, zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej. Interes prawny, o którym mowa, stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, co oznacza, że niewykazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka.

7. W orzecznictwie zespołów arbitrów i w orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia zespołów arbitrów (wyroki i postanowienia kończące postępowanie odwoławcze) za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy i polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Interes, o którym mowa, nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału wnoszącego środek ochrony prawnej w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie i uzyskania w nim wyniku polegającego na wyborze jego oferty<sup>1</sup>. Każdy podmiot (organ) uprawniony do rozpoznania środka ochrony prawnej (zamawiający, zespół arbitrów, właściwy sąd okręgowy) jest obowiązany żądać od wnoszącego określony środek ochrony prawnej (protest, odwołanie, skargę) wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a w przypadku niewykazania — oddalił wniesiony środek ochrony prawnej.
8. Obowiązku wykazania interesu prawnego nie mają organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa UZP, którym przyznano uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 2). Są to organizacje działające na podstawie przepisów następujących ustaw: o izbach gospodarczych<sup>2</sup>, o rzemiośle<sup>3</sup> o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców<sup>4</sup>, o organizacjach pracodawców<sup>5</sup>, o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów<sup>6</sup>. Wykaz organizacji, o którym mowa w ust. 3, stanowi katalog zamknięty, a tym samym podmioty działające na podstawie przepisów innych, niż w nim wymienione nie mogą uzyskać wpisu na listę określoną w ust. 4.
9. Legitymowanymi do wnoszenia środków ochrony prawnej są podmioty wymienione w ust. 1 i 2 — wykonawcy, uczestnicy konkursu, inne osoby, a także organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa UZP. Zakres tej legitymacji jest różny i zależy od charakteru postępowania związanego z wnoszeniem poszczególnych środków ochrony prawnej.
10. Prawo wniesienia skargi do sądu służy także zamawiającemu. Legitymacji zamawiającego do wniesienia skargi do sądu nie kwestionowano ani w orzecznictwie<sup>7</sup>, ani też w piśmiennictwie. Zgłaszane niekiedy w praktyce zastrzeżenia w tym względzie zostały ostatecznie usunięte nowelą z kwietnia 2006 r. Art. 179 ust. 1a *expressis verbis* stanowi, że skarga do sądu „przysługuje również zamawiającemu”. Prawo wniesienia skargi do sądu służy Prezesowi UZP (patrz art. 195 ust. 4).

<sup>1</sup> Pogląd ten wymaga ponownego rozważenia, gdyż w państwach Wspólnoty Europejskiej uznanie zyskuje kierunek orzecznictwa ETS, według którego interes prawny należy rozumieć szerzej jako interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia, nie tylko w konkretnym postępowaniu. Interes prawny może być także rozważany pod kątem prawa żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1989 r. Nr 35, poz. 195 z późn. zm.

<sup>3</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 979 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 1989 r. Nr 35, poz. 194 z późn. zm.

<sup>5</sup> Dz. U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235 z późn. zm.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.

<sup>7</sup> Zob. uchwały SN z dnia 7 kwietnia 2005 r. III CZP 94/04 (Biuletyn SN 2005/3/8) i III CZP 100/04 (OSNC 2006/2/26).

11. Przez „naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy” należy rozumieć przede wszystkim naruszenie przepisów Pzp i aktów wykonawczych wydanych na podstawie upoważnień zawartych w tej ustawie, a także przepisów innych aktów prawnych pozostających w związku z Pzp, w szczególności ustaw regulujących problematykę finansów publicznych, cen, prawa budowlanego, zwalczania nieuczciwej konkurencji i in.
12. Przez „inne osoby”, którym przysługują środki ochrony prawnej należy rozumieć osoby nie będące podmiotami wymienionymi w ust. 1 i 2, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ustawodawca nie wymienia, nawet przykładowo, tych „innych osób”, pozostawiając to praktyce. Dotychczas za osoby takie uznawano osoby, które naruszenia przez zamawiającego swego interesu prawnego dopatrywały się w treści ogłoszenia o zamówieniu opracowanego z naruszeniem przepisów ustawy i tym samym utrudniającego lub wręcz uniemożliwiającego podjęcie decyzji o wzięciu udziału w tym postępowaniu w charakterze wykonawcy albo w braku ogłoszenia o wszczęciu postępowania, gdy zamawiający błędnie, ich zdaniem, wszczął postępowanie w trybie przewidującym zaproszenie do udziału w postępowaniu (np. z wolnej ręki), podczas gdy powinien był zastosować tryb przetargu nieograniczonego. Wreszcie mogą to być wykonawcy, którzy nie zostali zaproszeni do udziału w postępowaniu prowadzonym np. w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1, pomimo tego, iż zamawiający był obowiązany do ich zaproszenia, gdyż uczestniczyli w poprzednim postępowaniu. Osobami, o których mowa, nie będą podwykonawcy, gdyż nie mają interesu prawnego, jako że nie pozostają oraz nie zamierzają pozostawać uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia (pozostają w relacjach prawnych z wykonawcą, a z zamawiającym jedynie pośrednio).
13. Pod rządami uzp obowiązywała tzw. procedura uproszczona (art. 15 ust. 1 tej ustawy), wyrażająca się m.in. w tym, że środków odwoławczych (tak wówczas nazywano protesty i odwołania) nie stosowano, gdy wartość zamówienia (tzw. wartość progowa) była równa lub niższa od kwoty stanowiącej równowartość w złotych kwoty 30 000 euro. Z ograniczenia w dostępie do środków ochrony prawnej zrezygnowano w Pzp, uznając powszechność dostępu do środków ochrony prawnej jako jedno z istotniejszych osiągnięć systemu zamówień publicznych. Nowelizacja kwietniowa wprowadza ponownie ograniczenie w dostępie do środków ochrony prawnej ze względu na wartość przedmiotu zamówienia. Zgodnie z tą regulacją, gdy wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro nie stosuje się m.in. „przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg” (art. 4a ust. 1).
14. Dodany nowelą kwietniową przepis ust. 1b wprowadza kolejne ograniczenie w stosowaniu środków ochrony prawnej. Nie przysługują one wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych. Ograniczenie to należy traktować jako wyjątek od zasady, wynikający ze specyfiki konkursu i rangi sądu konkursowego. Jako wyjątek od zasady przepis ten powinien być interpretowany ściśle, zgodnie z zakresem objętym ograniczeniem. Do czynności podejmowanych w ramach konkursu, wykraczających poza zakres objęty tym wyjątkiem, środki ochrony prawnej mają zastosowanie.
15. Brak możliwości wniesienia środków ochrony prawnej wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego nie wyklucza możliwości wniesienia tych środków wobec czynności kierownika zamawiającego w przedmiocie zatwierdzenia rozstrzygnięcia konkursu (patrz art. 114 pkt 2) Stosownie do tego przepisu kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie jego zgodno-

ści z przepisami ustawy i regulaminem, w szczególności unieważnia konkurs albo zawiadza jego rozstrzygnięcie. Ta ostatnia czynność kierownika zamawiającego jest niewątpliwie czynnością, wobec której mogą być wykorzystane środki ochrony prawnej. Nie chodzi tu o zaskarżenie rozstrzygnięcia sądu konkursowego, lecz o czynność aprobaty tego rozstrzygnięcia przez kierownika zamawiającego.

## Rozdział 2 Protest

### Art. 180. [Przedmiot i termin wniesienia protestu]

1. Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego. Przepisy art. 27 ust. 1–3 stosuje się odpowiednio.
2. Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.
3. Protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:
  - 1) 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego Urzędu — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - 2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8— przepisowi ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.
4. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednak nie później niż:
  - 1) 3 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - 2) 6 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8— przepisowi ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.
5. W przypadku wniesienia protestu dotyczącego treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może przedłużyć termin składania ofert.
6. Wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy.
7. Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6.
8. Protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, związku przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

1. Protest może być wniesiony wobec każdej czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz w przypadku zaniechania przez niego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Ograniczenia w stosowaniu środków ochrony prawnej, w tym protestu, przewiduje art. 4a ust. 1 i art. 179 ust. 1b.
2. Czynnością zamawiającego jest jego działanie podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które rodzi określone skutki prawne w tym postępowaniu. Czynnością zamawiającego jest np. opracowanie SIWZ, dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Z każdej z tych czynności wynikają, w zależności od ich charakteru, określone w ustawie skutki prawne. Praktyka wskazuje, że wymienione wyżej czynności są najczęściej przyczyną protestów.
3. W dotychczasowej praktyce przyjmowano, że czynnością zamawiającego jest również ogłoszenie o zamówieniu. Z literalnego brzmienia przepisu ust. 1 wynika jednak, że przedmiotem protestu może być nie sama czynność ogłoszenia, lecz jego treść („wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (...) można wnieść protest do zamawiającego”). Wydaje się to racjonalne jeśli się zważy, że właśnie w treści ogłoszenia zawiera się jego istota (patrz komentarz do art. 11–13).
4. Zaniechanie występuje, gdy zamawiający nie podejmuje w toku postępowania czynności, do których podjęcia jest zobowiązany na podstawie ustawy, np. nie wykonuje ustawowego obowiązku niezwłocznego udzielenia wykonawcy wyjaśnienia treści SIWZ, mimo zwrócenia się przez niego w stosownym terminie o takie wyjaśnienie (art. 38 ust.1).
5. Ustawodawca zniósł dotychczasowy wymóg, że protest musi być „pisemny”, wprowadzając w zamian „odpowiednie” stosowanie przepisów art. 27 ust. 1–3. Przepis ten pozostawia zamawiającemu wybór sposobu i formy porozumiewania się z wykonawcami, jednakże z dwoma zastrzeżeniami: po pierwsze, wybór ten powinien być dokonany już w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 6) i po drugie, forma pisemna jest zawsze dopuszczalna (art. 27 ust. 3). Jest to istotna zmiana dotycząca formy protestu, odpowiadająca dyrektywom unijnym.
6. Stosując odpowiednio przepis art. 27 ust. 1, protest wydaje się być „oświadczeniem”, zbliżonym do innych form zwykłego porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia (wniosek, zawiadomienie, informacja), w samej rzeczy jednak protest jest takim samym środkiem odwoławczym, jak odwołanie i jednocześnie takim samym środkiem ochrony prawnej, jak skarga do sądu. Protest pozostaje czynnością prawną wykonawcy, której częścią składową, stanowiącą jej istotę, jest oświadczenie woli protestującego, stąd jego forma nie powinna być pozostawiana „wyborowi” zamawiającego. Warto też zwrócić uwagę na praktyczne skutki pozostawienia tego rozwiązania. Jak powinien postąpić zamawiający, który dokonał „wyboru” formy faksu lub drogi elektronicznej z protestem wykonawcy wniesionym w formie pisemnej? Nie odrzuci tego protestu, bowiem zgodnie z przepisem art. 27 ust. 3, „(...) zawsze dopuszczalna jest forma pisemna (...)”, a zastrzeżenie, o którym mowa w tym przepisie, nie powinno stosować się do protestu. Wybór przez zamawiającego pisemnej formy protestu oznacza zakaz skutecznego wniesienia tego środka odwoławczego faksem lub drogą elektroniczną.
7. Odnośnie terminu wniesienia protestu, sposobu jego obliczania, skuteczności zachowania i materialnoprawnego charakteru, utrzymano dotychczasowe rozwiązania, z wyjątkami wynikającymi z implementowanych do prawa polskiego dyrektyw unijnych. Zasadą jest, że protest wnosi się w terminie 7 dni, przy czym termin ten biegnie od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę

jego wniesienia (ust. 2). Wobec tego, że termin do wniesienia protestu jest oznaczony w dniach, a dotyczy to także wyjątków od zasady, przy sposobie jego obliczenia stosuje się przepisy prawa cywilnego (art. 111 Kc). Termin rozpoczyna bieg następnego dnia od zdarzenia (jest nim w rozważanym przypadku czynność zamawiającego stanowiąca podstawę protestu), a kończy się z upływem ostatniego dnia (dzień kończy się o północy). Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego (art. 115 Kc).

8. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią (ust. 2), jest więc nadal traktowany, jak oświadczenie woli mające być złożone innej osobie (art. 61 § 1 Kc). Wobec tego, że protest może być wyrażony — jeśli zamawiający dopuścił w SIWZ taką możliwość — w postaci elektronicznej, należy konsekwentnie przyjąć, że dotarł on do zamawiającego z chwilą, gdy oświadczenie stanowiące protest protestujący wprowadził do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią (art. 61 § 2 Kc).
9. Termin 7 dni do wniesienia protestu jest terminem zawitym, co oznacza, że jego bezskuteczny upływ skutkuje wygaśnięciem prawa uprawnionego do ponownego oprotestowania tej samej czynności lub tego samego zaniechania zamawiającego. Konsekwencją takiego charakteru prawnego terminu zawitego jest niemożność żądania jego przywrócenia.
10. Zwrot „lub można było powziąć” wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu, użyty w ust. 2 jest wykorzystaniem przez ustawodawcę do rozważanej sytuacji instytucji domniemania faktycznego, której istota sprowadza się do możliwości uznania za ustalony fakt mającego znaczenie w sprawie, jeżeli wniosek można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Zespół ustalonych faktów, stanowiący podstawę domniemania umożliwia wyciągnięcie logicznego wniosku co do faktu domniemanego. Ustalenie podstawy domniemania wymaga przeprowadzenia szczegółowego postępowania dowodowego. Trudności z tym związane powodują, że w praktyce do instytucji domniemania faktycznego sięga się niechętnie, preferując rozwiązania wynikające z innych możliwości ustalenia, kiedy protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę protestu.
11. Przepisy ust. 3 i 4 należy traktować jako wyjątki od zasady wyrażonej w ust. 2.<sup>1</sup> Wprowadzają one różne terminy wnoszenia protestu wobec określonych w nich czynności zamawiającego, wyłączając jednocześnie — co oczywiste — stosowanie w tym zakresie przepisu ust. 2 zdanie pierwsze. Wyjątki dotyczą terminów wnoszenia protestów wobec: treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (ust. 3) lub w trybie innym niż przetarg nieograniczony (ust. 4) w zależności od wartości przedmiotu zamówienia.
12. Protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczący postanowień SIWZ wnosi się w terminie: — 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego UZP — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>2</sup>;

<sup>1</sup> Zob. bliżej w tym względzie R. Szostak: Koncentracja postępowania protestacyjno-odwoławczego, *Zamówienia Publiczne Doradca* z 2006 r. Nr 6, s. 6–7.

<sup>2</sup> Zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 87, poz. 604).

- 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej — jeżeli wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>1</sup>.
13. Protest dotyczący postanowień SIWZ, sporządzanej w postępowaniu prowadzonym w trybie innym niż przetarg nieograniczony wnosi się w terminie 7 dni od dnia jej doręczenia, jednak nie później niż:
- 3 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>2</sup>;
  - 6 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8<sup>3</sup>.
14. W przypadku wniesienia protestu wobec treści ogłoszenia lub postanowień SIWZ zamawiający może przedłużyć termin składania ofert (ust. 5). Jest to wprawdzie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, ale przy korzystaniu z tego uprawnienia powinien on mieć na uwadze, że w związku z protestem wykonawcy może być potrzebny dodatkowy czas na dobre przygotowanie oferty. Wprowadzając taką regulację ustawodawca miał, jak się wydaje, na celu przeciwdziałanie negatywnym skutkom dotychczasowej praktyki w tym zakresie (swoistemu pieniactwu licznych wykonawców), skrócenie czasu na ewentualne protesty dotyczące dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i danie zamawiającym pewności prawnej, że postępowanie po tym czasie mogą prowadzić bez zagrożenia protestami. Z regulacji tej wynika też niezamierzony raczej przez ustawodawcę cel uboczny: w postępowaniach o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w art. 11 pkt 8 protest na treść ogłoszenia można składać w terminie 14 dni (dotychczas 7 dni). Tym samym wydłużono termin oprotestowania treści ogłoszeń.
15. Ustawodawca utrzymał obowiązującą dotychczas zasadę dopuszczalności wniesienia protestu tylko przed zawarciem umowy (ust. 6). Zawarcie umowy jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ten jest osiągnąć dopiero po zakończeniu tego postępowania w następstwie wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Spory pomiędzy stronami umowy na tle jej ważności czy wykonania należą do drogi sądowej.
16. Odrzucenie protestu jest czynnością zamawiającego. Stosownie do przepisu ust. 7 może ono nastąpić przy spełnieniu jednej z trzech przesłanek: wniesienia protestu po terminie, wniesienia protestu przez podmiot nieuprawniony, niedopuszczalności protestu na podstawie art. 181 ust 6 (zob. uwagi do tego przepisu). Pierwsza z tych przesłanek zachodzi, gdy z obliczenia dokonanego przez zamawiającego wynika, że protest dotarł do niego po upływie terminu przewidzianego ustawą w zależności od charakteru czynności stanowiącej jego podstawę. W przypadku drugiej przesłanki konieczne jest ustalenie przez zamawiającego, że osoba, która wniosła protest nie jest osobą do tego uprawnioną. Może przy tym chodzić o osobę, która nie należy do kręgu „innych osób” uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1, jak również o osobę, która nie posiada uprawnienia do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu wymienionego w art. 179 ust. 1 i 2 (wykonawcy, uczestnika konkursu, innej osoby, organizacji zrzeszającej wykonawców wpisanej na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzonej przez Prezesa UZP). Trzecia przesłanka stanowi novum ustawy wprowadzone nowelizacją z kwietnia 2006 r. i wynika z wprowadzenia do niej instytucji „wykonawcy wezwanego do wzięcia

---

<sup>1</sup> Tamże.

<sup>2</sup> Tamże.

<sup>3</sup> Tamże.

udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu”, tj. protestu wniesionego przez innego wykonawcę — uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (patrz art. 181 ust. 3–7). Nawiązuje ona do przepisu ust. 6 art. 181, według którego zarówno wnoszący protest, jak i wykonawca wezwany nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu protestacyjnym toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Ewentualny protest każdego z tych uczestników postępowania, wniesiony z naruszeniem określonego wyżej zakazu podlega odrzuceniu jako niedopuszczalny. Odrzucenie protestu z podanych wyżej powodów jest obowiązkiem zamawiającego także wtedy, gdy protest ten jest merytorycznie uzasadniony.

17. Przepis ust. 8 określa minimum warunków formalnych, jakim powinien odpowiadać protest. Jest to konieczne gdy się zważy, że stanowi on oświadczenie woli protestującego wobec oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego. Z treści protestu powinno jednoznacznie wynikać, jakiej czynności czy zaniechania zamawiającego dotyczy i jakie są zarzuty wobec tej czynności czy zaniechania, a także zawierać żądanie. Ustawodawca wymaga, aby zarzuty były sformułowane zwięźle oraz aby zostały przytoczone okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie protestu. Przytoczenie okoliczności faktycznych oznacza podanie faktów potwierdzających zarzuty. Uzasadnienie prawne sprowadza się do wskazania przepisów Pzp lub aktów wykonawczych do tej ustawy (ewentualnie innych aktów prawnych), które — zdaniem protestującego — zostały przez zamawiającego naruszone. Przez „żądanie”, stanowiące owe minimum wymogów formalnych protestu, należy rozumieć określenie zachowania zamawiającego, jakiego protestujący oczekuje od niego w następstwie wniesionego protestu. Z reguły będzie to żądanie zmiany oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej, niekiedy żądanie unieważnienia oprotestowanej czynności czy nawet unieważnienia postępowania.
18. Z treści przepisu ust. 8 wynika, że wymagania, jakim powinien odpowiadać protest są, pomimo niezbyt wielkiego sformalizowania tego środka odwoławczego<sup>1</sup>, znaczące. Wniesienie protestu wobec dokonanej czynności zmusza zamawiającego do ponownego, dokładnego rozważenia oprotestowanej czynności, co nie może pozostać bez wpływu na rozstrzygnięcie protestu, a jednocześnie stwarza protestującemu możliwość korzystania z pozostałych środków ochrony prawnej, kierowanych tym razem do niezależnych organów orzekających (odwołanie do zespołu arbitrów, skarga do sądu okręgowego). W przypadku protestu wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności wymaganej ustawą, rozważenia wymaga przyczyna tego zaniechania.

#### **Art. 181. [Wniesienie protestu]**

- 1. W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protest**
- 2. O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli oferty.**
- 2a. Zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.**

<sup>1</sup> W orzecznictwie wiąże się to z „reklamacyjnym” charakterem tego środka ochrony prawnej.

3. Kopię wniesionego protestu zamawiający niezwłocznie przekazuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.
  4. Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania:
    - 1) w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, o którym mowa w ust. 3;
    - 2) do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3, jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
  5. Wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.
  6. Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.
  7. Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.
1. Według przepisu ust. 1 skutkiem wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert jest zawieszenie biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, o tym zaś, kiedy protest zostaje ostatecznie rozstrzygnięty stanowi przepis art. 182 ust. 2. Zawieszenie biegu terminu, o którym mowa, następuje z mocy prawa („ulega zawieszeniu”). Ze zdarzenia tego wynikają jednak dla zamawiającego określone obowiązki. Mają one charakter obligatoryjny, tzn. zamawiający nie może uchylić się od ich wykonania, w przeciwnym razie narusza ustawę. Obowiązki te określają przepisy ust. 2 (niezwłoczne poinformowanie wykonawców, którzy złożyli oferty o zawieszeniu terminu związania ofertą) i ust. 2a (wezwanie wykonawców nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu — pod rygorem wykluczenia z postępowania).
  2. W związku z brzmieniem przepisu ust. 1 należy wskazać na zawarte w nim ograniczenie, a mianowicie, że chodzi wyłącznie o protesty wniesione „po upływie terminu składania ofert”. *Lege non distinguente* — wniesienie protestu przed upływem terminu składania ofert nie wywołuje skutku określonego w tym przepisie (zawieszenia z mocy prawa biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu).
  3. Dodane nowelizacją kwietniową przepisy ust. 3–7 mają zastosowanie do każdego protestu, wniesionego w ustawowym terminie. Przyjęte w nich rozwiązania, określane pojęciem koncentracji (konsolidacji) postępowania wywołanego wniesieniem protestu, mają na celu usprawnienie postępowania protestacyjnego, a w konsekwencji również postępowania odwoławczego. Wykorzystano przy tym znaną dotychczasowemu systemowi zamówień publicznych instytucję „przystąpienia do protestu” (w praktyce raczej martwą), przekształcając ją jednak w zupełnie nową instytucję „wykonawcy wezwanego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu”. Uprawnienie



wykonawcy do przystąpienia do protestu wniesionego przez innego wykonawcę — uczestnika postępowania, zastąpiono obowiązkiem zamawiającego zmierzającym w kierunku koncentracji postępowania protestacyjnego — przy pozostawieniu wykonawcy decyzji w przedmiocie samego zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę, a także w kwestii oceny swego interesu prawnego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po jednej ze stron tego postępowania (protestującego lub zamawiającego) i skutków prawnych tej decyzji.

4. Istota zmiany wyraża się w tym, że jeśli w przypadku instytucji „przystąpienia do protestu”, wykonawca przystępujący do protestu wskazywał tym samym, iż podziela żądania i zarzuty zawarte w proteście, niejako utożsamiając się z nimi, w przypadku nowo wprowadzonej instytucji nie chodzi o samo przystąpienie do protestu w podanym wyżej znaczeniu, lecz o zgłoszenie przystąpienia do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Udział ten jest podyktowany przede wszystkim interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę, niekoniecznie tożsamym z interesem prawnym protestującego (według ust. 4 „na korzyść jednej ze stron” — protestującego lub zamawiającego). Właśnie dlatego ustawa wymaga, aby wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania protestacyjnego wykazał, po pierwsze, „swój” interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia i, po drugie, określił „swoje” żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście (ust. 5).
5. Regulacja, o której mowa, oznacza więc nową jakość w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego, stanowi nową koncepcję postępowania protestacyjnego. Wyrażającą się to w rezygnacji z rozwiązania polegającego na obowiązku zamawiającego nadawania biegu każdemu wniesionemu protestowi na rzecz odczekania na wszystkie protesty złożone w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także na zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu innych wykonawców oraz na zawarte w tych zgłoszeniach żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście — i łącznego ich rozstrzygnięcia. Ma to, w zamyśle ustawodawcy, usprawnić postępowanie protestacyjne (i ewentualne późniejsze postępowanie odwoławcze), m.in. przez skuteczne przeciwdziałanie szerzącemu się w praktyce pniactwu wielu wykonawców, a w konsekwencji poprawić sprawność obu tych postępowań i, co jeszcze istotniejsze, spowodować jednolitość zarówno rozstrzygnięć protestów przez zamawiającego, jak i orzecznictwa zespołów arbitrow.
6. Zgodnie z przyjętą koncepcją, zamawiający jest zobowiązany przekazać niezwłocznie kopie wniesionych protestów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku, gdy protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień SIWZ, poza przekazaniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopii protestu, zamawiający ma obowiązek zamieszczenia kopii tego protestu na stronie internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja. Dokonując czynności przekazania kopii protestu, zamawiający wzywa (obowiązek obligatoryjny) wykonawców, o których wyżej mowa, do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (w postępowaniu protestacyjnym).
7. Termin „niezwłocznie” należy rozumieć jako „bez zbędnej zwłoki”, czyli „tego samego dnia”, „nie później niż następnego dnia”. Takie rozumienie tego terminu w systemie zamówień publicznych wynika z zamysłu ustawodawcy, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być sprawne; stąd m.in. liczone w dniach terminy dla poszczególnych czynności uczestników tego postępowania. Zwrot „wykonawców uczestniczących w postępowaniu” oznacza wykonawców (w rozumieniu art. 2 pkt 11), którzy obok składającego protest ubiegają się w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

8. Skutki prawne przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopii wniesionego protestu i wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu określa ust. 4. Są one następujące: wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron (protestującego lub zamawiającego) i w związku z tym przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu — stają się uczestnikami tego postępowania, Status uczestnika postępowania protestacyjnego jest równy statusowi strony tego postępowania<sup>1</sup>, czego wyrazem jest uprawnienie tegoż uczestnika nie tylko do udziału w postępowaniu protestacyjnym, ale też do wniesienia własnego odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Pozostali wykonawcy wezwani do udziału w postępowaniu, którzy, po zapoznaniu się z przekazaną im przez zamawiającego kopią protestu uznali, że nie mają interesu prawnego w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i dlatego nie przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu — nie stają się uczestnikami postępowania protestacyjnego.
9. *Lege non distinguente* wykonawca, który nie wniósł protestu ani też nie zgłosił swego przystąpienia, z podanych wyżej powodów, do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu pozostaje, jak i wykonawca, który wniósł protest, uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia.
10. Uczestnik postępowania protestacyjnego przystępuje do tego postępowania przez wniesienie do zamawiającego „zgłoszenia przystąpienia”, przekazując jednocześnie kopię tego zgłoszenia wykonawcy wnoszącemu protest (protestującemu). W zgłoszeniu przystąpienia zgłaszający, poza oświadczeniem woli przystąpienia, jest zobowiązany: (a) wykazać interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść wnoszącego protest lub zamawiającego, (b) określić swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, w którym to żądaniu powinien wskazać, jakiego zachowania oczekuje od zamawiającego w związku z zarzutami protestującego. Skutkiem niewykazania (a raczej braku uprawdopodobnienia) przez zgłaszającego przystąpienie do postępowania protestacyjnego interesu prawnego jest odmowa zamawiającego dopuszczenia go do tego postępowania. Odmowa zamawiającego, o której wyżej mowa, może zostać oprostowana przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania protestacyjnego w ustawowym terminie 7 dni od zawiadomienia o odmowie.
11. Z brzmienia przepisu ust. 5 należy wnosić, że w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego zgłaszający jest związany zakresem zarzutów zawartych w proteście, nie jest zatem uprawniony do poszerzenia tego zakresu (uprawnienie zgłaszającego ogranicza się jednoznacznie do „żądania w zakresie zarzutów” protestującego). Zważywszy na charakter prawny rozważanej instytucji jest to rozwiązanie racjonalne.
12. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego należy wnieść w formie właściwej, tj. według wyboru zamawiającego (art. 27) i jest skuteczne, jeżeli zostało dokonane w terminie określonym w ust. 4 pkt 1 (3 dni od dnia otrzymania wezwania zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu) albo ust. 4 pkt 2 (do upływu terminów określonych w art. 180 ust. 3, jeśli protest dotyczy treści ogłoszenia lub czynności w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego — postanowień SIWZ. Terminy te wynoszą odpowiednio 7 dni od publikacji ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej lub na

<sup>1</sup> Zob. podobieństwo tej instytucji z pojęciem uczestnika postępowania nieprocesowego w procedurze cywilnej (art. 510 ust. 1 Kpc).

stronach internetowych portalu internetowego UZP lub 14 dni od publikacji ogłoszenia w OJ czy od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej — w zależności od tego czy wartość zamówienia jest mniejsza czy też równa lub większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Do sposobu obliczania tych terminów mają zastosowanie przepisy art. 111 i 115 Kc.

13. Skutkiem wniesienia protestu, a także zgłoszenia wykonawcy przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest niemożność korzystania zarówno przez wykonawcę wnoszącego protest, jak i wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania protestacyjnego ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w tym postępowaniu protestacyjnym (ust. 6). W sensie formalnym skutek ten wyraża się w niedopuszczalności takiego protestu, a w konsekwencji w jego odrzuceniu (patrz art. 180 ust. 7).
14. Wniesienie protestu, a także zgłoszenie wykonawcy o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu skutkuje utratą prawa wniesienia następnie przez każdego z tych wykonawców własnego protestu z powołaniem się na te same okoliczności (ust. 7). Chodzi w tym przypadku o te same okoliczności faktyczne i prawne. Dotychczas zakaz, o którym mowa, był jednoznacznie sformułowany jedynie wobec wykonawcy, który zrezygnował z korzystania z instytucji przystąpienia do protestu.
15. Upływ terminu do wniesienia protestu wobec czynności zamawiającego nie pozbawia wykonawcy możliwości przystąpienia do postępowania protestacyjnego w terminie ustawowym określonym w ust. 4. Jest rzeczą wykonawcy, czy wniesie własny protest, czy zgłosi swe przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę.

#### **Art. 182. [Ostateczne rozstrzygnięcie protestu]**

1. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie może zawrzeć umowy.
2. Protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:
  - 1) jeżeli nie przysługuje odwołanie — wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
  - 2) jeżeli nie wniesiono odwołania — z upływem terminu do wniesienia odwołania;
  - 3) przypadku wniesienia odwołania:
    - a) z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów albo
    - b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro.
3. Na wniosek zamawiającego Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego.
4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro.

1. W przepisie ust. 1 wprowadzono zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. *Ratio legis* zakazu wyraża się w tym, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta w zasadzie dopiero po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zakończenie postępowania następuje właśnie z chwilą ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego w toku tego postępowania. Chwilą tą nie mógł być wybór najkorzystniejszej oferty, jako że od tej czynności zamawiającego również służy protest.
2. Przesłanki uznania protestu za ostatecznie rozstrzygnięty zostały wymienione w ust. 2. Przepis ten, ustanawiając zamknięty katalog, dzieli przesłanki w zależności od efektu w postaci wyniku ewentualnego postępowania odwoławczego lub skargowego. I tak, protest jest ostatecznie rozstrzygnięty: (a) jeżeli odwołanie nie przysługuje — wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie, (b) jeżeli odwołania nie wniesiono — z upływem terminu do wniesienia odwołania, (c) w przypadku wniesienia odwołania — z dniem wydania przez zespół arbitrów wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, albo z dniem wydania przez sąd okręgowy właściwy do rozpoznania skargi wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie albo z upływem terminu do jej wniesienia — gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług kwoty 10 000 000 euro.
3. Odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia uwzględniającego protest w całości. W przypadku wniesienia takiego odwołania kwestię zakresu, w jakim protest został uwzględniony rozstrzyga zespół arbitrów, dając wyraz swej ocenie w orzeczeniu.
4. Dniem wydania przez zespół arbitrów wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest dzień doręczenia stronie lub jej pełnomocnikowi odpisu orzeczenia. W sytuacji określonej przepisem art. 192 ust. 5 dniem tym jest dzień ogłoszenia orzeczenia zespołu arbitrów, gdyż w tymże dniu, na wniosek strony obecnej podczas ogłoszenia orzeczenia, doręcza się jej odpis ogłoszonego orzeczenia.
5. Dniem wydania przez sąd okręgowy właściwy do rozpoznania skargi wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie jest dzień ogłoszenia orzeczenia. Właściwym miejscowo do rozpoznania skargi sądem okręgowym jest sąd okręgowy właściwy dla siedziby (miejsca zamieszkania) zamawiającego.
6. Użyty w ust. 2 pkt 3 lit. b zwrot „z upływem terminu do jej wniesienia” dotyczy skargi strony (wykonawcy, zamawiającego). Zakaz, o którym mowa w ust. 1, nie jest zakazem bezwzględnie obowiązującym w tym znaczeniu, że ustawa przewiduje wyjątek od sformułowanej w powołanym wyżej przepisie zasady, dopuszczając zawarcie umowy w sprawie zamówienia także przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wyjątek zachodzi przy łącznym spełnieniu następujących przesłanek: (a) zgodę na zawarcie umowy — na wniosek zamawiającego — wyrazi Prezes UZP, (b) zgoda zostanie wyrażona w formie decyzji administracyjnej (w rozumieniu art. 107 Kpa), (c) zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, podyktowana istotnymi względami społecznymi lub gospodarczymi, (d) potrzeby tej nie można było wcześniej przewidzieć i nie wynikała ona z winy zamawiającego. Nowelą z kwietnia 2006 r. wyłączono możliwość zastosowania tego wyjątku w przypadku, gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro. W tym przypadku umowa może być zawarta dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu (patrz ust. 2 pkt 3 lit. b).

## Art. 183. [Rozstrzygnięcie protestu]

1. Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące:
    - 1) treści ogłoszenia,
    - 2) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
    - 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę,
    - 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego — w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu.
  2. Protest inny, niż wymieniony w ust. 1 zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia.
  3. Brak rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w ust. 1 i 2, uznaje się za jego oddalenie.
  4. Rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.
  5. W przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej:
    - 1) niezwłocznie — jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania;
    - 2) po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu — jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.
  6. O powtórzeniu lub dokonaniu czynności zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców.
1. Przepisy ust. 1 i 2 stanowią konsekwencję nowego spojrzenia ustawodawcy na postępowanie protestacyjne, wyrażonego w art. 181 ust. 3–5, w rozważanym przypadku w kwestii rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający nie rozstrzyga oddzielnie każdego z protestów, wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Rozstrzyga je łącznie i w tym właśnie wyraża się *novum* przyjętego rozwiązania. Warto tu przypomnieć, że każdy z wnoszonych protestów przed rozstrzygnięciem otrzymuje bieg w tym znaczeniu, że jego kopia powinna być przekazywana pozostałym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do ewentualnego zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego. W dacie rozstrzygnięcia protestu (ewentualnie dwóch lub więcej protestów) zamawiający dysponuje zatem wiedzą o ilości wniesionych protestów oraz ich treści, a także wiedzą o ilości zgłoszeń przystąpienia do każdego z protestów oraz treści tych zgłoszeń i zawartych w nich żądaniach.
  2. Jednoczesne rozstrzygnięcie wszystkich protestów w rozumieniu ust.1 oznacza nie tylko ich rozstrzygnięcie w tym samym czasie, ale też możliwie w jednym piśmie (dokumencie). Jeśli zamawiający wyraża rozstrzygnięcie protestów w kilku dokumentach, powinny być one spójne i wysłane jednocześnie do wszystkich uczestników postępowania protestacyjnego. Rzecz w tym, aby wszystkie wniesione protesty, o których mowa, zostały łącznie rozpatrzone i rozstrzygnięte, bowiem chodzi tu o łączność w znaczeniu podmiotowym (różne podmioty — uczestnicy postępowania protestacyjnego) i przedmiotowym (to samo postępowanie o udzielenie zamówienia).

3. W ust. 1 wymienione zostały te protesty wobec czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które powinny być łącznie rozpatrzone i jednocześnie rozstrzygnięte. Chodzi o protesty dotyczące tych czynności zamawiającego, które są szczególnie istotne dla praktyki zamówień publicznych. W świetle rozważanego przepisu zamawiający jest zobowiązany do jednoczesnego rozstrzygnięcia w ciągu 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu wszystkich protestów dotyczących: (a) treści ogłoszenia, (b) postanowień SIWZ, (c) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (art. 39–46), negocjacji bez ogłoszenia (art. 61–65) i zapytania o cenę (art. 69–73) i 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (art. 47–53), negocjacji z ogłoszeniem (art. 54–60) i dialogu konkurencyjnego (art. 60a–60c).
4. Różnice między regulacjami określonymi wyżej w pkt (c) i (d) wynikają z istoty postępowań prowadzonych w wymienionych w nich trybach udzielania zamówień. Postępowania prowadzone w trybach wymienionych w pkt (c) charakteryzują się tym, że wykonawcy składają wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, także te dokumenty (art. 44 — dla przetargu nieograniczonego, tenże przepis w związku z art. 74 — dla zapytania o cenę, art. 64 ust. 3 — dla negocjacji bez ogłoszenia). W postępowaniach prowadzonych w tych trybach zamawiający po złożeniu ofert dokonuje wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 24), odrzucenia ofert (art. 89) i wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 91), równocześnie i niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ust. 1) zawiadamiając o tym wykonawców, którzy złożyli oferty — o wyborze najkorzystniejszej oferty (pkt 1), wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (pkt 2) i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania (pkt 3). Po zawiadomieniu (art. 92 ust. 1), wykonawcy mogą wnieść protesty dotyczące wykluczenia z postępowania, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wszystkie te protesty zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu (ust. 1 pkt 3 rozważanego artykułu). Z kolei, postępowania prowadzone w trybach wymienionych w ust. 1 pkt 4 charakteryzują się tym, że wykonawcy najpierw składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wraz z nim oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i ewentualnie żądane dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków (art. 50 — dla przetargu ograniczonego, tenże przepis w związku z art. 56 ust. 2 — dla negocjacji z ogłoszeniem i art. 60c ust. 2 — dla dialogu konkurencyjnego). W każdym przypadku zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków (art. 51 ust. 1a — dla przetargu ograniczonego, art. 57 ust. 1 — dla negocjacji z ogłoszeniem i art. 60d ust. 1 — dla dialogu konkurencyjnego). Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, po czym ewentualnie wyklucza wykonawców z postępowania, zawiadamiając o tym równocześnie wszystkich wykluczonych (art. 24 ust. 3). Po zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania, wykonawcy ci mogą wnieść protesty dotyczące wykluczenia. Wszystkie te protesty zamawiający rozstrzyga jednocześnie w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu (ust. 1 pkt 4). Następnie zamawiający, niejako w drugim etapie, zaprasza wykonawców (z wyjątkiem wykluczonych) — w odpowiedniej liczbie — do składania ofert (art. 51 — dla przetargu ograniczonego), do składania ofert wstępnych (art. 57 ust. 2 — dla negocjacji z ogłoszeniem) oraz do dialogu (art. 60d ust. 1 — dla dialogu konkurencyjnego). Wykonawców, którzy nie zostali zapro-

szeni do udziału w tych postępowaniach, traktuje się jak wykluczonych z postępowania (odpowiednio art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 2 i art. 60d ust. 3). Po złożeniu ofert i ich ocenie, zamawiający dokonuje czynności: odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, równocześnie i niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 92 ust. 1 i 2, zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty — o wyborze najkorzystniejszej oferty (pkt 1) i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (pkt 2). Dopiero po zawiadomieniu, o którym mowa, wykonawcy mogą wnieść protesty dotyczące odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Protesty te zamawiający rozstrzyga równocześnie w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu (ust.1 pkt 4). Na tym etapie już nie może być protestów dotyczących wykluczenia, bowiem te były przedmiotem postępowania w pierwszym etapie.

5. Wykaz określony w ust.1 nie stanowi, gdyż nie jest to praktycznie możliwe, pełnego katalogu protestów wnoszonych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Dlatego właśnie w ust. 2 przyjęto rozwiązanie, zgodnie z którym każdy inny protest wobec czynności zamawiającego (czy zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy) niż wymieniony w ust. 1 np. na zaniechanie udzielenia wyjaśnienia, o którym mowa w art. 38 ust.1, zamawiający rozstrzyga oddzielnie. Do każdego takiego protestu zamawiający jest zobowiązany stosować procedurę określoną w art. 181 ust. 3 tzn. przekazać niezwłocznie jego kopię wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wezwać ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku jego wniesienia oraz procedurę określoną w ust. 5 tego artykułu, tzn. przyjąć ewentualne zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego i przekazać jego kopię wnoszącemu protest.
6. W obu grupach obowiązuje taki sam termin ich rozstrzygnięcia (10 dni), z tą różnicą, że w grupie protestów wymienionych w ust. 1 termin biegnie od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, gdy zaś chodzi o protest, o którym mowa w ust. 2 — od dnia jego wniesienia. W związku z obowiązkiem zamawiającego jednoczesnego rozstrzygnięcia wszystkich protestów należy podkreślić, że przesądzające znaczenie ma w tym przypadku nie tyle moment „rozstrzygnięcia protestu” czy podpisania fizycznego dokumentu „rozstrzygnięcia protestu”, lecz chwila doręczenia „rozstrzygnięcia protestu” wykonawcy.
7. Pozostawienie w ust. 5 regulacji, że brak rozstrzygnięcia („rozstrzygnięcia”, a nie „rozpatrzenia”) protestu w ustawowym terminie uznaje się za jego oddalenie należy traktować jako swego rodzaju „wentyl bezpieczeństwa” na wypadek zaniechania przez zamawiającego rozstrzygnięcia go w ustawowym terminie. Zaistnienie tej sytuacji otwiera wprost protestującemu (uczestnikowi postępowania protestacyjnego, który uzyskał ten status przez zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu) drogę postępowania odwoławczego, podobnie jak w przypadku niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia zamawiającego polegającego na odrzuceniu czy oddaleniu protestu.
8. Rozstrzygnięcie protestu po upływie ustawowego terminu 10 dni nie rodzi skutków prawnych. Ustawowy termin (w rozumieniu „okres”) na rozstrzygnięcie protestu, podobnie jak termin do jego wniesienia jest terminem zawitym, skutkującym wygaśnięciem prawa, w rozważanym przypadku prawa rozstrzygnięcia protestu. W tej sytuacji ustawodawca przyjął, że z upływem terminu protest uznaje się *ex lege* za oddalony. Oddalenie protestu jest jego rozstrzygnięciem, zatem rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego po upływie 10 dni stanowiłoby w samej rzeczy rozstrzygnięcie protestu już rozstrzygniętego. Rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego może polegać na: odrzuceniu protestu, oddaleniu protestu lub uwzględnieniu protestu.

9. Odrzucenie protestu następuje w przypadku uznania przez zamawiającego, że protest został wniesiony po terminie lub przez podmiot nieuprawniony albo jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6. Odrzucając protest, zamawiający powinien wskazać przyczynę odrzucenia, a ponadto ustosunkować się do podniesionych w nim zarzutów i żądania. Jest to konieczne na wypadek, gdy w ewentualnym postępowaniu odwoławczym zespół arbitrów uzna, że przesłanka odrzucenia protestu nie została wykazana i zachodzi potrzeba orzeczenia co do istoty sprawy (merytorycznej zasadności protestu). Zespół arbitrów nie ma uprawnienia do wydania, w razie uwzględnienia odwołania protestującego od odrzucenia protestu, orzeczenia kasatoryjnego, tj. uchylenia rozstrzygnięcia protestu i przekazania zamawiającemu sprawy do ponownego jej rozpoznania.
10. Oddalenie protestu jest konsekwencją uznania zamawiającego, że zarzuty podniesione w proteście, a także żądanie w nim zawarte, nie mają merytorycznego uzasadnienia — faktycznego i prawnego. Także w tym przypadku rozstrzygnięcie protestu wymaga uzasadnienia faktycznego i prawnego.
11. Uwzględnienie protestu oznacza uznanie przez zamawiającego merytorycznej zasadności protestu, zarówno zarzutów, jak i żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie przez zamawiającego oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej. Ustawa nie określa, w jakim terminie zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Istotne wskazania w tym względzie zostały zawarte w ust. 5. Z przepisu tego wynika, że zamawiający czyni to niezwłocznie — jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania albo po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że chodzi o „żądanie” protestującego, a nie o „zarzuty” podniesione w proteście. Te ostatnie, nawet jeżeli nie wszystkie zostały uwzględnione przez zamawiającego, są w tym przypadku bez znaczenia prawnego.
12. Zamawiający jest zobowiązany poinformować wszystkich wykonawców o powtórzeniu lub dokonaniu czynności. Obowiązek ten powinien być wykonany niezwłocznie (ust. 6). Zwrot „wszystkich wykonawców” oznacza wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a więc nie tylko uczestników postępowania protestacyjnego.
13. W rozstrzygnięciu protestu zamawiający powinien dokładnie określić swoje stanowisko wobec treści protestu, zarzutów protestującego i jego żądania czy żądań. W obecnym stanie prawnym, pod rządem przepisu ust. 1, w brzmieniu nowelizacji kwietniowej, nakazującego zamawiającemu jednoczesne rozstrzygnięcie wszystkich protestów w tym przepisie wymienionych poprawne rozstrzygnięcie protestu (protestów) nabiera szczególnego znaczenia. Zamawiający jest zobowiązany odnieść się w nim do każdego protestu podlegającego łącznemu rozpatrzeniu i każdego zawartego w nich żądania. Nadal aktualne pozostają obowiązki zamawiającego w przedmiocie pisemnego uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu (przytoczenia okoliczności faktycznych i prawnych) oraz pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania. Stosownie do ust. 4, rozstrzygnięcie protestu (protestów) wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o środkach ochrony prawnej, zamawiający jest obowiązany przekazać jednocześnie (w tym samym czasie) protestującemu oraz wykonawcom, którzy przez zgłoszenie swego przystąpienia do postępowania protestacyjnego stali się jego uczestnikami.



## Rozdział 3 Odwołanie

### Art. 184. [Przedmiot i termin odwołania]

1. Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.
  2. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.
  3. Kopię odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie wszystkim uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie później jednak niż w terminie 2 dni od dnia jej otrzymania, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
  4. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrów, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie
  5. Czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.
  6. Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.
1. Odwołanie jest drugim, po proteście, środkiem odwoławczym. Przysługuje od rozstrzygnięcia protestu (ust. 1). „Rozstrzygnięcie protestu” stanowi zatem ustawową formę wyrażenia przez zamawiającego swego stanowiska wobec protestu, a w samej rzeczy wobec żądania protestu, jak również wobec żądań wykonawców, którzy na wezwanie zamawiającego zgłosili przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu. Takie ujęcie przepisu budzi zastrzeżenia. Należy mieć na uwadze, że rozstrzygnięcie protestu może polegać na odrzuceniu protestu, jego oddaleniu lub uwzględnieniu — w całości lub w części. Uwzględnienie protestu w całości następuje, gdy zamawiający uwzględnił wszystkie żądania zgłoszone zarówno przez wnoszącego protest, jak i przez wykonawców, którzy na wezwanie zamawiającego zgłosili przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu (art. 181 ust. 5), uwzględnienie zaś protestu w części ma miejsce, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań (protestującego lub wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania protestacyjnego) nie zostało uwzględnione (art. 183 ust. 5). Zastrzeżenie dotyczy sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił wszystkie żądania, nie sposób bowiem uznać, że także od takiego rozstrzygnięcia protestu służy odwołanie. Wydaje się, że odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia zamawiającego, którym protest został odrzucony lub oddalony, albo — w razie uwzględnienia protestu w części — w zakresie żądania lub żądań, o których wyżej mowa, nieuwzględnionych przez zamawiającego.
2. Uprawnionym do wniesienia odwołania jest protestujący, jeżeli jego protest został odrzucony lub oddalony albo uwzględniony jedynie w części. Legitymację czynną do wniesienia odwołania posiada też wykonawca, który na wezwanie zamawiającego, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu po stronie protestującego. zwłaszcza jeżeli wno-

szący protest nie korzysta z prawa wniesienia tego środka ochrony prawnej. Wnosząc odwołanie wykonawca, o którym mowa, jest jednak ograniczony zakresem żądania, jakie sformułował w swym przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, a zatem nie może wykroczyć poza granice tego żądania, także wówczas, gdy zakres żądania protestującego był szerszy. Warto przypomnieć, że legitymację taką przyznawano wykonawcy, który, w stanie prawnym obowiązującym do wejścia w życie nowelizacji kwietniowej, przystąpił do protestu.

3. W przypadku, gdy protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego, służy jedynie uprawnienie do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca, który nie zgłosił swego przystąpienia do postępowania protestacyjnego (art. 181 ust. 4) i tym samym nie stał się uczestnikiem tego postępowania, nie jest legitymowany do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w zakresie podniesionych w nim zarzutów.
4. Adresatem odwołania jest Prezes UZP (ust. 2). Jest to szczególna konstrukcja prawna, jako że Prezes UZP nie jest organem uprawnionym do rozpoznania odwołania. Szczegółowość owej konstrukcji wyraża się w tym, że nie będąc organem uprawnionym do rozpoznania odwołania, Prezes Urzędu podejmuje w postępowaniu odwoławczym liczne czynności natury procesowej, określone zarówno ustawą, jak i Regulaminem<sup>1</sup>. Na mocy regulacji ustawowych wydaje postanowienie o zwrocie odwołania, od którego nie uiszczono wpisu — art. 185 ust. 3, wskazuje zespół arbitrów, w tym jego przewodniczącego i rozstrzyga o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia arbitra — art. 186 ust. 1–4, przekazuje właściwym sądom okręgowym wnoszone za jego pośrednictwem skargi na orzeczenia zespołów arbitrów, a także korzysta z legitymacji czynnej do wniesienia takiej skargi — art. 195 ust. 2–4). Na podstawie Regulaminu wzywa odwołującego się do przedłożenia dowodu uiszczenia wpisu, a w razie nieuzupełnienia w terminie tego braku, zwraca odwołanie — § 2 ust. 1 i 3, zawiadamia zamawiającego o wpłynięciu odwołania i wzywa go do nadesłania kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia — § 3 ust. 1, podaje do publicznej wiadomości na stronie internetowej Urzędu sposób losowania arbitrów — § 10 ust. 1, zarządza łączne rozpoznanie odwołań przez zespół arbitrów i informuje o tym uczestników postępowania — § 12 ust. 1, wyznacza termin posiedzenia — § 13 ust. 1, wykonuje czynności organizacyjne związane z powołaniem przez zespół arbitrów biegłego, a po sporządzeniu opinii wyznacza termin odroczonej rozprawy, uprzednio zarządzając doręczenie kopii opinii biegłego arbitrom i uczestnikom postępowania odwoławczego — § 22 ust. 4–6, przeprowadza incydentalne postępowanie wyjaśniające w przedmiocie wyłączenia arbitra — § 26.
5. Organem uprawnionym do rozpoznania odwołania jest zespół arbitrów. Konsekwencje prawną takiej regulacji stanowi odesłanie (art. 184 ust. 6) do przepisów Kpc o sądzie polubownym (arbitrażowym)<sup>2</sup>, które to przepisy stosuje się odpowiednio do postępowania odwoławczego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Przepisy Pzp są przepisami szczególnym (*lex specialis*) w stosunku do przepisów Kpc (*lex generalis*). W związku ze stałym poszerzaniem w Pzp zakresu odrębności od reguł postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), określonych w Kpc (np. w kwestii wyznaczania arbitrów czy postępowania przed zespołem arbitrów), praktycznie one stanowią o przebiegu postępowania odwoławczego. Istotne z prawnego punktu widzenia jest jednak to, że zespół arbitrów pozostaje nadal sądem polubownym (arbitrażowym) w rozumieniu przepisu art. 1158 § 2 Kpc (sąd polubowny powołany do rozstrzygnięcia poszczególnego sporu).

<sup>1</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, Dz. U. Nr 87, poz. 603.

<sup>2</sup> Zob. Kpc Część piąta Sąd polubowny (arbitrażowy), art. 1154 i nast. w brzmieniu ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 178, poz. 1478.

6. Termin do wniesienia odwołania wynosi 5 dni, bez względu na to, czy protest został rozstrzygnięty przez zamawiającego, czy też nie został rozstrzygnięty przez niego w ustawowym terminie. Różny jest w każdej z wymienionych wyżej sytuacji moment, w którym termin do wniesienia odwołania rozpoczyna bieg. W przypadku rozstrzygnięcia protestu, termin do wniesienia odwołania rozpoczyna bieg od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, w przypadku braku rozstrzygnięcia protestu w terminie — od upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu. Przy obliczeniu każdego z tych terminów obowiązują reguły określone w art. 111 § 1 i 2 Kc. Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym, jego uchybienie skutkuje zatem wygaśnięciem prawa do skutecznego dokonania tej czynności prawnej.
7. Wnosząc odwołanie, odwołujący się jest zobowiązany zawiadomić o tym zamawiającego. Chcąc uniknąć sporu co do formy takiego zawiadomienia i czasu, w jakim zawiadomienie ma nastąpić, ustawodawca zdecydował się na formę zawiadomienia w postaci przekazania kopii odwołania i to jednocześnie (w tym samym czasie) z wniesieniem odwołania. Tę samą formę zawiadomienia zastosowano wcześniej w postępowaniu protestacyjnym (obowiązek przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopii protestu czy przekazania protestującemu kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego). Stwarza ona niewątpliwie większe poczucie pewności we wzajemnych stosunkach między uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia związane z przebiegiem tego postępowania i z zabezpieczeniem wzajemnych praw.
8. Odwołanie, odmiennie niż protest, jest traktowane jak pismo procesowe kierowane do sądu. M.in. dlatego jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa UZP (ust. 2). Przyjęte rozwiązanie oznacza, że termin wniesienia odwołania jest zachowany, gdy odwołanie zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego najpóźniej w ostatnim dniu terminu do godz. 24<sup>00</sup>, przy czym decyduje data stempla pocztowego. W przypadku złożenia odwołania bezpośrednio w urzędzie Prezesa UZP o zachowaniu terminu decyduje prezen-tata (pieczęć UZP z oznaczoną datą wpływu pisma).
9. Przez „operatora publicznego” należy rozumieć zarówno polskiego, jak i zagranicznego operatora publicznego. Wynika to z brzmienia ust. 2, w którym nie ma rozróżnienia na polskiego i zagranicznego operatora publicznego. Złożenie odwołania w placówce pocztowej zagranicznego operatora publicznego najpóźniej w ostatnim dniu terminu do godz. 24<sup>00</sup> oznacza, że termin wniesienia odwołania jest zachowany. Podkreślenia wymaga, że w rozważanym przepisie chodzi wyłącznie o operatora publicznego. Definicje legalne takich pojęć, jak: „operator publiczny”, „operator”, „placówka operatora” są zawarte w art. 1 ust. 1 pkt 11, 12 i 14 ustawy Prawo pocztowe<sup>1</sup>. Stosownie do tych przepisów: operatorem jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej, placówką operatora — jednostka organizacyjna, operatora, agenta lub agenta pocztowego, w której nadawca może zawrzeć umowę o świadczenie usług pocztowych (...), operatorem publicznym — operator obowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych.
10. Istotnym novum postępowania odwoławczego jest filozofia tego postępowania, określona nowelizacją kwietniową. Jej konsekwencją są regulacje zawarte w przepisach ust. 3 i 4. Pierwszy z tych przepisów (ust. 3) nakazuje włączenie do postępowania odwoławczego nie tylko odwołującego się i zamawiającego (tj. stron tego postępowania), lecz również każdego z pozostałych uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wyraża się to w nałożeniu na zamawiającego obowiązku jednoczesnego przekazania tymże uczestnikom kopii odwołania, nie później niż w terminie 2 dni

<sup>1</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.

od dnia jej otrzymania, wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym. Drugi przepis (ust. 4) określa możliwe konsekwencje prawne wezwania, o którym wyżej mowa. Wezwany wykonawca staje przed wyborem: albo zgłosi swe przystąpienie do postępowania odwoławczego, albo zignoruje wezwanie. Kryterium rozstrzygającym o wyborze stosownego zachowania będzie ocena sytuacji w kontekście interesu prawnego — stanowiącego ustawową przesłankę zgłoszenia. Ustawodawca wymaga od wezwanego wykonawcy, by zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazał swój interes prawny (w rozumieniu art. 179 ust. 1) w przystąpieniu, a także, co oczywiście, stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia jest dodatkowo warunkowane terminem (najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrów), a także obowiązkiem doręczenia zgłoszenia Prezesowi UZP, a jego kopii wykonawcy wnoszącemu odwołanie (odwołującemu się).

11. Przepis ust. 4 nie wprowadza zakazu przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy, który nie był uczestnikiem postępowania protestacyjnego. W przepisie tym użyto zwrotu „wykonawca może...”, co sugeruje, że czynnie legitymowanym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który nie przystąpił do postępowania protestacyjnego (bo chyba tylko o takiego wykonawcę może tu chodzić). Wydaje się, za czym przemawia wykładnia systemowa rozważanego przepisu, że ustawodawca miał na uwadze jedynie wykonawcę — uczestnika postępowania protestacyjnego. W razie zgłoszenia takiego przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę nieposiadającego statusu uczestnika postępowania protestacyjnego zespół arbitrów oddali, jak się wydaje, takie zgłoszenie choćby ze względu na praktyczną niemożność wykazania przez zgłaszającego się wykonawcę interesu prawnego w przystąpieniu do tego postępowania.<sup>1</sup>
12. Przepis ust. 5 formułuje zasadę, według której nie może zachodzić sprzeczność czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Powinien to umożliwić brak sprzeczności interesu prawnego wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego i strony do której przystąpił. Nie można jednak wykluczyć sprzeczności czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego z czynnościami strony, do której przystąpił, zwłaszcza z jej oświadczeniami. Wydaje się, że w takiej sytuacji należy dać pierwszeństwo czynnościom czy oświadczeniom strony, a nie czynnościom wykonawcy, który do niej przystąpił. Wynika to z silniejszej pozycji procesowej strony postępowania odwoławczego i jej interesu prawnego, bez względu na to, czy stroną tą jest zamawiający, czy wnoszący odwołanie. Rzeczą zespołu arbitrów jest przede wszystkim rozstrzygnięcie o zasadności odwołania. Interes prawny wykonawcy, który przystąpił do jednej z tych stron postępowania odwoławczego, aczkolwiek istotny, pozostaje niejako na drugim planie, przy czym nie można założyć, że strona, o której mowa, podejmuje w tym postępowaniu czynności czy składa oświadczenia na swoją niekorzyść. Tylko bowiem w takiej sytuacji sprzeczne z nim oświadczenie wykonawcy, który przystąpił do strony postępowania odwoławczego, mogłoby być uznane za skuteczne.

<sup>1</sup> W artykule „Koncentracja postępowania protestacyjno-odwoławczego” (opublikowanym w miesięczniku „Zamówienia Publiczne Doradca z 2006 Nr 6. s. 26) R. Szostak wyraził pogląd, według którego w postępowaniu odwoławczym jest dopuszczalna interwencja uboczna, której „Celem (...) jest umożliwienie współuczestnikowi postępowania udziału w procesie toczącym się między dwoma głównymi stronami dla ochrony interesu prawnego, jaki ma w mającym zapaść postępowaniu arbitrażowym. Nie dysponuje on już zasadzie roszczeniowej, które mógłby wytoczyć w drodze samodzielnej żądania, lecz ma jedynie interes prawny, aby rozstrzygnięcie końcowe zapadło na korzyść jednej ze stron. Nabywa więc jedynie status pomocnika tej strony, dla której zgodnie z określonym interesem powinno zapaść przychylnie rozstrzygnięcie”.

## Art. 185. [Wpis]

- 1. Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli uiszczono wpis. Wpis uiszcza się najpóźniej w dniu wniesienia odwołania, a dowód jego uiszczenia dołącza się do odwołania.**
- 2. Wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania.**
- 3. Jeżeli wpis nie został uiszczony, Prezes Urzędu zwraca odwołanie. O zwrocie odwołania rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia.**

1. Instytucja wpisu od odwołania została wprowadzona do systemu zamówień publicznych w 1997 r. i bez większych zmian funkcjonuje w nim do chwili obecnej. Nowelizacją z kwietnia 2006 r. zmieniono brzmienie ust. 1. Stosownie do tego przepisu, uiszczenie wpisu jest warunkiem rozpoznania odwołania („Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli uiszczono wpis.”). Odwołujący się jest zobowiązany do uiszczenia wpisu najpóźniej w dniu wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Obowiązek ten ustawodawca uznaje za wykonany, jeżeli dowód uiszczenia wpisu został dołączony do odwołania. Nie ma obowiązku uiszczenia wpisu od odwołania wykonawca, który zgłosił swe przystąpienie od postępowania odwoławczego i to niezależnie od tego, po której ze stron postępowania odwoławczego (protestującego czy zamawiającego) zgłosił swe przystąpienie. Nie ma on jednak uprawnienia do zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w razie uwzględnienia odwołania.
2. Ustawa nie przewiduje możliwości zwolnienia odwołującego się od uiszczenia wpisu. Skutkiem nieuiszczenia wpisu jest zwrot odwołania. Czynności zwrotu odwołania dokonuje Prezes UZP w formie postanowienia (ust. 3). Postanowienie to nie podlega zaskarżeniu. Wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania (ust. 2). Niewykorzystana na koszty postępowania część wpisu podlega zwrotowi na rzecz wnoszącego wpis (odwołującego się).
3. Problematykę wpisu od odwołania i pozostające w związku z nim zasady rozliczania kosztów postępowania odwoławczego reguluje akt wykonawczy wydany na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 193 pkt 3 — rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym<sup>1</sup>.
4. Rozporządzenie uzależnia wysokość wpisu od rodzaju zamówienia i jego wartości (§ 1 ust. 1 i 2). I tak: wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy — wynosi 10 000 złotych, a jeżeli wartość ta jest równa lub przekracza powyższe kwoty — wynosi 20 000 złotych. Z kolei, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane wynosi odpowiednio do podanych wyżej wartości zamówienia — 20 000 i 30 000 złotych. Z powołanych przepisów wynika, że przewidziany w nich wpis od odwołania ma charakter wpisu stałego. Zważywszy jednak, że wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania odwoławczego (ust. 2), a na poczet tych kosztów zalicza się kwotę uiszczoną tytułem wpisu (§ 4 ust. 2 rozporządzenia), przy rozliczeniu tych kosztów dokonywanym przez zespół arbitrów w orzeczeniu o kosztach postępowania odwoławczego może się okazać, że wnoszący wpis bądź będzie zobowiązany do zapłaty różnicy na rzecz Urzędu, bądź też zostanie orzeczony zwrot przez Urząd części uiszczonego wpisu — w zależności od wyniku tego rozliczenia, tj. od ustalenia czy koszty postępowania odwoławczego okażą się wyższe, czy też niższe od kwoty wpisu. Orzeczenie takie stanowi konieczny element sentencji każdego wyroku i postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Do kosztów postępowania odwoławczego zali-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 608.

czono: 1) koszty ponoszone przez Urząd związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych obejmujące: wynagrodzenia za czynności arbitrów i ich uzasadnione wydatki poniesione w związku z rozpoznaniem odwołania, wynagrodzenia oraz zwrot kosztów poniesionych przez biegłych i tłumaczy, koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz przygotowaniem arbitrów do rozpatrywania odwołań), 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego — odwołującego się i zamawiającego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy obejmujące: koszty dojazdu strony na posiedzenie lub rozprawę, koszty pomocy prawnej, w tym wynagrodzenie pełnomocnika, nie wyższe jednak niż 3600 złotych oraz kwotę wpisu (§ 4 ust. 1). Z kosztów postępowania odwoławczego wyłączono koszty wykonawców, którzy stosownie do przepisu art. 184 ust. 4 zgłosili przystąpienie do tego postępowania po jednej ze stron (§ 4 ust. 1 pkt 2), mogą oni zatem uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym na własny koszt.

5. Stosownie do rozporządzenia, odwołujący się wpłaca wpis na rachunek bankowy UZP wskazany przez Prezesa Urzędu (§ 2 ust. 1), który informację w tym przedmiocie ogłasza w BZP oraz na stronie internetowej Urzędu (§ 3). Wpis uznaje się za uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego się na rzecz UZP (§ 2 ust. 2). Z brzmienia ust. 1 wynika, że odwołujący się jest zobowiązany uiścić wpis przed lub w momencie wniesienia odwołania. Tylko w tej sytuacji może dołączyć do odwołania dowód uiszczenia wpisu. Prezes UZP nie może zatem wezwać odwołującego się do uiszczenia wpisu, może jedynie wezwać go do przedłożenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dowodu uiszczenia wpisu, a w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu — zwrócić odwołanie (§ 2 ust. 1 i 3 Regulaminu).

#### **Art. 186. [Wyznaczanie arbitrów, wyłączenie arbitra]**

1. **Odwołanie rozpoznaje zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa Urzędu z listy, o której mowa w art. 172 ust. 1.**
  2. **Prezes Urzędu wyznacza arbitrów w drodze jawnego losowania komputerowego, z tym że przewodniczący zespołu arbitrów losowany jest spośród osób posiadających wykształcenie prawnicze.**
  3. **Arbiter zawiadamia Prezesa Urzędu o okolicznościach uniemożliwiających wykonywanie obowiązków, a w szczególności o przyczynach uzasadniających jego wyłączenie. Jeżeli zachodzą okoliczności uniemożliwiające wykonanie przez arbitra jego obowiązku, Prezes Urzędu wyznacza innego arbitra na zasadach, o których mowa w ust. 2.**
  4. **Strony i arbitrzy mogą żądać wyłączenia arbitra, jeżeli zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. O wyłączeniu arbitra albo odmowie wyłączenia arbitra rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia. Na postanowienie o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia arbitra zażalenie nie przysługuje.**
1. Przepis ust.1 reguluje jedną z podstawowych odrębności, o których mowa w art. 184 ust. 6 w stosunku do przepisów Kpc o sędzię polubownym (w brzmieniu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego<sup>1</sup>). Ustawodawca utrzymał w nim dotychczasowe rozwiązanie stanowiące, że odwołanie rozpoznaje trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa UZP z prowadzonej przez siebie listy arbitrów (art. 172 ust. 1) — tworzących zespół

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 78, poz. 1478.

arbitrów. Utrzymanie instytucji sądu polubownego (arbitrażowego) w systemie zamówień publicznych jest swego rodzaju koniecznością. Instytucja ta służy systemowi zamówień publicznych nieprzerwanie od jego wprowadzenia ustawą z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych i — wbrew głoszonemu niekiedy pogładowi — nie pozostaje w sprzeczności z dyrektywami unijnymi, zwłaszcza że od nowelizacji uzp z 2003 r. arbitrzy są w pełni niezależni od stron postępowania odwoławczego. Nie ma też obecnie praktycznej możliwości przekazania sporów wynikłych na tle postępowania o udzielenie zamówienia sądom powszechnym. Wyjątkiem jest sądowa kontrola orzeczeń zespołów arbitrów w drodze skargi na te orzeczenia, która to skarga jest nadzwyczajnym środkiem ochrony prawnej. Nie ma również konstytucyjnej możliwości powołania do rozstrzygania tych sporów innego organu o charakterze sądu czy trybunału. Przypomnieć też trzeba, że dotychczas nie podnoszono ani zarzutu niekonstytucyjności sądu polubownego w tych sprawach, ani też zarzutu nieważności wydanych przez zespoły arbitrów orzeczeń. Mimo to, zasadnym wydaje się wniosek *de lege ferenda*, iż problem wymaga rozwiązania legislacyjnego.

2. Przyznanie Prezesowi UZP kompetencji wyznaczania całego składu zespołu arbitrów umożliwia, zdaniem ustawodawcy, „powoływanie składu orzekającego odpowiedniego merytorycznie do przedmiotu odwołania oraz wyeliminuje jakiegokolwiek związki arbitra ze stronami postępowania” (patrz uzasadnienie projektu Pzp). Odejście w tym względzie od klasycznej formuły sądu polubownego (wyznaczanie arbitrów przez strony pozostające w sporze) uzasadnia się też potrzebą ograniczenia zjawiska korupcji w praktyce zamówień publicznych.
3. Wyznaczanie arbitrów przez Prezesa UZP następuje w drodze jawnego losowania komputerowego. Przewodniczącego zespołu arbitrów losuje się oddzielnie spośród arbitrów posiadających wykształcenie prawnicze, które jest szczególnie przydatne we właściwej interpretacji przepisów ustawy, zwłaszcza przepisów normujących postępowanie odwoławcze. Istotne jest też doświadczenie arbitra-prawnika w stosowaniu prawa, w tym prawa procesowego, niezbędne w wykonywaniu obowiązków przewodniczącego składu orzekającego. Losowanie składu arbitrów pozostaje w sprzeczności z powołaną wyżej tezą, że wyznaczanie arbitrów przez Prezesa UZP umożliwia powoływanie składu orzekającego odpowiedniego merytorycznie do przedmiotu odwołania, spełnia jednak drugie założenie ustawodawcy — eliminuje związki arbitra ze stronami postępowania.
4. Ustawa nakłada na arbitra obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o okolicznościach uniemożliwiających mu wykonywanie obowiązków arbitra, w tym o okolicznościach uzasadniających jego wyłączenie od rozpoznania odwołania. W pierwszym przypadku chodzi o zaistnienie okoliczności natury obiektywnej, które uniemożliwiają wykonanie obowiązków arbitra (choroba, urlop, wyjazd służbowy itp.), w drugim natomiast o okoliczności skutkujące — zdaniem arbitra — jego wyłączenie od udziału w rozpoznaniu odwołania. Skutki prawne zawiadomienia Prezesa UZP o okolicznościach, o których wyżej mowa, są różne w zależności od ich charakteru. W razie niemożności uczestniczenia arbitra w posiedzeniu zespołu arbitrów, usprawiedliwionej okolicznościami natury obiektywnej, Prezes UZP wyznaczy w drodze losowania innego arbitra. Jeżeli Prezes UZP uzna, że okoliczności przedstawione w zawiadomieniu arbitra uzasadniają ewentualne jego wyłączenie od rozpoznania odwołania, podejmie stosowne incydentalne postępowanie w tym względzie.
5. W zakresie instytucji wyłączenia arbitra przepisem ust. 4 (po nowelizacji kwietniowej) wprowadzono zmiany w stosunku do stanu prawnego dotychczas obowiązującego. Ustawodawca zrezygnował przede wszystkim z odesłania w kwestii przyczyn wyłączenia arbitra do odpowiedniego przepisu Kpc o sądzie polubownym (arbitrażowym) na rzecz sformułowania w ustawie przyczyny wyłączenia. Żądanie wyłączenia arbitra jest zasadne, „jeżeli zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności”. O takiej regulacji zdecydowały względy natury

legislacyjnej. Przepis art. 703 § 1 Kpc (podobnie i pozostałe przepisy księgi trzeciej w części pierwszej Kpc o sędzię polubownym) został uchylony, instytucja zaś sądu polubownego (arbitrażowego) znalazła nowe unormowanie w części piątej Kpc. W obecnie obowiązującej regulacji sądu polubownego (arbitrażowego) — znacznie bardziej rozbudowanej — instytucję wyłączenia arbitra normują przepisy art. 1174–1178, czyniąc to w sposób kompleksowy, bez odsyłania do przepisów Kpc traktujących o wyłączeniu sędziego. Dla potrzeb Pzp wykorzystano jedynie fragment przepisu art. 1174 § 2, stanowiący, że „arbitr może być wyłączony tylko wtedy, gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności (...)”. Prezes UZP, po przeprowadzeniu incydentalnego postępowania w kwestii wyłączenia arbitra, ustali okoliczności faktyczne i prawne, określone w ust. 1, po czym oceni czy przemawiają one za wyłączeniem arbitra, czy też żądania wyłączenia nie uzasadniają (patrz § 26 Regulaminu).

6. Uprawnienie Prezesa UZP do rozstrzygnięcia w przedmiocie wyłączenia arbitra lub odmowy takiego wyłączenia pozostaje nadal odrębnością w stosunku do przepisów Kpc o sędzię polubownym (arbitrażowym). Rozstrzygnięcie żądania stron lub arbitrów w przedmiocie wyłączenia arbitra zapada w formie postanowienia. Postanowienie jest ostateczne, tzn. nie podlega zaskarżeniu. Konsekwencją wyłączenia arbitra od rozpoznania odwołania pozostaje wyznaczenie — w drodze losowania — innego arbitra. Uprawnienie Prezesa UZP, o którym mowa, jest niezwykle istotne, w kwestii wyłączenia arbitra Prezes UZP zastępuje sąd, który w przedmiocie wyłączenia sędziego orzeka zawsze kolegialnie.
7. Przepis ust. 4 stanowi, że wyłączenia arbitra mogą żądać „strony i arbitrzy”. Na tle tego zapisu nasuwają się dwa zagadnienia natury interpretacyjnej. Pierwsze łączy się z pojęciem „strony”. Pojęcie to należy interpretować ściśle, a to oznacza, że status strony postępowania odwoławczego mają jedynie odwołujący się i zamawiający. Tylko te podmioty korzystają z praw podmiotowych przysługujących stronie (np. z zasady dyspozytywności wynika prawo odwołującego się do cofnięcia odwołania — art. 189 ust. 1) czy uprawnień i odpowiadających im obowiązków procesowych stron (np. obowiązku odwołującego się uiszczenia wpisu od odwołania — art. 185 ust. 1, uprawnienia i obowiązku stron do wskazywania dowodów w postępowaniu odwoławczym oraz uprawnienia stron do przyznania faktów podanych przez stronę przeciwną — art. 188 ust. 1 i 4), stronom, wreszcie, służy skarga do sądu powszechnego (art. 194).
8. Wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego są obecnie uznawani za uczestników tego postępowania<sup>1</sup>. Nie przysługuje im jednak status prawny strony. Wynika to jednoznacznie z przepisu art. 184 ust. 4, według którego mają oni obowiązek wskazania strony, do której przystępują (przepis ten nie miałby sensu przy założeniu, że uczestnik postępowania odwoławczego jest stroną tego postępowania). Można ich uznać za *sui generis* pomocników czy orędowników strony, do której przystąpili, z zastrzeżeniem, że ich czynności nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami czy oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 184 ust. 5). Nie sposób pominąć też faktu, że wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, nie służy prawo do zwrotu kosztów związanych z ich udziałem w tym postępowaniu. Trudno w tej sytuacji przyznać im prawo do żądania wyłączenia arbitra, mogą oni jedynie sugerować stronie, do której przystąpili, zgłoszenie żądania wyłączenia arbitra przez wskazanie okoliczności uzasadniających to żądanie<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Stosownie do § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 87, poz. 603) stosuje się do nich odpowiednio przepis art. 184 ust. 4 Pzp.

<sup>2</sup> Zwrot „uczestnik postępowania” użyty w § 26 regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań należy interpretować ściśle, w rozumieniu „strona” postępowania odwoławczego. Przemawia za tym wyraz „odpowiednio” zawarty w § 6 tego aktu wykonawczego. W przeciwnym razie przepis § 26 byłby sprzeczny z przepisem ustawy (art. 186 ust. 4).



9. Kolejny problem wiąże się z uprawnieniami arbitrów w przedmiocie żądania wyłączenia arbitra. Nie można uznać za uprawniony poglądu, że arbitrzy tworzący zespół arbitrów mogą skutecznie wzajemnie żądać wyłączenia arbitra wyznaczonego do tego zespołu. Arbitr może jedynie żądać, aby Prezes UZP wyłączył go od rozpoznania odwołania. Odmienna wykładnia tego przepisu, wedle której arbitr może wnosić o wyłączenie nie jego, lecz drugiego arbitra ze składu orzekającego, nie wydaje się — stosując metodę wykładni funkcjonalnej — zasadna. Trudno założyć, że arbitrzy wylosowani do składu orzekającego mają wzajemne wątpliwości co do swej bezstronności i to w stopniu skutkującym wyłączeniem arbitra.

#### **Art. 187. [Rozpoznanie odwołania]**

- 1. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Urzędu. Prezes Urzędu może zarządzić łączne rozpoznanie przez zespół arbitrów odwołań, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą tych samych czynności zamawiającego.**
  - 2. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że odwołanie podlega odrzuceniu, z zastrzeżeniem ust. 3.**
  - 3. Na wniosek strony lub z urzędu zespół arbitrów wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Rozprawa odbywa się wówczas wyłączenie z udziałem stron oraz ich pełnomocników.**
  - 4. Zespół arbitrów odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że:**
    - 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;**
    - 2) odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4;**
    - 3) protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony;**
    - 4) protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie;**
    - 5) odwołujący się powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zespół arbitrów w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu;**
    - 6) (uchylony);**
    - 7) odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;**
    - 8) odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2.**
  - 5. Jeżeli zespół arbitrów uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków lub biegłych.**
  - 6. W razie stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę.**
1. W ust. 1 nowelizacją kwietniową wprowadzono dwie zmiany wymagające podkreślenia. Pierwsza z nich dotyczy sposobu obliczenia terminu 15 dni przewidzianego na rozpoznanie odwołania przez zespół arbitrów. Termin ten biegnie teraz od dnia doręczenia odwołania Prezesowi UZP. Użyty wyraz „doręczenia” uznano za bardziej precyzyjny. Chodzi o odwołania przesyłane pocztą (okres między datą nadania przesyłki na pocztę, o której decyduje data stempla pocztowego a datą rzeczywistego doręczenia przesyłki do Urzędu). W tym okresie Prezes Urzędu nie dysponuje odwołaniem i siłą rzeczy nie może nadać mu właściwego, formalnego biegu. Druga zmiana jest istotniejsza i wiąże się z podkreślaną już wyżej nową filozofią postępowania odwoławczego w sensie poprawy jego sprawno-

ści i zapewnienia większej jednolitości orzecznictwa zespołów arbitrów; ten drugi aspekt ma szczególne znaczenie dla praktyki zamówień publicznych. Ma temu służyć możliwość łącznego rozpoznania przez zespół arbitrów odwołań złożonych w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia i dotyczących tych samych czynności zamawiającego. Zasięg przedmiotowy spraw pozwalających na łączne rozpoznanie odwołań został zatem przez ustawodawcę jednoznacznie określony. Gdy zaś chodzi o zasięg podmiotowy — mogą to być sprawy między różnymi podmiotami, z których każdy ma status prawny współuczestnika jednego i tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zarządzenie łącznego rozpoznania odwołań stanowi kompetencję Prezesa UZP, jest on zatem zobowiązany ocenić, czy wniesione odwołania mogą być łącznie rozpoznane i rozstrzygnięte. Warto podkreślić znaczenie tego uprawnienia procesowego Prezesa UZP, szczególnie, gdy się zważy, że w procedurze cywilnej uprawnienie to (podobnie jak uprawnienie wyłączenia sędziego) pozostaje w gestii sądu. Zespół arbitrów jest związany tym zarządzeniem Prezesa Urzędu. Zarządzenie, o którym wyżej mowa, ma charakter techniczny, co oznacza, że odwołania, które zostały wniesione przed jego wydaniem i stanowiły odrębne sprawy oznaczone konkretnymi sygnaturami akt, po wydaniu zarządzenia otrzymują jedną sygnaturę akt (sprawy najwcześniej wniesionej), pod którą są prowadzone. Połączone sprawy podlegają łącznemu rozpoznaniu i rozstrzygnięciu przez jeden wyznaczony przez Prezesa Urzędu zespół arbitrów, przy zachowaniu obowiązującej w postępowaniu odwoławczym procedury (posiedzenie, rozprawa).

2. Termin 15 dni na rozpoznanie odwołania jest tzw. terminem instrukcyjnym. Liczy się on, jak już wyżej wskazano od doręczenia odwołania Prezesowi UZP, a rozpoczyna bieg następnego dnia od tego zdarzenia (art. 111 § 2 Kc). Przekroczenie terminu instrukcyjnego nie powoduje negatywnych skutków prawnych dla stron postępowania odwoławczego, nie mogą one bowiem ponosić konsekwencji prawnych związanych z funkcjonowaniem Prezesa UZP, jak również zespołów arbitrów. Dotychczasowa praktyka wskazuje, że termin 15 dni był w zasadzie dotrzymywany.
3. Jedną z kardynalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność. W odniesieniu do postępowania odwoławczego zasada ta została podkreślona w ust. 2 i wyraża się w nakazie rozpoznania odwołania na jawnej rozprawie. Należy jednak wskazać, że jawność rozprawy wynika nie tylko z powołanej wyżej zasady, lecz również z zasady jawności postępowania cywilnego, którego swoistym rodzajem jest postępowanie przed sądem polubownym (arbitrażowym). Obowiązujące przepisy o sędziach polubownym (arbitrażowym) zostały wprowadzone ostatnio wydzielone z postępowania sądowego i stanowią odrębną regulację, ale pozostają nadal częścią procedury cywilnej. Część piąta Kpc i zamieszczony w tej części przepis art. 1189 pozostawia stronom i sądowi polubownemu decyzję o tym, czy przeprowadzić rozprawę, ale sąd polubowny jest obowiązany rozpoznać sprawę na rozprawie, gdy choćby jedna ze stron tego zażąda.
4. Ustawa dopuszcza wyłączenie jawności rozprawy w całości lub w części, ale jedynie w przypadku, gdy przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Konieczne jest wówczas wskazanie konkretnego przepisu ustawy, który uznaje daną informację za tajemnicę podlegającą ochronie. Wobec tego, że wyłączenie jawności rozprawy następuje na wniosek strony lub z urzędu, wnioskodawca lub zespół arbitrów jest obowiązany wykazać (wskazać konkretny przepis), że przedmiotowa informacja stanowi tajemnicę ustawowo chronioną. Wyłączenie jawności rozprawy, o której mowa w ust. 2, oznacza w rzeczywistości jedynie ograniczenie jawności, jej publicznego charakteru do udziału w rozprawie stron oraz ich pełnomocników. Jest to oczywiste, biorąc pod uwagę istotę oraz cel rozprawy (odtworzenie w bezpośredniej styczności między stronami a zespołem arbitrów stanu faktycznego).

5. Ustawa dopuszcza rozpoznanie odwołania na posiedzeniu niejawnym (ust. 4). Jest to wyjątek od zasady, że odwołanie podlega rozpoznaniu na rozprawie. Ma on zastosowanie z reguły w sytuacji, gdy odwołanie podlega odrzuceniu. Zespół arbitrów może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków oraz biegłych (ust. 5). Uczyni to, jeśli uzna za konieczne odebranie od stron stosownych oświadczeń, względnie poczynienie ustaleń faktycznych na podstawie zeznań świadków lub opinii biegłych, niezbędnych do rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia odwołania. Z brzmienia przepisu wynika, że udział stron nie zmienia charakteru posiedzenia, bowiem nadal pozostaje ono posiedzeniem niejawnym.
6. Przesłanki odrzucenia odwołania zostały enumeratywnie wymienione w ust. 4 (katalog zamknięty). Oznacza to, że z innych przesłanek, niż wymienione w tym przepisie, odwołanie nie może być odrzucone. Zaistnienie choćby jednej z przesłanek skutkuje odrzuceniem odwołania. Pierwsza z przesłanek (w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy) pozostaje w związku z przepisem art. 4, zawierającego katalog zamówień, do których nie stosuje się ustawy, np. odrzuceniu podlega odwołanie w sprawie zamówienia, którego wartość nie przekracza równowartości w złotych kwoty 6000 euro. Przesłanka trzecia (protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawnione) związana jest z przepisami określającymi podmioty uprawnione do wnoszenia protestów lub odwołań.
7. Nowelizacją z kwietnia 2006 r. wprowadzono zmiany w zamkniętym katalogu przesłanek odrzucenia odwołania, określonym w ust. 4. I tak:
  - uchylona została przesłanka określona w pkt 6 (postępowanie prowadzone jest na zasadach, o których mowa w art. 136 ust. 1) — a to w związku z odmienną regulacją problematyki zamówień udzielanych przez placówki zagraniczne (art. 67 pkt 10),
  - w przesłance określonej w pkt 2 dodano zwrot „z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4”;
  - przepisem tym przyznano status uczestnika postępowania protestacyjnego wykonawcom, którzy — wykazując interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron (protestującego lub zamawiającego) — przystąpili do tego postępowania (zob. uwagi do tego przepisu),
  - rozszerzono katalog o dwie nowe przesłanki oznaczone pkt 7 i 8.
8. Odwołanie odrzuca zespół arbitrów. Orzeczenie zapada w formie postanowienia. Jest to postanowienie kończące postępowanie odwoławcze w rozumieniu przepisów art. 191 ust. 5, art. 192 ust. 1 i 3–5 oraz art. 194 ust. 1.
9. Stwierdzenie zespołu arbitrów, że nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia odwołania, skutkuje zamknięciem posiedzenia niejawnego i otwarciem rozprawy. Z brzmienia przepisu ust. 6 wynika, że czynności procesowe związane z zamknięciem posiedzenia i otwarciem rozprawy należą do uprawnień przewodniczącego zespołu arbitrów. Właściwą formą tych czynności jest zarządzenie przewodniczącego zespołu arbitrów (nie wchodzi tu w grę forma postanowienia, zastrzeżona — gdy chodzi o posiedzenie i rozprawę — dla organu kolegiального (zespołu arbitrów)).
10. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w postępowaniu odwoławczym *sensu largo* (w postępowaniu protestacyjnym i *stricte* odwoławczym), a także w postępowaniu skargowym, zarówno na posiedzeniu niejawnym, jak i na rozprawie, strony mogą być reprezentowane przez pełnomocników. Warunkiem udziału pełnomocnika w postępowaniu jest udzielenie mu przez stronę (mocodawcę) stosownego pełnomocnictwa. W praktyce zamówień publicznych strony udzielają z reguły pełnomocnictwa procesowego do prowadzenia konkretnej sprawy, niekiedy tylko do poszczególnych czynności w tej sprawie (np. do reprezentowania mocodawcy na posiedzeniu niejawnym i rozprawie) adwokatom lub radcom prawnym, a także osobom pozostającym ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.

Każdorazowo wymaga to sprawdzenia przez zespół arbitrów, gdyż niekiedy pełnomocnictwa są udzielane osobom niespełniającym tych wymagań. Podstawę prawną pełnomocnictwa procesowego stanowią przepisy prawa procesowego (art. 87 i art. 88 Kpc)<sup>1</sup>. Osoby nieposiadające uprawnień do wykonywania czynności pełnomocnika procesowego przedstawiają z reguły pełnomocnictwa materialne, udzielane na podstawie przepisów prawa materialnego (art. 98 i nast. Kc). Pełnomocnictwo powinno być udzielone na piśmie, określać dokładnie zakres umocowania pełnomocnika i podpis osoby uprawnionej do składania w imieniu mocodawcy oświadczeń woli ze skutkiem na zewnątrz. Niekiedy, jeżeli przepisy regulujące status prawny mocodawcy tak stanowią, pełnomocnictwo wymaga dwóch podpisów osób reprezentujących mocodawcę.

## **Art. 188. [Dowody]**

- 1. Strony są obowiązane wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy.**
- 2. Zespół arbitrów może dopuścić dowód niewskazany przez stronę.**
- 3. Dowodami są w szczególności dokumenty, wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron.**
- 3a. Zespół arbitrów może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.**
- 4. Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli zespół arbitrów uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.**
- 5. Zespół arbitrów odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.**
- 6. Zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.**

1. Przepisy tego artykułu regulują instytucję dowodów oraz w pewnym fragmencie postępowanie dowodowe. Pod rządem uzp problematyka ta była w całości regulowana aktem wykonawczym — Regulaminem postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. W toku prac nad nową ustawą uznano, że istotniejsze przepisy Regulaminu powinny uzyskać rangę ustawy i dlatego wprowadzono je do Pzp, mniej istotne zaś nadal pozostawiono w akcie wykonawczym — rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań<sup>2</sup>. Kryterium podziału rozważanej problematyki między materię ustawową i materię regulaminową nie jest wyraziste, stąd przy jej rozważaniu sięgano do obu tych aktach prawnych.
2. Przepis ust.1 nakłada na strony postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zważywszy, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym (spornym), co oznacza,

<sup>1</sup> Powołane przepisy (w aktualnym ich brzmieniu) poszerzyły krąg pełnomocników procesowych. Mogą być nimi również, oprócz adwokatów i radców prawnych, inne podmioty, np. osoby sprawujące zarząd majątkiem lub interesami strony oraz osoby pozostające ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 56, po. 547.

że spór toczą strony, one właśnie mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (art. 6 Kc w zw. z art. 14). Wnioskowanie dowodów jest nie tylko obowiązkiem, ale też uprawnieniem stron. Z uprawnienia tego strony mogą korzystać aż do zamknięcia rozprawy.

3. Stosownie do ust. 2 zespół arbitrów może dopuścić dowód z własnej inicjatywy (z urzędu). Zwykle chodzi wówczas o dowód niewskazany przez strony, którego dopuszczenie i przeprowadzenie wiąże się z koniecznością ustalenia prawdy obiektywnej, do której organ orzekający zawsze powinien zmierzać. Zasada prawdy obiektywnej jest jedną z kardynalnych zasad postępowania cywilnego. Obowiązuje ona także w postępowaniu odwoławczym w sprawach o zamówienie publiczne (art. 14).
4. Przedmiotem dowodu są fakty istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Ustaleniu tych faktów w postępowaniu odwoławczym służą, stosownie do ust. 3, następujące rodzaje dowodów: dokumenty, zeznania świadków (w przepisie użyto wadliwego określenia „wyjaśnienia” świadków, podczas gdy świadek składa „zeznania”, a nie wyjaśnienia), opinia biegłego (także zeznania biegłego składane niekiedy ustnie w celu wyjaśnienia wątpliwości co do treści pisemnej opinii) oraz zeznania stron (chodzi o dowód z przesłuchania stron — zob. art. 304 Kpc). Zwrot „w szczególności” użyty w ust. 3 oznacza, że mogą być przeprowadzane także inne dowody, np. dowód z oględzin. Z praktyki orzeczniczej zespołów arbitrów wynika, że w postępowaniu odwoławczym najczęściej przeprowadzane są dowody z dokumentów (dokumentacja przetargowa), rzadziej z opinii biegłych, zeznań świadków czy z przesłuchania stron.
5. Przepis ust. 3a precyzuje istotę i sposób przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Dowód ten powinien być dopuszczony wówczas, gdy „ustalenie” lub „ocena” stanu faktycznego sprawy wymaga „wiadomości specjalnych”. Wiadomościami takimi dysponują osoby specjalizujące się w określonych dziedzinach wiedzy, przy czym wyróżnikiem jest zarówno sama wiedza, jak i doświadczenie w danej specjalności. W praktyce z dowodu tego najczęściej korzystają sądy powszechne, w związku z czym sądy okręgowe prowadzą listy biegłych określonych specjalności, na które wpisywani są biegli, którzy ową „biegłość” wykażą stosownymi dokumentami. Powołany wyżej przepis wskazuje zespołom arbitrów, którzy uznają za konieczne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego czy biegłych korzystanie z listy biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie, przede wszystkim dlatego, że Warszawa jest też siedzibą Prezesa UZP, przy którym funkcjonują zespoły arbitrów. Wymóg ustawy nie wyklucza możliwości korzystania z biegłych wpisanych na listy prowadzone przez inne sądy okręgowe, szczególnie w sytuacji, gdy lista biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie nie obejmuje biegłych potrzebnej specjalności. Zadaniem biegłego jest opracowanie pisemnej opinii, w której powinna zostać zawarta konkluzja stanowiąca odpowiedź na pytanie zespołu arbitrów sformułowane w tezie dowodowej i jej uzasadnienie. Powoływani przez zespół arbitrów biegli sądowi powinni otrzymywać wynagrodzenia za opracowanie pisemnych opinii, jak również za udział, w razie takiej potrzeby, w rozprawie. W kwestii wysokości wynagrodzenia biegłego przepis ust. 3a odsyła do przepisów o należnościach świadków biegłych i stron w postępowaniu sądowym.<sup>1</sup> Szczególne obowiązki zespołu arbitrów związane

<sup>1</sup> Patrz dekret z dnia 26 października 1950 r. o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym (Dz. U. Nr 49, poz. 445 ze zm.), ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 z późn. zm.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18.12.1975 r. w sprawie kosztów przeprowadzania dowodu z opinii biegłych w postępowaniu sądowym (Dz. U. Nr 46, poz. 254 z późn. zm.). Nowe rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości określające wysokość wynagrodzenia i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych (...), o którym mowa w art. 9 pkt 3 powołanej wyżej ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, nie zostało dotychczas wydane.

z przeprowadzeniem dowodu z opinii biegłego określa Regulamin (postanowienie o dopuszczeniu tego dowodu, termin opracowania opinii, postanowienie o odroczeniu rozprawy lub posiedzenia do czasu opracowania opinii, ustalenie wysokości wynagrodzenia biegłego — § 22 ust. 3 i 7). Istotne znaczenie należy przypisać postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, dotyczy to zwłaszcza tezy dowodowej, w tym listy pytań, na które biegły powinien udzielić odpowiedzi. Regulamin określa też czynności organizacyjne Prezesa UZP związane z powołaniem biegłego przez zespół arbitrów (przekazanie biegłemu kopii postanowienia dowodowego zespołu arbitrów i niezbędnej dokumentacji, a po sporządzeniu opinii — wyznaczenie terminy odroczonej rozprawy, po uprzednim przesłaniu arbitrom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego urzędowo potwierdzonych kopii opinii — § 22 ust. 4–6). Celem tej szczegółowej regulacji jest zapewnienie sprawnego przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, a to ze względu na szczególne dla rozstrzygnięcia odwołania znaczenie tego dowodu.

6. Pojęcia „fakty powszechnie znane” nie da się oznaczyć na podstawie stałych kryteriów. Znaczenie mają tu czas i miejsce. Istotną cechą jest ich notoryczność w najszerszym tego słowa znaczeniu. Przyjmuje się, że są to fakty (okoliczności, zdarzenia, czynności, stany), które powinny być znane każdemu rozsądnemu i posiadającym doświadczenie życiowe człowiekowi, w rozważanej sytuacji — arbitrom i stronom postępowania odwoławczego. Nie powinno się toczyć postępowania dowodowego w kwestii, czy jakiś fakt jest faktem notoryjnie znanym, wskazane jest natomiast przy ustalaniu stanu faktycznego stwierdzenie, że ustalany fakt jest faktem powszechnie znanym i tym samym nie wymaga dowodu.
7. Nie wymaga dowodu fakt przyznany w toku postępowania przez stronę przeciwną. Przyznanie następuje w formie oświadczenia wiedzy, że twierdzenie faktyczne przeciwnika odpowiada rzeczywistości. Oświadczenie to jest czynnością jednostronną, kierowaną do organu orzekającego i jako takie nie musi być przez drugą stronę przyjęte. Stanowi ono okoliczność zwalniającą od postępowania dowodowego w zakresie przyznanego faktu.
8. Zespół arbitrów dopuszcza i przeprowadza dowody. Czyni to wydając postanowienia dowodowe, w których określa fakty podlegające stwierdzeniu i dowody na ich potwierdzenie. Postanowienie dowodowe nie jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze, jego wydanie odnotowuje się w protokole posiedzenia lub rozprawy, przytaczając dokładną treść postanowienia.
9. W pierwszej fazie posiedzenia czy rozprawy zespół arbitrów korzysta często z instytucji tzw. informacyjnego przesłuchania stron, którego celem jest wyjaśnienie i ewentualne uzupełnienie ich twierdzeń. Z reguły wyjaśnień tych udziela nie strona, lecz jej pełnomocnik. Aczkolwiek takie informacyjne przesłuchanie stron nie jest dowodem w rozumieniu ust. 3, jednakże wyjaśnienia stron składane w tym trybie powinny być zgodne z prawdą. Zawsze istnieje możliwość dopuszczenia dowodu z zeznań strony składanych w trybie art. 304 Kpc, a więc także po uprzednim odebraniu od strony przyrzeczenia. Nie można przesłuchać w charakterze strony jej pełnomocnika.
10. Ocena, czy zebrany w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy należy do zespołu arbitrów. Dotyczy to również zasadności wniosków dowodowych stron. Odmowa dopuszczenia wnioskowanych dowodów powinna mieć miejsce praktycznie w dwóch przypadkach — jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, a także w razie uznania, iż zostały powołane jedynie dla zwłoki. Odmawiając dopuszczenia dowodu, zespół arbitrów jest obowiązany wskazać, który z powyższych przypadków miał na uwadze.

11. Do zespołu arbitrów należy też ocena wiarygodności i mocy dowodów. W prawie polskim obowiązuje teoria swobodnej oceny dowodów. Jej wyrazem jest przejęty z procedury cywilnej (patrz art. 233 § 1 Kpc) przepis ust. 6, stosownie do którego wiarygodność i moc dowodów należy oceniać według własnego przekonania zespołu arbitrów, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Pomocne w tym względzie pozostają: wiedza każdego arbitra i zasady doświadczenia życiowego.

## **Art. 189. [Cofnięcie odwołania]**

**1. Odwołujący się może cofnąć odwołanie. W razie cofnięcia odwołania zespół arbitrów umarza postępowanie odwoławcze.**

**2. Jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się połowę wpisu.**

1. Przepisy tego artykułu regulują instytucję cofnięcia odwołania i skutki prawne tej czynności odwołującego się. Odwołujący się może cofnąć odwołanie w każdym czasie, aż do zamknięcia rozprawy (ust. 1). Prawo to wynika z zasady dyspozytywności. W rozważanym przypadku chodzi o rozporządzenie prawem do cofnięcia odwołania. Skorzystanie z tego prawa jest wyłącznie aktem woli odwołującego się. Skutkiem prawnym cofnięcia odwołania jest umorzenie postępowania odwoławczego. Zespół arbitrów umarza postępowanie odwoławcze postanowieniem. Jest to postanowienie kończące postępowanie odwoławcze w rozumieniu art. 191 ust. 5, art. 192 ust. 1 i 3–5 oraz art. 194 ust. 1.

2. Umorzenie postępowania odwoławczego wobec cofnięcia odwołania oznacza, z punktu widzenia kosztów tego postępowania, wynik skutkujący obciążeniem odwołującego się tymi kosztami (tak samo, jak w przypadku oddalenia odwołania). Wyjątkiem jest tu przepis ust. 2, według którego w razie cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy odwołującemu się zwraca się połowę wpisu od odwołania i to bez względu na wysokość kosztów postępowania. Na poczet kosztów postępowania, ponoszonych przez UZP, zalicza się zatem połowę wpisu. Koszty te są zwykle odpowiednio niższe, biorąc pod uwagę regulacje dotyczące ustalenia przede wszystkim wysokości wynagrodzenia arbitrów związanych z umorzeniem postępowania odwoławczego (według przepisu § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów<sup>1</sup>, wynagrodzenie arbitra ulega obniżeniu z 45% do 15% kwoty bazowej). Problematykę wpisu od odwołania i rozliczania kosztów postępowania odwoławczego reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym<sup>2</sup>.

3. Ustawa nie reguluje kwestii cofnięcia zgłoszenia wykonawcy swego przystąpienia do postępowania odwoławczego po jednej ze stron tego postępowania. Nie było to konieczne, jako że skutkiem prawnym cofnięcia zgłoszenia jest jedynie rezygnacja wykonawcy z uprawnienia do uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym, które nadal się toczy z udziałem stron tego postępowania (odwołującego się i zamawiającego). Regulamin uprawnia takiego wykonawcę (stosuje się do niego odpowiednio przepisy dotyczące uczestników postępowania — § 6) do cofnięcia swego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego do czasu zamknięcia rozprawy (§ 7 ust. 4). Zespół arbitrów w takim przypadku nie rozpatruje zgłoszenia przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego, a jeżeli przed cofnięciem zgłoszenia przystąpienia złożył wnioski dowodo-

<sup>1</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 607.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 608.

we — oddala je, chyba że podtrzyma je strona, do której przystąpił lub uzna za konieczne przeprowadzenie tych dowodów z urzędu. Z kolei w sytuacji, gdy odwołujący się cofnie odwołanie, a zespół arbitrów umorzy postępowanie odwoławcze — zgłoszenie przystąpienia pozostaje również bez rozpatrzenia, tym razem jako bezprzedmiotowe (§ 7 ust. 5 i 6).

#### **Art. 190. [Zamknięcie rozprawy, wyrok]**

- 1. Przewodniczący zespołu arbitrów zamyka rozprawę, jeżeli zespół arbitrów uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.**
- 2. Wydając wyrok, zespół arbitrów bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.**
- 3. Przewodniczący zespołu arbitrów otworzy na nowo zamknięte posiedzenie lub rozprawę, jeżeli po ich zamknięciu ujawniły się okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.**
- 4. Wyrok może być wydany jedynie przez zespół arbitrów, przed którym toczyło się postępowanie.**

1. Jest to kolejna regulacja, stanowiąca pod rządami uzp materię regulaminową. Przepisy zawarte w komentowanym artykule dotyczą fragmentu związanego z zamknięciem rozprawy i wydaniem wyroku. Uznanie, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona stanowi kompetencję zespołu arbitrów. Dopiero to uznanie (zgodne przekonanie składu orzekającego) uprawnia przewodniczącego zespołu arbitrów do zarządzenia zamknięcia rozprawy. Dostateczne wyjaśnienie sprawy oznacza wyjaśnienie jej pod względem faktycznym, zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej, z której wynika postulat, aby wyrok był konsekwencją ustaleń faktycznych zgodnych z rzeczywistością.
2. Przepis ust. 2 traktuje o podstawie wydania wyroku. Stanowi ją stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a w samej rozprawie, bowiem jej celem jest skompletowanie informacji o podstawie faktycznej odwołania, stwierdzenie ich prawdziwości i odtworzenie stanu faktycznego. Pojęcie „stan rzeczy” oznacza stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Wyrok może być wydany wyłącznie po przeprowadzeniu rozprawy. Jest to istotna zmiana stanu prawnego w stosunku do stanu obowiązującego pod rządami uzp (dopuszczano wydanie wyroku na posiedzeniu niejawnym).
3. Między stanem rzeczy istniejącym w chwili zamknięcia rozprawy a stanem rzeczy istniejącym w chwili wyrokowania mogą zaistnieć okoliczności, które nie pozostają bez wpływu na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Może to mieć miejsce, gdy moment zamknięcia rozprawy i moment wyrokowania nie następują bezpośrednio po sobie (np. w razie odroczenia ogłoszenia wyroku). Wychodząc naprzeciw takiej sytuacji, przepis ust. 3 uprawnia przewodniczącego zespołu arbitrów do otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy. Obowiązuje wymóg uprzedniego stwierdzenia, że okoliczności, które ujawniły się po zamknięciu rozprawy, są istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Przez „okoliczności, które ujawniły się po zamknięciu rozprawy”, należy rozumieć zarówno fakty, jak i dowody. Na otwartej na nowo rozprawie, zespół arbitrów (w tym samym składzie) z udziałem stron wyjaśnia okoliczności, które się ujawniły, po czym gdy zespół arbitrów uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona, przewodniczący zespołu arbitrów ponownie zamyka rozprawę.
4. Według przepisu ust. 3 instytucję otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy stosuje się do posiedzeń. Rozwiązanie to nie znajduje uzasadnienia prawnego. Posiedzeniem jawnym jest posiedzenie, na którym zespół arbitrów (w razie odroczenia ogłoszenia wyroku może to być sam przewodniczący) ogłasza wyrok. Ustawa reguluje też instytucję posiedzeń



niejawnych (art. 187). Na posiedzeniach tych wyjaśniane są wyłącznie kwestie formalne i tylko tych kwestii dotyczą zapadające na nich orzeczenia (postanowienia o odrzuceniu odwołania, postanowienia o umorzeniu postępowania). Z braku podstaw do wydania takiego orzeczenia przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie niejawne i otwiera jawną rozprawę.

#### **Art. 191. [Forma i treść orzeczenia]**

- 1. O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu zespół arbitrów orzeka wyrokiem. W pozostałych przypadkach zespół arbitrów wydaje postanowienie.**
- 2. Uwzględniając odwołanie, zespół arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić.**
- 3. Zespół arbitrów nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zespół arbitrów bierze pod uwagę z urzędu.**
- 3a. W przypadku, o którym mowa w art. 187 ust. 1 zdanie drugie, zespół arbitrów może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań.**
- 4. Zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy.**
- 5. W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze zespół arbitrów rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.**
- 6. Strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.**

1. Ustawa przewiduje dwa rodzaje orzeczeń wydawanych przez zespół arbitrów — wyrok i postanowienie (ust. 1). Wyrok jest orzeczeniem o charakterze merytorycznym, stanowi ustosunkowanie się zespołu arbitrów do przedmiotu odwołania, do merytorycznej zasadności żądania zawartego w odwołaniu. Najczęściej wyrok określa się jako orzeczenie co do istoty sprawy. Postanowienie jest orzeczeniem o charakterze formalnym i zapada, gdy wydanie wyroku stało się zbędne. Zespół arbitrów rozstrzyga postanowieniem kwestie dotyczące biegu postępowania odwoławczego. Ustawa rozróżnia postanowienia kończące postępowanie odwoławcze (o odrzuceniu odwołania oraz o umorzeniu postępowania odwoławczego) i postanowienia niekończące postępowania (o odroczeniu posiedzenia lub rozprawy, dowodowe, o odroczeniu ogłoszenia wyroku). Postanowienia niekończące postępowania mogą być w razie potrzeby zmieniane w toku postępowania odwoławczego.
2. Z brzmienia przepisu ust. 1 wynika, że w ustawie został utrzymany dychotomiczny podział, zgodnie z którym zespół arbitrów może wyrokiem oddalić lub uwzględnić odwołanie. Oddalenie odwołania następuje, jeżeli zespół arbitrów uzna, że brak jest merytorycznych podstaw do uwzględnienia zawartego w nim żądania. W praktyce oznacza to przyjęcie, iż zarzuty podniesione w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia w materiale sprawy, czyniąc żądanie odwołującego się bezzasadnym z faktycznego i prawnego punktu widzenia. Uwzględnienie odwołania następuje przez: a) nakazanie dokonania czynności, b) nakazanie powtórzenia czynności, c) unieważnienie czynności (jednej lub kilku czynności, a nie całego postępowania).
3. Nakazanie dokonania czynności następuje, gdy zamawiający zaniechał dokonania czynności określonej w ustawie, do której dokonania był zobowiązany (zaniechanie czynności obligatoryjnej), przy czym zaniechanie to było przedmiotem protestu i odwołania. Nakazanie powtórzenia czynności dotyczy czynności stanowiącej przedmiot protestu i odwołania. W praktyce przyjęto, że zespół arbitrów może również nakazać powtórzenie innych czynności zamawiającego, jeżeli okaże się to konieczne dla zapewnienia właściwego toku postępowania o udzielenie zamówienia (ze względu na ową konieczność nie oznacza to orzekania ponad żądanie odwołującego się). Unieważnienie czynności stano-

wiącej przedmiot protestu i odwołania następuje, jeżeli została dokonana z naruszeniem prawa, np. gdy dokonano merytorycznej oceny oferty złożonej po terminie czy podlegającej odrzuceniu. W praktyce dopuszcza się unieważnienie także innych czynności zamawiającego dokonanych z naruszeniem prawa, jeżeli pozostają z czynnością oprotestowaną w normalnym związku przyczynowym. Ze względu na ów związek przyczynowy nie oznacza to orzekania ponad żądanie odwołującego się.

4. Przy stosowaniu przepisu ust. 3 mogą powstać wątpliwości interpretacyjne. Mowa w nim o zakazie orzekania „co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście”, podczas gdy zespół arbitrów orzeka co do przedmiotu odwołania, a zatem co do żądania w nim zawartego. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie zakazu orzekania ponad żądanie określone w proteście. Obowiązek zawarcia w proteście „żądania” wynika wprost z przepisu art. 180 ust. 8. Zarzuty nie mogą być utożsamiane z żądaniem, bowiem stanowią element argumentacji na rzecz zasadności żądania. Nie sposób przecież zakazać odwołującemu się poszerzania w odwołaniu i na rozprawie zakresu argumentów na rzecz zasadności żądania w stosunku do argumentacji podanej w proteście.
5. W ust. 3 ustawa wprowadza istotne novum. Przepis obliuguje zespół arbitrów do brania pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia (wymienia je przepis art. 93 ust. 1). Ustawa nie określa jednak sposobu przełożenia tego obowiązku na treść orzeczenia (w razie ustalenia przez zespół arbitrów, że przesłanka unieważnienia postępowania rzeczywiście zaistniała). W praktyce kształtującej się po wejściu w życie Pzp, a także w piśmiennictwie przyjęto, że zespół arbitrów ma w takim wypadku obowiązek uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienie postępowania. Merytoryczna zasadność żądania odwołującego się pozostaje w tej sytuacji bez znaczenia prawnego. Przyjęty pogląd prawny uwzględnił, po pierwsze, treść przepisu ust. 2, który określa uprawnienia orzecznicze zespołu arbitrów w przypadku uwzględnienia odwołania, a po drugie przepis art. 93 ust. 1, według którego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia stanowi czynność zamawiającego („zamawiający unieważnia postępowanie...”. Patrz komentarz do art. 93 ust. 1).
6. Odmienny pogląd prawny w tej kwestii wyraził Sąd Najwyższy<sup>1</sup> w uchwale wydanej po rozpoznaniu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Według tego poglądu, w „wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 (...) zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia”; identyczne uprawnienie w tym względzie ma też sąd okręgowy w postępowaniu skargowym. Orzeczenia obu organów o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zapadają w formie postanowienia, z tym, że w przypadku orzeczenia sądu okręgowego unieważnienie postępowania poprzedza uchylenie wyroku zespołu arbitrów. Zdaniem Sądu Najwyższego, przepis „art. 191 ust. 2 przewiduje unieważnienie od razu przez zespół arbitrów tych czynności, których prawidłowe wykonanie jest niemożliwe” i myśl ta „pozostaje w pełni aktualna także w przypadkach stwierdzenia przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania”. Za przyjętym poglądem przemawia też, według Sądu Najwyższego, wzgląd natury celowościowej, skoro bowiem wiadomo, że „cel postępowania o udzielenie zamówienia nie może być w danym przypadku osiągnięty, nie ma potrzeby wydłużać trwania sprawy nakazując unieważnienie tego postępowania zamawiającemu, lecz należy od razu orzec jego unieważnienie” (zob. końcową część uzasadnienia uchwały). W związku z treścią rozważanej uchwały należy podkreślić, że jest ona co najmniej kontrowersyjna ze względów natury jurydycznej i przypisania tak istotnego znaczenia zastosowanej metodzie wykładni celowościowej. Przepis

<sup>1</sup> Uchwała z dnia 27 stycznia 2005 r. (III CZP 78/04).

art. 191 ust. 2 określa zakres uprawnień orzeczniczych zespołu arbitrów w przypadku uwzględnienia odwołania. Jednym z nich jest uprawnienie do unieważnienia czynności zamawiającego, jeżeli zespół uzna, że czynność ta dotknięta jest wadą skutkującą jej nieważnością, chodzi z reguły o jedną czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia i oprotestowaną przez wykonawcę. Unieważnienie tej czynności czyni ją w konsekwencji bezskuteczną, co wcale nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie może się nadal toczyć, że cel tego postępowania nie może zostać osiągnięty. Uprawnienie zespołu arbitrów do unieważnienia jednej (czy kilku) czynności zamawiającego, a tego dotyczy rozważany przepis, nie daje podstawy do wniosku, że zespół arbitrów na jego podstawie może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, którą to czynność ustawodawca pozostawił, co oczywiście, do wyłącznej kompetencji zamawiającego. Trudno się też godzić z odwołaniem się (co wynika z uzasadnienia uchwały) w tak trudnej kwestii jurystycznej do metody wykładni celowościowej (teleologicznej), jako szczególnej metody wykładni norm prawnych.

7. Dodany nowelizacją kwietniową przepis ust. 3a stanowi konsekwencję istotnej zmiany koncepcji postępowania odwoławczego. Przewiduje on, że w sytuacji, gdy Prezes UZP zarządzi łączne rozpoznanie przez zespół arbitrów odwołań złożonych w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 187 ust. 1), zespół arbitrów może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań. Łączne orzeczenie zespołu arbitrów może być wydane jedynie wtedy, gdy rozstrzygnięcie wszystkich odwołań rozpoznanych łącznie zapada w jednej formie orzeczenia — wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze<sup>1</sup>. W przeciwnym razie zespół arbitrów wyda dwa odrębne orzeczenia, jedno w formie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, drugie w formie wyroku. Do rozważenia pozostaje też orzeczenie łączne, zawierające rozstrzygnięcie wszystkich rozpoznanych odwołań, przy czym orzeczenie to zachowałoby zawsze formę wyroku. W jego treści zostałyby wyodrębnione rozstrzygnięcia: (a) co do istoty (meritum) sprawy, (b) natury formalnej (odrzuć odwołania czy umorzenie postępowania odwoławczego), oraz (c) co do kosztów postępowania odwoławczego. Przy tym rozwiązaniu, odwołania musiałyby być rozpoznane łącznie na rozprawie, a zatem z pominięciem posiedzenia niejawnego, traktowanego jako przygotowanie rozprawy. To drugie rozwiązanie, aczkolwiek możliwe, może powodować trudności natury praktycznej, zarówno w kwestii sporządzenia takiego wyroku, jak i jego wykonania. Chcąc uniknąć tych trudności w Regulaminie zawarto postanowienia, zgodnie z którymi orzeczenie łączne dopuszcza się, jeżeli rozstrzygnięcia w sprawie wszystkich łącznie rozpoznanych odwołań są tożsame co do ich formy (§ 31).
8. Uprawnienia zespołu arbitrów związane z uwzględnieniem odwołania nie mogą dotyczyć czynności zamawiającego wykraczających poza sferę postępowania o udzielenie zamówienia, ta zaś kończy się wyborem przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Konsekwencję prawną tej zasady określa przepis ust. 4 stanowiąc, że zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy.
9. Koniecznym elementem wyroku i postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest rozstrzygnięcie o kosztach tego postępowania (ust. 5). Szczegółowe zasady rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Wzór orzeczenia łącznego zawiera załącznik nr 3 do regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 603).

<sup>2</sup> Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 608.

10. Ustawa utrzymała dotychczasową zasadę, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku (ust. 6). Nie przewiduje się wyjątków od tej zasady, co oznacza, że w razie: odrzucenia odwołania koszty postępowania ponosi odwołujący się, umorzenia postępowania — koszty postępowania w całości lub w ograniczonej wysokości ponosi odwołujący się (patrz komentarz do art. 189), oddalenia odwołania — koszty postępowania ponosi odwołujący się, w przypadku uwzględnienia odwołania — koszty postępowania ponosi zamawiający.
11. W teoretycznej raczej sytuacji, gdy przedmiotem protestu i odwołania są dwie lub więcej czynności zamawiającego, uwzględnienia odwołania w części i oddalenia go w pozostałym zakresie, udział każdej ze stron w kosztach postępowania odwoławczego określi zespół arbitrów, mając na względzie powołaną wyżej zasadę (stosownie do wyniku postępowania). Nie odpowiada prawu praktyka, według której zespół arbitrów oddala odwołanie, a kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego. Rozstrzygające znaczenie ma treść sentencji wyroku, a nie ocena zespołu arbitrów, iż w postępowaniu zamawiającego były istotne niedociągnięcia.

#### **Art. 192. [Uzasadnienie wyroku]**

- 1. Zespół arbitrów z urzędu sporządza uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**
  - 2. Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które zespół arbitrów uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.**
  - 3. Bezpośrednio po sporządzeniu wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przewodniczący zespołu arbitrów ogłasza orzeczenie. Ogłoszenie następuje na posiedzeniu jawnym. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia.**
  - 4. W sprawie zawilej zespół arbitrów może odroczyć ogłoszenie wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze na czas nie dłuższy niż 5 dni. W postanowieniu o odroczeniu ogłoszenia wyroku zespół arbitrów wyznacza termin jego ogłoszenia. Jeżeli ogłoszenie było odroczone, może go dokonać sam przewodniczący.**
  - 5. Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. W postępowaniu, w którym wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, na wniosek strony obecnej podczas ogłoszenia orzeczenie doręcza się w dniu ogłoszenia.**
1. Wyrok i postanowienie kończące postępowanie odwoławcze wymaga pisemnego uzasadnienia. Zespół arbitrów sporządza je z urzędu (ust. 1). W ustawie przyjęto, że uzasadnienie stanowi element (część składową) orzeczenia. Oznacza to, że zespół arbitrów sporządza uzasadnienie bezpośrednio po sporządzeniu sentencji orzeczenia, po czym orzeczenie (sentencję i uzasadnienie) podpisują członkowie zespołu arbitrów, którzy uczestniczyli w wydaniu orzeczenia, a przewodniczący zespołu arbitrów na posiedzeniu jawnym ogłasza je publicznie (ust. 3). Rozwiązanie powyższe ma tę zaletę, że pozostaje w zgodzie z zasadą sprawności postępowania o udzielenie zamówienia. Dotknięte jest jednak, co potwierdza praktyka, istotnym mankamentem natury organizacyjnej — nie zawsze pozwala, zważywszy ograniczony czas przeznaczony na rozpoznanie sprawy, na sporządzenie uzasadnienia odpowiadającego w pełni wymaganiom ustawy.

2. Przepis ust. 2 określa wymagania, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku i postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Na szczególną uwagę zasługują wymagania dotyczące: podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i podstawy prawnej orzeczenia, (nie tylko „wyroku”, jakby to wynikało z powołanego wyżej przepisu).
3. Wymóg wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia może być spełniony w następstwie poprawnego przeprowadzenia postępowania dowodowego. Tylko w takim wypadku jest możliwe przedstawienie w uzasadnieniu orzeczenia faktów uznanych za ustalone i dowodów, na których ustalenia zostały oparte, a także oceny dowodów z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy dowodowej. Wymóg wskazania podstawy prawnej orzeczenia jest spełniony w następstwie dokonania wywodu prawnego, z przytoczeniem przepisów prawa (ustawy i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a w razie potrzeby — także przepisów innych aktów prawnych).
4. Wyrok i postanowienie kończące postępowanie odwoławcze są sporządzane na odrębnych formularzach, ich wzory określa Regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Postanowienia niekończące postępowania odwoławczego mają formę uproszczonej. Ze względu na to, że nie przysługuje na nie skarga do sądu, nie sporządza się ich na odrębnych formularzach, lecz wpisuje do protokołu posiedzenia lub rozprawy; nie sporządza się też ich uzasadnienia.
5. Ustawa wprowadza instytucję odroczenia ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (ust. 4). Może mieć ona zastosowanie w sprawie zawilej, a odroczenie ogłoszenia orzeczenia może nastąpić na czas nie dłuższy niż 5 dni. Ocena, czy sprawa jest zawila, należy do zespołu arbitrów. Może tu chodzić o zawilość pod względem faktycznym (zwłaszcza przy obszernym materiale faktycznym) lub prawnym (przede wszystkim w zakresie prawa materialnego). Z treści ust. 4 należy wnosić, że odroczenie ogłoszenia orzeczenia może nastąpić tylko raz. Tak też powinien on być interpretowany. Odroczenie ogłoszenia orzeczenia wymaga zachowania formy postanowienia, w którym zespół arbitrów powinien podać dokładny termin i miejsce ogłoszenia (w odniesieniu do charakteru prawnego tego postanowienia patrz komentarz do art. 191).
6. Dodany nowelizacją kwietniową przepis ust. 6 wprowadza istotną zmianę w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego. Utrzymując zasadę, że odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom, ustawodawca wprowadził wyjątek od tej zasady polegający na tym, że w postępowaniu, w którym wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, na wniosek strony obecnej podczas ogłoszenia orzeczenia doręcza się je wnioskodawcy w dniu ogłoszenia. Wyjątek pozostaje w związku z regulacją zawartą w przepisach art. 182 ust. 2 pkt 3 lit b oraz ust. 3 i 4. Strona uzyskuje w ten sposób szansę na szybsze zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## **Art. 193. [Upoważnienie]**

**Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:**

- 1) regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, mając na względzie zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy, szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozpraw;
- 2) wysokość wynagrodzenia za czynności arbitrów, mając na względzie, że podstawę do ustalania wynagrodzenia za czynności arbitrów przy rozpoznawaniu odwołań

wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna stanowić kwota bazowa, ustalona w ustawie budżetowej na dany rok, na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o mianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 110, poz. 1255, z późn. zm.) dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy;

- 3) wysokość i szczegółowe zasady pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowe zasady rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym, mając na względzie zróżnicowaną wysokość wpisu, zależną od wartości zamówienia, oraz zasadność zwrotu stronie kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw lub do celowej obrony.
1. Zgodnie z upoważnieniem zawartym w tym artykule, Prezes Rady Ministrów wydał następujące rozporządzenia: z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań<sup>1</sup>, z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów<sup>2</sup>, z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym<sup>3</sup>.
  2. Dodany nowelizacją z kwietnia 2006 r. przepis pkt 3 rozszerza zakres upoważnienia związany z wysokością i szczegółowymi zasadami pobierania wpisu od odwołania, w tym ze zróżnicowaniem tej wysokości w zależności od wartości zamówienia (patrz komentarz do art. 185).

## **Rozdział 4**

### **Skarga do sądu**

#### **Art. 194. [Przedmiot skargi]**

1. Na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienia zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze przysługuje skarga do sądu.
  2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.
1. Skarga do sądu, tj. skarga na wyrok zespołu arbitrów oraz skarga na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze, nie jest zwykłym środkiem odwoławczym, jak się ją niekiedy określa w orzecznictwie sadowym, lecz szczególnym środkiem ochrony prawnej zapewnianej stronom postępowania odwoławczego przez sąd powszechny w odrębnym postępowaniu skargowym.
  2. Instytucja skargi do sądu została wprowadzona do polskiego systemu zamówień publicznych w uwzględnieniu postanowień dyrektyw Rady Wspólnot Europejskich koordynujących przepisy i regulacje administracyjne dotyczące: stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane<sup>4</sup> oraz stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji<sup>5</sup> Według postanowienia art. 2 pkt 8 wiodącej Dyrektywy 89/665/EWG, w razie, gdy organy odwo-

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 603.

<sup>2</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 607.

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 87, poz. 608.

<sup>4</sup> Dyrektywa Rady 89/665/EWG, Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33.

<sup>5</sup> Dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r., Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 13.

ławcze nie mają, tak jak w polskim systemie zamówień publicznych charakteru sądowego, należy wprowadzić przepisy zapewniające postępowanie umożliwiające odwołanie się do sądu (lub innego organu będącego sądem) w przypadku podjęcia przez organ odwoławczy bezprawnych środków lub uchybień w wykonywaniu nadanych mu uprawnień.

3. Postępowanie sądowe toczące się wskutek wniesienia skargi nie jest postępowaniem przed sądem drugiej instancji, a właściwy do jej rozpoznania sąd okręgowy nie jest sądem drugiej instancji, pomimo tego, że stosuje w tym postępowaniu odpowiednio przepisy Kpc o apelacji. Przepisy komentowanego rozdziału, jako przepisy szczególne, (*legis specialis*) w stosunku do przepisów Kpc o apelacji mają przed nimi pierwszeństwo. Wynika to z charakteru prawnego skargi; nie jest ona, jak się niekiedy przyjmuje w orzecznictwie sądowym, zwykłym środkiem odwoławczym.

#### **Art. 195. [Wniesienie skargi]**

1. Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego.
2. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia zespołu arbitrów, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi.
3. Prezes Urzędu przekazuje skargę wraz z aktami postępowania odwoławczego sądowi właściwemu w terminie 7 dni od dnia jej otrzymania.
4. W terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze.

1. Sądem właściwym do rozpoznania skargi jest sąd okręgowy (właściwość rzeczowa), właściwy ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania zamawiającego (właściwość miejscowa). Pojęcia „miejsca zamieszkania osoby fizycznej” i „siedziby osoby prawnej” określają przepisy Kc. Siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający, chyba że co innego wynika z ustawy lub opartego na niej statutu (art. 41), a miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu (art. 25). Kc nie określa pojęcia siedziby jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, pozostawiając tę kwestię praktyce i orzecznictwu. Ze względu na zróżnicowany charakter prawny tych jednostek organizacyjnych zachodzi każdorazowo potrzeba ustalenia siedziby takiej jednostki. Odpowiednie zastosowanie może tu mieć przepis określający siedzibę osoby prawnej.
2. Skargi, o której mowa, nie wnosi się wprost do właściwego sądu okręgowego, lecz czyni się to za pośrednictwem Prezesa UZP. Termin 7 dni przewidziany w ust. 2 na wniesienie skargi nie jest terminem zawitym (jego uchybienie nie skutkuje utratą prawa do skargi), lecz tzw. terminem procesowym, charakteryzującym się tym, że w razie jego uchybienia bez winy strony może zostać przywrócony. Termin liczy się od dnia doręczenia odpisu orzeczenia zespołu arbitrów i rozpoczyna bieg od dnia następnego od tego zdarzenia (patrz art. 111 § 2 Kc).
3. Od skargi na orzeczenie zespołu arbitrów pobiera się wpis stały w kwocie 3000 złotych.<sup>1</sup> Wobec kategorycznego brzmienia przepisu art. 34 ustawy o kosztach sądowych w spra-

<sup>1</sup> Patrz art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 187, poz. 1398 z późn. zm).

wach cywilnych, uchwała SN z 12 maja 2005 r.<sup>1</sup>, według której od skargi na postanowienie zespołu arbitrów pobiera się piątą część wpisu stosunkowego (jak od zażalenia na postanowienie) nie znajduje już podstawy prawnej (w poprzednim stanie prawnym opłata stała w kwocie 3.000 złotych była pobierana od skargi na wyrok zespołu arbitrów, co dało asumpt do rozważenia wysokości wpisu od skargi na kończące postępowanie odwoławcze postanowienie zespołu arbitrów).

4. Wnoszący skargę jest obowiązany przesłać jej odpis przeciwnikowi skargi. Wyraz „jednocześnie” użyty w ust. 2 należy rozumieć w ten sposób, że odpis skargi powinien być przesłany przeciwnikowi skargi w tym samym dniu, w którym skarga jest przedstawiana Prezesowi UZP. Niedołączenie do skargi na orzeczenie zespołu arbitrów dowodu przesłania jej odpisu przeciwnikowi skargi, jest brakiem formalnym skutkującym jej odrzucenie (art. 195 ust. 2, w zw. z art. 196 ust. 1 i art. 197 ust. 1)<sup>2</sup>.
5. Przeciwnikowi skargi służy prawo do wniesienia odpowiedzi na skargę. Odpowiedź tę wnosi się bezpośrednio do właściwego sądu okręgowego w ciągu dwóch tygodni od dnia otrzymania od strony wnoszącej skargę odpisu tej skargi (patrz stosowany odpowiednio przepis art. 372 Kpc).
6. Podobnie jak przy wniesieniu odwołania, ustawa przewiduje podjęcie przez Prezesa UZP w postępowaniu skargowym stosownych czynności procesowych. Tym razem czynności te ograniczają się do przekazania skargi wraz z aktami sprawy sądowi właściwemu do jej rozpoznania. Termin 7 dni przewidziany na jej przekazanie jest terminem instrukcyjnym (patrz komentarz do art. 187).
7. Ustawa utrzymała uprawnienie Prezesa UZP do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Jest to procesowe uprawnienie Prezesa UZP, przy czym do podejmowanych przez niego czynności stosuje się odpowiednio przepisy Kpc o prokuratorze. Zważywszy na charakter prawny skargi do sądu (szczególny środek odwoławczy) chodzi tu o stosowany odpowiednio (skarga nie jest środkiem odwoławczym) przepis art. 60 § 2 Kpc, z tą wszakże zmianą, że Prezesa UZP nie wiąże termin do wniesienia skargi ustanowiony dla stron (7 dni od doręczenia orzeczenia), lecz ustawowy termin 21 dni, liczony od ogłoszenia orzeczenia.
8. Instytucja interwencji ubocznej jest instytucją prawa cywilnego procesowego (art. 76–80 Kpc). Kto ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron, może w każdym stanie sprawy aż do zamknięcia rozprawy w drugiej instancji przystąpić do tej strony (art. 76). Swe wstąpienie do sprawy interwenient uboczny powinien zgłosić w piśmie, w którym poda, jaki ma interes prawny we wstąpieniu i do której ze stron przystępuje. Pismo to należy doręczyć obu stronom (art. 77 § 1). Interwenient uboczny może z wstąpieniem do sprawy połączyć dokonanie innej czynności prawnej (art. 77 § 2). Każdej ze stron służy prawo zgłoszenia opozycji przeciwko wstąpieniu interwenienta ubocznego, jednakże nie później niż przy rozpoczęciu najbliższej rozprawy. Sad oddali opozycję po przeprowadzeniu co do niej rozprawy, jeżeli interwenient uprawdopodobni, że ma interes prawny we wstąpieniu do sprawy (art. 78 § 1 i 2). Interwenient uboczny jest uprawniony do wszelkich czynności procesowych dopuszczalnych według stanu sprawy, z tym, iż nie mogą one pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 79).
9. Instytucja ta może być wykorzystywana w postępowaniu skargowym. Wykonawca, którego oferta została przyjęta przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, niebiorący udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem innego

<sup>1</sup> III CZP 19/05, OSNC 2006/4/57.

<sup>2</sup> Por. uchwałę SN z 8.12.2005 r. III CZP 109/05, Biuletyn SN 2005/12/4.



wykonawcy, jest legitymowany do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów, po zgłoszeniu interwencji ubocznej po stronie zamawiającego i wykazaniu interesu prawnego w rozstrzygnięciu skargi na jego korzyść. Jeżeli skarga została wniesiona po rozpoczęciu biegu terminu do zaskarżenia wyroku zespołu arbitrów przez zamawiającego, wykonawcę wiąże ten termin<sup>1</sup>. Z uzasadnienia powołanej uchwały wynika, że Sąd Najwyższy wywiódł uprawnienie wykonawcy, o którym wyżej mowa, do zgłoszenia interwencji ubocznej z podobieństwa postępowania przed zespołem arbitrów do postępowania procesowego. Tym bardziej do postępowania sądowego w sprawach o zamówienie publiczne będą miały zastosowanie przepisy procesowe (art. 13 § 2 Kpc). Możliwe jest więc posłużenie się w tym postępowaniu instytucją interwencji ubocznej. Zgłoszenie interwencji można połączyć, za czym przemawia przepis art. 77 § 2 Kpc, z wniesieniem skargi na wyrok<sup>2</sup> zespołu arbitrów<sup>3</sup>.

### **Art. 196. [Treść skargi]**

- 1. Skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o zmianę orzeczenia w całości lub w części.**
- 2. Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, zamawiający w skardze lub w odpowiedzi na skargę może wnosić o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu sąd rozpoznaje niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.**
- 3. Sąd na posiedzeniu niejawnym może uchylić zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli stan postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na to, a zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym.**

1. Skarga do sądu powinna spełniać wymogi pisma procesowego określone w procedurze cywilnej (art. 126 Kpc), wymogi apelacji (art. 368 Kpc), a także skargi (ust. 1), przy czym ten ostatni przepis ma charakter przepisu szczególnego (*lex specialis*) w stosunku do powołanych wyżej przepisów Kpc.
2. Skarga powinna zawierać: oznaczenie sądu, do którego jest skierowana, imię i nazwisko lub nazwę stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników, oznaczenie rodzaju pisma, oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, powołanie w razie potrzeby nowych faktów i dowodów oraz wykazanie, że w postępowaniu przed zespołem arbitrów nie było ono możliwe albo że potrzeba powołania się na nie wynikła później, a także wniosek o zmianę orzeczenia w całości lub w części, podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika, wymienienie załączników.

<sup>1</sup> Por. uchwałę SN z 16 lipca 2003 r. III CZP 47/03, OSNC 2004/10/150. Uchwała zachowała aktualność pod rządądem Pzp. Podkreślić jednak należy, iż wyrażony w uzasadnieniu uchwały pogląd, jakoby skarga do sądu była „zwykłym środkiem odwoławczym”, nie jest trafny. Skarga do sądu jest szczególnym środkiem ochrony prawnej, służącym sądowej kontroli orzeczeń zespołu arbitrów (sądu polubownego), o której mowa w art. 2 pkt 8 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. 89/665/EWG (zob. przepisy art. 194 i komentarz do tych przepisów).

<sup>2</sup> Obecnie także na postanowienie kończące postępowanie odwoławcze (art. 194 ust. 1).

<sup>3</sup> Zob. bliżej M. Śledziwska: Instytucja „interwencji ubocznej”, *Zamówienia Publiczne Doradca*. 2003, Nr 12, s. 49–51.

3. Przepisy ust. 2 i 3 regulują kwestię uchylenia przez sąd w postępowaniu skargowym zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Pierwszy z nich (w brzmieniu po nowelizacji kwietniowej) uprawnia zamawiającego, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, do złożenia — w skardze (jeżeli jest skarżącym) lub w odpowiedzi na skargę (gdy skargę wniósł odwołujący się lub Prezes UZP) — wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wniosek zamawiającego sąd jest obowiązany rozpoznać niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego złożenia (termin ten liczy się od dnia wniesienia skargi lub odpowiedzi na skargę, w zależności od tego, w którym z tych pism procesowych został zawarty).
4. Ust. 3 określa przesłanki wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w sprawach o wartości zamówienia nie przekraczającej kwot określonych w ust. 2. Brzmienie tego przepisu uprawnia do wyrażenia poglądu, że wniosek taki zamawiający może złożyć w toku postępowania skargowego, a jego uwzględnienie przez sąd zależy od spełnienia następujących przesłanek: pozwala na to stan postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający uprawdopodobni, a powinien to uczynić we wniosku o uchylenie zakazu, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym. W kwestii uchylenia zakazu sąd orzeka na posiedzeniu niejawnym. Przedmiotem oceny sądu powinny być obie wymienione wyżej przesłanki, jako że tylko ich łączne spełnienie pozwala na uwzględnienie wniosku.
5. Przez rażące naruszenie przepisów o postępowaniu odwoławczym należy rozumieć skutki wynikające z tego naruszenia, przede wszystkim zaś skutki natury majątkowej, gospodarczej.

#### **Art. 197. [Odrzucenie skargi, przywrócenie terminu]**

- 1. Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie.**
  - 2. Jeżeli strona nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.**
  - 3. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi.**
1. Ust. 1 określa następujące przesłanki odrzucenia skargi: wniesienie skargi po upływie terminu lub niedopuszczalność skargi z innych przyczyn (np. wniesienie skargi na postanowienie zespołu arbitrów niekończące postępowania odwoławczego), nieuzupełnienie w terminie braków formalnych skargi. Takie same przesłanki skutkują odrzuceniem apelacji (art. 370 Kpc).
  2. W rozumieniu ust. 2 skarga do sądu jest czynnością procesową strony. Sąd może przywrócić termin do wniesienia skargi przy spełnieniu następujących przesłanek procesowych: (a) wniosku strony (przywrócenie terminu z urzędu nie jest dopuszczalne), (b) złożenia tego wniosku w sądzie w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi, (c) wykazania we wniosku, że uchybienie terminu nastąpiło bez winy strony dokonującej czynności procesowej.
  3. Ocena winy strony należy do sądu. Sąd dokonuje tej oceny, uwzględniając całokształt okoliczności konkretnego wypadku, w tym jej obowiązek zachowania szczególnej staranności przy dokonywaniu czynności procesowej.

4. O przywróceniu lub odmowie przywrócenia terminu do wniesienia skargi sąd może orzec na posiedzeniu niejawnym. Orzeczenie sądu zapada w formie postanowienia. Na postanowienie sądu odmawiające przywrócenia terminu nie przysługuje zażalenie. Nie podlega przywróceniu termin instrukcyjny, nie wiąże się on bowiem z czynnością procesową strony.
5. Strona przeciwna może, w ciągu dwóch tygodni od doręczenia jej odpisu skargi, wnieść wprost do sądu odpowiedź na skargę. Czynność ta nie została uregulowana w ustawie. Możliwość dokonania tej czynności wynika z odpowiedniego stosowania przepisów Kpc o apelacji (art. 372 Kpc w związku z art. 194 ust. 2). Termin do wniesienia odpowiedzi na skargę nie podlega przywróceniu (podobnie jak termin do wniesienia odpowiedzi na apelację). W razie wniesienia odpowiedzi na skargę w terminie jej odpis jest doręczany skarżącemu, w przypadku wniesienia jej po upływie terminu zostanie pozostawiana jako czynność bezskuteczna (patrz art. 167 Kpc) w aktach sprawy.

#### **Art. 198. [Rozpoznanie skargi]**

- 1. Sąd rozpoznaje sprawę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 miesiąca od dnia wpłynięcia skargi do sądu.**
- 2. Sąd oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna. W razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy.**
- 3. Jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyła wyrok oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.**
- 4. Od wyroku sądu kasacja nie przysługuje.**

1. Przepis ust. 1 (po nowelizacji kwietniowej) utrzymuje obowiązek rozpoznania skargi na orzeczenie zespołu arbitrów niezwłocznie, zmieniając jednak czasowy zakres tego pojęcia przez określenie go zwrotem „nie później niż w terminie 1 miesiąca od dnia wpłynięcia skargi do sądu”. Termin ten pozostaje wprawdzie terminem instrukcyjnym (patrz komentarz do art. 187), nie mniej ta nowa regulacja oznacza istotne (o dwa miesiące) skrócenie okresu rozpoznania skargi, a w konsekwencji przyśpieszenie postępowania skargowego, nie bez znaczenia zwłaszcza w sytuacji określonej w art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. b, gdy wydanie orzeczenia przez sąd ustawa uznaje za ostateczne rozstrzygnięcie protestu.
2. Skargę na wyrok zespołu arbitrów sąd rozpoznaje na rozprawie, natomiast skargę na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze — na posiedzeniu niejawnym. Orzeczenie sądu wydane w następstwie rozpoznania skargi zapada w formie wyroku, gdy rozstrzygana jest istota sprawy. W pozostałych przypadkach rozstrzygnięcie zapada w formie postanowienia (art. 316, 354 i 397 § 1 Kpc).
3. Sąd oddala skargę na wyrok zespołu arbitrów jeżeli uzna, że jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd jest obowiązany zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy. Podobnie, sąd oddali skargę na kończące postępowanie odwoławcze postanowienie zespołu arbitrów. Inaczej ma się rzecz w razie uwzględnienia takiej skargi. Kończące postępowanie odwoławcze postanowienie zespołu arbitrów jest orzeczeniem o charakterze formalnym, nie dotyczy istoty sprawy, co czyni niemożliwą jego zmianę. W takiej sytuacji sąd może jedynie zaskarżone postanowienie uchylić i odrzucić odwołanie lub umorzyć postępowanie odwoławcze.
4. Sąd nie jest uprawniony do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy zespołowi arbitrów do ponownego rozpoznania. Jest uprawniony do uchylenia zaskarżonego wyroku jedynie wtedy, gdy stwierdzi, że zachodzą ustawowe przesłanki do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania. W razie takiego stwierdzenia sąd, uchylając zaskarżony wyrok zespołu arbitrów, odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

5. Dopuszczalna jest skarga wyłącznie na rozstrzygnięcie zespołu arbitrów w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego<sup>1</sup>. Rozstrzygnięcie skargi zapada w formie postanowienia sądu, niezależnie od tego, czy rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego zostało zawarte w wyroku, czy w kończącym postępowanie odwoławcze postanowieniu zespołu arbitrów<sup>2</sup>.
6. W razie stwierdzenia z urzędu — przy rozpoznaniu skargi na orzeczenie zespołu arbitrów — okoliczności objętej przepisem art. 93 ust. 1, sąd okręgowy uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o zamówienie publiczne<sup>3</sup>. Uchwała budzi zastrzeżenia natury jurydycznej. Dotyczą one również jej wcześniejszego fragmentu, w którym takie samo uprawnienie przyznano zespołowi arbitrów w postępowaniu odwoławczym (zob. w tym względzie uwagi do art. 191). Przepis art. 93 ust. 1 stanowi jednoznacznie, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prawem zamawiającego (zob. komentarz do tego przepisu). Sąd w trybie postępowania skargowego może zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec co do istoty sprawy (art. 198 ust. 2 zdanie drugie), a unieważnienie postępowania nie jest orzeczeniem co do istoty sprawy lub uchylić zaskarżone orzeczenie i odrzucić odwołanie lub umorzyć postępowanie (art. 198 ust. 3), trzeciej możliwości, tj. możliwości uchylecia orzeczenia zespołu arbitrów i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przepis ten nie zawiera. Trzeba przy tym podkreślić, że powołane wyżej przepisy są przepisami szczególnymi (*legis specialis*) w stosunku do przepisów Kpc o apelacji, a tym samym mają przed nimi pierwszeństwo. Nie przekonuje sięgnięcie przez Sąd Najwyższy, dla uzasadnienia uchwały, do metody wykładni celowościowej. Problem skutków prawnych stwierdzenia z urzędu przez sąd rozpoznający skargę okoliczności wskazujących na istnienie przesłanek unieważnienia postępowania, wymaga zatem ingerencji ustawodawcy.
7. Zakaz wniesienia kasacji od wyroku (ust. 4) jest konsekwencją charakteru prawnego skargi do sądu (patrz komentarz do art. 194). *De lege ferenda* należałoby postulować zmianę tego stanu prawnego, w tym dopuszczenie możliwości wniesienia kasacji od wyroku sądu okręgowego wydanego w sprawie zamówienia publicznego znacznej wartości.

---

<sup>1</sup> Zob. uchwałę SN z 6 listopada 2002 r. III CZP 68/02, OSNC 2003/7-8/103.

<sup>2</sup> Zob. uchwałę SN z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05, Biuletyn SN 2005/12/4.

<sup>3</sup> Zob. uchwałę SN z 27 stycznia 2005 r. III CZP 78/04, OSNC 2005/12/202.

## Dział VII

### Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy

#### Art. 199 [Wyłączenia odpowiedzialności]

**Przepisów niniejszego działu nie stosuje się do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1, 5 i 6.**

1. Przepisy Działu VII przewidują sankcje w postaci kar pieniężnych za naruszenie przepisów Pzp. Wprowadzają zatem reżim odpowiedzialności o charakterze porządkowym, nieznanym uzp. Odpowiedzialność za naruszenie ustawy ponoszą zamawiający (z zastrzeżeniem wyłączenia zawartego w art. 199). Mogą to być osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które udzielają zamówienia na podstawie przepisów ustawy. Na podstawie tych przepisów nie odpowiadają natomiast osoby wykonujące konkretne czynności przy udzieleniu zamówienia (kierownik zamawiającego, członkowie komisji przetargowej etc.).
2. Przepis komentowanego artykułu wyłącza odpowiedzialność zamawiających, wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1, 5 i 6. Przepisów statuujących odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy nie stosuje się przede wszystkim do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Przepisów poniższych nie stosuje się również do podmiotów innych aniżeli jednostki sektora finansów publicznych lub państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności: — ponad 50% wartości udzielanego zamówienia finansowane jest ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane opisane w art. 3 ust. 1 pkt 5c. Wyłączone spod sankcji wynikających z art. 200 i nast. są również podmioty niebędące jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych ani innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jeżeli zamówienie finansowane jest z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w Pzp.
3. *Ratio legis* wyłączenia odpowiedzialności tych podmiotów na podstawie art. 200 i nast. Pzp wynika z tego, że podlegają one odpowiedzialności na podstawie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>1</sup>, która przewiduje inny sposób sankcjonowania niż Pzp. Odpowiedzialność taką, zgodnie z art. 19 tej ustawy, ponosi osoba, która dopuściła się naruszenia dyscypliny finansów publicznych (np. członek komisji przetargowej, kierownik zamawiającego). Przepis art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zawiera katalog naruszeń tej ustawy związany z udzieleniem zamówienia publicznego. Pełen katalog tych czynów został opisany w komentarzu do art. 18. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie, nagana, kara pieniężna, zakaz pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Organ orzekający w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki i stopień szkodliwości czynu. Jeżeli pracownik sektora finansów publicznych jest jednocześnie członkiem korpusu, o którym mowa w ustawie o służbie cywilnej<sup>2</sup>, odpowiada dyscyplinarnie za naruszenie obowiązków m.in. obowiązku racjonalnego gospodarowania

<sup>1</sup> Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1999 r. Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

środkami publicznymi także na podstawie przepisów tej ustawy. Katalog kar dyscyplinarnych stosowanych wobec członków korpusu służby cywilnej jest zbliżony do zawartego w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

4. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest uregulowana odmiennie, aniżeli odpowiedzialność porządkowa oparta na przepisach Pzp. Przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidują odpowiedzialność osób fizycznych będących pracownikami zamawiających, a nie samych zamawiających. Odmienny jest też katalog czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień do tych wymienionych w art. 200. Odpowiedzialność pracownika zarówno na gruncie ustawy o finansach publicznych, ustawy o służbie cywilnej, jak i kodeksu pracy oparta jest na zasadzie winy, natomiast przepisy Pzp (patrz art. 200 i 201) nie uzależniają kary nakładanej na zamawiającego od winy, a zwłaszcza jej postaci oraz od stopnia zawinienia.

## **Art. 200 [Rodzaje naruszeń]**

### **1. Zamawiający, który:**

- 1) **udziela zamówienia:**
    - a) z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia,
    - b) bez wymaganego ogłoszenia,
    - c) bez stosowania ustawy,
  - 2) **unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia,**
  - 3) **dokonuje czynności przewidzianych w ustawie bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu,**
  - 4) **dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy — podlega karze pieniężnej.**
- ### **2. Karze pieniężnej podlega również zamawiający, który:**
- 1) **określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,**
  - 2) **opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,**
  - 3) **prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności,**
  - 4) **nie przestrzega terminów określonych w ustawie,**
  - 5) **wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia,**
  - 6) **odrzuca ofertę z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty,**
  - 7) **dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy — jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.**

1. Przepis tego artykułu zawiera zamknięty katalog czynów skutkujących nałożeniem na zamawiającego kary pieniężnej. Naruszenie przepisów Pzp niemające znamion wskazanych w nim czynów nie prowadzi do powstania odpowiedzialności przewidzianej tym przepisem. Odpowiedzialność na jego podstawie może być następstwem tak aktywnego działania zamawiającego, jak i jego zaniechania. Należy zwrócić uwagę, że spełnienie przesłanek zawartych zarówno w ust. 1 komentowanego przepisu, jak i jego ust. 2 skutkuje obligatoryjnym nałożeniem kary porządkowej przez Prezesa Urzędu.
2. Zgodnie z ust. 1 lit. a nałożenie na zamawiającego kary pieniężnej jest spowodowane udzieleniem zamówienia z naruszeniem tych przepisów ustawy, które określają przesłanki

stosowania poszczególnych trybów udzielania zamówienia, tj. art. 10, art. 55, art. 60a, art. 62, art. 67, art. 70, art. 74 ust. 2 i art. 134. Przepis ten należy rozumieć ściśle i nie można interpretować go rozszerzająco. Nie obejmuje on zatem swoim zakresem naruszenia przepisów dotyczących przesłanek przyznania nagrody w konkursie (art. 110–127), a także przepisów odnoszących się do przygotowania postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie dotyczy on również ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, który jest mechanizmem udzielania zamówienia, a nie jednym z trybów wymienionych w art. 10.

3. Odpowiadać na podstawie ust. 1 lit. a będą zamawiający udzielający zamówienia sektorowego z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek stosowania określonego trybu (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki) Odpowiedzialność na podstawie komentowanego przepisu może także łączyć się z zawarciem umowy ramowej po przeprowadzeniu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem w braku przesłanek do zastosowania tego trybu.
4. Przepis ust. 1 lit. a obejmuje także swym zakresem działania tych zamawiających, którzy udzielił koncesji na roboty budowlane (art. 128 i nast.) z naruszeniem przesłanek stosowania trybów wymienionych w art. 128 ust. 7. Zgodnie z tym przepisem do postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane stosuje się bowiem odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem.
5. Kolejnym penalizowanym czynem jest udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia. Zgodnie z art. 11 przez „wymagane ogłoszenie” należy rozumieć zarówno ogłoszenie publikowane w BZP, jak i OJ. Pojęcie „wymagane ogłoszenie” obejmuje również ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zgodnie z art. 40 ust. 4 „wymaganym ogłoszeniem” w przypadku zamówień o najwyższej wartości będzie ogłoszenie publikowane w dzienniku lub czasopiśmie ogólnopolskim. Przez „wymagane ogłoszenie” należy także rozumieć ogłoszenie o wszczęciu postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej. Takie ogłoszenie zgodnie z art. 75 zamieszczane jest na stronie internetowej zamawiającego oraz na stronie, na której ma zostać przeprowadzona licytacja. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia ciąży również na zamawiającym, który zamierza udzielić zamówienia sektorowego (art. 132 i nast.) w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Nowelizacja ustawy dokonana w kwietniu 2006 r. wprowadziła w art. 4a ust. 2 szczególną regulację dotyczącą ogłoszeń o zamówieniach, których wartość nie przekracza równowartości kwoty 60 000 euro. „Wymaganym ogłoszeniem” jest wówczas ogłoszenie zamieszczone na stronach portalu internetowego UZP, stronie internetowej zamawiającego, a jeśli zamawiający nie posiada takiej, to zobowiązany jest wówczas opublikować ogłoszenie w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym. Sankcja z art. 200 ust. 1 pkt 1 podpunkt b) dotyczyć będzie zatem również tych zamawiających, którzy uchybią obowiązkowi wynikającym ze szczególnej regulacji opisanej w art. 4a ust. 2.
6. Z natury rzeczy przepis ust. 1 pkt 1 ppkt b) nie znajduje zastosowania w tych trybach, w których brak jest ogłoszeń (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę). Nie podlega również karze zamawiający udzielający zamówienia nieuwzględnionego we „wstępnym ogłoszeniu informacyjnym” (art. 13) czy też w „okresowym ogłoszeniu informacyjnym o planowanych zamówieniach sektorowych (art. 135). Zaniechanie obowiązków wymienionych w art. 13 i art. 135 nie oznacza bowiem udzielenia zamówienia bez wymaganego ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Przepisy Pzp nie wyjaśniają natomiast, czy udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia nastąpi także wówczas, gdy zamawiający nie opublikuje ogłoszenia o udzieleniu danego

zamówienia (tj. o jego wyniku), zgodnie z art. 95. Dyspozycja ust. 1 lit. b jest wyraźna: „zamawiający, który udziela zamówienia bez wymaganego ogłoszenia”. Sytuacją penalizowaną przez ten przepis jest zatem wyłącznie udzielenie zamówienia, które następuje mimo bezskutecznego upływu terminu do publikacji ogłoszenia. Natomiast samo pojęcie „ogłoszenia o udzieleniu zamówienia” wskazuje, że ogłoszenie to dotyczy zamówienia już udzielonego. Wynika to także z treści art. 95, zgodnie z którym w przypadkach opisanych w tym przepisie zamawiający obowiązany jest opublikować ogłoszenie o udzieleniu zamówienia niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli zamiarem ustawodawcy byłoby penalizowanie zamawiających, którzy uchylają się od zamieszczenia jakichkolwiek ogłoszeń przewidzianych przepisami Pzp, przepis art. 200 brzmiałby odmiennie i wprost przewidywał odpowiedzialność zamawiających za ściśle określone uchybienia. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że uchybienie obowiązkowi o którym mowa w art. 95 nie skutkuje odpowiedzialnością na podstawie ust. 1 lit. b, ponieważ przepisu tego nie należy interpretować rozszerzająco.

7. Nowelizacja dokonana w kwietniu 2006 r. wprowadza również karę dla Zamawiającego, który udziela zamówienia „bez stosowania ustawy”. Należy zatem rozważyć co oznaczają słowa „bez stosowania ustawy”. Czy zaniechanie stosowania jakiegokolwiek przepisu czy też całej ustawy skutkuje sankcją w postaci kary porządkowej na podstawie tego przepisu? Należy jednak przepis ust. 1 pkt 1 ppkt c) rozumieć w ten sposób, że karze podlega zamawiający jedynie wówczas, gdy zawrze on umowę w sprawie zamówienia publicznego, nie przeprowadzając w ogóle procedury zamówieniowej na podstawie Pzp, do czego był obowiązany. Do dnia wejścia w życie tego przepisu karze podlegał zamawiający, który prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów Pzp dopuścił się jednego z naruszeń opisanych w komentowanym artykule. Katalog ten był jednak niepełny, bowiem nie dotyczył sytuacji udzielenia zamówienia z całkowitym pominięciem reżimu ustawowego. Przepis ten wypełnia zatem lukę w dotychczasowym brzmieniu art. 200. Można więc bronić poglądu, że karze na podstawie tego przepisu nie będzie podlegał zamawiający, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie Pzp nie zastosuje niektórych tylko przepisów tej ustawy (np. dotyczących ogłoszeń, obowiązkowe wadium itp.). Interpretacja powyższa może zostać poddana krytyce, bowiem np. w świetle ust. 1 pkt 4 karze podlegać będzie zamawiający dokonujący zmiany umowy wbrew art. 144, natomiast kara taka nie zostanie nałożona na zamawiającego, który udziela zamówienia z naruszeniem np. przepisów dotyczących obowiązkowego wadium.
8. Czynem prowadzącym do powstania odpowiedzialności jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki unieważnienia, wymienione enumeratywnie w art. 93 ust. 1. Są one jednak w niektórych przypadkach niedookreślone. Dotyczy to w szczególności przesłanki „istotnej zmiany okoliczności” (art. 93 ust. 1 pkt 6). Zasadność unieważnienia postępowania może być zatem przedmiotem oceny Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego. W razie uznania, że postępowanie zostało unieważnione wbrew przepisowi art. 93 ust. 1 Prezes Urzędu nałoży na zamawiającego karę pieniężną. Niezależnie od odpowiedzialności na podstawie art. 200 zamawiający, który unieważni postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie musi liczyć się z roszczeniem wykonawców o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu (art. 93 ust. 4).
9. Sankcji w postaci kary pieniężnej podlega zamawiający, który dokonuje czynności bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu. Po kwietniowej nowelizacji ustawy zgoda Prezesa Urzędu wymagana jest wyłącznie na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 182 ust. 3). Ukaranym zostanie zatem zamawiający, który zawrze umowę przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu bez uzyskania uprzedniej zgody Prezesa Urzędu.



Na podstawie pkt 3 za naruszenie przepisów Pzp odpowiada także zamawiający, który wystąpił do Prezesa Urzędu o zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a zawarł ją zanim Prezes Urzędu wydał stosowną zgodę w formie decyzji administracyjnej. W miejsce zgody Prezesa Urzędu na dokonanie określonej czynności nowelizacja kwietniowa wprowadziła instytucję zawiadomienia Prezesa Urzędu przed dokonaniem określonej czynności przez zamawiającego. Należy jednak stwierdzić, że zaniechanie zawiadomienia Prezesa Urzędu nie będzie skutkowało nałożeniem kary pieniężnej na podstawie komentowanego przepisu.

10. Odpowiedzialność ponosi zamawiający, który dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów Pzp. Zgodnie z art. 144 ust. 1 zakazane są zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub jeżeli zmiany takie są korzystne dla zamawiającego. Tak więc zamawiający odpowiada, jeżeli dokona zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonał wyboru wykonawcy, chyba że będzie w stanie udowodnić zaistnienie przesłanek wyłączających odpowiedzialność (okoliczności których nie można było przewidzieć, korzyść dla zamawiającego). Naruszeniem przepisów Pzp będzie również zmiana postanowień dotyczących czasu trwania umowy, np. z zawartej na czas oznaczony na umowę, której czas trwania jest nieoznaczony (naruszenie zasady wyrażonej w art. 142 ust. 1). Wbrew przepisom będzie także zmiana umowy polegająca na rezygnacji przez zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacjach, w których jest ono obowiązkowe (art. 147 ust. 3).
11. Powstaje pytanie czy na podstawie ust. 4 odpowiada także ten zamawiający, który z naruszeniem ustawy dokonuje zmian umowy ramowej. Przepis ust. 1 pkt 4 posługuje się stwierdzeniem „dokonuje zmian w zawartej umowie” nie precyzując przy tym, czy chodzi o wyłącznie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 i nast.), czy również o umowy ramowe (art. 99 i nast.). Zatem z literalnego brzmienia przepisu ust. 1 pkt 4 wynikałoby, że niezgodna z ustawą zmiana umowy ramowej również podlegałaby karze wymienionej w tym przepisie. Z kolei biorąc pod uwagę naturę umowy ramowej, która zakłada dopiero udzielenie zamówienia w przyszłości, wówczas należałoby na zadane pytanie odpowiedzieć negatywnie. Należy jednak zwrócić uwagę na uregulowania dotyczące umów ramowych wprowadzone nowelizacją kwietniową. Zgodnie z art. 101 ust. 2 zamawiający może dokonać modyfikacji warunków zamówienia opisanych w umowie ramowej jeżeli modyfikacje te nie są istotne. Ponadto, zamawiający nie może zmieniać kryteriów oceny ofert zawartych w umowie ramowej. Przepisy dotyczące umów ramowych zawierają własne uregulowania dotyczące możliwości zmiany treści tych umów i co do zasady są one podobne do regulowań związanych ze zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym można uznać, że sankcja z art. 200 ust. 1 pkt 4) będzie dotyczyła umów ramowych tylko wówczas, gdy zamawiający uchybi obowiązkowi wynikającemu z art. 101 ust. 2 czyli istotnie zmodyfikuje warunki zamówienia lub zmieni kryteria oceny ofert.
12. W wyniku nowelizacji dokonanej w kwietniu 2006 roku dodano do art. 200 ust. 2. Rozszerza on katalog działań lub zaniechań zamawiających stanowiących naruszenie przepisów Pzp, które powinny skutkować nałożeniem kary pieniężnej. Przepis ust. 2 odmiennie jednak reguluje zakres odpowiedzialności zamawiającego aniżeli przepis ust. 1. Na podstawie nowego przepisu ust. 2 zamawiający odpowiada jedynie wówczas, gdy naruszenie przez niego przepisów ustawy ma wpływ na wynik postępowania. Nie wystarczy zatem, aby naruszenie hipotetycznie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ale żeby naruszenie to istotnie wpłynęło na rezultat procedury. W toku postępowania admi-

nistracyjnego Prezes Urzędu będzie musiał wykazać zaistnienie tej przesłanki poprzez udowodnienie wpływu naruszenia na ostateczny wynik postępowania. Przez wynik postępowania należy rozumieć jego prawny i ekonomiczny rezultat (zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, unieważnienie postępowania). Innymi słowy działanie zamawiającego, aby podlegało sankcji z ust. 2, musiałyby wypaczyć wynik postępowania np. poprzez wybór oferty innego wykonawcy, konieczność unieważnienia postępowania ze względu na brak ważnych ofert itp.

13. Jednym z naruszeń Pzp penalizowanych w ust. 2 pkt 1 jest określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a więc naruszenie dyspozycji art. 7 i art. 22 ust. 2. Zgodnie bowiem z przepisem art. 22 ust. 2 zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Należy rozważyć, na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Prezes Urzędu mógłby nałożyć na zamawiającego karę z tego tytułu. Biorąc pod uwagę przesłankę wpływu na wynik postępowania, kara taka mogłaby zostać nałożona wówczas, gdy np. postępowanie zostałoby unieważnione przez zamawiającego przez zespół arbitrów lub sąd okręgowy ze względu na naruszenie przez zamawiającego art. 7 lub art. 22 ust. 2. Prezes Urzędu mógłby również nałożyć karę na zamawiającego w razie uznania w toku kontroli następczej, że postępowanie zostało przeprowadzone a naruszeniem art. 22 ust. 2.
14. Innym czynem zagrożonym karą jest opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zakaz ten wynika wprost z treści art. 29 ust. 2, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Kara ta zostanie nałożona w przypadku uznania przez Prezesa Urzędu, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Stosowna decyzja w tej sprawie mogłaby zostać wydana w przypadku unieważnienia postępowania przez zamawiającego, przez zespół arbitrów lub sąd okręgowy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której Prezes Urzędu stwierdziwszy w toku kontroli następczej zaistnienie przesłanek z ust. 2 pkt 2 nałoży karę na zamawiającego po zawarciu przez niego umowy z wykonawcą wyłonionym w procedurze, w której opis przedmiotu zamówienia był sprzeczny z art. 29 ust. 2.
15. Nowelizacja wprowadziła również karę za naruszenie zasady jawności wyrażoną w art. 8. Zasada jawności jest jedną z naczelných zasad prawa zamówień publicznych (patrz komentarz do art. 8). Nie każde jednak naruszenie tej zasady będzie skutkowało nałożeniem przez Prezesa Urzędu kary pieniężnej. Ukaranie zamawiającego nastąpi wówczas, gdy ograniczy on jawność postępowania w sposób, który będzie miał wpływ na jego wynik. Będzie tak m.in. wówczas, gdy zamawiający zaniecha obowiązkowego zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Pozbawi bowiem wielu wykonawców możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Sytuacja taka istotnie wpłynęłaby na wynik postępowania.
16. Karze podlega również zamawiający, który nie przestrzega terminów określonych w ustawie, jeżeli naruszenie to wpłynie na wynik postępowania. W przepisie tym chodzi o wszelkie terminy wymienione w Pzp, zarówno te dotyczące bezpośrednio zamawiających (np. termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), jak i te, które zamawiający winien wyznaczyć wykonawcom do dokonania określonej czynności m.in.: terminy składania ofert. Zamawiający wypełni przesłankę do wymierzenia mu kary na podstawie tego przepisu, np. jeżeli określi krótszy termin do złożenia ofert niż najkrótszy termin wskazany odpowiednim przepisem Pzp. Wpłynie to bowiem na liczbę ofert złożonych w tym postępowaniu i tym samym na wynik procedury zamówieniowej.

Można również stwierdzić, że karze tej podlegać będzie zamawiający, który w terminie związania ofertami nie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, doprowadzając tym samym do unieważnienia postępowania. Jakkolwiek w tym ostatnim przypadku ustawa nie precyzuje terminu, w którym zamawiający ma obowiązek dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, to należy uznać, że winien tego dokonać zawsze w terminie związania wykonawców ich ofertami. Wpływ na wynik postępowania polegałby w tym przypadku na braku wyboru oferty najkorzystniejszej. Spełnieniem przesłanki do nałożenia kary na podstawie tego przepisu będzie również zawarcie przez zamawiającego umowy z naruszeniem terminu określonego w art. 94 ust. 1 Pzp, jeśli w wyniku wniesionego protestu wybór oferty najkorzystniejszej zostałby unieważniony przez zespół arbitrów bądź sąd okręgowy.

17. Bezprawne wykluczenie wykonawcy z postępowania również skutkuje nałożeniem na zamawiającego kary przez Prezesa Urzędu jeżeli wykluczenie to miało wpływ na wynik postępowania. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia np. wówczas, gdy zamawiający wykluczy wykonawcę, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza (jeśli nie zostałby on wykluczony), a następnie zawrze umowę z innym wykonawcą. Jeśli w wyniku wniesienia skargi sąd okręgowy uwzględni odwołanie (już po zawarciu przez zamawiającego umowy z innym wykonawcą), to wpływ niewłaściwego wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie oczywisty.
18. Karze pieniężnej podlegać będzie zamawiający, który odrzuca ofertę z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki odrzucenia oferty opisane w art. 89 ust. 1, jeśli odrzucenie to miało wpływ na wynik postępowania. Przesłanka do ukarania zamawiającego ziści się np. wówczas, gdy zamawiający odrzuci ofertę, którą winien był on wybrać jako najkorzystniejszą, jeśliby nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1. Wpływ niezgodnego z prawem odrzucenia oferty na wynik postępowania można stwierdzić wówczas, gdy w wyniku wniesienia skargi sąd okręgowy uwzględni odwołanie (już po zawarciu przez zamawiającego umowy z innym wykonawcą).
19. Ukaranym zostanie zamawiający, który dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp, jeśli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Problematyka związana z wyborem oferty uregulowana została w art. 82 i nast. Można przytoczyć przykład, w którym zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów dotyczących kryteriów oceny ofert i zawrze umowę z wyłonionym wykonawcą. Jeśli w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej wybór zostanie zakwestionowany, możemy w takiej sytuacji mówić o wpływie naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania.
20. Sankcją za naruszenie przepisów ustawy może być również nieważność umowy (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2, art. 146). Naruszenie przepisów Pzp może w końcu łączyć się z odpowiedzialnością karną przewidzianą przepisami Kodeksu karnego jak i cywilną przewidzianą przepisami Kodeksu cywilnego. W przypadku odpowiedzialności karnej chodzi przede wszystkim o przestępstwo utrudniania przetargu publicznego (art. 305 Kk), przestępstwo nadużycia zaufania (art. 296 Kk), łapownictwo (art. 228 Kk), płatną protekcję (art. 230 Kk), nadużycie funkcji (art. 231 Kk). Odpowiedzialność cywilna może wynikać zarówno z czynów niedozwolonych (art. 415 i nast. Kc), jak i *ex contractu* (art. 471 i nast. Kc). Należy również wspomnieć o przepisie art. 412 Kc, zgodnie z którym sąd może orzec przepadek świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, jeżeli świadczenie to zostało świadomie spełnione w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym.

## Art. 201 [Wysokość kary]

**1. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 200, ustala się w zależności od wartości zamówienia.**

**2. Jeżeli wartość zamówienia:**

- 1) nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro — kara pieniężna wynosi 3 000 złotych;
- 2) przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych — kara pieniężna wynosi 30 000 złotych;
- 3) jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych — kara pieniężna wynosi 150 000 złotych.

1. W zamyśle ustawodawcy kary pieniężne mają stanowić formę reakcji na naruszenie ustawy, adekwatną do charakteru jej pogwałcenia i w wysokości odczuwalnej przez ukarany podmiot. Wysokość kary jest określana konkretną kwotą pieniężną, uzależnioną od wartości przedmiotu zamówienia, bez możliwości jej stopniowania w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy oraz stopnia zawinienia (a nawet w braku winy). W przeciwieństwie do innych ustaw (np. ustawy o finansach publicznych) komentowane przepisy nie przewidują jakichkolwiek okoliczności wyłączających odpowiedzialność lub karalność. Przepisy ustawy nie przewidują także możliwości uwzględniania jakichkolwiek okoliczności łagodzących przy nakładaniu kary pieniężnej. Na uwagę zasługuje w końcu fakt, że w przypadku kar pieniężnych ustawa posługuje się kwotą w złotych, a nie równowartością w złotych określonej kwoty euro, co jest regułą w Pzp.

2. Przepis komentowanego artykułu nie przewiduje mechanizmów waloryzacyjnych kar pieniężnych w oparciu o walutę europejską. W przypadku spadku wartości polskiej waluty zmiana wysokości kar pieniężnych będzie możliwa jedynie w drodze nowelizacji Pzp. Nowelizacja zmieniła progi w odniesieniu do kar opisanych w ust. 1 i ust. 2 komentowanego przepisu. Kara 30 000 złotych nakładana jest wtedy, gdy wartość dostaw wynosi więcej niż 60 000 euro, a mniej niż 10 000 000 euro (dotychczas 5 000 000 euro), a w przypadku robót budowlanych nie będzie przekraczała 20 000 000 euro (dotychczas 10 milionów euro). Najwyższa kara w wysokości 150 000 złotych nakładana będzie natomiast wówczas, gdy wartość dostaw lub usług wynosić będzie nie mniej niż 10 000 000 euro (dotychczas 5 000 000 euro), a w przypadku robót budowlanych 20 000 000 euro (przed nowelizacją 10 000 000 euro).

## Art. 202 [Tryb nałożenia kary]

**1. Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.**

**2. Decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie można nadać klauzuli natychmiastowej wykonalności.**

1. Prezes Urzędu w razie stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, o których mowa w art. 200 jest nie tylko uprawniony, ale i obowiązany do wydania decyzji o nałożeniu kary pieniężnej. Decyzja taka może być wydana w wyniku postępowania kontrolnego prowadzonego na podstawie art. 161 i nast. Zgodnie bowiem z art. 171 jeżeli w wyniku postępowania kontrolnego ujawnione zostaną działania lub zaniechania naruszające przepisy ustawy, Prezes Urzędu jest uprawniony do m.in. nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w Dziale VII. Przepisy Pzp nie wykluczają jednak *expressis verbis* sytuacji, w której Prezes Urzędu nałoży karę pieniężną bez uprzedniego postępowania kontrolnego w rozumieniu art. 161 i nast., lecz po przeprowadzeniu innego postępowania administracyjnego.

2. Kary pieniężne są nakładane przez Prezesa Urzędu w drodze decyzji administracyjnej. Oznacza to, że wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej Prezes Urzędu jest obowiązany stosować, obok przepisów Pzp, również przepisy Kpa. Będą one miały charakter *lex generalis* w stosunku do art. 161 i nast. Przepisami Kpa, które powinny być stosowane przez Prezesa Urzędu, są m.in. ogólne przepisy dotyczące zasad prowadzenia postępowania administracyjnego, przepisy odnoszące się do terminów stosowanych w postępowaniu administracyjnym, gromadzenia dowodów, odwołań etc. Szczególne znaczenie mieć będzie uzasadnienie decyzji. Stosownie do art. 107 § 3 Kpa powinno ono w szczególności zawierać wskazanie faktów, które uznano za udowodnione, dowodów oraz przyczyn, z powodu których innych dowodów nie uwzględniono, uzasadnienie prawne wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa.
3. Mając na uwadze fakt, że decyzję w trybie art. 202 wydaje centralny organ administracji rządowej (art. 152), od decyzji wydanej przez niego w pierwszej instancji nie służy odwołanie. Strona niezadowolona z decyzji może jednak zgodnie z art. 127 § 3 Kpa zwrócić się do Prezesa Urzędu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy Kpa dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 128 Kpa wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy nie wymaga szczegółowego uzasadnienia. Z jego treści wynikać musi jedynie, że strona wnosząca pismo nie jest zadowolona z wydanej decyzji administracyjnej. Wniosek o ponowne rozpatrzenie wnosi się zgodnie z art. 129 § 2 Kpa w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie — od dnia jej ogłoszenia. Decyzja Prezesa Urzędu wydana w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy może zostać zaskarżona do sądu administracyjnego. Zgodnie z ustawą Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>1</sup> sądem właściwym do rozstrzygania skargi na decyzje administracyjne wydane przez Prezesa Urzędu jest Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie.
4. Zasadą wyrażoną w art. 108 § 1 Kpa jest możliwość nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, od której przysługuje odwołanie. Oznacza to w praktyce, że decyzja taka staje się wykonalna i stanowi tytuł egzekucyjny, mimo że nie jest ostateczna. Z piśmiennictwa nie wynika jednoznacznie, czy rygor natychmiastowej wykonalności może być nadany decyzji wydanej w pierwszej instancji przez naczelny organ administracji publicznej. W doktrynie wypowiedziano pogląd, że od decyzji tych nie służy odwołanie, a jedynie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, co powoduje brak uprawnienia organów administracji państwowej do nadawania wydanym przez siebie decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności<sup>2</sup>. Przepis ust. 2 rozwiewa te wątpliwości wprowadzając wyraźny zakaz nadawania decyzjom Prezesa Urzędu w zakresie kar za naruszenie przepisu ustawy rygoru natychmiastowej wykonalności.

## **Art. 203 [Postępowanie egzekucyjne]**

- 1. Środki z kary pieniężnej stanowią dochód budżetu państwa.**
- 2. Kary pieniężne podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji w zakresie egzekucji obowiązków o charakterze pieniężnym.**

1. Przepis ust. 1 przewiduje, że kary pieniężne stanowią dochód budżetu państwa. Instytucja budżetu państwa została uregulowana w ustawie o finansach publicznych (art. 61 i nast.). Zgodnie z art. 62 pkt 13 tej ustawy dochodami budżetu państwa są m.in. grzywny, mandaty i inne kary pieniężne, o ile na mocy odrębnych przepisów nie stanowią dochodów innych jednostek sektora finansów publicznych.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

<sup>2</sup> W. Dawidowicz, Postępowanie administracyjne, 1983, s. 207

2. Tryb ściągania kar pieniężnych nałożonych przez Prezesa Urzędu określony został w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji<sup>1</sup>. Został w niej określony tryb postępowania, środki przymusu oraz sposoby zabezpieczenia wykonania obowiązków. Zgodnie z art. 19 tej ustawy organem egzekucyjnym należności pieniężnych jest urząd skarbowy. Może on podejmować środki egzekucyjne, które w przypadku należności pieniężnych oznaczają egzekucję m.in. z gotówki, z rachunków bankowych, z innych wierzytelności pieniężnych, z praw z papierów wartościowych, z weksla, z autorskich praw majątkowych i praw pokrewnych oraz z praw własności przemysłowej, z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, z pozostałych praw majątkowych, z ruchomości oraz nieruchomości. Urząd skarbowy może przystąpić do egzekucji z urzędu na podstawie tytułu wykonawczego przez siebie wystawionego. Wszczęcie egzekucji administracyjnej następuje z chwilą doręczenia zobowiązanemu odpisu tytułu wykonawczego lub doręczenia dłużnikowi zajętej wierzytelności zawiadomienia o zajęciu wierzytelności lub innego prawa majątkowego, jeżeli to doręczenie nastąpiło przed doręzeniem zobowiązanemu odpisu tytułu wykonawczego.

## **Dział VIII**

### **Zmiany w przepisach obowiązujących**

(Pominięty)

## **Dział IX**

### **Przepisy przejściowe i końcowe**

(Pominięty)

---

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.

# **Ustawa**

z dnia 29 stycznia 2004 r.

## **Prawo zamówień publicznych**

(Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163)





# USTAWA

z dnia 29 stycznia 2004 r.

## Prawo zamówień publicznych

### DZIAŁ I PRZEPISY OGÓLNE

#### Rozdział 1 Przedmiot regulacji

**Art. 1.** Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

**Art. 2.** Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) cenie — należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.<sup>1)</sup>);
- 2) dostawach — należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu;
- 2a)<sup>2)</sup> dynamicznym systemie zakupów — należy przez to rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne;
- 3) kierownikowi zamawiającego — należy przez to rozumieć osobę lub organ, który — zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową — jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego;
- 4) koncesji na roboty budowlane — należy przez to rozumieć zamówienia publiczne na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą;
- 5) najkorzystniejszej ofercie — należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;

<sup>1)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204, z 2003 r. Nr 137, poz. 1302 oraz z 2004 r. Nr 96, poz. 959 i Nr 210, poz. 2135.

<sup>2)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551 i Nr 106, poz. 719), która weszła w życie z dniem 25 maja 2006 r.

- 6) ofercie częściowej — należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;
- 7) ofercie wariantowej — należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego;
- 8)<sup>3)</sup> robotach budowlanych — należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 9) środkach publicznych — należy przez to rozumieć środki publiczne w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 9a)<sup>4)</sup> umowie ramowej — należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości;
- 10) usługach — należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy;
- 11) wykonawcy — należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- 12) zamawiającym — należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy;
- 13) zamówieniach publicznych — należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

**Art. 3.** 1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 3a)<sup>5)</sup> związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;

<sup>3)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 1 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>4)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 1 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>5)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 2 lit. a tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 4)<sup>6)</sup> inne niż określone w pkt 1–3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
- a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
  - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;
- 5)<sup>6)</sup> inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,
  - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
- 6) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie;
- 7)<sup>7)</sup> podmioty, którym podmioty określone w pkt 1–3a udzieliły koncesji na roboty budowlane, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

2.<sup>8)</sup> Prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu ust. 1 pkt 4 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania.

**Art. 4.** Ustawy nie stosuje się do:

- 1)<sup>9)</sup> zamówień udzielanych na podstawie:
- a) procedury organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych niż określone w ustawie,
  - b) umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczących stacjonowania wojsk, jeżeli umowy te przewidują inne niż ustawa procedury udzielania zamówień,
  - c) umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury udzielania zamówień;

<sup>6)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 2 lit. a tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>7)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 2 lit. a tiret trzecie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>8)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 2 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>9)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 3 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 2) zamówień Narodowego Banku Polskiego związanych z:
  - a) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,
  - b) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa,
  - c) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym,
  - d) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami,
  - e) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami,
  - f) gromadzeniem złota i metali szlachetnych,
  - g) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 3) zamówień, których przedmiotem są:
  - a) usługi arbitrażowe lub pojednawcze,
  - b) usługi Narodowego Banku Polskiego,
  - c) (uchylona),<sup>10)</sup>
  - d) (uchylona),<sup>10)</sup>
  - e)<sup>11)</sup> usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność,
  - f)<sup>11)</sup> dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską,
  - g)<sup>11)</sup> nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych,
  - h) zakup czasu antenowego,
  - i)<sup>12)</sup> nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu,
  - j)<sup>12)</sup> usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału;
- 4) umów z zakresu prawa pracy;
- 4a) (uchylony);<sup>13)</sup>
- 5) zamówień objętych tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa;
- 6)<sup>14)</sup> zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, któremu przyznano, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, wyłączne prawo do świadczenia tych usług;
- 7) przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przyznawane na podstawie ustaw;
- 8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 6 000 euro;

<sup>10)</sup> Przez art. 1 pkt 3 lit. b tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>11)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 3 lit. b tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>12)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 3 lit. b tiret trzecie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>13)</sup> Dodany przez art. 52 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (Dz. U. Nr 116, poz. 1207), która weszła w życie z dniem 1 czerwca 2004 r., a następnie uchylony przez art. 1 pkt 3 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>14)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 3 lit. d ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 9) (uchylony);<sup>15)</sup>
- 10)<sup>16)</sup> zamówień udzielanych przez podmioty wykonujące co najmniej jeden z następujących rodzajów działalności:
- a) udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  - b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
  - c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej lub usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci — jeżeli zamówienie jest udzielane wyłącznie w celu wykonywania jednego z tych rodzajów działalności;
- 11)<sup>16)</sup> nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego.

**Art. 4a.**<sup>17)</sup> 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, terminów składania ofert, ofert wstępnych i ofert orientacyjnych oraz przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg.

2. W przypadku zamówienia, o którym mowa w ust. 1, ogłoszenie o wszczęciu postępowania oraz o zawarciu umowy zamawiający zamieszcza na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych oraz na własnej stronie internetowej, a jeżeli takiej nie posiada, umieszcza w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym, wskazując odpowiednio przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, a także termin i miejsce składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert oraz uzasadnienie wyboru wykonawcy, któremu udzielono zamówienia.

3. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, ustalone przez zamawiającego terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminy składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych nie mogą być krótsze niż 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych albo od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych, jeżeli z przepisów ustawy wynika obowiązek wyznaczenia terminów dłuższych niż 7 dni.

**Art. 5.** 1.<sup>18)</sup> W postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi:

- 1) w zakresie ochrony osób i mienia, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności,
- 2) socjalne,
- 3) hotelarskie lub restauracyjne,
- 4) transportu kolejowego,
- 5) transportu morskiego lub żeglugi śródlądowej,
- 6) prawnicze,
- 7) rekrutacji lub pozyskiwania personelu,
- 8) szkoleniowe lub edukacyjne,
- 9) zdrowotne,

<sup>15)</sup> Dodany przez art. 107 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 96, poz. 959), która weszła w życie z dniem 1 maja 2004 r., a następnie uchylony przez art. 1 pkt 3 lit. e ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>16)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 3 lit. f ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>17)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 4 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>18)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 5 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 10) w zakresie kultury, sportu lub rekreacji, z wyjątkiem usług kablowej sieci radiowej i telewizyjnej,
- 11) detektywistyczne,
- 12) związane bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej

— zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a dla zamówień określonych w pkt 3–12 — również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu”.

2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, o których mowa w ust. 1, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

3. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami, o których mowa w ust. 1.

**Art. 6. 1.** Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

2.<sup>19)</sup> Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.

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

4.<sup>20)</sup> Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług.

## **Rozdział 2**

### **Zasady udzielania zamówień**

**Art. 7. 1.** Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

**Art. 8. 1.** Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

---

<sup>19)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 6 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>20)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 6 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3.<sup>21)</sup> Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.

**Art. 9.** 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.

3. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

**Art. 10.** 1. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

2.<sup>22)</sup> Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

## Rozdział 3 Ogłoszenia

**Art. 11.** 1. Ogłoszenia, o których mowa w ustawie, przekazywane Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich publikuje się odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

2. Ogłoszenia przekazywane Prezesowi Urzędu publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”.

3.<sup>23)</sup> Prezes Urzędu wzywa do sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli ogłoszenie nie zawiera informacji wymaganych przepisami ustawy dotyczących ogłoszeń lub zawartych we wzorach określonych w przepisach wydanych na podstawie ust. 6. Sprostowanie przekazane Prezesowi Urzędu publikuje się w formie obwieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu.

4. Prezes Urzędu z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego prostuje niezwłocznie, w formie obwieszczenia publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, błędy w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego przez zamawiającego do publikacji.

5.<sup>24)</sup> Prezes Urzędu, na wniosek zamawiającego, publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa.

6.<sup>24)</sup> Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu, mając na względzie rodzaje ogłoszeń.

<sup>21)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 7 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>22)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 8 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>23)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 9 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>24)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 9 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

7.<sup>25)</sup> Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się, zgodnie z wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 1), jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

8.<sup>25)</sup> Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej.

**Art. 12.** 1. Prezesowi Urzędu ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu.

2.<sup>26)</sup> Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadkach przewidzianych w ustawie — drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi albo w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zwanej dalej „stroną internetową określoną w dyrektywie”.

3.<sup>26)</sup> Zamawiający jest obowiązany udokumentować:

- 1) dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w szczególności przechowywać dowód jego nadania;
- 2) publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w szczególności przechowywać dowód jego publikacji.

4.<sup>27)</sup> Jeżeli ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawiera błędy polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji, zamawiający niezwłocznie przesyła sprostowanie ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

5.<sup>27)</sup> Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowa.

**Art. 13.**<sup>28)</sup> 1. Zamawiający niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego — raz w roku, przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszcza na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, zwanym dalej „profilem nabywcy”, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych, których wartość:

- 1) dla robót budowlanych — jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

<sup>25)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 9 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>26)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 10 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>27)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 10 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>28)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 11 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



- 2) zsumowana dla dostaw o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach danej grupy określonej w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień CPV (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001–0562, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 3, z późn. zm.<sup>29)</sup>), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
- 3) zsumowana dla usług o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach kategorii 1–16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może zamieścić w profilu nabywcy po przekazaniu ogłoszenia o profilu nabywcy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do planowanych zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1, oraz planowanych zamówień udzielanych w trybie innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny.

## DZIAŁ II POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

### Rozdział 1 Zamawiający i wykonawcy

**Art. 14.** Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.<sup>30)</sup>), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

**Art. 15.** 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.

2.<sup>31)</sup> Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.

<sup>29)</sup> Wymienione rozporządzenie zostało zmienione rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz. Urz. UE L 329 z 17.12.2003, str. 0001–0270).

<sup>30)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1971 r. Nr 27, poz. 252, z 1976 r. Nr 19, poz. 122, z 1982 r. Nr 11, poz. 81, Nr 19, poz. 147 i Nr 30, poz. 210, z 1984 r. Nr 45, poz. 242, z 1985 r. Nr 22, poz. 99, z 1989 r. Nr 3, poz. 11, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, Nr 55, poz. 321 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 107, poz. 464 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 17, poz. 78, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 85, poz. 388 i Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, Nr 139, poz. 646 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 115, poz. 741, Nr 117, poz. 751 i Nr 157, poz. 1040, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 758, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 271, Nr 74, poz. 855 i 857, Nr 88, poz. 983 i Nr 114, poz. 1191, z 2001 r. Nr 11, poz. 91, Nr 71, poz. 733, Nr 130, poz. 1450 i Nr 145, poz. 1638, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 i Nr 141, poz. 1176, z 2003 r. Nr 49, poz. 408, Nr 60, poz. 535, Nr 64, poz. 592 i Nr 124, poz. 1151, z 2004 r. Nr 91, poz. 870, Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1692, Nr 172, poz. 1804 i Nr 281, poz. 2783, z 2005 r. Nr 48, poz. 462, Nr 157, poz. 1316 i Nr 172, poz. 1438 oraz z 2006 r. Nr 133, poz. 935.

<sup>31)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 12 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

**Art. 15a.**<sup>32)</sup> 1. Centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego.

2. Zamawiający z administracji rządowej mogą udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, jeżeli umowa ramowa to przewiduje.

3. Centralny zamawiający może dokonywać czynności, o których mowa w ust. 1, również na potrzeby innych zamawiających.

4. Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych.

5. Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, może, w drodze zarządzenia, polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określić zakres informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oraz sposób współdziałania z centralnym zamawiającym.

6. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do centralnego zamawiającego.

**Art. 16.** 1. Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

2. (uchylony).<sup>33)</sup>

3.<sup>34)</sup> Minister kierujący działem administracji rządowej może, w drodze zarządzenia, wskazać, spośród podległych jemu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także polecić tym jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz polecić udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego.

4. Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.

5. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1.

**Art. 17.** 1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą praw-

<sup>32)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 13 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>33)</sup> Przez art. 1 pkt 14 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>34)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 14 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

nym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

2. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.

3. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

**Art. 18. 1.** Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.

2. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego.

3. Jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu.

**Art. 19. 1.** Kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zwaną dalej „komisją przetargową”, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro.

2. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się.

3. Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań.

**Art. 20. 1.** Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.

2. Kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej dokonanie innych, niż określone w ust. 1, czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio.

3. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

**Art. 21.** 1. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego.

2. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób.

3. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

4. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis art. 17 stosuje się.

**Art. 22.** 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- 2)<sup>35)</sup> posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

**Art. 23.** 1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.

4.<sup>36)</sup> Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

**Art. 24.** 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 1) wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;
- 2)<sup>37)</sup> wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego;
- 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

<sup>35)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 15 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>36)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 16 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>37)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 17 lit. a tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 4)<sup>38)</sup> osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 5)<sup>38)</sup> spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 6)<sup>38)</sup> spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 7)<sup>38)</sup> spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 8)<sup>38)</sup> osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
- 10) wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3.
  2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:
    - 1)<sup>39)</sup> wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;
    - 2) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

<sup>38)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 17 lit. a tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>39)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 17 lit. b tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 3)<sup>40)</sup> nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3;
- 4) nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

3.<sup>41)</sup> Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3.

4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

**Art. 25.**<sup>42)</sup> 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
  - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną.

**Art. 26.**<sup>43)</sup> 1. Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

3. 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.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

**Art. 27.**<sup>44)</sup> 1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

<sup>40)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 17 lit. b tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>41)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 17 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>42)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 18 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>43)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 19 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>44)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 20 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

3. Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie.

4. Zamawiający może żądać w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzone pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

5. Informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej zamawiającemu.

**Art. 28.** (uchylony).<sup>45)</sup>

## **Rozdział 2** **Przygotowanie postępowania**

**Art. 29.** 1. 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.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3.<sup>46)</sup> Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

**Art. 30.**<sup>47)</sup> 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te nor-

<sup>45)</sup> Przez art. 1 pkt 21 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>46)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 22 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>47)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 23 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

my oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1–3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

7. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

**Art. 31.** 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) programu funkcjonalno-użytkowego

— mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

**Art. 32.** 1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

3.<sup>48)</sup> Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

4. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

<sup>48)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 24 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



5. Jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową.

6.<sup>49)</sup> Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów.

7.<sup>49)</sup> Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej.

**Art. 33.** 1. Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane;
- 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane.

2. Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy.

3. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego,
- 2) metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym — uwzględniając dane techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wpływ na wartość zamówienia.

**Art. 34.** 1.<sup>50)</sup> Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

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

2. Wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

3.<sup>51)</sup> Jeżeli zamówienia udziela się na czas:

- 1) nieoznaczony, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia;
- 2) oznaczony:

<sup>49)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 24 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>50)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 25 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>51)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 25 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,
- b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4. Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.

5. Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

**Art. 35.** 1. Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

3.<sup>52)</sup> Prezes Rady Ministrów co najmniej raz na dwa lata określi, w drodze rozporządzenia, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień.

**Art. 36.**<sup>53)</sup> 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) tryb udzielenia zamówienia;
- 3) opis przedmiotu zamówienia;
- 4) termin wykonania zamówienia;
- 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 6) wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 7) informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami;
- 8) wymagania dotyczące wadium;
- 9) termin związania ofertą;
- 10) opis sposobu przygotowywania ofert;
- 11) miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert;
- 12) opis sposobu obliczenia ceny;
- 13) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert;

<sup>52)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 26 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>53)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 27 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 14) informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 15) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
- 17) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

2. W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:

- 1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
- 2) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
- 3) informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, oraz okoliczności, po których zaistnieniu będą one udzielane, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;
- 4) opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie;
- 5) adres poczty elektronicznej lub strony internetowej zamawiającego, jeżeli zamawiający dopuszcza porozumiewanie się drogą elektroniczną;
- 6) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
- 7) jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną:
  - a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,
  - b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
  - c) informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej;
- 8) wysokość zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot.

3. W postępowaniach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, specyfikacja istotnych warunków zamówienia może nie zawierać informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 8 i 15.

4. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania nazw (firm) proponowanych podwykonawców.

5. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

**Art. 37.<sup>54)</sup>** 1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia przekazuje się nieodpłatnie, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 2.

2. Zamawiający może udostępnić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo

<sup>54)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 28 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 1.

**Art. 38.**<sup>55)</sup> 1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia — na mniej niż 4 dni przed terminem składania ofert.

2. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie.

3. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, informację o terminie zebrania zamieszcza także na tej stronie; w takim przypadku sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania doręcza się niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.

4. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.

5. Modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

6. Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin przedłuża się co najmniej o 7 dni.

7. O przedłużeniu terminu składania ofert zamawiający niezwłocznie zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza tę informację na tej stronie.

## **Rozdział 3** **Tryby udzielania zamówień**

### **Oddział 1** **Przetarg nieograniczony**

**Art. 39.** Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

---

<sup>55)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 29 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

**Art. 40.** 1.<sup>56)</sup> Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

2.<sup>56)</sup> Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Prezesowi Urzędu.

3.<sup>56)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

4.<sup>56)</sup> Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu również w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

5. Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób.

6. Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:

- 1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- 2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- 3) zawiera informację o dniu jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

**Art. 41.** Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3)<sup>57)</sup> adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia;
- 4)<sup>57)</sup> określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
- 5) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 6) termin wykonania zamówienia;
- 7) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 8) informację na temat wadium;
- 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 10) miejsce i termin składania ofert;
- 11) termin związania ofertą;
- 12)<sup>58)</sup> informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;

<sup>56)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 30 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>57)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 31 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>58)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 31 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 13)<sup>58)</sup> informację o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
- 14)<sup>58)</sup> informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna.

**Art. 42.**<sup>59)</sup> 1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert, a jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach portalu internetowego Urzędu do upływu terminu składania ofert.

2. Na wniosek wykonawcy zamawiający przekazuje w terminie 5 dni specyfikację istotnych warunków zamówienia. Opłata, jakiej można żądać za specyfikację istotnych warunków zamówienia, może pokrywać jedynie koszty jej druku oraz przekazania.

**Art. 43.**<sup>60)</sup> 1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 30 dni dla robót budowlanych.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż:

- 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony w pkt 1.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 2, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

4. Zamawiający może wyznaczyć terminy, o których mowa w ust. 2 i 3, krótsze o 5 dni.

**Art. 44.** Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

**Art. 45.** 1.<sup>61)</sup> Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2.<sup>61)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

<sup>59)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 32 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>60)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 33 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>61)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 34 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

4. Zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5% do 3% wartości zamówienia.

5.<sup>62)</sup> Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.

6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2)<sup>63)</sup> poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5)<sup>64)</sup> poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.<sup>65)</sup>).

7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

8. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

**Art. 46.** 1. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli:

- 1) upłynął termin związania ofertą;
- 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;
- 3) zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.

2. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) który został wykluczony z postępowania;
- 3) którego oferta została odrzucona.

3. Złożenie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona lub wykluczonego z postępowania, wniosku o zwrot wadium jest równoznaczne ze zrzeczeniem się przez wykonawcę prawa do wniesienia protestu.

4. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

<sup>62)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 34 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>63)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 34 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>64)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 28 maja 2004 r. o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 145, poz. 1537), która weszła w życie z dniem 10 lipca 2004 r.

<sup>65)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2002 r. Nr 25, poz. 253, Nr 66, poz. 596 i Nr 216, poz. 1824, z 2004 r. Nr 145, poz. 1537 i Nr 281, poz. 2785, z 2005 r. Nr 132, poz. 1110, Nr 179, poz. 1484 i Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 149, poz. 1074.

- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

## **Oddział 2** **Przetarg ograniczony**

**Art. 47.** Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

**Art. 48.** 1. Do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.

2. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
- 4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 5) termin wykonania zamówienia;
- 6)<sup>66)</sup> opis warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszących się do właściwości wykonawcy, wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 7) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert;
- 9) informację na temat wadium;
- 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 11) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 12)<sup>67)</sup> adres strony internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie;
- 13)<sup>67)</sup> informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
- 14)<sup>67)</sup> informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna.

**Art. 49.**<sup>68)</sup> 1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż:

---

<sup>66)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 35 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>67)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 35 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>68)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 36 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



- 1) 30 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 37 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony w pkt 1.

3. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż:

- 1) 10 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 15 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich faksem.

**Art. 50.** Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty.

**Art. 51. 1.** Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.

1a.<sup>69)</sup> O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2.<sup>70)</sup> Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproponowanego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

4.<sup>71)</sup> Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 47. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.

**Art. 52. 1.**<sup>72)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych.

2.<sup>72)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

<sup>69)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 37 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>70)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 37 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>71)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 37 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>72)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 38 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3.<sup>72)</sup> W przypadku, o którym mowa w ust. 2, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanym lub zamieszczonym w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

4. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni.

5.<sup>73)</sup> Zamawiający może wyznaczyć termin, o którym mowa w ust. 2, krótszy o 5 dni, jeżeli udostępni specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

**Art. 53.** Do przetargu ograniczonego stosuje się przepisy art. 45 i 46.

### **Oddział 3<sup>74)</sup>** **Negocjacje z ogłoszeniem**

**Art. 54.** Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

**Art. 55.** 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 5) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

**Art. 56.** 1. Do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

<sup>73)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 38 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>74)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 39 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.

**Art. 57.** 1. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7. Przepisy art. 82–84, art. 89 ust. 1 pkt 1–3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2–4 stosuje się odpowiednio.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproponowanego do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

5. Wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 9 i 11 nie stosuje się.

6. Zamawiający wyznacza termin składania ofert wstępnych, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty wstępnej, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych.

**Art. 58.** 1. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

2. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami.

4. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

**Art. 59.** 1. Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji.

2. Zmiany, o których mowa w ust. 1, nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.

**Art. 60.** 1. Zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się.

2. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej informacje o:

- 1) miejscu i terminie składania oraz otwarcia ofert;
- 2) obowiązku wniesienia wadium;
- 3) terminie związania ofertą.

3. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

4. W przypadku gdy zamawiający dokonał zmian, o których mowa w art. 59 ust. 1, wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia lub zamieszcza ją na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja jest udostępniana na tej stronie.

### **Oddział 3a<sup>75)</sup>** **Dialog konkurencyjny**

**Art. 60a.** Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

**Art. 60b.** 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- 1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

**Art. 60c.** 1. Do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio, z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu.

2. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.

**Art. 60d.** 1. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

<sup>75)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 39 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

5. Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej:

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

6. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z dialogiem są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

7. Prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.

**Art. 60e.** 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

2. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu, zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.

4. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się.

## **Oddział 4**

### **Negocjacje bez ogłoszenia**

**Art. 61.** Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

**Art. 62.** 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1)<sup>76)</sup> w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2)<sup>76)</sup> został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
- 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można za-

<sup>76)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 40 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

chować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

2.<sup>77)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

3.<sup>77)</sup> Przed wszczęciem postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie ust. 1 pkt 1, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający jest obowiązany przekazać Komisji Europejskiej informację o unieważnieniu postępowania, jeżeli Komisja Europejska wystąpi o jej przekazanie.

**Art. 63.** 1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji.

2. Zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
- 3) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 4) termin wykonania zamówienia;
- 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków;
- 6) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania;
- 7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 8) miejsce i termin negocjacji z zamawiającym.

3.<sup>78)</sup> Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 1, zamawiający zaprasza do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu nieograniczonym albo przetargu ograniczonym. Przepis ust. 3 stosuje się.

**Art. 64.** 1. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.

2. Zapraszając do składania ofert zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Przepisy art. 45 ust. 3–8 i art. 46 stosuje się.

3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 nie stosuje się.

**Art. 65.**<sup>79)</sup> Do negocjacji bez ogłoszenia przepisy art. 58 ust. 3 i 4 oraz art. 60 ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

<sup>77)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 40 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>78)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 41 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>79)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 42 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

## Oddział 5 Zamówienie z wolnej ręki

**Art. 66.** Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

**Art. 67.** 1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
  - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
  - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
  - c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
- 2)<sup>80)</sup> przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
- 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
- 4)<sup>81)</sup> w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
  - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
  - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;
- 6) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego;
- 7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych param-

<sup>80)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 43 lit. a tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>81)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 43 lit. a tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

trach technicznych, co powodowałyby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego;

- 8)<sup>82)</sup> możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;
- 9)<sup>82)</sup> zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
- 10)<sup>82)</sup> zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2.<sup>83)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

3.<sup>83)</sup> Przepisu ust. 2 nie stosuje się w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1:

- 1) pkt 1 lit. a, których przedmiotem są:
  - a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
  - b) dostawy energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej,
  - c) dostawy gazu z sieci gazowej,
  - d) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
  - e) powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. — Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188, z późn. zm.<sup>84)</sup>),
  - f) usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych;
- 2) pkt 3 w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć z pewnością, w szczególności zagrażającego bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody w znacznych rozmiarach;
- 3) pkt 8 i 9.

4. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 3, nie stosuje się przepisów art. 19–21, 24, art. 26 ust. 1–3 i art. 68.

**Art. 68.**<sup>85)</sup> 1. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Przepisów art. 36 ust. 1–3 oraz art. 37 i 38 nie stosuje się. Przepisy art. 36 ust. 4 i 5 stosuje się odpowiednio.

<sup>82)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 43 lit. a tiret trzecie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>83)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 43 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>84)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 69, poz. 627, Nr 96, poz. 959, Nr 171, poz. 1800 i Nr 173, poz. 1808, z 2005 r. Nr 267, poz. 2258 oraz z 2006 r. Nr 104, poz. 708.

<sup>85)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 44 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



2. Najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

## **Oddział 6** **Zapytanie o cenę**

**Art. 69.** Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.

**Art. 70.**<sup>86)</sup> Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

**Art. 71.** 1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będącej przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.

2.<sup>87)</sup> Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 8 i 15 nie stosuje się.

**Art. 72.** 1. Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Nie prowadzi się negocjacji w sprawie ceny.

2. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.

**Art. 73.** Do zapytania o cenę przepisy art. 44 i art. 64 ust. 1 stosuje się odpowiednio.

## **Oddział 7** **Licytacja elektroniczna<sup>88)</sup>**

**Art. 74.** 1. Licytacja<sup>89)</sup> elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

2.<sup>90)</sup> Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

**Art. 75.** 1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona aukcja.

<sup>86)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 45 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>87)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 46 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>88)</sup> Tytuł w brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 47 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>89)</sup> Ze zmianą wprowadzoną przez art. 1 pkt 48 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>90)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 49 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w ust. 1, zawiera co najmniej:
- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
  - 2) określenie trybu zamówienia;
  - 3) określenie przedmiotu zamówienia;
  - 4) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych;
  - 5) sposób postępowania w toku licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych wysokości postępiń;
  - 6) informacje o liczbie etapów licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej i czasie ich trwania;
  - 7) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej;
  - 8) termin otwarcia oraz termin i warunki zamknięcia licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej;
  - 9) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
  - 10) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
  - 11) termin związania ofertą;
  - 12) termin wykonania zamówienia;
  - 13) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
  - 14) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
  - 15) adres strony internetowej, na której będzie prowadzona licytacja<sup>89)</sup> elektroniczna.

**Art. 76. 1.** Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej nie krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.

2. Zamawiający dopuszcza do udziału w licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej i zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określając w zaproszeniu termin związania ofertą wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę.

3. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium, w terminie przez niego określonym, nie później jednak niż przed upływem terminu otwarcia licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się odpowiednio.

4. Zamawiający otwiera licytację<sup>89)</sup> elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert.

**Art. 77.** Zamawiający i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia licytacji<sup>89)</sup> przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną.

**Art. 78. 1.** Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

2. Oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny.

3. Oferta złożona w toku licytacji<sup>89)</sup> przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.

**Art. 79. 1.** Licytacja<sup>89)</sup> elektroniczna może być jednoetapowa albo wieloetapowa.

2. Zamawiający może, jeżeli zastrzegł to w ogłoszeniu, po zakończeniu każdego etapu licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień, informując ich o tym niezwłocznie.

3. W toku każdego etapu licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

**Art. 80.** 1. Zamawiający zamyka licytację<sup>89)</sup> elektroniczną:

- 1) w terminie określonym w ogłoszeniu;
- 2) jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia lub
- 3) po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu.

2. Bezpośrednio po zamknięciu licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

3. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.

**Art. 81.** Do licytacji<sup>89)</sup> elektronicznej przepisów art. 36–38 i 82–92 nie stosuje się.

## **Rozdział 4**

### **Wybór najkorzystniejszej oferty**

**Art. 82.** 1. Wykonawca może złożyć jedną ofertę.

2. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

3. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Art. 83.** 1. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.

2. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.

**Art. 84.** 1. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.

2. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu.

**Art. 85.** 1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

- 1)<sup>91)</sup> 30 dni — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

<sup>91)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 50 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2)<sup>91)</sup> 90 dni — jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro;

3) 60 dni — jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2.<sup>92)</sup> W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

**Art. 86.** 1. Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert.

2. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.

3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

4. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

5. Informacje, o których mowa w ust. 3 i 4, przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniosek.

**Art. 87.** 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

**Art. 88.** Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób:

1) w przypadku mnożenia cen jednostkowych i liczby jednostek miar:

- a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową,
- b) jeżeli cenę jednostkową podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar i ten zapis ceny jednostkowej, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny;

2) w przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia:

- a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia,
- b) jeżeli cenę za część zamówienia podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano ten zapis, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny,

<sup>92)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 50 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- c) jeżeli ani cena za część zamówienia podana liczbą, ani podana słownie nie odpowiadają obliczonej cenie, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za część zamówienia wyrażone słownie;
- 3) w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa):
  - a) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia,
  - b) jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie,
  - c) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe.

**Art. 89. 1.** Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

2. (uchylony).<sup>93)</sup>

**Art. 90. 1.**<sup>94)</sup> Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3.<sup>95)</sup> Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4.<sup>95)</sup> Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

<sup>93)</sup> Przez art. 1 pkt 51 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>94)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 52 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>95)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 52 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

**Art. 91.** 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2.<sup>96)</sup> Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

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

3a.<sup>97)</sup> Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

4. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.

5. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.

6. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach.

**Art. 91a.**<sup>98)</sup> 1. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4–6 nie stosuje się.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, a także jeżeli podawana w ofercie cena nie jest ceną ryczałtową.

3. Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej.

4. Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.

**Art. 91b.**<sup>98)</sup> 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:

- 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;
- 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej.

<sup>96)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 53 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>97)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 53 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>98)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 54 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1.

4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

**Art. 91c.**<sup>98)</sup> 1. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86–89 nie stosuje się.

2. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

3. W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

4. Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

5. Przepisy art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 stosuje się odpowiednio.

**Art. 92.**<sup>99)</sup> 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, i uzasadnienie jej wyboru;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne — jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

2. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, również na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

**Art. 93.** 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 3)<sup>100)</sup> w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty co najmniej przez dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;

<sup>99)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 55 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>100)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 56 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.

3.<sup>101)</sup> O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia — w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,
- 2) złożyli oferty — w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

— podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

5.<sup>102)</sup> W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

**Art. 94.** 1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą.

2.<sup>103)</sup> Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1.

**Art. 95.**<sup>104)</sup> 1. Jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Prezesowi Urzędu.

2. Jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

3. Zamawiający nie przekazuje ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jeżeli zamówienia udziela się na podstawie umowy ramowej.

4. W przypadku udzielania zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów zamawiający może odstąpić od przekazywania ogłoszeń zgodnie z ust. 2 i przekazywać ogłoszenia o udzieleniu zamówienia raz na 3 miesiące.

<sup>101)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 56 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>102)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 56 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>103)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 57 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>104)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 58 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



## Rozdział 5 Dokumentowanie postępowań

**Art. 96.** 1. W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej „protokołem”, zawierający co najmniej:

- 1) opis przedmiotu zamówienia;
- 2) informację o trybie udzielenia zamówienia;
- 3) informacje o wykonawcach;
- 4) cenę i inne istotne elementy ofert;
- 5)<sup>105)</sup> wskazanie wybranej oferty lub ofert.

2. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

3.<sup>106)</sup> Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania.

4. (uchylony).<sup>107)</sup>

5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

1) wzór protokołu oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole, mając na względzie wartość zamówienia, tryb postępowania o udzielenie zamówienia, a także mając na celu zapewnienie możliwości zgłaszania uwag do treści protokołu przez osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia;

2) sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami, mając na względzie zapewnienie jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

**Art. 97.** 1. Zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.

2. Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały.

**Art. 98.** 1. Zamawiający sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach, zwane dalej „sprawozdaniem”.

2. Sprawozdanie zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.

3. (uchylony).<sup>108)</sup>

4.<sup>109)</sup> Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w sprawozdaniu, jego wzór oraz sposób przekazywania, mając na względzie wymagania

<sup>105)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 59 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>106)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 59 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>107)</sup> Przez art. 1 pkt 59 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>108)</sup> Przez art. 1 pkt 60 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>109)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 60 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

dotyczące treści sprawozdania przekazywanego Komisji Europejskiej, w tym rodzaj zamawiającego, kraj pochodzenia wybranego wykonawcy, wartość udzielonych zamówień, rodzaj zamówień i tryb ich udzielania oraz podstawę prawną zastosowania, a jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych albo 10 000 000 euro dla dostaw lub usług — także sposób wykonania zamówień.

## DZIAŁ III<sup>110)</sup> PRZEPISY SZCZEGÓLNE

### Rozdział 1 Umowy ramowe

**Art. 99.** Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

**Art. 100.** 1. Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.

2. O zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający niezwłocznie zawiadamia Prezesa Urzędu, podając wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.

3. Umowę ramową zawiera się:

- 1) z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne;
- 2) co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

4. Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji.

**Art. 101.** 1. Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, w trybie:

- 1) zamówienia z wolnej ręki — jeżeli zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą; przepisów art. 67 ust. 1 i 2 nie stosuje się;
- 2) negocjacji bez ogłoszenia — jeżeli zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą.

2. Udzielając zamówienia, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna. Zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, zamawiający zaprasza do składania ofert wyłącznie wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową. Przepisów art. 62 i 63 nie stosuje się.

4. Do zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową, nie stosuje się przepisów art. 26 oraz art. 167 ust. 2 i 3.

---

<sup>110)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 61 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

## Rozdział 2

### Dynamiczny system zakupów

**Art. 102.** 1. Zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

2. Dynamiczny system zakupów ustanawia się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system może być ustanowiony na okres dłuższy.

3. W przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający w terminie 3 dni zawiadamia o tym Prezesa Urzędu, podając wartość dynamicznego systemu zakupów i przedmiot zamówień objętych tym systemem oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji.

**Art. 103.** 1. W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną.

2. W postępowaniach, o których mowa w ust. 1, oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

3. Ogłoszenia przekazuje się Prezesowi Urzędu drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu, a Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

**Art. 104.** 1. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający udostępnia na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:

- 1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów;
- 2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
- 3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
- 4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert.

2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz informacje, o których mowa w ust. 1, są dostępne na stronie internetowej przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów.

**Art. 105.** 1. W celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcy mogą składać oferty, zwane dalej „ofertami orientacyjnymi”, przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów. Przepisów art. 45 i 46, art. 82 ust. 1 i 2 oraz art. 83–86 nie stosuje się.

2. Wraz z ofertą orientacyjną wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty.

3. Oferta orientacyjna może być w każdym czasie uaktualniona poprzez złożenie nowej oferty orientacyjnej. W przypadku uaktualniania oferty orientacyjnej przepisu ust. 2 nie stosuje się.

4. Zamawiający dokonuje oceny oferty orientacyjnej w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia jej otrzymania.

5. Zamawiający informuje niezwłocznie wykonawcę o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

6. Zamawiający może przedłużyć termin, o którym mowa w ust. 4, z tym że w okresie przedłużenia nie może wszcząć postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

**Art. 106.** 1. Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający zamieszcza na stronie internetowej uproszczone ogłoszenie o zamówieniu. Przepisy art. 40 ust. 2–6 stosuje się odpowiednio.

2. Uproszczone ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej:

- 1) termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów;
- 2) nazwę (firmę) zamawiającego;
- 3) określenie przedmiotu zamówienia oraz wielkość lub zakres zamówienia;
- 4) adres strony internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz informacje, o których mowa w art. 104 ust. 1;
- 5) termin składania ofert orientacyjnych.

3. Zamawiający może, przed publikacją uproszczonego ogłoszenia, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O dokonanej modyfikacji zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów, a także zamieszcza tę informację na stronie internetowej. Przepisów art. 38 ust. 4, 6 i 7 nie stosuje się.

**Art. 107.** 1. W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawca, który dotychczas nie był dopuszczony do udziału w dynamicznym systemie zakupów, składa ofertę orientacyjną w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym niż 15 dni od dnia przekazania tego ogłoszenia.

2. Zamawiający niezwłocznie dokonuje oceny ofert orientacyjnych. Przepis art. 105 ust. 5 stosuje się.

**Art. 108.** 1. Niezwłocznie po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do tego systemu.

2. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

**Art. 109.** 1. Oferty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów ocenia się wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 104.

2. Oferta składana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów nie może być mniej korzystna od oferty orientacyjnej.

3. Wykonawca składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający żąda ich, zapraszając do składania ofert.

## Rozdział 3 Konkurs

**Art. 110.** Konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

**Art. 111.** 1. Nagrodami w konkursie mogą być:

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

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

3. Wartością konkursu jest wartość nagród.

4. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia oraz wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody.

5. Do ustalenia wartości konkursu przepisy art. 35 stosuje się odpowiednio.

**Art. 112.** 1. Organizatorem konkursu jest zamawiający. Przepisy art. 15 ust. 2 oraz art. 18 stosuje się odpowiednio.

2. Kierownik zamawiającego powołuje sąd konkursowy oraz określa organizację, skład i tryb pracy sądu konkursowego.

3. Sąd konkursowy składa się co najmniej z 3 osób powoływanych i odwoływanych przez kierownika zamawiającego.

4. Do członków sądu konkursowego przepisy art. 17 stosuje się odpowiednio.

5. Członkami sądu konkursowego są wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, posiada wymagane uprawnienia.

**Art. 113.** 1. Sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.

2. Sąd konkursowy w szczególności sporządza informacje o pracach konkursowych, przygotowuje uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, a także, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie konkursu.

3. Sąd konkursowy w zakresie spraw, o których mowa w ust. 1 i 2, jest niezależny.

4. Kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne niż określone w ust. 1 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem konkursu.

**Art. 114.** Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności:

- 1) unieważnia konkurs;
- 2) zatwierdza rozstrzygnięcie konkursu.

**Art. 115.** 1. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o konkursie w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

2. Ogłoszenie o konkursie zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (siedzibę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu konkursu;
- 3) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, z tym że jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przepis art. 22 stosuje się odpowiednio;
- 4) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;
- 5) określenie sposobu uzyskania regulaminu konkursu;
- 6) termin składania prac konkursowych;
- 7) rodzaj i wysokość nagród.

3. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Prezesowi Urzędu.

4. Jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

5. Do przekazywania ogłoszeń o konkursie przepisy art. 40 ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.

**Art. 116.** 1. Zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu.

2. Regulamin konkursu określa w szczególności:

- 1) imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) zamawiającego;
- 2) formę konkursu;
- 3) szczegółowy opis przedmiotu konkursu;
- 4) maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;
- 6) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć uczestnicy konkursu w celu potwierdzenia spełnienia stawianych im wymagań, przepis art. 25 stosuje się odpowiednio;
- 7) sposób porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów;
- 8) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie;
- 9) zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej;
- 10) miejsce i termin składania prac konkursowych przez uczestników dopuszczonych do udziału w konkursie;
- 11) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;
- 12) skład sądu konkursowego;
- 13) rodzaj i wysokość nagród;

- 14) termin wydania (wypłacenia) nagrody, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;
- 15) wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
- 16) postanowienia dotyczące przejścia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3, również istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy;
- 17) sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu;
- 18) sposób udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu konkursu;
- 19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu.

3. Zamawiający przekazuje uczestnikowi konkursu regulamin konkursu w terminie 5 dni od dnia zgłoszenia wniosku o jego przekazanie. Cena, jakiej wolno żądać za regulamin konkursu, może pokrywać jedynie koszty jego druku oraz przekazania.

4. Do porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu przepisy art. 27 stosuje się odpowiednio.

**Art. 117.** 1. Konkurs może być zorganizowany jako jednoetapowy lub dwuetapowy.

2. W konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.

**Art. 118.** 1. Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

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

3. Uczestnicy konkursu mogą wspólnie brać udział w konkursie. Przepisy dotyczące uczestnika konkursu stosuje się odpowiednio do uczestników konkursu biorących wspólnie udział w konkursie.

**Art. 119.** Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, z uwzględnieniem czasu na złożenie wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 21 dni od dnia przekazania ogłoszenia o konkursie:

- 1) Prezesowi Urzędu;
- 2) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich — jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

**Art. 120.** 1. Zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników konkursu spełniających wymagania określone w regulaminie konkursu.

2. Uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu.

3. Do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie przepisy art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio.

**Art. 121.** 1. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe bez informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ze względu na specyfikę przedmiotu pracy konkursowej nie jest możliwe określenie kosztów.

3. Z zawartością prac konkursowych sąd konkursowy nie może zapoznać się do upływu terminu ich składania.

4. Zamawiający zapewnia, że do rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy niemożliwe jest zidentyfikowanie autorów prac konkursowych.

**Art. 122.** 1. Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie. Przepis art. 87 ust. 1 stosuje się odpowiednio.

2. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs, wybierając spośród prac konkursowych najlepszą pracę konkursową lub najlepsze prace konkursowe.

3. Sąd konkursowy dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych po rozstrzygnięciu konkursu.

**Art. 123.** 1. Niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu zamawiający zawiadamia uczestników konkursu o wynikach i otrzymanych ocenach, podając imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) autora wybranej pracy konkursowej albo autorów wybranych prac konkursowych.

2. Z przebiegu prac sądu konkursowego sporządza się protokół.

**Art. 124.** Zamawiający unieważnia konkurs, jeżeli nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa, a w przypadku, o którym mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2, co najmniej dwie prace konkursowe albo jeżeli nie rozstrzygnięto konkursu. Do unieważnienia konkursu przepisy art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 stosuje się odpowiednio.

**Art. 125.** W terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia ustalenia wyników konkursu, zamawiający wydaje (wyplaca) nagrodę, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3 — odpowiednio zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki.

**Art. 126.** 1. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu, zamawiający przekazuje ogłoszenie o jego wynikach Prezesowi Urzędu.

2. Jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu, zamawiający przekazuje ogłoszenie o jego wynikach Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

**Art. 127.** 1. Zamawiający przechowuje dokumentację konkursu przez okres 4 lat od dnia ustalenia wyników konkursu w sposób gwarantujący jej nienaruszalność.

2. Zamawiający, na wniosek uczestników konkursu, których prace konkursowe nie zostały wybrane, zwraca złożone przez nich prace konkursowe.



## **Rozdział 4**

### **Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane**

**Art. 128.** 1. Postępowanie mające na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, zwanej dalej „koncesją”, wszczyna zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, zamieszczając ogłoszenie o koncesji w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

2. Jeżeli wartość koncesji jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający przekazuje ogłoszenie o koncesji Prezesowi Urzędu.

3. Jeżeli wartość koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający przekazuje ogłoszenie o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

4. Ogłoszenie o koncesji zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu koncesji;
- 3) określenie trybu, w jakim udzielana będzie koncesja;
- 4) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert;
- 5) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a w przypadku udzielania koncesji w trybie przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem także znaczenie warunków udziału w postępowaniu;
- 6) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

5. Do ogłoszenia o koncesji przepisy art. 40 ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.

6. W postępowaniu, o którym mowa w ust. 1, mogą uczestniczyć wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego.

7. Koncesji udziela się, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.

8. Jeżeli wartość koncesji jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:

- 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Prezesowi Urzędu drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu;
- 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Prezesowi Urzędu, w sposób inny niż określony w pkt 1.

9. Jeżeli wartość koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot

Europejskich, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:

- 1) 45 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 52 dni — od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w sposób inny niż określony w pkt 1.

**Art. 129.** W postępowaniu mającym na celu udzielenie koncesji do oceny ofert nie stosuje się przepisu art. 91 ust. 3.

**Art. 130.** 1. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może żądać, aby wykonawca, któremu udzielono koncesji (koncesjonariusz), zawarł z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo o wartości stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji.

2. Umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji oraz umowy z podmiotami będącymi w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. Nr 184, poz. 1539 oraz z 2006 r. Nr 157, poz. 1119) nie są uważane za umowy o podwykonawstwo w rozumieniu ust. 1.

3. Wykonawca składa wraz z ofertą listę podmiotów, o których mowa w ust. 2; w przypadku zaistnienia zmian w stosunkach pomiędzy wykonawcą a tymi podmiotami wykonawca jest obowiązany złożyć aktualną listę.

**Art. 131.** 1. Koncesjonariusz, który jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5, jest obowiązany stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji.

2. Koncesjonariusz, który nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wynikających z wykonywania koncesji:

- 1) jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy dotyczących:
  - a) ogłoszenia o zamówieniu,
  - b) ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane,
  - c) określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2;
- 2) jest obowiązany do prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1;
- 3) może nie stosować przepisów, o których mowa w pkt 1, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się do udzielania zamówień podmiotom będącym w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, a także podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji.

## Rozdział 5 Zamówienia sektorowe

**Art. 132.** 1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej „zamówieniami sektorowymi”, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:

- 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) świadczenia usług pocztowych.

2. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz działalnością związaną z pozyskiwaniem wody pitnej.

3. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 7, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych ze świadczeniem usług: zarządzania usługami pocztowymi, przesyłania zakodowanych dokumentów za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji, zarządzania bazami adresowymi, przesyłania poleconej poczty elektronicznej, finansowych, filatelistycznych i logistycznych w szczególności przewozu przesyłek towarowych oraz ich konfekcjonowania i magazynowania.

**Art. 133.** 1. Do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Zamawiający udzielający zamówień sektorowych są obowiązani uwzględniać w sprawozdaniu, o którym mowa w art. 98, także informacje dotyczące udzielonych zamówień sektorowych, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

3. Do zamówień sektorowych nie stosuje się przepisów art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3.

**Art. 134.** 1. Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.

3. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może wyznaczyć:

- 1) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż:
  - a) 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną lub faksem,
  - b) 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w inny sposób niż określony w lit. a,
  - c) 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty;
- 3) dowolny termin składania ofert, jeżeli wszyscy wykonawcy, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wyrazili na to zgodę.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

5. Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:

- 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1;
- 2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

6. Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

- 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1–5 i pkt 7–9;
- 2) w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych;
- 3) udziela się, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w nim określonego.

**Art. 135.** 1. Zamawiający, co najmniej raz w roku, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić w profilu nabywcy okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych, których wartość dla:

- 1) robót budowlanych — jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- 2) dostaw — zsumowana w ramach danej grupy Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 133 ust. 1, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
- 3) usług — zsumowana w ramach kategorii 1–16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 133 ust. 1, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może zamieścić w profilu nabywcy po przekazaniu ogłoszenia o profilu nabywcy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do planowanych zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1, oraz planowanych zamówień udzielanych w trybie innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny.

4. Do ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1, przepis art. 43 ust. 3 stosuje się odpowiednio.

5. Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może zawierać zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. W takim przypadku zamawiający, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, zamawiający zaprasza wykonawców, którzy po opublikowaniu okresowego ogłoszenia informacyjnego poinformowali zamawiającego, że są zainteresowani udziałem w postępowaniu, do potwierdzenia tego zainteresowania, informując jednocześnie o terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

7. Do zaproszenia, o którym mowa w ust. 6, przepis art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

**Art. 136.** 1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane, a w przypadku gdy wykonawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lub 4, również na dostawy, jeżeli są udzielane podmiotom:

- 1) z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,
- 2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy

— jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4; w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności, o której mowa w art. 132:

- 1) jednemu z tych zamawiających lub
- 2) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób określony w ust. 1, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz podmiotów, z którymi jest powiązany w sposób, o którym mowa w ust. 1.

3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych podmiotowi utworzonemu przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności, o której mowa w art. 132, przez jednego z tych zamawiających, pod warunkiem że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie.

4. Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w ust. 1–3.

5. Jeżeli spośród podmiotów, o których mowa w ust. 1, więcej niż jeden podmiot świadczy takie same lub podobne usługi albo wykonuje takie same lub podobne roboty budowlane na rzecz zamawiającego, uwzględnia się całkowity przychód wszystkich tych podmiotów osiągnąony ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych.

**Art. 137.** 1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu gazu lub ciepła do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3, jeżeli:

- 1) produkcja gazu lub ciepła stanowi niezbędną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz
- 2) dostarczanie gazu lub ciepła ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 20% przeciętnych obrotów wykonawcy.

2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3, jeżeli:

- 1) produkcja energii elektrycznej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz
- 2) dostarczanie energii elektrycznej jest uzależnione wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.

3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu wykonywania działalności polegającej na dostarczaniu wody pitnej do sieci, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4, jeżeli:

- 1) produkcja wody pitnej jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w art. 132 oraz
- 2) dostarczanie wody pitnej uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji.

**Art. 138.** 1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający.

2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych mających na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, jeżeli koncesje takie są udzielane w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132.

3. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych, jeżeli są udzielane w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132, poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej.

4. Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w ust. 1 i 2.

**Art. 138a.** 1. Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 i 3, nie stosują ustawy do udzielania zamówień sektorowych na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii.

2. Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4, nie stosują ustawy do udzielania zamówień na dostawy wody.

3. Zamawiający prowadzący, na podstawie praw szczególnych, działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 6, nie stosują ustawy, jeżeli przewozy regularne mogą być świadczone także przez innych przewoźników na tym samym obszarze i tych samych warunkach.

**Art. 138b.** 1. Udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej.

2. Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac.

**Art. 138c.** 1. Zamawiający może:

- 1) zobowiązać wykonawców do zachowania poufności informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków;
- 3) odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 4) w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%.

**Art. 138d.** 1. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego, których interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy lub prawa Unii Europejskiej dotyczącego zamówień, mogą wnioskować do Komisji Europejskiej o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego, polegającego na rozpatrzeniu wniosku przez rozjemców akredytowanych przy Komisji Europejskiej.

2. Wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego wnosi się na piśmie do Komisji Europejskiej za pośrednictwem Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego przekazuje niezwłocznie Komisji Europejskiej.

**Art. 138e.** 1. Zamawiający mogą poddać swoje procedury związane z udzielaniem zamówień okresowemu badaniu w celu uzyskania świadectwa, że w danym czasie procedury te są zgodne z ustawą oraz prawem Unii Europejskiej dotyczącym udzielania zamówień.

2. Prezes Urzędu opracowuje i upowszechnia zasady przeprowadzania badania oraz prowadzi listę podmiotów uprawnionych do przeprowadzania badania, o którym mowa w ust. 1, z zachowaniem wymagań określonych w normie PN EN 45503 (Ocena i atestacja procedur udzielania zamówień w jednostkach działających w sektorach gospodarki wodnej, energii, transportu i telekomunikacji).

3. Podmiot dokonujący badania nie może pozostawać z zamawiającym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

4. Podmiot dokonujący badania, po jego przeprowadzeniu, przedstawia zamawiającemu pisemne sprawozdanie z wyników.

5. Przed przyznaniem świadectwa podmiot dokonujący badania jest obowiązany upewnić się, czy nieprawidłowości stwierdzone podczas badania zostały naprawione oraz że zostały podjęte działania zapobiegające powstawaniu nieprawidłowości w przyszłości.

6. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, do ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Biuletynie Zamówień Publicznych mogą dołączyć informację w brzmieniu: „Zamawiający uzyskał atestację zgodnie z dyrektywą Rady 92/13/EWG, że w dniu (...) jego procedury i praktyki związane z udzielaniem zamówień były zgodne z prawem Wspólnoty oraz przepisami wprowadzającymi to prawo”.

7. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, przez okres 3 lat od jego przyznania nie są obowiązani do stosowania przepisów art. 40 ust. 4 oraz art. 167 ust. 2 i 3.

**Art. 138f.** 1. Zamawiający, którzy zgodnie z opublikowaną decyzją Komisji Europejskiej działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, nie stosują przepisów ustawy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w przypadku niewydania przez Komisję Europejską decyzji w terminie 7 miesięcy od dnia otrzymania wniosku, o którym mowa w ust. 2.

2. Organ właściwy z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego może po przeprowadzeniu analizy właściwego rynku wystąpić do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający wykonujący działalność, o której mowa w art. 132, działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony.

3. Organ właściwy przeprowadza analizę rynku w zakresie danej działalności i sporządza wniosek zgodnie z wymaganiami określonymi w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 7 stycznia 2005 r. dotyczącej szczegółowych zasad stosowania procedury przewidzianej w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 7 z 11.01.2005, str. 7). Wniosek uzgadnia się z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz z Prezesem Urzędu.

4. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, organy właściwe do występowania z wnioskiem, o którym mowa w ust. 2, mając na względzie rodzaj działalności oraz zakres działania organów, a także znajomość przez te organy funkcjonowania rynku w zakresie danej działalności.



## DZIAŁ IV UMOWY W SPRAWACH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**Art. 139.** 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

**Art. 140.**<sup>111)</sup> 1. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

2. W szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczalna jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyrazi na nią zgodę. Zmiany sposobu spełnienia świadczenia nie mogą dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania.

3. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Art. 141.** Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

**Art. 142.** 1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2.<sup>112)</sup> Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

3.<sup>112)</sup> Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w ust. 2, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4.<sup>112)</sup> Przepisu ust. 3 nie stosuje się w przypadku umów:

- 1) redytu i pożyczki;
- 2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 4) koncesji.

**Art. 143.** 1. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:

- 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
- 2) energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej;

<sup>111)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 62 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>112)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 63 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

- 3) gazu z sieci gazowej;
- 4) ciepła z sieci ciepłowniczej.

2.<sup>113)</sup> Przepisu art. 142 ust. 3 nie stosuje się.

**Art. 144. 1.** Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.

**Art. 145. 1.** W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

**Art. 146. 1.** Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:

- 1)<sup>114)</sup> 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.

2. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:

- 1) umowy, o której mowa w ust. 1;
- 2) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 2;
- 3) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.

**Art. 147. 1.** Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej „zabezpieczeniem”.

2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.

3. Zamawiający żąda od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:

- 1)<sup>115)</sup> wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2)<sup>115)</sup> wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki;

<sup>113)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 64 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>114)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 65 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>115)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 66 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3)<sup>115)</sup> umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143.

4.<sup>116)</sup> W wyjątkowych sytuacjach, w szczególności gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenie zamówienia lub spowodować znaczny wzrost cen ofert, zamawiający może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia.

**Art. 148. 1.** Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2)<sup>117)</sup> poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5)<sup>118)</sup> poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

2. Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:

- 1)<sup>119)</sup> w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
- 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
- 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

3. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

4. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia.

5. Jeżeli zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu, zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy.

**Art. 149. 1.** W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1.

2. Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 2.

3. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

**Art. 150. 1.** Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

<sup>116)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 66 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>117)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 67 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>118)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 3 pkt 2 ustawy, o której mowa w odnośniku 64.

<sup>119)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 67 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

3. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia.

5. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.

**Art. 151.** 1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.

2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.

3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.

## **DZIAŁ V PREZES URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Rozdział 1 Zakres działania**

**Art. 152.** 1. Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu.

2. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów.

3. Obsługę Prezesa Urzędu zapewnia Urząd.

4. Organizację Urzędu określa statut nadany, w drodze zarządzenia, przez Prezesa Rady Ministrów.

**Art. 153.**<sup>120)</sup> 1. Prezes Urzędu wyłoniony w drodze konkursu jest powoływany i odwoływany przez Prezesa Rady Ministrów. Kadencja Prezesa Urzędu trwa 5 lat, licząc od dnia powołania. Prezes pełni obowiązki do dnia powołania jego następcy.

2. Prezesem Urzędu może być wyłącznie osoba, która posiada:

- 1) wyższe wykształcenie;
- 2) wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych.

**Art. 154.** Prezes Urzędu:

- 1) opracowuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;

---

<sup>120)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 43 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o przeprowadzaniu konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów zarządów państwowych funduszy celowych (Dz. U. Nr 163, poz. 1362), która weszła w życie z dniem 1 września 2005 r.

- 2) podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą;
- 3)<sup>121)</sup> publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia przewidziane ustawą;
- 4) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia;
- 5) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;
- 6) zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej;
- 7) opracowuje programy szkoleń, organizuje oraz inspiruje szkolenia z zakresu zamówień;
- 8) przygotowuje i upowszechnia przykładowe kryteria oceny merytorycznego poziomu szkoleń;
- 9) (uchylony);<sup>122)</sup>
- 10) upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień;
- 11) czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą;
- 12) upowszechnia zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień;
- 13)<sup>123)</sup> dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności upowszechnia orzeczenia zespołów arbitrów, o których mowa w art. 186 ust. 1, sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zamówień;
- 14) prowadzi współpracę międzynarodową w sprawach związanych z zamówieniami;
- 15) dokonuje analiz funkcjonowania systemu zamówień;
- 16) opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej roczne sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień.

**Art. 155. 1.** Prezes Urzędu wykonuje zadania wynikające z ustawy przy pomocy nie więcej niż dwóch Wiceprezesów Urzędu.

2.<sup>124)</sup> Wiceprezesów Urzędu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu.

3.<sup>125)</sup> Wiceprezesem Urzędu może być wyłącznie osoba, która spełnia następujące warunki:

- 1) jest obywatelem polskim;
- 2) posiada wyższe wykształcenie;
- 3) posiada wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych;
- 4) cieszy się nieposzlakowaną opinią;
- 5) korzysta z pełni praw publicznych;
- 6) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne.

**Art. 156.** (uchylony).<sup>126)</sup>

<sup>121)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 68 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>122)</sup> Przez art. 1 pkt 68 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>123)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 68 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>124)</sup> Ze zmianą wprowadzoną przez art. 43 pkt 2 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 120.

<sup>125)</sup> Dodany przez art. 43 pkt 2 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 120.

<sup>126)</sup> Przez art. 65 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 273, poz. 2703), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2005 r.

## Rozdział 2 Rada Zamówień Publicznych

**Art. 157.** 1. Tworzy się Radę Zamówień Publicznych, zwaną dalej „Radą”, która jest organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu.

2. Rada w szczególności:

- 1) wyraża opinie w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu;
- 2) opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;
- 3) opiniuje roczne sprawozdania Prezesa Urzędu o funkcjonowaniu systemu zamówień;
- 4) ustala zasady etyki zawodowej osób wykonujących określone w ustawie zadania w systemie zamówień;
- 5)<sup>127)</sup> opiniuje na zasadach określonych w ustawie zastrzeżenia do zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu.

**Art. 158.** 1. W skład Rady wchodzi od 10 do 15 członków powoływanych przez Prezesa Rady Ministrów.

2. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów są w szczególności kluby parlamentarne, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz ogólnokrajowe organizacje przedsiębiorców.

3. Prezes Rady Ministrów powołuje członków Rady spośród osób, które:

- 1) są obywatelami polskimi;
- 2) korzystają z pełni praw publicznych;
- 3) nie były karane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
- 4) posiadają wiedzę i autorytet dające rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady.

4. Prezes Rady Ministrów powołuje spośród osób, o których mowa w ust. 1, przewodniczącego Rady. Rada wybiera wiceprzewodniczącego Rady ze swojego grona.

5. Członkom Rady przysługuje wynagrodzenie za udział w pracach Rady.

6. Tryb pracy Rady określa regulamin przyjęty przez Radę.

**Art. 159.** 1. Kadencja Rady upływa wraz z upływem kadencji Prezesa Urzędu.

2. Członkostwo w Radzie wygasa w przypadku upływu kadencji Rady, śmierci członka Rady, jego odwołania albo rezygnacji.

3. Prezes Rady Ministrów odwołuje członka Rady, jeżeli przestał on odpowiadać jednemu z warunków określonych w art. 158 ust. 3 pkt 1–3, a na wniosek Prezesa Urzędu w razie:

- 1) niewykonywania obowiązków członka Rady;
- 2) utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady;
- 3) choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji członka Rady.

**Art. 160.** 1. Obsługę prac Rady zapewnia Urząd.

2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wysokość wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady, mając na wzglę-

---

<sup>127)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 69 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

dzie pełnioną funkcję oraz zakres obowiązków przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady.

### **Rozdział 3** **Kontrola udzielania zamówień**

**Art. 161.** 1. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień.

2. Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy.

3. Kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu.

4.<sup>128)</sup> Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę, o której mowa w ust. 1, także na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju.

**Art. 162.** 1. Od udziału w kontroli wyłączony jest pracownik Urzędu, który:

- 1) uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;
- 2) pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- 4) pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

2. Pracownik Urzędu informuje Prezesa Urzędu o przyczynach powodujących jego wyłączenie od udziału w kontroli.

3. Prezes Urzędu rozstrzyga o wyłączeniu pracownika w drodze postanowienia.

**Art. 163.** 1.<sup>129)</sup> Wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.

2. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie zebranych dowodów.

3. Dowodami są w szczególności dokumenty i wyjaśnienia, o których mowa w art. 164 ust. 2, oraz opinie biegłych.

4. Dowody stanowią załącznik do protokołu kontroli, o którym mowa w art. 165.

**Art. 164.** 1. Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego.

<sup>128)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 70 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>129)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 71 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego oraz od pracowników zamawiającego udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.

3.<sup>130)</sup> Jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie, które pokrywa Prezes Urzędu, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.

**Art. 165. 1.** Z kontroli sporządza się protokół kontroli.

2. Protokół kontroli zawiera w szczególności:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;
- 3) imiona i nazwiska kontrolujących;
- 4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;
- 5) informację o stwierdzeniu naruszeń oraz wskazanie osób za nie odpowiedzialnych;
- 6) wyszczególnienie załączników.

**Art. 166. 1.** (uchylony).<sup>131)</sup>

2.<sup>132)</sup> Zalecenia pokontrolne, o których mowa w art. 169 ust. 1, lub informacja o wyniku kontroli stanowią załącznik do protokołu kontroli oraz do protokołu, o którym mowa w art. 96.

**Art. 167. 1.** Prezes Urzędu może przeprowadzać kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia).

2.<sup>133)</sup> Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę uprzednią, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:

- 1) robót budowlanych — jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro;
- 2) dostaw lub usług — jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro.

3. W przypadku postępowania, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeżeli wniesiono protest na wybór najkorzystniejszej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a przed zawarciem umowy, zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

4.<sup>134)</sup> W przypadku udzielania zamówienia w częściach, jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty, o których mowa w ust. 2, Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji, o których mowa w ust. 3.

**Art. 168. 1.** Wszczęcie kontroli uprzedniej następuje nie później niż w terminie 7 dni od dnia przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.

<sup>130)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 72 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>131)</sup> Przez art. 1 pkt 73 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>132)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 73 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>133)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 74 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>134)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 74 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.



2. W przypadku wniesienia protestu po wszczęciu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu wstrzymuje jej wykonanie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

3.<sup>135)</sup> W przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej nie można zawrzeć umowy do dnia:

- 1) usunięcia naruszeń wskazanych w zaleceniach pokontrolnych, o których mowa w art. 169 ust. 1 pkt 2;
- 2) doręczenia uchwały, o której mowa w art. 169a ust. 3.

4.<sup>135)</sup> Wszczęcie kontroli uprzedniej zawieszają bieg terminu związania ofertą do dnia ostatecznego rozpatrzenia zastrzeżeń.

5.<sup>135)</sup> Ostatecznym rozpatrzeniem zastrzeżeń jest upływ terminu na ich wniesienie lub doręczenie uchwały, o której mowa w art. 169a ust. 3.

6. W przypadku upływu terminu ważności wadium w trakcie kontroli przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 nie stosuje się.

**Art. 169.**<sup>136)</sup> 1. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli wskazujących na:

- 1) obowiązek unieważnienia postępowania z uwagi na stwierdzenie naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 1;
- 2) obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń;
- 3) brak naruszeń albo stwierdzenie naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Doręczenie zaleceń pokontrolnych lub informacji o wyniku kontroli następuje nie później niż w terminie 14 dni od dnia wszczęcia kontroli uprzedniej.

3. Kierownik zamawiającego pisemnie informuje Prezesa Urzędu oraz wykonawcę, którego oferta została wybrana, o wykonaniu czynności wskazanych w zaleceniach pokontrolnych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, albo zgłasza zastrzeżenia, o których mowa w art. 169a ust. 1.

**Art. 169a.**<sup>137)</sup> 1. Kierownikowi zamawiającego przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia otrzymania zaleceń pokontrolnych, o których mowa w art. 169.

2. Prezes Urzędu rozpatruje zastrzeżenia, o których mowa w ust. 1, w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń, które dotyczą obowiązku unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 169 ust. 1 pkt 1, przekazuje zastrzeżenia najpóźniej z upływem tego terminu do zaopiniowania przez Radę.

3. Rada w sprawie zastrzeżeń wyraża opinię, w formie uchwały, w terminie 30 dni od daty ich przekazania przez Prezesa Urzędu.

4. Opinia Rady jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

5. Prezes Urzędu zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń w terminie 3 dni od daty powzięcia uchwały, o której mowa w ust. 3.

6. Do członków Rady rozpatrujących zastrzeżenia stosuje się odpowiednio art. 162.

**Art. 170.** 1.<sup>138)</sup> Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia w terminie 4 lat od dnia jego udzielenia (kontrola następcza).

<sup>135)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 75 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>136)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 76 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>137)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 77 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>138)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 78 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

2. Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu przesyła kontrolowanemu informację o wyniku kontroli następczej zawierającą:

- 1) określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli;
- 2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

**Art. 171.** W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:

- 1)<sup>139)</sup> zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej;
- 2) nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII;
- 3) wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.

## **Rozdział 4**

### **Arbitrzy**

**Art. 172.** 1. Prezes Urzędu prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Ogłoszeniu podlegają następujące dane osobowe arbitra:

- 1) imię i nazwisko;
- 2) wykształcenie;
- 3) zawód;
- 4) stopień lub tytuł naukowy.

3. Prezes Urzędu gromadzi i przetwarza ponadto następujące dane osobowe arbitra:

- 1) datę i miejsce urodzenia;
- 2) imiona rodziców i nazwisko rodowe matki;
- 3) miejsce zamieszkania i adres do korespondencji;
- 4) dane o posiadanym wykształceniu i przebiegu pracy zawodowej;
- 5) numer NIP;
- 6) numer rachunku bankowego;
- 7) dane o karalności.

**Art. 173.** 1. Arbitrem może być osoba, która:

- 1) jest obywatelem polskim;
- 2) posiada wyższe wykształcenie;
- 3) posiada pełną zdolność do czynności prawnych;
- 4) korzysta z pełni praw publicznych;
- 5) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne;
- 6) w ciągu ostatnich 5 lat nie została skreślona z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra.

2. Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby spełniające warunki, o których mowa w ust. 1, które z najlepszymi wynikami zdały egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Wpis na listę arbitrów następuje w drodze decyzji administracyjnej.

<sup>139)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 79 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3. Arbitr składa Prezesowi Urzędu co roku do dnia 31 marca oświadczenie o:

- 1) toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania;
- 2) swoim stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego.

4. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 3 pkt 2, arbitr składa na formularzu, którego wzór jest określony w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

5. Kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów.

6. Arbitra skreśla się z listy arbitrów przed upływem kadencji wyłącznie w następujących okolicznościach:

- 1) utraty obywatelstwa polskiego;
- 2) utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych;
- 3) utraty pełni praw publicznych;
- 4) prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne;
- 5) rażącego naruszenia lub uporczywego naruszenia obowiązków arbitra;
- 6) odmowy złożenia ślubowania;
- 7) niezłożenia oświadczeń, o których mowa w ust. 3;
- 8) złożenia przez arbitra wniosku o skreślenie z listy.

7. Za rażące naruszenie obowiązków arbitra, o którym mowa w ust. 6 pkt 5, należy rozumieć pełnienie funkcji arbitra w sposób stronniczy, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień, niezłożenie wniosku o wyłączenie z udziału w postępowaniu w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie arbitrowi jego obowiązków.

8. Skreślenia z listy arbitrów dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

9. Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, zawiesza arbitra w jego prawach i obowiązkach w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

10. O wpisie na listę arbitrów, skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra albo zawieszeniu w prawach i obowiązkach arbitra Prezes Urzędu ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych.

**Art. 174.** 1. Prezes Urzędu prowadzi nabór na listę arbitrów raz na trzy lata.

2. Ogłoszenie o naborze zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych.

3. Ogłoszenie zawiera w szczególności:

- 1) informację o limicie osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów w danym naborze;
- 2) termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, nie krótszy niż 30 dni od dnia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 3) wykaz dokumentów, które należy dołączyć do zgłoszenia kandydata;
- 4) termin przeprowadzenia egzaminu, o którym mowa w art. 173 ust. 2, oraz informacje o minimalnej liczbie punktów zaliczającej ten egzamin.

4. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na arbitrów są:

- 1) Prezes Urzędu;
- 2) ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie;
- 3) organizacje, o których mowa w art. 179 ust. 2;

- 4) ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego;
- 5) regionalne izby obrachunkowe;
- 6) okręgowe izby radców prawnych;
- 7) okręgowe rady adwokackie.

**Art. 175.** 1. Przed podjęciem obowiązków arbiter jest obowiązany złożyć przed Prezesem Urzędu ślubowanie, powtarzając słowa: „Ślubuję sumiennie wypełniać obowiązki arbitra, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, dochowywać zasad etyki arbitra, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”. Złożenie ślubowania arbitera potwierdza podpisem pod jego treścią.

2. Arbiter jest obowiązany postępować zgodnie z zasadami etyki arbitra, w szczególności pełnić swoją funkcję z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Przy rozpatrywaniu odwołania arbiter nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani Prezesa Urzędu.

3. Osoba wpisana na listę arbitrów nie może występować jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień.

4. Arbiter podlega ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych.

5.<sup>140)</sup> Pracodawca jest obowiązany zwolnić arbitra na czas niezbędny do wywiązywania się ze sprawowanej funkcji, bez zachowania prawa do wynagrodzenia za ten czas.

6. Arbitrowi przysługuje wynagrodzenie za wykonywane czynności.

**Art. 176.** Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, tryb wpisu na listę arbitrów, sposób powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakres egzaminu — biorąc pod uwagę zapewnienie obiektywnego sprawdzenia przygotowania kandydatów, sprawnego przeprowadzania postępowań odwoławczych oraz okoliczność, że potwierdzeniem spełnienia warunków, o których mowa w art. 173 ust. 1, mogą być dokumenty zawierające informacje podlegające ochronie danych osobowych, w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

## **Rozdział 5 (uchylony)<sup>141)</sup>**

# **DZIAŁ VI ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ**

## **Rozdział 1 Przepisy wspólne**

**Art. 179.** 1.<sup>142)</sup> Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1b.

<sup>140)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 80 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>141)</sup> Przez art. 1 pkt 81 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>142)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 82 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

1a.<sup>143)</sup> Środek ochrony prawnej określony w rozdziale 4 niniejszego działu przysługuje również zamawiającemu.

1b.<sup>143)</sup> Środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.

2. Przed upływem terminu do składania ofert w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy środki ochrony prawnej przysługują również organizacjom zrzeszającym wykonawców wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu.

3. Przez organizacje zrzeszające wykonawców, o których mowa w ust. 2, należy rozumieć podmioty działające na podstawie przepisów o:

- 1) izbach gospodarczych;
- 2) rzemiośle;
- 3) samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców;
- 4) organizacjach pracodawców;
- 5) samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.

4. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy, o której mowa w ust. 2, dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

5. Lista organizacji, o której mowa w ust. 2, podlega ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

## **Rozdział 2**

### **Protest**

**Art. 180.**<sup>144)</sup> 1. Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego. Przepisy art. 27 ust. 1–3 stosuje się odpowiednio.

2. Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.

3. Protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

- 1) 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego Urzędu — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- 2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

— przepisu ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.

<sup>143)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 82 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>144)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 83 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

4. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie później niż:

- 1) 3 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- 2) 6 dni przed upływem terminu składania ofert — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 — przepisu ust. 2 zdanie pierwsze nie stosuje się.

5. W przypadku wniesienia protestu dotyczącego treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może przedłużyć termin składania ofert.

6. Wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy.

7. Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6.

8. Protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

**Art. 181. 1.** W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

2.<sup>145)</sup> O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli oferty.

2a.<sup>145)</sup> Zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

3.<sup>145)</sup> Kopię wniesionego protestu zamawiający niezwłocznie przekazuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

4.<sup>145)</sup> Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania:

- 1) w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, o którym mowa w ust. 3;
- 2) do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3, jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5.<sup>145)</sup> Wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.

6.<sup>146)</sup> Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

<sup>145)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 84 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>146)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 84 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

7.<sup>146)</sup> Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

**Art. 182.** 1. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie może zawrzeć umowy.

2.<sup>147)</sup> Protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:

- 1) jeżeli nie przysługuje odwołanie — wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
- 2) jeżeli nie wniesiono odwołania — z upływem terminu do wniesienia odwołania;
- 3) w przypadku wniesienia odwołania:
  - a) z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów albo
  - b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro.

3. Na wniosek zamawiającego Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego.

4.<sup>148)</sup> Przepisu ust. 3 nie stosuje się, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro.

**Art. 183.**<sup>149)</sup> 1. Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące:

- 1) treści ogłoszenia,
- 2) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę,
- 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego — w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu.

2. Protest inny niż wymieniony w ust. 1 zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia.

3. Brak rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w ust. 1 i 2, uznaje się za jego oddalenie.

4. Rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.

<sup>147)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 85 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>148)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 85 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>149)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 86 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

5. W przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej:

- 1) niezwłocznie — jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania;
- 2) po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu — jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

6. O powtórzeniu lub dokonaniu czynności zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców.

## **Rozdział 3** **Odwołanie**

**Art. 184.**<sup>150)</sup> 1. Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

2. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.

3. Kopię odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie wszystkim uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie później jednak niż w terminie 2 dni od dnia jej otrzymania, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

4. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrów, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

5. Czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

6. Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.<sup>151)</sup>) o sędzię polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

---

<sup>150)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 87 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>151)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1965 r. Nr 15, poz. 113, z 1974 r. Nr 27, poz. 157 i Nr 39, poz. 231, z 1975 r. Nr 45, poz. 234, z 1982 r. Nr 11, poz. 82 i Nr 30, poz. 210, z 1983 r. Nr 5, poz. 33, z 1984 r. Nr 45, poz. 241 i 242, z 1985 r. Nr 20, poz. 86, z 1987 r. Nr 21, poz. 123, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 4, poz. 21 i Nr 33, poz. 175, z 1990 r. Nr 14, poz. 88, Nr 34, poz. 198, Nr 53, poz. 306, Nr 55, poz. 318 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 7, poz. 24, Nr 22, poz. 92 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 12, poz. 53, z 1994 r. Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 24, poz. 110, Nr 43, poz. 189, Nr 73, poz. 350 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 270, Nr 54, poz. 348, Nr 75, poz. 471, Nr 102, poz. 643, Nr 117, poz. 752, Nr 121, poz. 769 i 770, Nr 133, poz. 882, Nr 139, poz. 934, Nr 140, poz. 940 i Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 757, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 269 i 271, Nr 48, poz. 552 i 554, Nr 55, poz. 665, Nr 73, poz. 852, Nr 94, poz. 1037, Nr 114, poz. 1191 i 1193 i Nr 122, poz. 1314, 1319 i 1322, z 2001 r. Nr 4, poz. 27, Nr 49, poz. 508, Nr 63, poz. 635, Nr 98, poz. 1069, 1070 i 1071, Nr 123, poz. 1353, Nr 125, poz. 1368 i Nr 138, poz. 1546, z 2002 r. Nr 25, poz. 253, Nr 26, poz. 265, Nr 74, poz. 676, Nr 84, poz. 764, Nr 126, poz. 1069 i 1070, Nr 129, poz. 1102, Nr 153, poz. 1271, Nr 219, poz. 1849 i Nr 240, poz. 2058, z 2003 r. Nr 41, poz. 360, Nr 42, poz. 363, Nr 60, poz. 535, Nr 109, poz. 1035, Nr 119, poz. 1121, Nr 130, poz. 1188, Nr 139, poz. 1323, Nr 199, poz. 1939 i Nr 228, poz. 2255, z 2004 r. Nr 9, poz. 75, Nr 11, poz. 101, Nr 68, poz. 623, Nr 91, poz. 871, Nr 93, poz. 891, Nr 121, poz. 1264, Nr 162, poz. 1691, Nr 169, poz. 1783, Nr 172, poz. 1804, Nr 204, poz. 2091, Nr 210, poz. 2135, Nr 236, poz. 2356 i Nr 237, poz. 2384, z 2005 r. Nr 13, poz. 98, Nr 22, poz. 185, Nr 86, poz. 732, Nr 122, poz. 1024, Nr 143, poz. 1199, Nr 150, poz. 1239, Nr 167, poz. 1398, Nr 169, poz. 1413 i 1417, Nr 172, poz. 1438, Nr 178, poz. 1478, Nr 183, poz. 1538, Nr 264, poz. 2205 i Nr 267, poz. 2258 oraz z 2006 r. Nr 12, poz. 66, Nr 66, poz. 466 i Nr 104, poz. 708 i 711.



**Art. 185. 1.**<sup>152)</sup> Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli uiszczono wpis. Wpis uiszcza się najpóźniej w dniu wniesienia odwołania, a dowód jego uiszczenia dołącza się do odwołania.

2. Wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania.

3. Jeżeli wpis nie został uiszczony, Prezes Urzędu zwraca odwołanie. O zwrocie odwołania rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia.

**Art. 186. 1.** Odwołanie rozpoznaje zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa Urzędu z listy, o której mowa w art. 172 ust. 1.

2. Prezes Urzędu wyznacza arbitrów w drodze jawnego losowania komputerowego, z tym że przewodniczący zespołu arbitrów losowany jest spośród osób posiadających wykształcenie prawnicze.

3. Arbitr zawiadamia Prezesa Urzędu o okolicznościach uniemożliwiających wykonywanie obowiązków, a w szczególności o przyczynach uzasadniających jego wyłączenie. Jeżeli zachodzą okoliczności uniemożliwiające wykonanie przez arbitra jego obowiązku, Prezes Urzędu wyznacza innego arbitra na zasadach, o których mowa w ust. 2.

4.<sup>153)</sup> Strony i arbitrzy mogą żądać wyłączenia arbitra, jeżeli zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. O wyłączeniu arbitra albo odmowie wyłączenia arbitra rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia. Na postanowienie o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia arbitra zażalenie nie przysługuje.

**Art. 187. 1.**<sup>154)</sup> Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Urzędu. Prezes Urzędu może zarządzić łączne rozpoznanie przez zespół arbitrów odwołań, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą tych samych czynności zamawiającego.

2. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że odwołanie podlega odrzuceniu, z zastrzeżeniem ust. 3.

3. Na wniosek strony lub z urzędu zespół arbitrów wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron oraz ich pełnomocników.

4. Zespół arbitrów odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2)<sup>155)</sup> odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4;
- 3) protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 4) protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie;
- 5) odwołujący się powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zespół arbitrów w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu;
- 6) (uchylony);<sup>156)</sup>
- 7)<sup>157)</sup> odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;

<sup>152)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 88 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>153)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 89 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>154)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 90 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>155)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 90 lit. b tiret pierwsze ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>156)</sup> Przez art. 1 pkt 90 lit. b tiret drugie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>157)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 90 lit. b tiret trzecie ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

8)<sup>157)</sup> odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2.

5. Jeżeli zespół arbitrów uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków lub biegłych.

6. W razie stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę.

**Art. 188.** 1. Strony są obowiązane wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy.

2. Zespół arbitrów może dopuścić dowód niewskazany przez stronę.

3. Dowodami są w szczególności dokumenty, wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron.

3a.<sup>158)</sup> Zespół arbitrów może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym.

4. Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli zespół arbitrów uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

5. Zespół arbitrów odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

6. Zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

**Art. 189.** 1. Odwołujący się może cofnąć odwołanie. W razie cofnięcia odwołania zespół arbitrów umarza postępowanie odwoławcze.

2. Jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się połowę wpisu.

**Art. 190.** 1. Przewodniczący zespołu arbitrów zamyka rozprawę, jeżeli zespół arbitrów uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

2. Wydając wyrok, zespół arbitrów bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

3. Przewodniczący zespołu arbitrów otworzy na nowo zamknięte posiedzenie lub rozprawę, jeżeli po ich zamknięciu ujawniły się okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

4. Wyrok może być wydany jedynie przez zespół arbitrów, przed którym toczyło się postępowanie.

**Art. 191.** 1. O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu zespół arbitrów orzeka wyrokiem. W pozostałych przypadkach zespół arbitrów wydaje postanowienie.

2. Uwzględniając odwołanie, zespół arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić.

3. Zespół arbitrów nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zespół arbitrów bierze pod uwagę z urzędu.

---

<sup>158)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 91 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

3a.<sup>159)</sup> W przypadku, o którym mowa w art. 187 ust. 1 zdanie drugie, zespół arbitrów może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań.

4. Zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy.

5. W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze zespół arbitrów rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

6. Strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

**Art. 192.** 1. Zespół arbitrów z urzędu sporządza uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

2. Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które zespół arbitrów uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

3. Bezpośrednio po sporządzeniu wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przewodniczący zespołu arbitrów ogłasza orzeczenie. Ogłoszenie następuje na posiedzeniu jawnym. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia.

4. W sprawie zawitej zespół arbitrów może odroczyć ogłoszenie wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze na czas nie dłuższy niż 5 dni. W postanowieniu o odroczeniu ogłoszenia wyroku zespół arbitrów wyznacza termin jego ogłoszenia. Jeżeli ogłoszenie było odroczone, może go dokonać sam przewodniczący.

5.<sup>160)</sup> Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. W postępowaniu, w którym wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, na wniosek strony obecnej podczas ogłoszenia orzeczenie doręcza się w dniu ogłoszenia.

**Art. 193.** Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, mając na względzie zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy, szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozpraw;
- 2) wysokość wynagrodzenia za czynności arbitrów, mając na względzie, że podstawę do ustalania wynagrodzenia za czynności arbitrów przy rozpoznawaniu odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna stanowić kwota bazowa, ustalona w ustawie budżetowej na dany rok, na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 110, poz. 1255, z późn. zm.<sup>161)</sup>) dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy;
- 3)<sup>162)</sup> wysokość i szczegółowe zasady pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowe zasady rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym, mając na względzie zróżnicowaną wysokość wpisu, zależną od wartości zamówienia, oraz zasadność zwrotu stronie kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw lub do celowej obrony.

<sup>159)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 92 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>160)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 93 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>161)</sup> Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2000 r. Nr 19, poz. 239, z 2001 r. Nr 85, poz. 924, Nr 100, poz. 1080 i Nr 154, poz. 1784 i 1799, z 2002 r. Nr 74, poz. 676, Nr 152, poz. 1267, Nr 213, poz. 1802 i Nr 214, poz. 1805, z 2003 r. Nr 149, poz. 1454, Nr 166, poz. 1609, Nr 179, poz. 1750, Nr 199, poz. 1939 i Nr 228, poz. 2256, z 2004 r. Nr 116, poz. 1203, Nr 240, poz. 2407 i Nr 273, poz. 2703, z 2005 r. Nr 164, poz. 1365 i Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 104, poz. 708 i 711.

<sup>162)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 94 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

## Rozdział 4 Skarga do sądu

**Art. 194.** 1. Na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienia zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze przysługuje skarga do sądu.

2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

**Art. 195.** 1. Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego.

2. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia zespołu arbitrów, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi.

3. Prezes Urzędu przekazuje skargę wraz z aktami postępowania odwoławczego sądowi właściwemu w terminie 7 dni od dnia jej otrzymania.

4. W terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze.

**Art. 196.** 1. Skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o zmianę orzeczenia w całości lub w części.

2.<sup>163)</sup> Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług — 10 000 000 euro, zamawiający w skardze lub w odpowiedzi na skargę może wnieść o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu sąd rozpoznaje niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.

3. Sąd na posiedzeniu niejawnym może uchylić zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli stan postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na to, a zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym.

**Art. 197.** 1. Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie.

2. Jeżeli strona nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.

3. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi.

**Art. 198.** 1.<sup>164)</sup> Sąd rozpoznaje sprawę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 miesiąca od dnia wpłynięcia skargi do sądu.

2. Sąd oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna. W razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy.

3. Jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

4. Od wyroku sądu kasacja nie przysługuje.

<sup>163)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 95 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>164)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 96 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

## DZIAŁ VII ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NARUSZENIE PRZEPISÓW USTAWY

**Art. 199.** Przepisów niniejszego działu nie stosuje się do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1, 5 i 6.

**Art. 200. 1.**<sup>165)</sup> Zamawiający, który:

- 1) udziela zamówienia:
    - a) z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia,
    - b) bez wymaganego ogłoszenia,
    - c)<sup>166)</sup> bez stosowania ustawy,
  - 2) unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia,
  - 3) dokonuje czynności przewidzianych w ustawie bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu,
  - 4) dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy
- podlega karze pieniężnej.

2.<sup>167)</sup> Karze pieniężnej podlega również zamawiający, który:

- 1) określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
  - 2) opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
  - 3) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności,
  - 4) nie przestrzega terminów określonych w ustawie,
  - 5) wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia,
  - 6) odrzuca ofertę z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty,
  - 7) dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy
- jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

**Art. 201. 1.** Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 200, ustala się w zależności od wartości zamówienia.

2. Jeżeli wartość zamówienia:

- 1) nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro — kara pieniężna wynosi 3 000 złotych;
- 2)<sup>168)</sup> przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a jest mniejsza niż 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych — kara pieniężna wynosi 30 000 złotych;
- 3)<sup>168)</sup> jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych — kara pieniężna wynosi 150 000 złotych.

**Art. 202. 1.** Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

2. Decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie można nadać klauzuli natychmiastowej wykonalności.

**Art. 203. 1.** Środki z kary pieniężnej stanowią dochód budżetu państwa.

2. Kary pieniężne podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji w zakresie egzekucji obowiązków o charakterze pieniężnym.

<sup>165)</sup> Oznaczenie ust. 1 nadane przez art. 1 pkt 97 lit. a ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>166)</sup> Dodana przez art. 1 pkt 97 lit. b ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>167)</sup> Dodany przez art. 1 pkt 97 lit. c ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

<sup>168)</sup> W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 98 ustawy, o której mowa w odnośniku 2.

## DZIAŁ VIII ZMIANY W PRZEPISACH OBOWIĄZUJĄCYCH

**Art. 204–219.** (pominięte).<sup>169)</sup>

## DZIAŁ IX PRZEPISY PRZEJŚCIOWE I KOŃCOWE

**Art. 220.** 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontroli, które ich dotyczą, stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

**Art. 221–223.** (pominięte).<sup>169)</sup>

**Art. 224.** Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów na pierwszą kadencję osoby, o których mowa w art. 173 ust. 2, z tym że kadencja osób, które zdały egzamin z liczbą punktów niższą od połowy limitu osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów, trwa 3 lata.

**Art. 225.** Traci moc ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591).

**Art. 226.** (pominięty).<sup>169)</sup>

**Art. 227.** Ustawa wchodzi w życie po upływie 21 dni od dnia ogłoszenia<sup>170)</sup>, z wyjątkiem:

- 1) art. 13 w zakresie dotyczącym przekazywania wstępnego ogłoszenia informacyjnego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
  - 2) art. 30 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 31 ust. 4, art. 34 ust. 1 pkt 1, art. 40 ust. 3, art. 43 ust. 3 i ust. 4 pkt 2, art. 49 ust. 3,
  - 3) art. 49 ust. 4 w zakresie dotyczącym przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
  - 4) art. 52 ust. 3 pkt 2, art. 62 ust. 3, art. 90 ust. 4, art. 92 w zakresie dotyczącym zawiadomienia o wyborze oferty Prezesa Urzędu, art. 95 ust. 2, art. 104 ust. 3, art. 108 pkt 2, art. 116 ust. 2, art. 118 ust. 4,
  - 5) art. 128 w zakresie dotyczącym przekazywania okresowego ogłoszenia informacyjnego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
  - 6) art. 132 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, art. 133, art. 134, art. 135,
  - 7) art. 146 ust. 1 pkt 1 w zakresie dotyczącym niedopełnienia obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
  - 8) art. 154 pkt 16 w zakresie przedstawiania Komisji Europejskiej rocznego sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień,
  - 9) art. 167, art. 168, art. 169, art. 177, art. 178
- które wchodzi w życie z dniem 1 maja 2004 r.

<sup>169)</sup> Zamieszczone w obwieszczeniu.

<sup>170)</sup> Ustawa została ogłoszona w dniu 9 lutego 2004 r.