

Nowe Prawo zamówień publicznych

– podręcznik dla małych i średnich
przedsiębiorców

Nowe Prawo zamówień publicznych

- podręcznik dla małych i średnich
przedsiębiorców

Warszawa 2020

Nowe Prawo zamówień publicznych – podręcznik dla małych i średnich przedsiębiorców

Stan prawny: 1 stycznia 2021 r.

Redaktor: dr Jarosław Kola

Redaktor prowadzący: Paweł Sikorski

Autorzy:

Rozdział I: J. Kola

Rozdział II: A. Chwiałkowska (pkt 3); J. Kola (pkt 1-2, 4);

Rozdział III: A. Chwiałkowska (pkt 1.1., 2-5); J. Kola (pkt 1.1-1.3, 2.5.); M. Mielnik (pkt 7-8); P. Wojdak (pkt 1.3., 7.2-7.3, 8.3., 9);

Rozdział IV: M. Mielnik (pkt 1-3); P. Wojdak (pkt 1.5).

Rozdział V: J. Roliński

Niniejsza publikacja została współfinansowana przez Komisję Europejską ze środków pochodzących z programu COSME na lata 2014–2020 oraz ze środków Ministerstwa Rozwoju, Pracy i Technologii w ramach programu pn. „Udział Polski w programie na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (COSME) oraz w instrumentach finansowych programów UE wspierających konkurencyjność przedsiębiorstw w latach 2015–2021”.

Komisja Europejska, Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości lub osoby występujące w ich imieniu nie są odpowiedzialne za informacje przedstawione w publikacji. Poglądy wyrażone w publikacji są poglądami Autorów i nie muszą pokrywać się z działaniami Komisji Europejskiej, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Polskiej Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2020

ISBN 978-83-7633-441-7

Skład i łamanie:

Pracownia C&C sp. z o.o.

Spis treści

Wstęp	8
Rozdział I	
Wprowadzenie do nowego prawa zamówień publicznych	10
1. Kontekst modernizacji polskiego prawa zamówień publicznych	10
2. Kto, co i kiedy – czyli zakres zastosowania przepisów PZP.....	15
2.1. Podmioty zobowiązane do stosowania PZP.....	16
2.2. Zakres przedmiotowy PZP	19
3. Zasady udzielania zamówień publicznych	22
3.1. Zasada ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców	23
3.2. Zasada przejrzystości	26
3.3. Zasada proporcjonalności.....	29
3.4. Zasada efektywności ekonomicznej	30
Rozdział II	
Kluczowe zmiany z perspektywy MŚP	35
1. Nowe obowiązki zamawiających, nowe szanse dla wykonawców.....	35
1.1. Analiza potrzeb i wymagań.....	35
1.2. Wstępne konsultacje rynkowe i udział przedsiębiorcy w przygotowaniu postępowania	36
1.3. Raport z realizacji zamówienia	38
2. Konkurs.....	39
3. Procedura uproszczona – zamówienia o wartości poniżej progów unijnych	41
4. Nowe definicje.....	47
Rozdział III	
Przetarg nieograniczony krok po kroku	51
1. Przygotowanie postępowania	51
1.1. Zamówienia mieszane	51

1.2. Szacowanie wartości zamówienia	54
1.3. Wybór trybu postępowania.....	56
2. Wszczęcie przetargu nieograniczonego	59
2.1. Jakie informacje zawiera ogłoszenie o zamówieniu?.....	60
2.2. Sposób publikacji ogłoszenia i jego zmiany	61
2.3. Udostępnienie Specyfikacji Warunków Zamówienia	62
2.4. Jakie informacje zawiera SWZ?.....	64
2.5. Opis przedmiotu zamówienia	66
3. Wyjaśnianie treści dokumentów zamówienia	68
4. Składanie ofert	71
5. Komunikacja w postępowaniu.....	72
6. Weryfikacja wykonawców oraz badanie i ocena ofert	73
6.1. Warunki udziału w postępowaniu	75
6.2. Konsorcjum i korzystanie z zasobów podmiotów trzecich.....	78
6.3. Podstawy wykluczenia	81
6.4. Weryfikacja podmiotowa wykonawcy	85
7. Weryfikacja przedmiotowa, czyli badanie i ocena ofert	88
7.1. Podstawy odrzucenia oferty	90
7.2. Rażąco niska cena	92
7.3. Wybór oferty najkorzystniejszej	93
8. Zakończenie postępowania	98
 Rozdział IV	
Umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	101
1. Uwagi wprowadzające	101
1.1. Obowiązek współdziałania	103
1.2. Klauzule niedozwolone.....	104
1.3. Postanowienia obligatoryjne – terminy i kary umowne	107
1.4. Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne	110

1.5. Zasady wynagradzania wykonawców i podwykonawców umów w sprawie zamówienia publicznego	114
1.6. Umowny obowiązek zatrudniania na podstawie stosunku pracy	116
2. Zmiany umowy	118
2.1. Pojęcie zmiany istotnej	118
2.2. Kontraktowe podstawy zmiany umowy	119
2.3. Ustawowe podstawy zmiany umowy	121
3. Odstąpienie od umowy oraz jej unieważnienie	122
Rozdział V	
Środki ochrony prawnej.....	126
1. Uwagi wprowadzające	126
2. Odwołanie	127
3. Przystąpienie do postępowania odwoławczego	132
4. Przebieg rozprawy i składanie dowodów	133
5. Skarga do sądu zamówień publicznych i skarga kasacyjna	135
6. Pozasądowe rozwiązywanie sporów.....	136
Wykaz skrótów	139
Wykaz podstawowej literatury	140
Autorzy	141
O Enterprise Europe Network	142

Wstęp

Rynek zamówień publicznych stanowi niezwykle ważną część polskiej gospodarki – w ostatnich latach jego wartość sięgała ok. 8% PKB. Ma zatem niebagatelne znaczenie dla polskich przedsiębiorców. Ponad 80% wszystkich ofert składanych w tzw. postępowaniach krajowych pochodzi od przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Dlatego właśnie tak doniosłym wydarzeniem jest wejście w życie 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy regulującej udzielanie zamówień publicznych w Polsce.

Jednym z kluczowych założeń, które przyświecało pracom nad tym aktem prawnym, było wzmocnienie efektywności systemu zamówień publicznych, w szczególności poprzez zwiększenie zaangażowania MŚP na rynku publicznych zakupów. Z tego powodu nowa ustawa wprowadza liczne rozwiązania ukierunkowane na wzmocnienie pozycji przedsiębiorców i ułatwienie im efektywnego ubiegania się o zamówienia publiczne.

Co ważne zmiany odnoszą się w zasadzie do każdego etapu procesu zakupowego – począwszy od przygotowań, poprzez prowadzenie postępowania, a skończywszy na nowych zasadach kształtowania umów. Z perspektywy MŚP wśród szczególnie doniosłych praktycznie rozwiązań należy wymienić m.in.:

- ustanowienie nowych trybów udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych;
- zmianę podejścia do wykluczania wykonawców z postępowania;
- wzmocnienie bezpieczeństwa ekonomicznego przedsiębiorców w ramach przepisów o umowach;
- a przede wszystkim – ustanowienie zasady efektywności ekonomicznej, która znajduje rozwinięcie w licznych przepisach szczegółowych.

Choć ustawa jest źródłem wielu szans dla przedsiębiorców zainteresowanych rynkiem zamówień publicznych, nie ulega wątpliwości, że każda zmiana przepisów – w szczególności dotyczących tak istotnej dziedziny – niesie wiele wyzwań, a nawet zagrożeń. Z pewnością najlepszym sposobem na ich przewyciężenie jest zdobywanie wiedzy i informacji, które pozwolą podejmować optymalnie decyzje w praktyce.

Niniejszy podręcznik – opracowany w gronie doświadczonych specjalistów z zakresu prawa zamówień publicznych – został przygotowany jako odpowiedź na tę właśnie potrzebę. Nie jest to

rozbudowany i szczegółowy komentarz do ustawy, lecz zawiera kluczowe informacje praktyczne na temat nowego prawa zamówień publicznych, które pozwolą przedsiębiorcom zidentyfikować podstawowe ryzyka, ale też dostrzec szanse, jakie przynosi nowa regulacja.

Warto przede wszystkim podkreślić, że uchwalenie nowego aktu prawnego regulującego kompleksowo udzielanie zamówień publicznych ma służyć przede wszystkim wprowadzeniu „nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług”¹. Osiągnięcie tego celu leży w interesie wszystkich aktorów życia gospodarczego w Polsce. Dlatego w imieniu autorów wyrażam nadzieję, że to opracowanie okaże się użyteczne w codziennej praktyce przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne, a przez to przyczyni się do realizacji wskazanego powyżej celu.

dr Jarosław Kola

1 Uzasadnienie, s. 1.

Rozdział I

Wprowadzenie do nowego prawa zamówień publicznych

1. Kontekst modernizacji polskiego prawa zamówień publicznych

Wraz z podpisaniem Układu Europejskiego, a następnie w związku z przystąpieniem do Unii Europejskiej, Polska zobowiązała się dostosować krajowe regulacje gospodarcze do wymogów wynikających z prawa unijnego. Dotyczy to w szczególności problematyki udzielania zamówień publicznych. Z tego powodu wszelkie rozważania na temat prawnych reguł zawierania odpłatnych umów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami – w tym z podmiotami kwalifikowanymi jako mali i średni przedsiębiorcy (MŚP) – powinny uwzględniać perspektywę prawa unijnego. Spostrzeżenie to nie ma przy tym wyłącznie teoretycznej doniosłości, lecz wykazuje bardzo duże znaczenie praktyczne, ponieważ unijne prawo i orzecznictwo nie tylko wyznacza obowiązki ustawodawcy w zakresie tworzenia przepisów krajowych, ale przede wszystkim stanowi punkt odniesienia dla ich interpretacji i prawidłowego stosowania.

Z orzecznictwa...

„Polska (...) zobowiązała się dostosowywać swe prawo do standardów europejskich, a dostosowanie to nie polega tylko na dostosowaniu litery prawa, lecz na harmonizacji standardu zachowań prawnych, co obejmuje sobą także praktykę stosowania i interpretacji prawa. Jeśli w zakresie interpretacji na tle jakiejś dziedziny prawa, objętej prawem wspólnotowym, pojawi się w praktyce polskiej rozbieżność z interpretacją stosowaną w ramach wspólnot europejskich, to w braku wyraźnej odmiennej wskazówki interpretacyjnej rozbieżność ta powinna skutkować przyjęciem interpretacji właściwej w ramach prawa wspólnotowego”².

W praktyce niejednokrotnie okazuje się, że dopiero po uwzględnieniu unijnego kontekstu ustanowienia określonych instytucji polskiego prawa zamówień publicznych, możliwe jest ich właściwe zastosowanie. Dotyczy to również przepisów, które będą obowiązywały po

2 Zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2017 r., sygn. V SA/Wa 1597/16 wraz z powołanymi tam orzeczeniami.

1 stycznia 2021 r., dlatego w niniejszym opracowaniu zawarto również odniesienia do dorobku prawa i orzecznictwa unijnego, które ułatwią przedsiębiorcom interpretację nowych rozwiązań. W tym miejscu należy jednak przede wszystkim podkreślić, że odwołanie się do kontekstu unijnego ma istotne znaczenie dla zrozumienia istoty i kierunku realizowanego obecnie procesu modernizacji polskiego prawa zamówień publicznych.

Jego źródła należy upatrywać w treści tzw. unijnych dyrektyw zamówieniowych. Stwierdzono w nich między innymi, że zamówienia publiczne powinny stać się jednym z kluczowych „instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych”³. Dodatkowo wskazano, że środkiem do podniesienia efektywności systemu zamówień publicznych powinno być m.in. zwiększenie udziału i wzmocnienie pozycji małych i średnich przedsiębiorstw. Przywołane fragmenty wyrażają założenie, że o ile pierwszoplanową funkcją prawa zamówień publicznych pozostaje ochrona konkurencji i zapewnianie równego traktowania wykonawców, to jednak wysiłki instytucji zamawiających nie powinny ograniczać się do zapewnienia formalnej praworządności prowadzonych postępowań, lecz powinny być zorientowane na zapewnienie efektywności ekonomicznej procesu zakupowego. Innymi słowy: przestrzeganie rygorów formalnych stanowi gwarancję równego traktowania wykonawców, jednakże nie jest celem samym w sobie. Głównym celem powinno być zawsze optymalne zaspokojenie potrzeby zakupowej instytucji zamawiającej, w ramach środków jakimi dysponuje. Jednocześnie prawodawca unijny zwraca uwagę, że cel ten może być osiągnięty poprzez kształtowanie i stosowanie prawa zamówień publicznych w taki sposób, który zwiększy udział małych i średnich przedsiębiorców w rynku publicznych zakupów.

Wniosek ten jest szczególnie ważny w odniesieniu do polskiej gospodarki. Warto bowiem podkreślić, że działający w Polsce przedsiębiorcy zaliczani do kategorii MŚP generują ponad 30% PKB⁴. Już obecnie ich aktywność jest bardzo ważna dla polskiego systemu zamówień publicznych – zdecydowana większość zamówień w Polsce udzielana jest bowiem przedsiębiorcom zaliczanym do kategorii MŚP.

3 Motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw 4 preambuły dyrektywy 2014/25/UE.

4 Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2020, s. 14.

Czy wiesz, że...

- ⇒ oferty składane przez MŚP są wybierane jako najkorzystniejsze w ponad 80% postępowań o wartości poniżej progów unijnych oraz w ok 60% postępowań o wartości przewyższającej progi;
- ⇒ wartość umów zawieranych przez MŚP w systemie zamówień publicznych w ostatnich kilku latach stanowi ponad 80% ogólnej wartości umów, udzielanych w postępowaniach o wartości niższej niż progi unijne oraz ponad 40% globalnej wartości kontraktów zawieranych w procedurach właściwych dla zamówień unijnych, tj. przekraczających wartości progów⁵.

Niezależnie od tego ocenia się, że potencjał polskich przedsiębiorców jest niedostatecznie wykorzystywany. Podczas prac nad koncepcją modernizacji przepisów, zwracano uwagę, że zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych może przynosić znaczące korzyści ekonomiczne zarówno w skali mikro (pozytywne oddziaływanie na funkcjonowanie zamawiających i wykonawców), jak i w skali makro (wzmocnienie polskiej gospodarki). Przyjmując perspektywę instytucji zamawiających wskazuje się, że „realizacja przedmiotu zamówienia publicznego przy udziale sektora MŚP pozwala nie tylko na efektywne wykonanie zamówienia, lecz również kreuje wartość dodaną. W wielu przypadkach MŚP oferują bowiem niższe ceny i bardziej elastyczne formy współpracy z kontrahentami niż wielkie przedsiębiorstwa”⁶. Z kolei dla przedsiębiorców zamówienia publiczne mogą – i powinny – stanowić „stabilne i przewidywalne źródło wynagrodzenia”, pozwalające na umacnianie renomy i pozycji na rynku krajowym, a także unijnym⁷. Wreszcie z perspektywy makroekonomicznej większe zaangażowanie MŚP na rynku zamówień „gwarantuje realizację celu zrównoważonych zamówień, a także w dużym stopniu wpływa na zwiększenie konkurencyjności oraz innowacyjności zamówień publicznych. Zgodnie z danymi Komisji Europejskiej MŚP pozyskują 45% zamówień o wartości powyżej progów unijnych, występując przy tym w roli zarówno bezpośrednich wykonawców lub konsorcjantów, jak również podwykonawców. Wskazuje to, że udział MŚP w zamówieniach publicznych jest znacznie niższy niż ich znaczenie gospodarcze zarówno pod względem udziału w PKB jak i strukturze zatrudnienia”⁸.

5 Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 42-43.

6 Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych, *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*, Warszawa 2018, s. 73.

7 *Tamże*, s. 74.

8 *Tamże*, s. 73.

Wobec takich założeń nie może dziwić to, że w toku procesu legislacyjnego wyraźnie podkreślano, iż nowa ustawa ma służyć podnoszeniu efektywności systemu zamówień publicznych, a jednym z ważniejszych środków do osiągnięcia tego celu ma być zwiększenie udziału i wzmocnienie pozycji MŚP w postępowaniach.

Ważny cytat...

„Celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług”⁹.

Analiza poszczególnych instytucji uregulowanych w przepisach PZP potwierdza, iż ustawodawca rzeczywiście podjął szereg konkretnych działań ukierunkowanych na osiągnięcie przywołanego celu. Oczywiście nowe regulacje nie są całkowicie wolne od wad czy niedoskonałości. Uprawniony jest jednak wniosek, że pod względem koncepcyjnym wyraźnie widoczna jest zmiana podejścia polskiego prawodawcy do funkcji prawa zamówień publicznych, które – nie rezygnując z ochrony konkurencji i zapewnienia równego traktowania wykonawców – rozwija i wzmocnia instrumenty pozwalające na podniesienie efektywności procesów zakupowych. Natomiast z perspektywy przedsiębiorców uwagę zwraca przede wszystkim:

- dążenie do eliminowania barier dostępu do rynku zamówień publicznych;
- ograniczanie formalizmu postępowań, w szczególności przez uelastycznienie procesu weryfikacji podmiotowej przedsiębiorców i zasad składania dokumentów;
- rozbudowa instytucji stymulujących transfer wiedzy i dialog pomiędzy instytucjami zamawiającymi i przedsiębiorcami;
- równoważenie pozycji stron umów w sprawie zamówienia publicznego oraz dalsze wzmocnianie sytuacji prawnej przedsiębiorców w odniesieniu do takich wyzwań, jak waloryzacja kontraktów, czy płatności częściowe;
- rozbudowa regulacji dotyczących środków ochrony prawnej;
- a przede wszystkim wyraźne zobowiązanie zamawiających do organizowania i prowadzenia postępowań w sposób ukierunkowany na uzyskanie jak najlepszych efektów w relacji do środków, w paradygmacie *best value for money*.

⁹ Uzasadnienie, s. 1.

Wszystkie wymienione zagadnienia zostały omówione w kolejnych rozdziałach tego podręcznika. Ich prawidłowe rozumienie jest jednak uwarunkowane przyjęciem wskazanych powyżej założeń. Scharakteryzowana zmiana podejścia prawodawcy powinna znaleźć swój wyraz w zmianie sposobu interpretacji nowych przepisów. Właśnie to jest powodem, dla którego pierwsze strony podręcznika poświęcono założeniom modernizacji europejskiego i polskiego systemu zamówień publicznych – stanowią one klucz do interpretacji nowych rozwiązań prawnych. Z pewnością jednak dla każdego przedsiębiorcy, podstawowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie o praktyczne znaczenie tych założeń – jak sprawić, by wspomniane cele nie pozostały jedynie w sferze planów, lecz aby realnie oddziaływały i usprawniały udział przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych? Syntetyczna odpowiedź na tak postawione pytanie brzmi następująco: jeżeli podczas stosowania określonych przepisów prawa zamówień publicznych zidentyfikowane zostaną dwa możliwe sposoby ich zastosowania, należałoby wybrać ten, który w większym stopniu będzie realizował przywołane cele i założenia.

Przykład...

Zgodnie z art. 109 ust. 3 PZP zamawiający może nie wykluczać z postępowania wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, jeżeli jego wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Gdyby zatem kwota zaległych podatków była niewielka, a zaległość przedsiębiorcy byłaby spowodowana np. krótkotrwałymi trudnościami i nie ograniczałaby jego zdolności do należytego wykonania zamówienia, to zamawiający mógłby (a wręcz powinien) odstąpić od wykluczania wykonawcy, realizując w ten sposób założenia nowej ustawy.

Przedstawiony przykład dobrze ilustruje, w jaki sposób założenia przyjęte na etapie tworzenia nowej ustawy powinny wpływać na interpretację zawartych w niej przepisów. Gdyby zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia ze względu na zaległości podatkowe¹⁰, to w przedstawionej przykładowej sytuacji miałby formalne podstawy do wyeliminowania z postępowania przedsiębiorcy, który naruszył pewne obowiązki dotyczące płatności podatków. Jednakże ze względu na treść art. 109 ust. 3 PZP, powinien zbadać, czy takie wykluczenie byłoby proporcjonalne. Gdyby ustalił, że „przewinienia” przedsiębiorcy nie są tak poważne, by uzasadniały jego wykluczenie, a wręcz byłoby ono działaniem rażąco nieproporcjonalnym – wówczas nie musiałby stosować wykluczenia. Wydaje się, że w takiej sytuacji wręcz nie powinien wykluczać przedsiębiorcy z postępowania – wszakże ustawodawca

¹⁰ Art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP.

„oczekuje”, by rygorystyczny formalizm nie przeważał nad efektywnością ekonomiczną. Z perspektywy przedsiębiorcy oznacza to, że nie musi się obawiać wykluczenia z postępowania za drobne uchybienia, czy nieprawidłowości w dotychczasowej działalności gospodarczej.

Przedstawiony przykład zostanie dodatkowo omówiony w pkt 7.3 w rozdziale III. W tym miejscu warto jednak podkreślić, że podobnych rozwiązań jest w ustawie znacznie więcej. Potwierdzają one, że znajomość unijnego i krajowego kontekstu modernizacji systemu zamówień publicznych oraz świadomość założeń ustawodawcy pozwala na stosowanie przepisów PZP i organizowanie procesów zakupowych w sposób zorientowany na efektywność i optymalizację procesu zakupowego.

Zapamiętaj...

Motywacją do ustanowienia nowej ustawy było przekonanie ustawodawcy o konieczności zwiększenia efektywności systemu zamówień publicznych, w szczególności poprzez ograniczenie formalizmu, uelastycznienie postępowań i zorientowanie ich na efektywność ekonomiczną. Przywołane cele powinny stanowić istotną wskazówkę dla interpretacji przepisów PZP – ich uwzględnianie może znacząco usprawnić udział przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kto, co i kiedy – czyli zakres zastosowania przepisów PZP

Uwagi na temat szczegółowych rozwiązań zawartych w nowej ustawie, należy poprzedzić określeniem granic jej stosowania. Jak już wspomniano, polskie przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych determinowane są aktami prawa UE, do których w szczególności¹¹ należą:

- dyrektywa 2014/24/UE, regulująca udzielanie tzw. zamówień klasycznych,

11 Do unijnych aktów prawnych z zakresu prawa zamówień publicznych należy zaliczyć także dyrektywę 2014/23/UE, regulującą zawieranie umów koncesji, które *de facto* można uznać za zamówienia publiczne oparte na specyficznym sposobie wynagradzania wykonawcy, a mianowicie zakładające, że jego wynagrodzeniem (lub jego częścią) jest wyłączone prawo do pobierania pożytków z przedmiotu zamówienia. Dyrektywa ta została jednak wdrożona do polskiego systemu prawnego w innej ustawie niż stanowiąca główny przedmiot rozważań w niniejszym podręczniku, a mianowicie w ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

- dyrektywa 2014/25/UE, regulująca udzielanie tzw. zamówień sektorowych, a więc zamówień udzielanych przez zamawiających działających z specyficznych sektorach gospodarki, które zostały uznane za obszary gospodarki szczególnie narażone na ograniczanie mechanizmów rynkowych;
- a także dyrektywa 2009/81/WE, regulująca zasady korzystania ze środków ochrony prawnej¹².

2.1. Podmioty zobowiązane do stosowania PZP

Dyrektywy determinują również zakres podmiotowy przepisów krajowych. Katalog podmiotów, które przy zawieraniu odpłatnych umów zobowiązane są do stosowania PZP, obejmuje podmioty, w odniesieniu do których występuje zwiększone ryzyko podejmowania decyzji o udzieleniu zamówienia w oparciu o czynniki inne niż rachunek ekonomiczny¹³. Zakres podmiotowy nowej ustawy nie różni się od rozwiązań przyjętych na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów – na etapie procesu legislacyjnego wyraźnie potwierdzono, że nowe brzmienie przepisów PZP ma wyłącznie porządkujący charakter¹⁴. W rezultacie w nowej ustawie przewidziano 3 kategorie tego rodzaju podmiotów, a mianowicie: zamawiający publiczni, zamawiający sektorowi, a także zamawiający subsydiowani.

Ustawowe pojęcie „zamawiający publiczny” obejmuje:

- jednostki sektora finansów publicznych, a także inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- tzw. podmioty prawa publicznego;
- związki ww. podmiotów.

Jednostki sektora finansów publicznych zostały określone w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że są to podmioty ściśle związane i tworzące strukturę organizacyjną państwa. Z perspektywy przedsiębiorcy (w szczególności MŚP) zamierzającego ubiegać się o zamówienia publiczne, największe znaczenie praktyczne ma informacja o tym, które jednostki sektora finansów publicznych udzielają najwięcej zamówień. Do tego grona należy zaliczyć przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego

12 Zob. P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, Warszawa – Katowice 2006, s. 24.

13 Zob. w szczególności wyrok ETS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni przeciwko Strohal Rotationsdruck GemsbH*, p. 33.

14 Uzasadnienie, s. 9.

oraz ich związki, samorządowe zakłady budżetowe, organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, ale również sądy, państwowe fundusze celowe, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, uczelnie publiczne, państwowe i samorządowe instytucje kultury itd.

Czy wiesz, że...

Największą grupę zamawiających stanowią instytucje samorządowe, które stanowią ok. 50% wszystkich zamawiających¹⁵.

Nieco bardziej skomplikowane jest scharakteryzowanie jednostek określanych jako tzw. podmioty prawa publicznego. Są to osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednocześnie podlegają istotnemu wpływowi ze strony innych zamawiających. Wpływ taki występuje wtedy, gdy jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio:

- finansują podmioty prawa publicznego w ponad 50% lub
- posiadają ponad połowę ich udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad ich organem zarządzającym, lub
- mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego podmiotu prawa publicznego.

W praktyce najwięcej problemów interpretacyjnych wiąże się ze sformułowaniem „utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”. Można przyjąć, że są to podmioty, które powołano do wykonywania pewnej misji publicznej poprzez wykonywanie świadczeń, które muszą być zapewniane przez władzę publiczną, niezależnie od tego, czy działalność ta oparta będzie na rachunku ekonomicznym. Dlatego przyjmuje się, że przedmiotem działalności podmiotów prawa publicznego jest najczęściej wykonywanie usług użyteczności publicznej.

15 Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 31.

Ważny cytat...

Podmioty prawa publicznego zaspokajają „specyficzne potrzeby administracji państwowej sensu stricto, których realizacja jest tradycyjnie domeną państwa”¹⁶.

Z kolei do grona zamawiających sektorowych ustawodawca zalicza podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą w specyficznych sektorach gospodarki. W odróżnieniu od wcześniejszych regulacji nowa ustawa wyraźnie potwierdza, że zamawiającymi sektorowymi mogą być:

- zarówno zamawiający publiczni (art. 5 ust. 1 pkt 1 PZP);
- jak i inne podmioty, które albo podlegają dominującemu wpływowi ze strony zamawiających publicznych, albo wykonują działalność sektorową na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (art. 5 ust. 1 pkt 2-3 PZP).

Przesądżające znaczenie ma jednak wykonywanie jednego z rodzajów działalności sektorowej, do których ustawodawca zalicza działalność w zakresie (art. 5 ust. 4 PZP):

- gospodarki wodnej;
- energii elektrycznej;
- gazu i energii cieplnej;
- usług transportowych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- portów, przystani i portów lotniczych;
- usług pocztowych;
- wydobycia paliw.

Warto podkreślić, że zamówienia sektorowe, w szczególności udzielane w sektorach o dużym znaczeniu dla działalności samorządów, mogą stanowić istotne źródło zleceń dla krajowych MŚP.

Czy wiesz, że...

Wartość zamówień sektorowych w 2019 r. stanowiła ok. 28% wartości wszystkich zamówień, sięgając kwoty ok 56 mld zł.¹⁷

16 Interpretacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 lutego 2017 r., sygn. UZP/DP/026/410 ()/16/SE.

17 Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 32.

Ostatnią grupę podmiotów zobowiązanych do stosowania PZP stanowią podmioty określone jako „zamawiający subsydiowani”. Choć jest to całkowicie nowe pojęcie, które zostało wprowadzone do systemu prawnego i zdefiniowane w art. 6 PZP, to jednak odnosi się do podmiotów, które również przed 2021 r. zobowiązane były do zawierania umów w reżimie prawa zamówień publicznych. Są to mianowicie podmioty inne niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi, jeżeli zawierają umowę, która łącznie spełnia następujące warunki:

- ponad 50% jej wartości jest finansowane ze środków publicznych lub przez zamawiających publicznych;
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, 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.

Przykład...

Zamawiającym subsydiowanym – a więc podmiotem zobowiązanym do zawierania umów na konkurencyjnych zasadach określonych w przepisach PZP – może być więc prywatny przedsiębiorca zawierający umowę na budowę basenu, jeżeli jej wartość przekroczy równowartość 5 350 000 euro, a jednocześnie inwestycję w ponad 50% dofinansowywać będzie jednostka samorządu terytorialnego.

2.2. Zakres przedmiotowy PZP

Jak już wspomniano, zamawiający zobowiązani są do stosowania przepisów PZP przy zawieraniu odpłatnych umów cywilnoprawnych. Właśnie w ten sposób należy bowiem rozumieć zamówienia publiczne – zgodnie z ustawową definicją są nimi „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”. Przede wszystkim należy więc podkreślić, że zamówieniem publicznym jest wyłącznie umowa, na podstawie której zamawiający nabywa (a nie sprzedaje) określone dobra, co niestety w praktyce nie zawsze jest prawidłowo rozumiane przez zamawiających¹⁸.

18 Zob. wyrok TSUE z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH* przeciwko *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

Jednak nie każda umowa odpłatna będzie podlegała obowiązkowi stosowania przepisów PZP. Ustawodawca przewidział bowiem kilkadziesiąt tzw. wyjątków przedmiotowych, które zostały wyspecyfikowane przede wszystkim w art. 9-15 PZP. Ich katalog obejmuje m.in. umowy obejmujące nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości, pożyczki lub kredyty, a także opracowanie, produkcję lub koprodukcję materiałów przeznaczonych na potrzeby świadczenia medialnych usług audiowizualnych lub radiowych. Łatwo więc dostrzec, że wyłączenia dotyczą zamówień obejmujących bardzo specyficzne świadczenia, dlatego też przedsiębiorcy mogą zakładać, że niezwykle rzadko umowy zawierane przez zamawiających nie będą podlegały przepisom PZP.

Podkreślić jednak należy to, że sam fakt stosowania PZP do poszczególnych umów nie oznacza jeszcze, że będą one zawsze zawierane „na otwartym rynku”, tj. w konkurencyjnych procedurach otwartych na szeroką rywalizację przedsiębiorców. Należy bowiem podkreślić, że przy spełnieniu określonych warunków zamawiający mogą udzielać zamówień w modelu *in-house* tj. zawierać umowy bezpośrednio z podmiotami powiązаныmi organizacyjnie lub kapitałowo w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. bez organizowania otwartej procedury.

Czy wiesz, że...

Zamówienia *in-house* najczęściej udzielane są w obszarze odbioru i zagospodarowania odpadów, a także usług utrzymania dróg, chodników, zieleni i infrastruktury. Stanowi to niemal 90% wszystkich zamówień *in-house*¹⁹.

Możliwość zawierania umów w ten sposób przysługuje polskim zamawiającym już od 2017 r., jednakże nowa ustawa wprowadza kilka nowości, istotnych z punktu widzenia przedsiębiorców. Przede wszystkim od 1 stycznia 2021 r. zamówień z wolnej ręki w modelu *in-house* będą mogli udzielać zamawiający publiczni, także w przypadku udzielania zamówień sektorowych. Jeśli chodzi o warunki dopuszczalności skorzystania z tego rozwiązania, pozostają one zasadniczo bez zmian (art. 214 ust. 1 pkt 11-14 PZP). Mianowicie umowy w modelu *in-house* będą mogły zawierać podmioty:

- które łączy relacja kontroli jednej strony nad drugą, lub które są kontrolowane przez ten sam inny podmiot (np. umowy zawierane przez dwie spółki komunalne kontrolowane przez tę samą jednostkę samorządu terytorialnego);

¹⁹ Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 130.

- które łączy silna więź gospodarcza wyrażająca się w tym, że co najmniej 90% działalności wykonawcy zamówienia *in-house* jest realizowana na rzecz podmiotów powiązanych (kontrolowanych, kontrolujących, lub współkontrolowanych);
- w których strukturze nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Z perspektywy przedsiębiorców podstawowe znaczenie ma jednak rozbudowanie przepisów ograniczających ryzyko niekonkurencyjnego działania polegającego na swobodnym zawieraniu umów w modelu *in-house*, a polegają one przede wszystkim na wzmocnieniu przejrzystości procesów udzielania zamówień w ten sposób. Utrzymano obowiązek publikowania ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia *in-house*, a także zakaz zawarcia umowy przed upływem 14 dni od dnia opublikowania ogłoszenia. Dodatkowo ustawodawca wyraźnie potwierdził, że warunkiem realizacji tego rodzaju umów jest zapewnienie, że wspomniane wcześniej przesłanki ich zawarcia pozostaną spełnione przez cały okres, na jaki umowa została zawarta. Co więcej, zamawiający zostali zobowiązani do zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnianiu tych warunków w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Tym samym przedsiębiorcy uzyskają łatwiejszy dostęp do informacji, pozwalających kontrolować prawidłowość działań zamawiających przy zawieraniu umów *in-house*.

Wreszcie należy zaznaczyć, że dla oceny, czy konkretna umowa zawierana przez zamawiającego podlega prawu zamówień publicznych, kluczowe znaczenie ma jej wartość. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem przepisów PZP miały one znajdować zastosowanie – choć w bardzo ograniczonym zakresie – już w odniesieniu do zawieranych przez zamawiających publicznych umów o wartości co najmniej 50 000 zł. Ostatecznie jednak rozwiązanie to zostało usunięte tuż przed dniem wejścia w życie PZP. Tym samym jej przepisy stosuje się przy udzielaniu zamówień, których wartość jest równa lub przekracza:

- kwotę 130 000 złotych – w przypadku zamówień udzielanych przez zamawiających publicznych;
- progi unijne – jeżeli zamówienie jest udzielane przez zamawiającego sektorowego, subsydiowanego (art. 2 PZP).

Wysokość tzw. progów unijnych jest ustalana przez Komisję Europejską, a informacje na temat ich wysokości są ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, a także zamieszczane na stronie internetowej UZP. Dla poszczególnych rodzajów zamówień ustalono różne progi, a ich aktualną wysokość przedstawia tabela.

Próg [euro]	Zamówienie...
139 000	...na dostawy i usługi udzielane przez zamawiających z sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej
214 000	...na dostawy i usługi udzielane przez zamawiających publicznych innych niż wymienieni powyżej
428 000	...na dostawy i usługi udzielane przez zamawiających sektorowych, zamawiających subsydiowanych, lub udzielane w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa
750 000	...na usługi społeczne udzielane przez zamawiających innych niż zamawiający sektorowi
1 000 000	...na usługi społeczne udzielane przez zamawiających sektorowych
5 350 000	...na roboty budowlane

Podsumowując można zatem stwierdzić, że umowy odpłatne:

- zawierane przez podmiot posiadający status zamawiającego, w których występuje on w charakterze nabywcy;
 - obejmujące realizację świadczeń niepodlegających wyłączeniu spod konkurencyjnego reżimu prawa zamówień publicznych;
 - o wartości równej co najmniej ww. kwotom;
- muszą być zawierane na zasadach określonych w przepisach PZP.

3. Zasady udzielania zamówień publicznych

Po ustaleniu podstawowych informacji na temat zakresu zastosowania przepisów PZP, należy odpowiedzieć na pytanie o zasady udzielania zamówień publicznych. Wspomniano już, że pierwszoplanową funkcją unijnego prawa zamówień publicznych jest ochrona konkurencji.

W unijnych dyrektywach wyraźnie podkreśla się, że udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadami traktatowymi, tworzącymi fundamenty UE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zasady te są również wyraźnie afirmowane przez polskiego ustawodawcę w treści art. 16 PZP.

Zapamiętaj...

Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny (art. 16 PZP).

Co jednak istotne, jedną z kluczowych zmian wprowadzonych przepisami PZP, jest wyrażenie w treści przepisów tzw. zasady efektywności ekonomicznej. Ustawodawca jednoznacznie wskazał, że zamawiający powinien udzielić zamówienia w sposób zapewniający jego najlepszą jakość (art. 17 ust. 1 PZP). Jak już wskazano w pkt 3.4. rozdziału I zmiana ta ma bardzo duże znaczenie dla praktyki. Nie ulega jednak wątpliwości, że osiągnięciu możliwie najlepszych efektów gospodarczych czy społecznych zamówienia sprzyja przestrzeganie zasad odnoszących się sposobu zorganizowania i przeprowadzenia postępowania – więc uczciwej konkurencji i równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności. Dlatego właśnie warto rozpocząć charakterystykę zasad od ich omówienia.

3.1. Zasada ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców

Wymienione powyżej zasady są ze sobą ściśle powiązane, a przestrzeganie każdej z nich warunkuje realizację pozostałych. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyraża nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania – bezpośrednio lub pośrednio – poszczególnych wykonawców. Tym samym oznacza również zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców oraz nieuzasadnionego ograniczania kręgu dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z orzecznictwa...

Zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych²⁰.

Zasada ta jest realizowana przez bardzo wiele przepisów PZP. Szczególnie jasno wyrażono ją w regulacji dotyczącej formułowania wymagań zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 PZP). Ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy oczekiwanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Co szczególnie istotne, przedmiotu zamówienia zasadniczo nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Odstąpienie od tego zakazu możliwe jest jedynie w uzasadnionych przypadkach, gdy nie sposób inaczej precyzyjnie opisać przedmiotu zamówienia. Jednak nawet w takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek dopuścić możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych względem wskazanych w dokumentach zamówienia i określić kryteria równoważności.

20 Wyrok TSUE z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C396/14 *MT Højgaard A/S, Züblin A/S przeciwko Banedanmark*.

Zapamiętaj...

- ⇒ Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uniemożliwia ograniczanie dostępu do postępowania poprzez formułowanie wymagań, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego.
- ⇒ Gdyby powyższy zakaz został w konkretnym postępowaniu naruszony, uczestniczący w nim przedsiębiorca powinien złożyć wniosek o zmianę dokumentów zamówienia (na ten temat zob. pkt 3 rozdziału III), a także jest uprawniony do złożenia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wobec podjętych przez zamawiającego czynności (na ten temat zob. rozdział V).

Wreszcie należy wspomnieć, że najbardziej oczywistym przejawem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nałożony na zamawiających obowiązek zapewnienia, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 17 ust 3 PZP). W jego ramach ustawodawca postanowił również, że:

- kierownik zamawiającego;
- członkowie komisji przetargowej;
- osoby udzielające zamówienia (podpisujące umowę);
- a także wszelkie inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub mogące wpłynąć na jego wynik

podlegają wyłączeniu, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów (art. 56 ust. 1 PZP).

Zgodnie z art. 56 ust. 2 PZP konflikt interesów występuje wówczas, gdy ww. osoby:

- ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- pozostają w bliskich stosunkach z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia (m.in. związek małżeński, pokrewieństwo lub powinowactwo, wspólne pożycie);
- w okresie 3 lat poprzedzających postępowanie utrzymywały relacje zawodowe lub gospodarcze z jednym z wykonawców (m.in. stosunek pracy, zlecenia, członkostwo w organach spółki ubiegającej się o zamówienie);
- lub pozostają z wykonawcą w jakimkolwiek innym stosunku prawnym lub faktycznym, który budzi uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności lub niezależności.

Zapamiętaj...

W przypadku ustalenia, że w danym postępowaniu po stronie zamawiającego działają osoby, co do których występuje konflikt interesów, przedsiębiorca powinien domagać się ich wyłączenia, a także powtórzenia czynności podjętych z ich udziałem (art. 56 ust. 1 i 7 PZP).

3.2. Zasada przejrzystości

Nie ulega wątpliwości, że warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest w szczególności zagwarantowanie przejrzystości procedur. Zapewnia to możliwość weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego, a w dalszej kolejności pozwala na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W związku z tym zamawiający są zobowiązani do upubliczniania wszystkich istotnych informacji o postępowaniu, w szczególności poprzez:

- ogłoszenie publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym UE; a także
- udostępnienie dokumentów zamówienia na stronie internetowej zamawiającego.

Zapamiętaj...

Przez ustawowe pojęcie „dokumenty zamówienia” należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Zasadniczo zamawiający ma obowiązek zapewnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do dokumentów zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach możliwe jest ograniczanie dostępu do dokumentów zamówienia. W szczególności jest to możliwe w sytuacji, gdy zamawiający określi w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak nawet jeżeli zamawiający nie może udostępnić części dokumentów zamówienia na stronie internetowej z powodu ochrony ich poufnego charakteru, zobowiązany jest określić w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Innym atrybutem przejrzystości jest zasada pisemności postępowań (art. 20 ust. 1 PZP). W nowej ustawie doprecyzowano przy tym, że pisemność w rozumieniu przepisów PZP oznacza sposób

wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Dodatkowo na etapie prac legislacyjnych wyjaśniono, że pojęcia „pisemnie” nie można utożsamiać z formą pisemną oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 KC – na gruncie ustawy dokument pisemny nie musi być opatrzony własnoręcznym podpisem obejmującym treść oświadczenia. Również w tym obszarze, jedynie w wyjątkowych sytuacjach możliwe jest odstępianie od zasady pisemności. Jednak nawet w przypadku dokonania określonych czynności w oparciu o komunikację ustną (np. wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego podczas wizji lokalnej), powinny one zostać następnie udokumentowane w postaci pisemnej. Rozwiązanie to ma zapewnić wszystkim wykonawcom równe szanse w ramach konkurencyjnej realizacji o udzielenie zamówienia, a także zagwarantować możliwość weryfikacji działań zamawiającego.

Ważny cytat...

„O ile niezbędne elementy postępowania o udzielenie zamówienia, takie jak dokumenty zamówienia, wnioski o dopuszczenie do udziału, potwierdzenia zainteresowania i oferty powinny zawsze być sporządzane na piśmie, to w innych przypadkach komunikacja ustna z wykonawcami powinna być nadal możliwa, pod warunkiem że jej treść jest w dostatecznym stopniu udokumentowana. Jest to konieczne, by zapewnić odpowiedni poziom przejrzystości umożliwiający weryfikację przestrzegania zasady równego traktowania”²¹.

Z zasady przejrzystości wynika także uprawnienie wykonawców do uzyskiwania informacji na temat poszczególnych czynności dokonywanych w postępowaniu, w tym w szczególności dotyczących ofert i innych dokumentów składanych przez uczestników postępowania. Uprawnienie to wyraża się przede wszystkim w ustawowej gwarancji uzyskania dostępu do protokołu postępowania wraz z załącznikami, którymi są wszystkie dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców w toku postępowania, w szczególności oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski, itp. (art. 73 ust. 1 PZP). Z perspektywy przedsiębiorcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia kluczowe znacznie ma fakt, że nowa ustawa nakłada na zamawiających rygorystyczne obowiązki w zakresie zapewniania dostępu do protokołu oraz załączników, w szczególności przez określenie terminu na udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu (art. 74 PZP).

21 Motyw 58 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

Zapamiętaj...

- ⇒ Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie.
- ⇒ Jawny jest protokół postępowania, który podlega udostępnieniu na wniosek.
- ⇒ Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
- ⇒ Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków.
- ⇒ Oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert.

Podkreślenia przy tym wymaga fakt, że zasada dostępu do dokumentów składanych przez wykonawców – w szczególności ich ofert – nie ma charakteru absolutnego, lecz może doznawać pewnych ograniczeń. Przede wszystkim nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 PZP). Zgodnie z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez „tajemnicę przedsiębiorstwa” należy rozumieć informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy przy tym podkreślić, że zamawiający utrzyma poufny charakter informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie pod warunkiem, że:

- wraz z ich przekazaniem wykonawca poczyni zastrzeżenie, że nie mogą być one udostępniane
- oraz wykaże, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niestety w praktyce zdarza się, że przedsiębiorcy nie przykładają należytej staranności do odpowiedniego wykazania – tj. szczegółowego wyjaśnienia i udowodnienia – że składane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skutkuje to koniecznością ich odtajnienia i udostępniania, co jest szczególnie dolegliwe wtedy, gdy tajemnicę pozna konkurent przedsiębiorcy.

Zapamiętaj...

Nie składając wyjaśnień wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki zastrzeżenia tajemnicy²².

3.3. Zasada proporcjonalności

Wszelkie działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów. Na gruncie unijnego prawa zamówień publicznych stwierdza się wręcz, że w świetle zasady proporcjonalności, będącej ogólną zasadą prawa wspólnotowego, wszelkie podejmowane przez zamawiających środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia ich celów²³. Tym samym zamawiającym nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp postępowania.

Zasada proporcjonalności ma uniwersalne zastosowanie, co oznacza, że powinna być realizowana w ramach każdej czynności zamawiającego. Innymi słowy przed zastosowaniem jakiegokolwiek przepisu zamawiający powinien rozważyć, czy jego działanie jest proporcjonalne. Stosowanie niektórych instytucji jest jednak szczególnie narażone na ryzyko podejmowania działań nieadekwatnych. Dlatego w regulujących je przepisach ustawodawca wyraźnie przypomina o obowiązku działania w sposób proporcjonalny. Przykładem jest choćby wspomniana już możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyby wykluczenie to miało okazać się rażąco nieproporcjonalne (zob. pkt 7.3. rozdziału III).

Zdecydowanie największe znaczenie praktyczne zasada proporcjonalności ma jednak w odniesieniu do reguł ustalania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. pkt 7.1. rozdziału III). Określają one „warunki wejścia”, których spełnienie jest konieczne, aby wykonawca w ogóle mógł złożyć ofertę – tym samym ich wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji jest szczególnie duży. Nie dziwi więc, że art. 112 ust. 1 PZP stanowi jednoznacznie: „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu

²² Zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., sygn. KIO 421/17.

²³ Zob. wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C376/08 *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl* przeciwko *Comune di Milano*.

zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. W orzecznictwie podkreśla się, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest bowiem nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej²⁴.

Przestrzeganie zasady proporcjonalności ma szczególne znaczenie dla efektywnego uczestniczenia w systemie zamówień publicznych przedsiębiorców należących do kategorii MŚP. Nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu, w szczególności wygórowane wymagania dotyczące ich sytuacji finansowej mogą stanowić poważną barierę udziału w rynku.

Ważny cytat...

„Zbyt surowe wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MŚP w zamówieniach publicznych. Wszelkie takie wymogi powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymaganie od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia”²⁵.

Mając zatem na względzie, że od 1 stycznia 2021 r. ustawodawca w znacznie większym stopniu afirmuje efektywność ekonomiczną, która jest ściśle związana z zasadą proporcjonalności, warto pamiętać, że przedsiębiorcy mogą i powinni domagać się od zamawiających działania w sposób adekwatny do zakładanych celów – niewątpliwie nowa ustawa dostarcza wielu argumentów, które w większym niż dotychczas stopniu pozwalają realizować w tym obszarze interes MŚP.

3.4. Zasada efektywności ekonomicznej

Przestrzeganie wszystkich wymienionych dotychczas zasad ma zapewnić, że zamawiający wybierze ofertę optymalnie zaspokajającą jego potrzeby. Tym samym ich przestrzeganie ma służyć realizacji zasady efektywności ekonomicznej, wyrażonej w art. 17 ust. 1 PZP.

²⁴ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r., sygn. KIO 2041/20.

²⁵ Motyw 83 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

Zapamiętaj...

Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- ⇒ najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz
- ⇒ uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Jak już kilkakrotnie wspomniano, wprowadzenie tej zasady jest jedną z najdonioślejszych zmian, jakie dokonują się w polskim systemie zamówień publicznych po 1 stycznia 2021 r. Oczywiście wypada podkreślić, że jej ustanowienie nie jest jakąkolwiek rewolucyjną zmianą. Można by nawet stwierdzić, że przecież zawsze celem zamawiającego było udzielanie zamówień publicznych w sposób, który pozwoli na optymalną realizację jego ekonomicznego celu. Nie ulega jednak wątpliwości, że liczne obowiązki formalne niejednokrotnie znacząco utrudniały urzeczywistnianie takiego podejścia, przy czym bardzo często nie wynikało to wcale z wadliwości przepisów. Czasami źródłem były trudności organizacyjne, a niekiedy także zachowawcza postawa zamawiających. Dlatego wyraźne wyartykułowanie w ustawie zasady efektywności ekonomicznej należy traktować nie tylko jako wskazówkę dla interpretacji nowych przepisów, ale przede jako impuls do zmiany podejścia.

Ta zasada powinna również przenikać wszelkie działania podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega jednak wątpliwości, że także w jej przypadku istnieją instytucje szczególnie predystynowane do realizacji zasady efektywności ekonomicznej. Do najbardziej oczywistych przykładów należą wspomniane już warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim model oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, co zresztą podkreśla się w interpretacjach Prezesa UZP.

Ważny cytat...

„Dotychczasowy katalog zasad udzielania zamówień publicznych został wzbogacony o nową zasadę, tj. zasadę efektywności ekonomicznej. (...) Zamawiający jest zobowiązany uwzględnić tę zasadę przy ustalaniu warunków zamówienia, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert”²⁶

Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zasadniczo zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy z wykonawcą, który taką ofertę złożył. Przez ofertę najkorzystniejszą należy rozumieć ofertę z najniższą ceną (lub kosztem), albo ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 1 PZP). Ten drugi wariant ma duże znaczenie z tego powodu, że w przepisach PZP utrzymano zasadę, iż jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki, powinny stosować kryterium ceny o maksymalnej wadze 60%, a w pozostałym zakresie powinny stosować tzw. pozacenowe kryteria oceny ofert (art. 246 ust. 1 PZP). Tytułem przykładu warto więc wspomnieć, że w praktyce jednostki samorządu terytorialnego, czy też organy administracji rządowej przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinny dokonywać tego z uwzględnieniem aspektów innych niż cena, w szczególności na podstawie kryteriów jakościowych. Obowiązku tego można uniknąć wyłącznie wtedy, jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia zostaną szczegółowo określone wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 PZP). Tym samym w przepisach PZP ustanowiono alternatywę:

- ⇒ albo zamawiający bardzo szczegółowo opisuje przedmiot zamówienia (co jest możliwe w szczególności przy zakupie zestandaryzowanych świadczeń – np. nieskomplikowane zamówienia na dostawy),
- ⇒ albo dokonując wyboru uwzględnia również inne niż cena parametry ofert.

Warto jednak podkreślić, że jeżeli zamawiający będzie stosował wielokryterialny model oceny ofert, powinien stosować takie kryteria, które pozwolą dokonać wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. W przypadku nieumiejętnego zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, może okazać się, że przyjęty przez zamawiającego matematyczny wzór jest podatny na

²⁶ Co oznacza nowa zasada efektywności w Pzp?, [online: 25.11.2020] <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/nowe-pzp-w-pytaniach-i-odpowiedziach/co-oznacza-nowa-zasada-efektywnosci-w-pzp-2020-11-19>.

manipulacje, a liczba przyznawanych punktów nie odzwierciedla rzeczywistej wartości rynkowej poszczególnych ofert.

Przykład...

Kryteria oceny ofert:

⇒ (C) cena dostarczanych dóbr – 60% → wzór: $C=60 \text{ pkt} \times \frac{\text{najniższa cena}}{\text{cena oferty badanej}}$

⇒ (R) rabat – 40% → wzór: $R=40 \text{ pkt} \times \frac{\text{rabat oferty badanej}}{\text{najwyższy rabat}}$

Złożone oferty:

⇒ Wykonawca A: cena – 100, rabat 10% → liczba uzyskanych punktów: **68**

⇒ Wykonawca B: cena – 200, rabat: 50% → liczba uzyskanych punktów: **70**

Wniosek: za najkorzystniejszą uznana zostaje oferta B, chociaż oferta A jest oczywiście korzystniejsza w świetle uwarunkowań rynkowych.

Przedstawiony przykładowy model oceny ofert jest nieprawidłowy z kilku powodów, lecz przede wszystkim eksponuje skutki opracowania wzoru oceny w oderwaniu od realiów rynkowych, a zatem bez nastawienia na efektywność ekonomiczną postępowania. Tak oczywiste błędy zdarzają się bardzo rzadko, lecz podobne błędy niestety występują w praktyce już częściej²⁷. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji każdy przedsiębiorca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo oczekiwać, że jego oferta będzie oceniana w uczciwych warunkach, a ostateczne rozstrzygnięcia nie będą skutkiem sztucznej manipulacji parametrami ofert konkurentów.

Od 1 stycznia 2021 r. niezapobieżenie takiej sytuacji będzie naruszało nie tylko zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim zasadę efektywności ekonomicznej. Jeżeli zatem przygotowując się do złożenia oferty przedsiębiorca zidentyfikuje błędy w przyjętym przez zamawiającego modelu oceny ofert powinien oczekiwać jego zmiany, m.in. ze względu na naruszenie art. 17 ust. 1 PZP i wyrażonej w nim zasady efektywności ekonomicznej.

²⁷ Zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. KIO 131/13.

Zapamiętaj...

Kształtowanie kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej i powinien służyć zasadzie efektywności ekonomicznej²⁸.

28 Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. III CZP 52/02.

Rozdział II

Kluczowe zmiany z perspektywy MŚP

1. Nowe obowiązki zamawiających, nowe szanse dla wykonawców

1.1. Analiza potrzeb i wymagań

W kolejnych rozdziałach opisano podstawowe reguły ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego od 1 stycznia 2021 r. Zawarte w nich rozważania warto jednak poprzedzić omówieniem tych spośród nowych regulacji, które wprowadzicie nie odnoszą się bezpośrednio do sytuacji prawnej przedsiębiorców w postępowaniach, lecz w praktyce mogą okazać się dla nich bardzo użyteczne.

W pierwszej kolejności warto podkreślić, że wraz z ustanowieniem omówionej w poprzednim rozdziale zasady efektywności ekonomicznej, ustawodawca nałożył na zamawiających nowe obowiązki, które mają służyć realizacji tejże zasady. Jednym z nich jest konieczność przygotowania analizy potrzeb i wymagań, którą zamawiający publiczni będą musieli sporządzić przed wszczęciem postępowania (art. 83 PZP). Analiza ta powinna w szczególności obejmować badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych, a także rozeznanie rynku:

- w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb;
- w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazanie, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

Ponadto analizy będą zawierały informacje na temat:

- orientacyjnej wartości zamówienia dla każdego z badanych wariantów jego realizacji;
- możliwości podziału zamówienia na części;
- przewidywanego trybu udzielenia zamówienia;
- możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
- a także dostrzeganych przez zamawiającego ryzyk związanych z postępowaniem i realizacją zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju informacje mogą przedstawiać dużą wartość gospodarczą dla przedsiębiorców, pozwalając im lepiej obserwować tendencje zakupowe zamawiających

publicznych, uzyskiwać wiedzę na temat uwarunkowań ekonomicznych, organizacyjnych, czy prawnych, w jakich zamierzają oni zaspokajać swoje potrzeby, a w rezultacie optymalizować portfel oferowanych świadczeń.

1.2. Wstępne konsultacje rynkowe i udział przedsiębiorcy w przygotowaniu postępowania

Obowiązek sporządzania analiz może skłonić zamawiających do wzmocnienia dialogu z przedsiębiorcami na etapie przygotowania postępowania. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zwykle nie dysponują tak wszechstronną wiedzą na temat realiów danego rynku i oferowanych na nim świadczeń, jaką posiadają działający na tym rynku przedsiębiorcy.

Ważny cytat...

„Zobowiązanie zamawiających do dokonywania analizy potrzeb i wymagań ma służyć realizacji jednego z głównych celów projektu, tj. zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych. (...) Wymóg sporządzenia analizy potrzeb i wymagań ma w założeniu przyczynić się do lepszego przygotowania procesu udzielania zamówienia publicznego. Stanowi on wyraz zwiększenia roli etapu przygotowania zamówienia, który rzutuje bezpośrednio na wszystkie następne etapy procesu zakupowego”²⁹.

Wobec powyższego warto wspomnieć, że w przepisach PZP utrzymano rozwiązania umożliwiające transfer wiedzy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. W tym zakresie wprowadzono jednak kilka drobnych korekt. Przede wszystkim obowiązująca na gruncie poprzedniej ustawy instytucja dialogu technicznego została w PZP określona jako „wstępne konsultacje rynkowe”. Ustawodawca potwierdza, że przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia każdy zamawiający może przeprowadzić takie konsultacje w celu odpowiedniego przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. Podczas prac nad nową ustawą jednoznacznie potwierdzono, że „prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga rozeznania rynku i dostępnych na nim rozwiązań, a w wielu przypadkach także bezpośredniej konsultacji zamawiającego z uczestnikami rynku reprezentującymi daną jego branżę”³⁰.

Mając więc na uwadze obowiązek sporządzania analizy potrzeb i wymagań, warto, by przedsiębiorcy z własnej inicjatywy zachęcali zamawiających do organizowania wstępnych

29 Uzasadnienie, s. 27.

30 Uzasadnienie, s. 29.

konsultacji rynkowych. Zastosowanie tego rozwiązania może znacząco usprawnić proces zakupowy, w szczególności poprzez wymianę informacji na temat wzajemnych oczekiwań. Do skorzystania z tej możliwości zamawiających powinien zachęcać przede wszystkim fakt, że wstępne konsultacje rynkowe są procedurą niemal całkowicie odformalizowaną i tylko od zamawiającego zależy, w jaki sposób ją zorganizuje. Do jego jedynych formalnych obowiązków ustawowych należy zaliczyć konieczność:

- zamieszczenia na stronie internetowej informacji o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie (art. 84 ust. 1 PZP);
- poinformowania o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 84 ust. 3 PZP);
- zamieszczenia informacji o konsultacjach w protokole postępowania (art. 73 ust. 2 PZP).

Natomiast o sposobie zorganizowania konsultacji i ich formie decyduje wyłącznie zamawiający. W praktyce stosowane są zarówno konsultacje korespondencyjne, jak oparte na spotkaniach osobistych czy wideokonferencjach. Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców, a ich doradztwo może być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien jednak pamiętać, że jego działania podejmowane w związku z konsultacjami nie mogą powodować zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Z perspektywy przedsiębiorcy kluczowe znaczenie ma natomiast fakt, że jego udział we wstępnych konsultacjach rynkowych nie pozbawia go możliwości udziału w postępowaniu, które poprzedzały konsultacje. Jeżeli nawet wykonawca lub podmiot należący z nim do tej samej grupy kapitałowej, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający nie powinien automatycznie eliminować go z postępowania, lecz powinien podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. W takiej sytuacji zamawiający powinien w szczególności przekazać wszystkim wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania, a także powinien wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert (art. 85 ust. 1 PZP).

Jedynie w wyjątkowych sytuacjach wcześniejszy udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania może skutkować koniecznością wyeliminowania go z postępowania. Wykonawca taki podlega

bowiem wykluczeniu wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez jego wykluczenie. Warto przy tym podkreślić, że zgodnie z zasadą proporcjonalności przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający ma obowiązek zapewnić mu możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (art. 85 ust. 2 PZP).

Zapamiętaj...

Udział we wstępnych konsultacjach rynkowych, doradztwo lub innego rodzaju wsparcie zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, nie pozbawia automatycznie przedsiębiorcy możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu.

1.3. Raport z realizacji zamówienia

Całkowicie nowym obowiązkiem formalnym nałożonym w nowej ustawie na zamawiających jest również konieczność sporządzania raportu z realizacji zamówienia (art. 446 PZP). Ten obowiązek dotyczy wszystkich zamawiających (zarówno publicznych, jak i sektorowych oraz subsydiowanych), lecz aktualizuje się wyłącznie w określonych przez ustawodawcę sytuacjach. Raporty te będą sporządzane w przypadku gdy:

- na realizację zamówienia zamawiający wyda ostatecznie kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej;
- na wykonawcę zostaną nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;
- wystąpią opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej 30 dni;
- zamawiający lub wykonawca odstąpi od umowy w całości lub w części, albo dokona jej wypowiedzenia w całości lub w części.

Ważny cytat...

„Celem tego nowego obowiązku po stronie zamawiających jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych dzięki należytej przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości”³¹.

31 Uzasadnienie, s. 26.

Z punktu widzenia przedsiębiorców najistotniejsze znaczenie ma jednak treść raportu, który powinien zawierać:

- wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z ceną pierwotnie zakładaną na etapie przygotowania postępowania oraz w momencie zawierania umowy;
- wskazanie okoliczności, które aktualizowały obowiązek sporządzenia raportu wraz z określeniem przyczyn ich wystąpienia;
- ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania;
- wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych.

Istnieją argumenty, by raporty uznać za nośniki informacji publicznej, a zatem za dokumenty podlegające udostępnieniu. To okoliczność doniosła praktycznie, jako że również informacje zawarte w raportach niejednokrotnie mogą okazać się bardzo użyteczne dla przedsiębiorców z punktu widzenia prowadzonej przez nich działalności. Mogą bowiem dostarczać wiedzy nie tylko na temat doświadczeń poszczególnych zamawiających, ale także wiadomości na temat kondycji ich konkurentów. Przede wszystkim jednak informacje na temat identyfikowanych przez zamawiających ryzyk oraz podejmowanych środków zapobiegawczych ułatwią przedsiębiorcom składanie korzystniejszych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego również ten nowy obowiązek formalny można uznać za interesujące źródło szans na optymalizację działalności MŚP na rynku zamówień publicznych.

2. Konkurs

Niewątpliwie poważną z perspektywy MŚP zmianą w stosunku do rozwiązań obowiązujących przed 2021 r. jest modyfikacja reguł dotyczących organizowania konkursów – zmiana ta oczywiście dotyczy już bezpośrednio zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Konkurs jest szczególną procedurą, w ramach której zamawiający może dokonać wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym. Dotyczyć ona będzie w szczególności planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Kluczowe znaczenie praktyczne ma przy tym fakt, że jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania

architektoniczno-budowlanego, to zorganizowanie konkursu jest obowiązkiem zamawiającego publicznego, jeżeli wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Zapamiętaj...

Jeżeli:

- ⇒ przedmiotem zamówienia innego niż sektorowe są usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego,
 - ⇒ wartość zamówienia przekracza progi unijne,
 - ⇒ zamówienie nie dotyczy obiektu liniowego w rozumieniu prawa budowlanego
- zamawiający ma obowiązek zorganizować konkurs.

Konkurs jest bardzo specyficzną procedurą o licznych odmiennościach w stosunku do typowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których szczegółowe omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Tytułem bardzo ogólnej, syntetycznej charakterystyki warto wspomnieć, że konkurs może zostać zorganizowany w procedurze:

- ⇒ nieograniczonej – w której w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o konkursie, prace konkursowe mogą składać wszyscy zainteresowani uczestnicy konkursu; albo
- ⇒ ograniczonej – w której w odpowiedzi na ogłoszenie o konkursie, uczestnicy konkursu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie, a prace konkursowe mogą składać wyłącznie uczestnicy zaproszeni do składania prac konkursowych.

W ramach konkursu wykonawcy składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, chyba że ze względu na specyfikę przedmiotu konkursu nie jest możliwe określenie kosztów. Następnie prace oceniane są przez co najmniej 3-osobowy sąd konkursowy zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu i regulaminie konkursu. Z praktycznego punktu widzenia należy zasygnalizować, że zważywszy na marginalne zastosowanie instytucji konkursu przed rokiem 2021, wprowadzenie obowiązku jej stosowania jest wyzwaniem nie tylko dla zamawiających, ale również dla wykonawców, którzy będą musieli przygotować się do rywalizacji w ramach konkursów także w tych obszarach rynku, w których konkursy nie były dotychczas organizowane zbyt często.

Przykład...

Zorganizowanie konkursu będzie obowiązkowe np. przy udzielaniu zamówienia publicznego o wartości powyżej progów unijnych, na stworzenie projektu architektonicznego na potrzeby modernizacji budynku będącego siedzibą organu administracji publicznej.

3. Procedura uproszczona – zamówienia o wartości poniżej progów unijnych

Do kluczowych z perspektywy MŚP zmian wprowadzonych przez nową ustawę zaliczyć należy odrębne uregulowanie postępowań krajowych, tj. dotyczących zamówień o wartości osiągającej próg krajowy stosowania ustawy wynoszący **130 000 zł**, lecz mniejszej niż progi unijne. Zmiany polegają przede wszystkim na uelastycznieniu i uproszczeniu³² krajowych postępowań podprogowych w stosunku do zamówień unijnych, co jest dopuszczalne zważywszy na to, iż dyrektywy unijne i przewidziane w nich wymagania (w tym w zakresie trybów postępowania) nie znajdują zastosowania do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Zmierzają one również do zwiększenia możliwości prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania. To bardzo istotna wiadomość z punktu widzenia MŚP, ponieważ zamówienia o wartości poniżej progów unijnych stanowią niemal jedną trzecią polskiego rynku zamówień publicznych.

Czy wiesz, że...

Wartość zamówień o wartości poniżej progów unijnych stanowi co roku ok. 30% globalnej wartości polskiego rynku zamówień publicznych – w latach 2016-2019 ich wartość wynosiła od 31,5 do aż 55,8 mld zł³³.

Zasady udzielania zamówień krajowych o wartości mniejszej niż progi unijne uregulowano w autonomicznej jednostce redakcyjnej ustawy – w Dziale III (art. 266-310 PZP). Do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o takiej wartości znajdują również zastosowanie przepisy Działu II PZP³⁴, aczkolwiek z pewnymi wyjątkami, które dotyczą m.in. publikacji przez zamawiającego

32 Stąd potocznie mówi się o procedurze uproszczonej.

33 Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 30.

34 Dział II PZP reguluje procedurę udzielenia zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

ogłoszeń (które w procedurze krajowej zamieszczane są w Biuletynie Zamówień Publicznych zamiast w Dzienniku Urzędowym UE), czy kwalifikacji podmiotowej wykonawców (która w procedurze krajowej jest mniej wymagająca niż w postępowaniu unijnym³⁵).

Zamawiający udzielający zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne mają do dyspozycji cztery tryby postępowania służące do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia, tj.:

- 1) tryb podstawowy;
- 2) partnerstwo innowacyjne;
- 3) negocjacje bez ogłoszenia;
- 4) zamówienie z wolnej ręki.

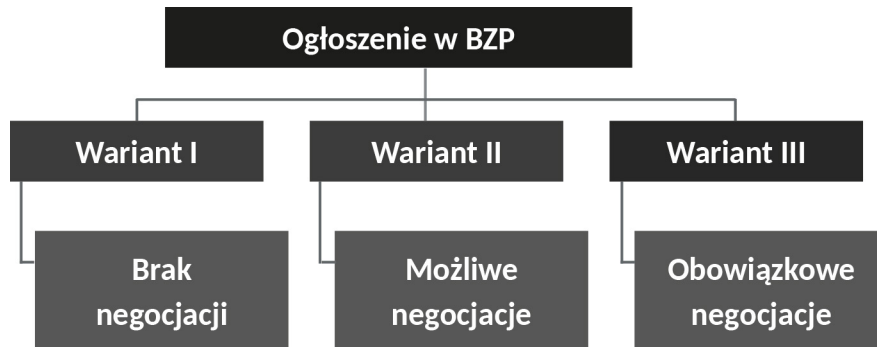
Tym samym w nowej ustawie, zamówienia krajowe zyskały własne tryby postępowania, odrębne od trybów przewidzianych dla zamówień unijnych. Dwa spośród nich mają charakter konkurencyjny: tryb podstawowy – możliwy do zastosowania w każdym postępowaniu, oraz tryb partnerstwa innowacyjnego przeznaczony do dokonywania zakupów na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, które nie są dostępne na rynku. Pozostałe tryby, tj. negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki, mogą być stosowane wyłącznie w razie spełnienia określonych przesłanek przewidzianych w ustawie.

Jako że tryb podstawowy stanowi *novum*, poniżej przedstawiono jego szczegółową charakterystykę. Do wszczęcia postępowania w trybie podstawowym dochodzi poprzez zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) – krajowym publikatorze wydawanym w formie elektronicznej przez Urząd Zamówień Publicznych, dostępnym pod adresem: <https://bzp.uzp.gov.pl>. Wykonawcy mogą przeglądać ogłoszenia publikowane w tym publikatorze bez potrzeby posiadania loginu i hasła, za pomocą prostej wyszukiwarki.

Ogłoszenie o zamówieniu zawiera kluczowe informacje identyfikujące zamawiającego oraz przedmiot zamówienia, a także przyjęte w danym postępowaniu warunki zamówienia, w tym

35 W przypadku zamówień krajowych, zgodnie z art. 273 ust. 1 PZP, zamawiający nie jest zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji. Ponadto, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP nie jest sformalizowane – tj. wykonawca nie sporządza go na formularzu jednolitego elektronicznego dokumentu zamówienia (JEDZ).

warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Stanowi ono publiczne zaproszenie do składania ofert przez wszystkich zainteresowanych wykonawców. Szczegółowy przebieg postępowania w trybie podstawowym uzależniony jest od tego, czy zamawiający przewidział negocjacje z wykonawcami i czy mają one charakter fakultatywny, czy obowiązkowy. Z tego względu przepisy PZP wyróżniają trzy warianty tego trybu, przedstawione w poniższym schemacie.



Zapamiętaj...

Możliwe do zastosowania warianty trybu podstawowego w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych:

- Wariant I – w którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzania negocjacji spośród ofert złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu; wariant ten przypomina zatem przetarg nieograniczony stosowany pod rządami ustawy z 2004 r. również do tego typu zamówień krajowych.
- Wariant II – w którym zamawiający może prowadzić negocjacje (nie jest jednak do tego zobowiązany) w celu ulepszenia treści ofert w tych obszarach, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a po zakończeniu negocjacji zaprasza wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu do składania „ulepszonych” ofert dodatkowych (o ile zamawiający przewidział taką możliwość w dokumentach zamówienia).

UWAGA: w wariantcie II negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ i dotyczą wyłącznie elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Jeżeli zamawiający po otrzymaniu ofert od wykonawców nie zdecyduje się na negocjacje (uznając przykładowo że już oferty dotychczasowe są dla niego korzystne), dokona wyboru oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

- Wariant III – w którym zamawiający prowadzi negocjacje (obowiązkowe) w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zaprasza wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu do składania ofert ostatecznych, przy czym w tym wariantcie negocjacje mają szerszy zakres niż w wariantcie II, bowiem mogą dotyczyć wszelkich warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności, z wyjątkiem jedynie minimalnych wymagań zamawiającego, które nie podlegają negocjacjom (przykładowo negocjacje mogą dotyczyć: parametrów zamówienia, sposobu i terminu jego realizacji, a także warunków umowy).

W wariantcie I oraz II, na etapie wszczęcia postępowania oprócz ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający sporządza również SWZ, którą udostępnia na stronie internetowej postępowania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP. Specyfikacja zawiera informacje wymagane w art. 281 PZP, stanowiące doszczegółowienie ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast w przypadku wariantu III, zamawiający sporządza SWZ dopiero po zakończeniu negocjacji, zaś od dnia zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zamówieniu, na stronie internetowej postępowania udostępnia

jedynie tzw. opis potrzeb i wymagań, który w sposób ogólny określa: przedmiot zamówienia, potrzeby zamawiającego, cechy charakterystyczne zamawianego zamówienia, a także minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i jego realizacji, co do których zamawiający zdecydował, że nie będą podlegać negocjacom oraz kryteria oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert.

Przed zaproszeniem wykonawców do negocjacji zamawiający bada oferty pod kątem przesłanek odrzucenia, bowiem do złożenia oferty dodatkowej (w wariantcie II), bądź oferty ostatecznej (w wariantcie III) zamawiający zaprasza jedynie tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. W przypadku wariantu III, katalog przesłanek odrzucenia ofert „wstępnych” jest węższy – do ofert tych nie stosuje się podstaw odrzucenia określonych w art. 226 ust. 1 pkt 8-14, 17 i 18 PZP. Dodatkowo w tym wariantcie zamawiający odrzuca te oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub jego realizacji, wskazanych w opisie potrzeb i wymagań. Zamawiający może też ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do negocjacji, podając ją w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ (wariant II) lub w opisie potrzeb i wymagań (wariant III), a także wskazując kryteria oceny ofert, które zamawiający będzie stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert. Liczba ta musi zapewniać konkurencję i nie może być mniejsza niż 3.

O odrzuceniu oferty albo o niezakwalifikowaniu oferty do negocjacji (w przypadku ograniczenia liczby zapraszanych wykonawców) zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, podając uzasadnienie faktyczne i prawne jego decyzji. Wykonawcy, którzy nie zgadzają się z odrzuceniem oferty lub niezakwalifikowaniem do negocjacji mogą składać w tym zakresie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto w przypadku wariantu II, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców o ofertach, które nie zostały odrzucone oraz o punktacji przyznanej ofertom w każdym z kryteriów oceny ofert oraz o łącznej punktacji.

W przypadku wariantu II trybu podstawowego:

- ⇒ wykonawca, który otrzymał zaproszenie do negocjacji może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, lecz nie jest do tego zobowiązany – jest to jego uprawnienie;
- ⇒ oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z tych kryteriów, niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu – oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna

w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu podlega odrzuceniu;

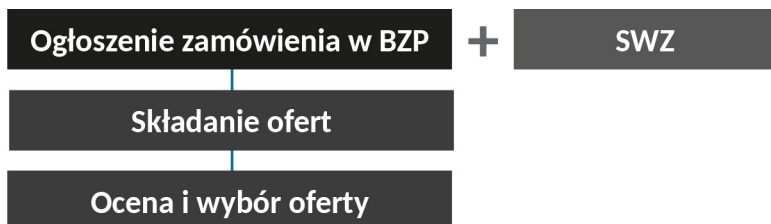
⇒ oferta dodatkowa może zawierać korzystniejszą propozycję tylko w niektórych kryteriach oceny wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji.

Przykład...

Zgodnie z SWZ kryteriami oceny ofert są: cena – 60%, termin realizacji zamówienia – 20%, warunki serwisu – 20%; zamawiający prowadził negocjacje w celu ulepszenia treści ofert w odniesieniu do wszystkich powyższych kryteriów; wykonawca składając ofertę dodatkową złożył korzystniejszą propozycję jedynie w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia; tym samym wcześniejsza oferta nadal wiąże go w zakresie ceny oraz warunków serwisu.

Przebieg trybu podstawowego w poszczególnych wariantach można ująć w postaci graficznej w następujący sposób:

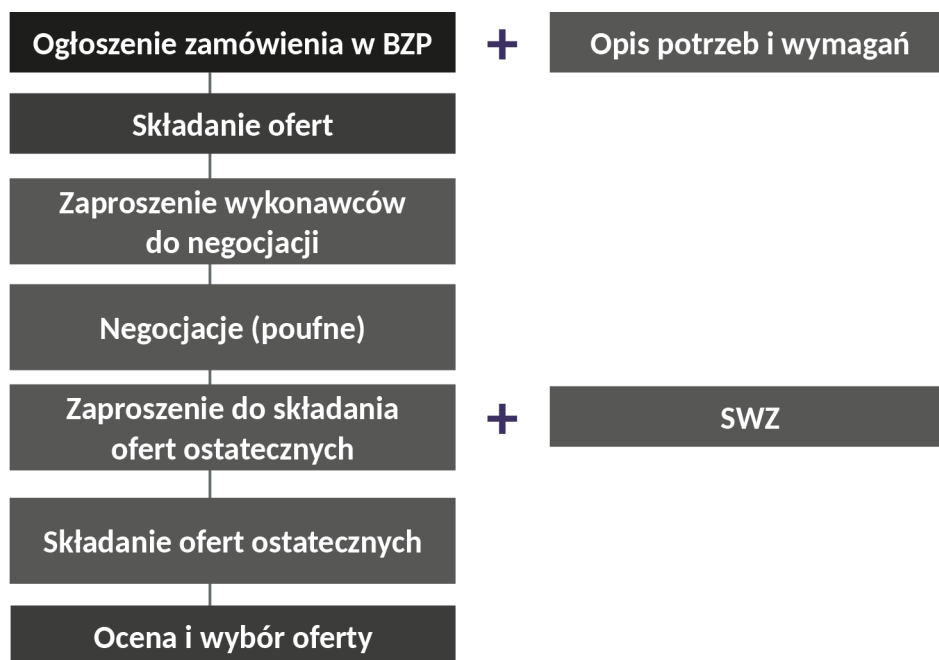
WARIANT I – Tryb podstawowy (brak negocjacji)



WARIANT II - Tryb podstawowy (możliwe negocjacje)



WARIANT III - Tryb podstawowy (obowiązkowe negocjacje)



4. Nowe definicje

Wreszcie w ramach syntetycznego opisu kluczowych zmian poprzedzającego rozważania szczegółowe, należy odnieść się do zmiany terminologii, jaką posługuje się ustawodawca w przepisach PZP. Większość pojęć i definicji ustawowych pozostała niezmienną w porównaniu

ze stanem prawnym obowiązującym przed 2021 r. Część została jednak zmieniona, a ponadto pojawiły się całkiem nowe pojęcia. Spośród nich z pewnością należy przywołać te, które mogą mieć istotne znaczenie praktyczne.

W pierwszej kolejności wskazać należy całkowicie nowe pojęcie, czyli „dokumenty zamówienia”. Zgodnie z definicją legalną należy przez nie rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań (art. 7 pkt 3 PZP). Jak wyjaśniono na etapie procesu legislacyjnego, dokumenty zamówienia są więc w istocie „pisemnymi oświadczeniami zamawiającego”, w których zamawiający precyzuje swoje wymagania i wszelkie informacje niezbędne do złożenia oferty oraz podaje szczegółowe reguły, wedle których będzie prowadzone postępowanie.

Ważny cytat...

„Dokumenty sporządzone przez zamawiającego to nie tylko dokumenty przygotowane przez personel zamawiającego, ale również dokumenty, których opracowanie zamawiający powierzył zewnętrznym, profesjonalnym podmiotom (np. dokumentacja projektowa wykonana przez biuro projektowe na zlecenie zamawiającego). Dokumenty zamówienia to także istniejące opracowania, do których zamawiający się odwołuje. Przykładem są normy, oznakowania lub inne zewnętrzne specyfikacje techniczne określające wymagane cechy materiałów, produktów lub usług, do których zamawiający jedynie odsyła w opisie przedmiotu zamówienia”³⁶.

W dokumentach zamówienia określane są więc „warunki zamówienia”. To kolejne nowe pojęcie, którego – wbrew intuicjom opartym na dotychczasowej praktyce – nie należy utożsamiać z warunkami udziału w postępowaniu. Decyzją ustawodawcy przez pojęcie to należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W pewnym uproszczeniu można więc stwierdzić, że „warunki zamówienia” to w istocie ogół wymagań formułowanych przez zamawiającego w postępowaniu.

36 Uzasadnienie, s. 11.

Zdecydowanie najpoważniejszą zmianą terminologiczną jest wprowadzenie pojęcia „podmiotowych środków dowodowych” (art. 7 pkt 17 PZP) oraz „przedmiotowych środków dowodowych” (art. 7 pkt 20 PZP). Są nimi odpowiednio:

- środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a więc np. informacja z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie naczelnika właściwego urzędu skarbowego, wykazy zrealizowanych umów itp. (z wyłączeniem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP);
- środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia – są to więc np. certyfikaty, etykiety, plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe itp.

Innym istotnym pojęciem jest definicja „pisemności”, przez które – jak już wspomniano – należy rozumieć „sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej” (art. 7 pkt 16 PZP). W ramach prac nad projektem PZP wskazywano, że „wyrażenie przy «użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich» wskazuje, iż komunikacja musi być prowadzona w postaci tekstowej. Nie mieszczą się tu komunikaty dźwiękowe lub wizualne. Wyrazy, cyfry lub inne znaki pisarskie powinny być uzewnętrznione w widzialnej postaci oraz w sposób umożliwiający ich kopiowanie np. w postaci papierowej lub elektronicznej”³⁷. Definicja pisemności nie ma jedynie technicznego znaczenia, ponieważ pojęcie to jest używane w bardzo doniosłych praktycznie regulacjach. Tytułem przykładu: zgodnie z art. 252 ust. 2 PZP zamawiający może zawrzeć umowę z wykonawcą nawet po upływie terminu związania ofertą, jeżeli wyrazi on na takie rozwiązanie „pisemną zgodę”.

Ważny cytat...

„Pojęcia «pisemnie» nie można utożsamiać z formą pisemną oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...). Na gruncie ustawy dokument pisemny nie musi być opatrzony własnoręcznym podpisem obejmującym treść oświadczenia”³⁸.

37 Uzasadnienie, s. 11.

38 Uzasadnienie, s. 11.

Ponadto zmodyfikowano definicję „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” doprecyzowując, że kończy się ono wraz zawarciem umowy, choć samo zawarcie nie jest czynnością w postępowaniu. Podobnie porządkujące znaczenie ma zdefiniowanie „udzielenie zamówienia publicznego”, przez co należy rozumieć zawarcie umowy. Wreszcie na koniec należy wskazać, że korekcie uległa także definicja z pewnością „najbliższa” przedsiębiorcom, a mianowicie definicja „wykonawcy”. Przez pojęcie to należy obecnie rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 30 PZP). Zmiana ta ma jednak charakter porządkujący i w istocie kosmetyczny.

Rozdział III

Przetarg nieograniczony krok po kroku

1. Przygotowanie postępowania

1.1. Zamówienia mieszane

Szczególnie ważne dla każdego procesu inwestycyjnego zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego jest jego odpowiednie przygotowanie. W poprzednich rozdziałach wyjaśniono już, że na etapie przygotowawczym zamawiający powinien przede wszystkim skonceptualizować i precyzyjnie określić swoje potrzeby, w szczególności podejmując kluczowe decyzje dotyczące warunków zamówienia, a więc – zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP – wszelkich wymagań formułowanych w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warto jednak podkreślić, że na etapie przygotowania postępowania zamawiający dokonuje również czynności, które, chociaż nie są podejmowane bezpośrednio w odniesieniu do wykonawców, to jednak ostatecznie mogą mieć wpływ na ich sytuację. Do takich czynności należy zaliczyć przede wszystkim ustalenie rodzaju zamówienia, a przede wszystkim ustalenie jego szacunkowej wartości.

Ustalając rodzaj zamówienia określa się, czy jego przedmiotem są:

- roboty budowlane – przez które należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego lub innych określonych robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego;
- dostawy – przez co należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację;
- usługi – którymi na gruncie przepisów PZP są wszelkie świadczenia niebędące robotami budowlanymi lub dostawami.

Niekiedy przedmiot zamówienia ma charakter wielorodzajowy. Jednak również w takim przypadku zamówienie musi zostać przyporządkowane przez zamawiającego do jednej ze wspomnianych kategorii. Właśnie to przyporządkowanie może mieć istotne znaczenie z perspektywy

przedsiębiorców, gdyż od rodzaju zamówienia niejednokrotnie zależy, czy poszczególne przepisy ustawy znajdą zastosowanie, czy też nie. Tytułem przykładu można wskazać, że przepisy przewidujące szczególną ochronę podwykonawców odnoszą się wyłącznie do zamówień na roboty budowlane (np. art. 465 ust. 1 PZP), a w konsekwencji bezpieczeństwo ekonomiczne takich podwykonawców jest większe, niż przedsiębiorców zaangażowanych w charakterze podwykonawców w realizację usług objętych umową w sprawie zamówienia publicznego. Zasady klasyfikowania zamówień mieszanych określono w art. 24-27 PZP. Z perspektywy MŚP podstawowe znaczenie praktyczne ma przede wszystkim art. 27 ust. 1 PZP, który stanowi, że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

Z orzecznictwa...

Główny przedmiot zamówienia „należy ustalić w ramach obiektywnego badania całego zamówienia publicznego, którego dotyczy dana umowa. Ustalenie to należy przeprowadzić w świetle zasadniczych zobowiązań, przeważających w tych zamówieniach, a jako takie cechujących to zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, a wymaga ich sam przedmiot zamówienia, przy czym wartość poszczególnych występujących w nim świadczeń jest w tym względzie jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę do celów tego ustalenia”³⁹.

Może się również zdarzyć, że zamówienie obejmuje dwie wyróżnione przez ustawodawcę kategorie usług, a mianowicie oprócz tych „typowych” również tzw. „usługi społeczne i inne szczególne usługi”. Zgodnie z ustawową definicją są to usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE (w przypadku zamówień klasycznych) oraz w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE (w przypadku zamówień sektorowych). Chodzi m.in. o usługi w zakresie dostarczania posiłków (w tym szkolnych), usługi prowadzenia bufetów, usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów, a także usługi prawnicze, czy detektywistyczne i ochroniarskie.

39 Wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej.

Czy wiesz, że...

Usługi społeczne wyróżniono ze względu na ich specyficzny charakter, który sprawia, że zwykle stanowią przedmiot zainteresowania MŚP, jako zamówienia atrakcyjne ekonomicznie przede wszystkim dla przedsiębiorców lokalnych. Dostrzega to również prawodawca unijny potwierdzając, że „ze względu na swój charakter nadal mają ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe”⁴⁰.

Ze względu na założenie wskazane w ramce przewidziano, że próg unijny dla tej kategorii usług wynosi odpowiednio 750 000 euro w przypadku klasycznych zamówień na usługi społeczne oraz aż 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych. O ile w przypadku umów zawieranych przez zamawiających publicznych od przekroczenia tego progu zależy jedynie, które przepisy PZP będą stosowane (tzw. przepisy krajowe, czy unijne), to w odniesieniu do zamawiających sektorowych dopiero po przekroczeniu progu unijnego powstaje obowiązek stosowania PZP. Tym samym w praktyce przesądzenie rodzaju zamówienia sektorowego – np. udzielanego przez będącą zamawiającym spółkę Skarbu Państwa działającą w sektorze energii elektrycznej – które obejmuje jednocześnie usługi i usługi sektorowe, ma niebagatelne znaczenie. Gdyby bowiem uznać, że takie wielorodzajowe zamówienie jest zamówieniem na usługi, przepisy PZP należałoby stosować, gdyby jego wartość przekraczała 428 000 euro; w przypadku zakwalifikowania go jako zamówienia na usługi społeczne, próg wynosiłby aż 1 000 000 euro. Warto więc podkreślić, że zgodnie z art. 27 ust. 2 PZP, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie:

- usługi i dostawy lub
 - usługi i usługi społeczne oraz inne szczególne usługi
- główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa.

Czy wiesz, że...

Wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi w 2019 r. wyniosła ok. 4,5 mld zł, co potwierdziło wzrostową tendencję rozwoju tej części rynku zamówień publicznych. W 2018 r. jego wartość wynosiła ok. 3,8 mld zł, a w 2017 r. ok. 3,2 mld zł⁴¹.

⁴⁰ Motyw 114 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

⁴¹ Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 30.

1.2. Szacowanie wartości zamówienia

W przepisach PZP przewidziano również szczególne regulacje dotyczące szacowania wartości zamówień. Służą one przede wszystkim ustaleniu przez zamawiających, czy i w jakim zakresie przepisy PZP znajdują zastosowanie do udzielenia danego zamówienia, a także pozwalają im utrzymać dyscyplinę finansową. Ustawowe reguły szacowania wartości zamówienia mają duże znaczenie praktyczne również z perspektywy przedsiębiorców – zabezpieczają ich bowiem przed ryzykiem unikania stosowania przepisów PZP i organizowania otwartych i konkurencyjnych procedur, w szczególności poprzez nieuzasadnione zaniżanie wartości zamówienia.

Zapamiętaj...

- ⇒ Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.
- ⇒ Zamawiający nie może również dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.
- ⇒ Jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.
- ⇒ W przypadku gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

Przywołane reguły, które wynikają z art. 29 ust. 1-2 PZP, w istocie powielają i porządkują rozwiązania obowiązujące również w okresie obowiązywania poprzedniej ustawy. Dlatego należy wyjaśnić, że – podobnie jak przed wejściem w życie nowych przepisów – jeżeli w dającej się przewidzieć perspektywie zamawiający zamierza zawrzeć kilka podobnych umów, wówczas na potrzeby oszacowania wartości zamówienia powinien uwzględniać i co do zasady sumować łączną wartość takich podobnych umów.

Dla ustalenia czy w danym przypadku występuje podobieństwo, o którym mowa w powyższych regułach, „konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do

czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem”⁴². W takim właśnie przypadku zamawiający zobowiązany jest do zsumowania wartości podobnych zamówień, na potrzeby ustalenia ich wartości szacunkowej. Niejednokrotnie okazuje się, że taka zagregowana wartość podobnych umów jest bliska lub przekracza poszczególne progi – w szczególności kwoty, od których uzależniony jest obowiązek stosowania PZP, a więc w szczególności zawierania umów w ramach otwartych i konkurencyjnych procedur.

Przykład...

W jednym z rozstrzygnięć Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zawierając umowy na realizację 50 zadań polegających na wycince drzew i krzewów wraz z podcięciem gałęzi pod liniami oraz w pobliżu linii elektroenergetycznych służących do prowadzenia działalności sektorowej, zamawiający naruszył przepisy PZP dotyczące szacowania wartości zamówienia, poprzez zaniechanie łącznego oszacowania wartości wspomnianych zadań⁴³.

Przywołany przykład pozwala na sformułowanie praktycznej rekomendacji. Jeżeli w ocenie MŚP:

- zamawiający dokonuje podziału jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego na kilka części albo w danym roku zawiera kilka podobnych umów;
- ich łączna wartość przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów PZP;
- a mimo tego zamawiający nie stosuje PZP

wówczas może zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie zasad szacowania ich wartości. Gdyby wyjaśnienia te były nieprzekonujące, lub opierały się na założeniach sprzecznych z regułami szacowania wynikającymi z PZP, wówczas wykonawca może realizować swoje interesy korzystając z przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej.

42 *Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej*, [online: 28.11.2020] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej> – opinia zachowuje aktualność również na gruncie przepisów PZP.

43 Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2019 r., sygn. KIO/KD 22/19.

1.3. Wybór trybu postępowania

Do kluczowych decyzji podejmowanych na etapie przygotowania postępowania należy również wybór trybu, a więc rodzaju procedury, w ramach której zamawiający zamierza udzielić zamówienia. W przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne postępowanie o udzielenie zamówienia może być przeprowadzone w jednym z następujących trybów:

- 1) przetarg nieograniczony;
- 2) przetarg ograniczony;
- 3) negocjacje z ogłoszeniem⁴⁴;
- 4) dialog konkurencyjny;
- 5) partnerstwo innowacyjne;
- 6) negocjacje bez ogłoszenia;
- 7) zamówienie z wolnej ręki.

Są to te same tryby, które były przewidziane w ustawie z 2004 r. Istotna zmiana polega jedynie na rezygnacji z licytacji elektronicznej. Poważniejszym zmianom poddano tryby właściwe do stosowania przy udzielaniu zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Ich katalog obejmuje:

- 1) tryb podstawowy;
- 2) partnerstwo innowacyjne;
- 3) negocjacje bez ogłoszenia;
- 4) zamówienie z wolnej ręki.

Z perspektywy MŚP nowością o doniosłym znaczeniu praktycznym jest wprowadzenie trybu podstawowego. Został on już częściowo omówiony w pkt 3 rozdziału II, dlatego w tym miejscu – w ramach syntetycznej charakterystyki poszczególnych trybów – wystarczy wspomnieć, że tryb podstawowy stanowi odpowiednik przetargu nieograniczonego. Z założenia jest to również postępowanie jednoetapowe, przy czym zamawiającemu przyznano szerokie uprawnienia w zakresie prowadzenia negocjacji w celu ulepszenia ofert wykonawców (art. 275 PZP). Pozostałe tryby przewidziane do stosowania w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, to wieloetapowy tryb partnerstwa innowacyjnego ukierunkowany na nabywanie rozwiązań innowacyjnych, a także wskazane dwa tryby określane powszechnie jako „niekonkurencyjne” – negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki. Określa się je jako niekonkurencyjne z tego

44 Które w przypadku zamówień sektorowych ustawodawca określa jako sektorowe negocjacje z ogłoszeniem – art. 376 ust. 1 pkt 3 PZP.

powodu, że korzystając z nich zamawiający nie organizuje postępowania otwartego dla wszystkich zainteresowanych przedsiębiorców, lecz zawiera umowę w wyniku negocjacji prowadzonych z jednym lub kilkoma wykonawcami. Warto przy tym podkreślić, że tryby te nie mogą być stosowane swobodnie, lecz konieczne jest spełnienie ściśle określonych warunków, aby to zrobić (art. 301 ust. 1 oraz art. 305 PZP).

Już z samego wyliczenia wynika, że problematyka trybów stosowanych w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne jest bardziej zróżnicowana, a przez to także bardziej skomplikowana. Warto więc krótko wyjaśnić, na czym polega istota poszczególnych trybów postępowania unijnych („nadprogowych”).

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Jest to więc postępowanie w największym stopniu otwarte na konkurencję.

Taką „otwartością” nie charakteryzuje się przetarg ograniczony – jest to bowiem tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego do składania ofert. Tym samym przetarg ograniczony jest postępowaniem dwuetapowym. Pierwszym jest tzw. etap prekwalfikacji, w którym wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Następnie zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej wykonawców w celu ustalenia, których zaprosi do drugiego etapu, tj. etapu składania ofert. Weryfikacja podmiotowa realizowana w pierwszym etapie obejmuje ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Co istotne w przetargu ograniczonym zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert (art. 148 ust. 1 PZP). W tym celu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może też wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert (art. 148 ust. 2 PZP).

Pozostałe tryby konkurencyjne stosowane w postępowaniach unijnych („nadprogowych”) stanowią rozwinięcie przetargu ograniczonego z dodatkowym elementem negocjacji. W przypadku negocjacji z ogłoszeniem zamawiający najpierw dokonuje oceny wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, a następnie zaprasza tak wyłonionych wykonawców do składania ofert wstępnych, po czym następuje etap negocjacji, zakończony sporządzeniem SWZ i złożeniem przez wykonawców ofert ostatecznych (art. 152 ust. 1 PZP).

Negocjacyjny charakter ma również tryb dialogu konkurencyjnego, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Następnie zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w nim wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Od negocjacji z ogłoszeniem ten tryb odróżnia przede wszystkim fakt, że w jego ramach zamawiający może omawiać z zaproszonymi wykonawcami wszystkie warunki zamówienia (art. 180 PZP), gdy tymczasem negocjacje ofert prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań. Różnica ta pozwala na stwierdzenie, że dialog konkurencyjny jest trybem szczególnie predystynowanym do udzielania zamówień szczególnie skomplikowanych, gdy zamawiający woli przeprowadzić w toku postępowania szerokie konsultacje i negocjacje z wykonawcami zamiast samodzielnie decydować o kształcie kluczowych warunków zamówienia.

Dialog konkurencyjny zapewnia zatem elastyczność niezbędną dla udzielania skomplikowanego zamówienia. Jeżeli jednak dodatkowo ma ono charakter innowacyjny – tj. gdy obejmuje wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu – wówczas trybem szczególnie predystynowanym do udzielenia takiego zamówienia jest partnerstwo innowacyjne. Jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Następnie zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych oraz prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych. Po ich zakończeniu zaprasza wykonawców do składania ofert obejmujących prace badawczo-rozwojowe, których celem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, a dopiero po ich opracowaniu dokonuje zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych, o ile odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom, uzgodnionym między zamawiającym a wykonawcą lub wykonawcami (art. 189 ust. 2 PZP).

Wreszcie należy wspomnieć, że, podobnie jak ma to miejsce w przypadku zamówień krajowych, również umowy o wartości powyżej progów unijnych mogą być zawierane w trybach

niekonkurencyjnych, jakimi są negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki. Warto podkreślić, że tryb zamówienia z wolnej ręki nie oznacza możliwości zawarcia umowy poza reżimem prawa zamówień publicznych – przeciwnie jest to również sformalizowany tryb, który wymaga zrealizowania przez zamawiającego wielu obowiązków formalnych, w szczególności upublicznienia informacji o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki. Z perspektywy przedsiębiorców kluczowe znaczenie ma oczywiście fakt, że tryby te nie mogą być stosowane swobodnie – zamawiający może zastosować je wyłącznie w szczególnych sytuacjach, a przez to nie mogą stanowić instrumentu ograniczania konkurencji na rynku zamówień publicznych (art. 209 oraz art. 214 PZP).

Ważny cytat...

„Tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki mają negatywny wpływ na konkurencję, dlatego też zamawiający nadal będą mogli je stosować wyłącznie w szczególnych przypadkach określonych w ustawie”⁴⁵.

2. Wszczęcie przetargu nieograniczonego

Warto zaznaczyć, że pomimo wielości możliwych do zastosowania trybów, w praktyce najczęściej stosowany jest przetarg nieograniczony – w ostatnich latach ponad 80% wszystkich postępowań było prowadzonych w tym trybie. Przy czym odsetek tych postępowań rośnie i w 2019 r. wyniósł aż 88,97%⁴⁶. Wobec tego dalsze szczegółowe uwagi praktyczne na temat przebiegu postępowania będą formułowane na podstawie przepisów o przetargu nieograniczonym. Jego popularność wynika zapewne z faktu, że jest to tryb dostępny dla wszystkich rodzajów zamawiających w przypadku zamówień o szacunkowej wartości równej lub przekraczającej progi unijne, a jego stosowanie nie jest warunkowane spełnieniem jakichkolwiek przesłanek ustawowych. Jednocześnie jest to tryb nieskomplikowany, jednoetapowy, do którego dostęp – jak wskazuje jego nazwa – jest nieograniczony, co oznacza, maksymalne otwarcie na konkurencję i możliwość składania ofert przez wszystkich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia.

Postępowanie w trybie unijnego („nadprogowego”) przetargu nieograniczonego wszczyna się za pomocą ogłoszenia o zamówieniu, które zamawiający publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii

⁴⁵ Uzasadnienie, s. 42.

⁴⁶ Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 36.

Europejskiej. Treść ogłoszenia jest ujednolicona w swej treści na poziomie całej Unii Europejskiej poprzez nałożony na zamawiających obowiązek przygotowania ogłoszenia zgodnie ze wzorami standardowych formularzy, określonych w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011. Rozporządzenie przewiduje 25 wzorów różnego rodzaju standardowych formularzy podlegających publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a wśród nich:

- wzór ogłoszenia o zamówieniu klasycznym – w załączniku nr II oraz
- wzór ogłoszenia o zamówieniu sektorowym – w załączniku nr V.

2.1. Jakie informacje zawiera ogłoszenie o zamówieniu?

W odróżnieniu od ustawy z 2004 r., ustawa PZP nie zawiera szczegółowych przepisów określających wymaganą minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu⁴⁷. W tym zakresie zamawiających wiążą wspomniane wzory standardowych formularzy unijnych, dostosowane do wymagań określonych w prawie unijnym – odpowiednio w dyrektywie 2014/24/UE oraz w dyrektywie 2014/25/UE. Ogłoszenia podzielone są na sekcje, w których zainteresowani wykonawcy znajdą następujące informacje:

- **Sekcja I** – zawiera nazwę i adres zamawiającego ze wskazaniem czy zamówienie jest udzielane wspólnie przez kilku zamawiających, a także odniesieniem się do komunikacji w postępowaniu (sekcja ta zawiera m.in. adres strony internetowej, na której zamawiający udostępnia dokumenty zamówienia takie jak np. specyfikacja warunków zamówienia);
- **Sekcja II** – zawiera nazwę i krótki opis przedmiotu zamówienia ze wskazaniem informacji dotyczących m.in. ewentualnego stosowania prawa opcji, dopuszczenia ofert wariantowych bądź częściowych. Sekcja ta zawiera również informację o kryteriach oceny ofert przyjętych w postępowaniu;
- **Sekcja III** – zawiera opis warunków udziału w postępowaniu stawianych wykonawcom, w podziale na: zdolność do prowadzenia określonej działalności (w tym wpis do właściwego rejestru zawodowego lub handlowego), sytuację ekonomiczną i finansową, zdolność techniczną i kwalifikacje zawodowe, a także informację o ewentualnym zastrzeżeniu zamówienia np. dla zakładów pracy chronionej;
- **Sekcja IV** – zawiera informację o procedurze udzielania zamówienia (tj. w przypadku przetargu nieograniczonego ogłoszenie wskazywać będzie na zastosowanie procedury tzw. otwartej),

47 Por. przepis art. 41 ustawy z 2004 r., który zawierał wyliczenie informacji wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym przetarg nieograniczony.

a także tzw. kluczowe „informacje administracyjne” na temat jej przebiegu, takie jak m.in. termin składania i otwarcia ofert, czy też wymagany termin ważności oferty (tj. okres, w jakim wykonawca pozostaje związany swoją ofertą);

- **Sekcja VI** – zawiera informacje uzupełniające, a wśród nich wszelkie informacje dodatkowe ważne dla wykonawców (np. szczegółowe wymagania dotyczące składania ofert, stosowanie w postępowaniu tzw. uprzedniej oceny ofert, wymogi dotyczące dokumentów, pełnomocnictw, wadium, itp.) oraz informacje o środkach odwoławczych przysługujących wykonawcom.

2.2. Sposób publikacji ogłoszenia i jego zmiany

Zamawiający przesyłają ogłoszenie o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, korzystając z opracowanej przez Komisję Europejską bezpłatnej aplikacji internetowej. Urząd publikuje ogłoszenie o zamówieniu w terminie 5 dni od momentu otrzymania ogłoszenia od zamawiającego, za pośrednictwem serwisu TED (*ang.: Tenders Electronic Daily*), który jest internetową wersją Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.

Zapamiętaj...

TED stanowi bazę informacyjną, zapewniającą bezpłatny i bezpośredni dostęp do wszystkich ogłoszeń o zamówieniach podlegających przepisom unijnym. Ogłoszenia o zamówieniu publikowane są w TED w języku krajowym właściwym dla zamawiającego, ale wskazanie jego kluczowych informacji i nazwy sekcji dostępne są także w pozostałych językach urzędowych UE. TED ułatwia wyszukiwanie i przeglądanie ogłoszeń według kraju, regionu, branży i innych kryteriów.

Zamawiający zobowiązany jest udostępnić ogłoszenie o zamówieniu również na stronie internetowej prowadzonego postępowania już od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Może również udostępnić ogłoszenie w innym, wybranym przez siebie miejscu – jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek. Co ważne udostępnienie ogłoszenia na stronie internetowej postępowania (lub dodatkowo w innym miejscu) nie może nastąpić przed jego publikacją na stronie TED. Ponadto wszystkie ogłoszenia o zamówieniu udostępniane przez zamawiającego muszą być spójne w treści i nie mogą zawierać innych informacji, niż te zawarte w ogłoszeniu przekazanym do publikacji w TED. Niezależnie od powyższego już po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, zamawiający może bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, świadczących dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem danego zamówienia.

Z praktycznego punktu widzenia istotne znaczenie ma również fakt, że zamawiający może zmienić ogłoszenie o zamówieniu, przekazując do publikacji w Dzienniku UE stosowne sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Zmiana ogłoszenia będzie opublikowana w TED, a następnie udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej postępowania.

Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem powinni zatem na bieżąco monitorować co najmniej stronę internetową postępowania (właściwą elektroniczną platformę zakupową), gdyż zamawiający nie ma obowiązku informowania wykonawców o ewentualnych zmianach ogłoszenia w inny sposób.

Zapamiętaj...

Gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia ofert, zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

Przepisy PZP nie przewidują minimalnych terminów przedłużenia – każdorazowo decyduje o tym zamawiający z zastrzeżeniem, że termin ten musi być odpowiedni. Jeżeli w ocenie wykonawcy zamawiający dokonał istotnej zmiany i nie przedłużył wystarczająco terminu składania ofert, wówczas wykonawca może złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, domagając się odpowiedniego dostosowania terminu. Należy również zaznaczyć, że zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie zmiany ogłoszenia. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 PZP, w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowania. Zaniechanie takiego unieważnienia również może stanowić podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

2.3. Udostępnienie Specyfikacji Warunków Zamówienia

Oprócz ogłoszenia o zamówieniu, kluczowym dokumentem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ). Zamawiający rozwija i precyzuje w niej informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, szczegółowo opisując wszystkie warunki zamówienia, w tym przede wszystkim przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu czy kryteria oceny ofert. Zarówno ogłoszenie jak i SWZ powinny być spójne – unikanie sprzeczności pomiędzy tymi dokumentami leży zarówno w interesie zamawiającego jak i wykonawcy, dlatego wykonawcy powinni zwracać zamawiającemu uwagę na wszelkie zidentyfikowane niespójności.

SWZ jest w praktyce podstawowym źródłem informacji dla wykonawców zamierzających wziąć udział w postępowaniu, dlatego jej treść powinna być wolna od wątpliwości. To właśnie SWZ w istocie wyznacza treść składanych zamawiającemu ofert, zaś każda istotna niezgodność oferty z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, niebędąca omyłką (zob. pkt 8 rozdziału III), będzie skutkować odrzuceniem oferty (zob.: art. 226 ust. 1 PZP i przewidziane w tym przepisie przesłanki odrzucenia oferty).

Zapamiętaj...

Gdyby zamawiający odmawiał usunięcia niezgodności pomiędzy poszczególnymi elementami dokumentów zamówienia, a przy tym generowałyby one istotne ryzyka gospodarcze, wykonawca powinien rozważyć domaganie się zmiany dokumentów zamówienia przed KIO, korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Ponadto zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim zainteresowanym wykonawcom bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania już od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE i nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (tj. do dnia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą). SWZ jest zatem dostępna w formie elektronicznej na stronie internetowej postępowania przez cały czas jego prowadzenia. Adres strony, na której zamawiający udostępnia SWZ, stanowi z kolei obowiązkową informację wskazywaną w ogłoszeniu o zamówieniu. Ustawa nie wymaga przy tym, aby była to strona internetowa zamawiającego, choć w praktyce najczęściej tak będzie.

Zapamiętaj...

Zamawiający nie może warunkować dostępu do SWZ złożeniem przez wykonawców formalnego wniosku o przekazanie SWZ bądź uiszczeniem opłaty.

Co do zasady udostępnieniu podlega również pełna treść SWZ ze wszystkimi załącznikami bez jakichkolwiek ograniczeń. Udostępnienie na stronie internetowej postępowania SWZ w niepełnej treści jest możliwe wyłącznie w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie, tj.:

- gdy zamawiający odstępuje od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej na zasadach określonych w art. 65 ust. 1 PZP – wówczas ma obowiązek przekazać wykonawcom część SWZ w inny sposób niż poprzez publiczne udostępnienie na stronie internetowej, określony w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 133 ust. 2 PZP);

- jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ – w takim przypadku ma ustawowy obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu innego sposobu dostępu do tych informacji wraz ze wskazaniem wymagań związanych z ochroną ich poufnego charakteru (art. 133 ust. 3 PZP);

W odniesieniu do drugiego z wymienionych przypadków warto wyjaśnić, że w praktyce jego realizacja polega na tym, że zamawiający udostępnia na stronie internetowej postępowania jedynie „jawną” część SWZ, a jej część nieprzeznaczona do upublicznienia w warunkach nieograniczonego dostępu jest udostępniana po spełnieniu wymogów szczegółowo określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, np. poprzez przekazanie jej na zaszyfrowanym nośniku danych, na podstawie odrębnego wniosku złożonego przez wykonawcę wraz ze zobowiązaniem się do utrzymania pozyskanych informacji w poufności pod rygorem określonych sankcji, w szczególności o charakterze ekonomicznym (np. zapłaty kary umownej, czy dochodzenia przez zamawiającego roszczenia odszkodowawczego).

2.4. Jakie informacje zawiera SWZ?

Minimalną obowiązkową treść każdej SWZ w przetargu nieograniczonym wyznacza art. 134 ust. 1-2 PZP. Zawarto tam obszerny katalog informacji, które powinny zostać podane przez zamawiającego w SWZ. Obok informacji o znaczeniu technicznym (np. adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej, adres strony internetowej, na której publikowane będą kluczowe informacje o przebiegu postępowania oraz informacje na temat sposobu komunikowania się zamawiającego z wykonawcami), SWZ zawiera również informacje pozwalające wykonawcy ocenić jego szanse na skuteczny udział w postępowaniu, a także informacje wpływające na treść jego oferty. W tym kontekście należy wymienić przede wszystkim następujące elementy SWZ:

- terminy: składania ofert, związania ofertą oraz termin wykonania zamówienia;
- opis sposobu przygotowywania i złożenia oferty;
- opis przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przedmiotowych środkach dowodowych;
- informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podstawy wykluczenia z postępowania, a także wykaz podmiotowych środków dowodowych;
- sposób obliczenia ceny i opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;

- opis nakładanych na wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób zaangażowanych w realizację zamówienia;
- informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Podkreślenia przy tym wymaga, że w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert, zamawiający może zmienić treść SWZ w uzasadnionych przypadkach – w praktyce należy przez to rozumieć każdą sytuację, w której zamawiający stwierdzi potrzebę skorygowania treści SWZ. Jak potwierdza się w orzecznictwie, może to być potrzeba naprawienia błędów popełnionych przy opracowaniu tego dokumentu, czy też skutek weryfikacji potrzeb gospodarczych. Oczywiście zamawiający zobowiązany jest udostępnić każdorazową zmianę SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania⁴⁸.

Jeżeli zmiana treści SWZ prowadzi do jednoczesnej zmiany treści ogłoszenia (np. zamawiający zmienia termin składania ofert, warunki udziału w postępowaniu, czy kryteria oceny ofert), jest on obowiązany przekazać do Urzędu Publikacji UE stosowne ogłoszenie zmieniające. W takim też przypadku zmiana SWZ jest udostępniana na stronie internetowej postępowania nie wcześniej niż od momentu publikacji ww. ogłoszenia zmieniającego. Analogicznie do rozwiązań dotyczących ogłoszenia, również w odniesieniu do SWZ ustawodawca wskazuje, że w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, a w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający powinien unieważnić takie postępowanie (art. 137 ust. 7 PZP).

Z perspektywy wykonawcy kluczowe znaczenie praktyczne ma niewątpliwie ustawowa gwarancja, że w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

⁴⁸ Przy czym jeżeli zmiana dotyczy niepublikowanej części SWZ, dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający przekazuje w inny sposób wskazany wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 137 ust. 3 PZP).

Ważny cytat...

W odniesieniu do przedłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą SWZ KIO wskazuje, że „te terminy muszą być wyznaczane z uwzględnieniem czasu niezbędnego na sporządzenie dokumentów ofertowych w tym również szczególnie tych, które wynikły ze zmiany (...). Niewątpliwym jest, że przestrzeganie terminów ustawowych ma wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie wydłużenia terminu składania ofert, należy mieć na względzie zapewnienie wykonawcom możliwości dostosowania treści ofert do zmieniających się wymagań Zamawiającego”⁴⁹.

2.5. Opis przedmiotu zamówienia

Z perspektywy wykonawcy kluczowym elementem SWZ – obok wzoru umowy (na ten temat zob. rozdział IV) – jest opis przedmiotu zamówienia. Podczas prac nad projektem nowej ustawy wyraźnie podkreślono, że podobnie jak w dotychczas obowiązujących przepisach, nowa regulacja „wprowadza wymagania, zgodnie z którymi opis przedmiotu zamówienia publicznego nie powinien tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia tego postępowania na konkurencję. W związku z powyższym przedmiot zamówienia publicznego powinien być opisany w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji przez wymagania, które faworyzują konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt lub usługę”⁵⁰.

Zapamiętaj...

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 PZP).

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zasada ta nie ma jednak charakteru absolutnego – ustawodawca przewidział wyjątek od tej reguły w art. 99 ust. 5 PZP. Stanowi on, że „przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi

49 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2015 r., sygn. KIO 496/15.

50 Uzasadnienie, s. 33.

dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy «lub równoważny».” Co istotne jeżeli zamawiający korzysta z wyjątkowego uprawnienia do opisanego przedmiotu zamówienia w ten sposób, ma obowiązek wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Ich określenie ma bardzo duże znaczenie praktyczne – zapewnia bowiem porównywalność ofert, a przez to zabezpiecza równe traktowanie wykonawców. Naruszenie tego nakazu może obarczyć postępowanie niemożliwą do usunięcia wadą, która może skutkować nawet koniecznością unieważnienia postępowania. Dlatego w każdym przypadku, w którym SWZ nie precyzuje, jakie rozwiązania oferowane przez wykonawcę zamawiający uzna za równoważne względem oczekiwań wyartykułowanych w dokumentach zamówienia, przedsiębiorca powinien domagać się od zamawiającego jednoznacznego określenia kryteriów równoważności.

Z orzecznictwa...

„Nie ulega wątpliwości, że kryteria równoważności powinny zostać sformułowane w formie katalogu zamkniętego. Otwarty katalog przesłanek równoważności produktów określony w SIWZ poprzez użycie sformułowań „ itp.”, „przykładowo „, powoduje, że nie wiadomo, jakimi jeszcze ewentualnymi, innymi kryteriami może posłużyć się Zamawiający przy ocenie równoważności”⁵¹.

W odniesieniu do reguł kształtowania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca potwierdza i porządkuje reguły obowiązujące przed 2021 r., wskazując, że przedmiot zamówienia należy opisywać – z poszanowaniem wymagań wynikających z innych niż PZP aktów prawnych – w jeden z następujących sposobów, czyli przez:

- określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych; oczywiście wszelkie podawane parametry muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
- odniesienie się do określonych norm technicznych oraz wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, dostarczanych lub realizowanych w ramach robót budowlanych, w szczególności wskazując poziomy oddziaływania na środowisko i klimat.

51 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. KIO 1137/19.

Szczególne reguły opisywania przedmiotu zamówienia przewidziano w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane. Uwzględniono w nich wymogi prawa budowlanego wskazując, że tego rodzaju zamówienia opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) obejmującego opis zadania budowlanego, w którym podaje się:

- przeznaczenie ukończonych robót budowlanych;
- stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Ze względu na niezwykle istotną rolę PFU dla efektywnej realizacji zamówienia na roboty budowlane realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w toku postępowania należy dążyć do wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości i niejednoznaczności tego dokumentu. Zasadniczo wszelkie sprzeczności oferty złożonej w postępowaniu w PFU będą skutkowały jej odrzuceniem.

Z orzecznictwa...

„PFU stanowi istotny, wręcz zasadniczy dokument opisujący przedmiot zamówienia (...). Zamawiający nie jest uprawniony uznać na etapie oceny ofert, że niektóre elementy PFU nie obowiązują. Powyższe działanie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszelkie konieczne zmiany w treści PFU powinny być dokonane przez Zamawiającego przed terminem składania ofert”⁵².

3. Wyjaśnianie treści dokumentów zamówienia

Z perspektywy każdego wykonawcy kluczowe znaczenie ma uzyskanie jednoznacznych informacji na temat warunków zamówienia, a więc wymagań stawianych przez zamawiającego, a określonych w dokumentach zamówienia – wiedza w tym zakresie jest bowiem niezbędna dla rzetelnego skonstruowania oferty. Dlatego należy podkreślić, że jeżeli przedsiębiorca zidentyfikuje jakiegokolwiek wątpliwości co do znaczenia poszczególnych postanowień SWZ lub innych dokumentów zamówienia, powinien wnioskować do zamawiającego o ich wyjaśnienie. Warto przy tym podkreślić, że uprawnienie do żądania od zamawiającego wyjaśnień służy nie tylko usuwaniu

⁵² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2018 r., sygn. KIO 880/18.

wątpliwości, lecz jest również instrumentem sugerowania zamawiającemu zmian, które – w ocenie wykonawcy – nie tylko byłyby korzystne dla zamawiającego, ale również pozwoliłyby wykonawcy złożyć korzystniejszą i bardziej konkurencyjną ofertę. W orzecznictwie coraz częściej wskazuje się również, że zwrócenie się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ jest nie tylko uprawnieniem wykonawcy, lecz również jego obowiązkiem wynikającym z profesjonalnego podejścia do przygotowania oferty. Powoływanie się zatem na niespójności, braki, czy inne niejasności w dokumentach zamówienia dopiero na etapie oceny ofert, może być uznane za spóźnione.

Z praktycznego punktu widzenia istotne jest, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w każdym czasie przed terminem składania ofert. Jednakże zamawiający ma obowiązek ustosunkowania się do wniosku wyłącznie wtedy, gdy zostanie on złożony w odpowiednim, tj. określonym w ustawie terminie:

- nie później niż na 14 dni przed upływem terminu składania ofert (domyślnie);
- a w sytuacji wyjątkowego skrócenia terminu składania ofert⁵³ – nie później niż na 7 dni przed jego upływem (art. 135 ust. 2 PZP).

Terminy przewidziane w PZP na zadawanie pytań można więc określić jako „szybkie”. Są one w praktyce nieco dłuższe niż te przewidziane w ustawie z 2004 r., która zobowiązywała zamawiającego do udzielenia odpowiedzi jedynie wtedy, gdy stosowny wniosek o wyjaśnienie wpłynął nie później niż do końca dnia, w którym upływała połowa wyznaczonego terminu składania ofert. To niewątpliwie jedna z donioślejszych praktycznych zmian wprowadzonych nową ustawą, która wydaje się korzystna dla MŚP, gdyż zwiększa ich pewność co do określenia terminu na złożenie wiążących wniosków o wyjaśnienie SWZ.

Złożenie wniosku w przewidzianym terminie zobowiązuje zamawiającego do udzielenia wyjaśnień niezwłocznie, nie później jednak niż:

- domyślnie na 6 dni przed upływem terminu składania ofert;
- a we wspomnianym przypadku skrócenia terminu składania ofert ze względu na pilną potrzebę – nie później niż na 4 dni przed upływem tego terminu.

W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie zostanie złożony w ww. terminie, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień. W praktyce jednak zamawiający często

⁵³ Zob. art. 138 ust. 2 PZP.

ustosunkowują się również do takich wniosków, jeżeli wyrażone w nich wątpliwości są zasadne, a ich rozstrzygnięcie ma istotne znaczenie dla konkurencji w danym postępowaniu.

Jeżeli zamawiający nie zdąży udzielić wyjaśnień w wymaganym terminie, wówczas ma obowiązek przedłużyć termin na składanie ofert o czas niezbędny na zapoznanie się przez wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami. Treść wniosków o wyjaśnienie SWZ wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej postępowania, chyba że dotyczą one niejawnej części SWZ (zob. pkt 3.2. rozdziału I). W takim przypadku przekazuje je wykonawcom, którym wcześniej przekazał chronione części SWZ. Co ważne, zamawiającemu nie wolno ujawniać źródła zapytania, a więc danych wykonawcy, który zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie. Tym samym przedsiębiorcy nie muszą się obawiać, że składając wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, pozwolą konkurencji uzyskać informacje o ich zainteresowaniu danym postępowaniem oraz formułowanymi w związku z nim wątpliwościami lub oczekiwaniami. Bardzo ważne jest również to, że udzielone wyjaśnienia są wiążące i stają się częścią SWZ – mają one takie samo znaczenie prawne jak pierwotna treść specyfikacji i stanowią jej integralną część. Tym samym każda odpowiedź zamawiającego wpływa na treść warunków zamówienia – potwierdza, doprecyzowuje lub całkowicie zmienia pierwotne warunki zamówienia.

Zapamiętaj...

- ⇒ Wniosek o wyjaśnienie SWZ nie podlega opłatom, a sposób jego sformułowania nie jest poddany żadnym obowiązkom formalnym.
- ⇒ Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bez ujawniania źródła zapytania.
- ⇒ W postępowaniu, w którym termin na składanie ofert nie został skrócony ze względu na pilną potrzebę:
 - zamawiający będzie miał obowiązek ustosunkowania się do wniosku o wyjaśnienie SWZ najpóźniej na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
 - jeżeli wykonawca złoży go nie później niż na 14 dni przed terminem składania ofert.
- ⇒ Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w ustawowym terminie ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.
- ⇒ Zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert również w przypadku, gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert.

4. Składanie ofert

Jak już wyjaśniono, przetarg nieograniczony to tryb jednoetapowy, w którym wszyscy zainteresowani wykonawcy składają zamawiającemu oferty stanowiące odpowiedź na ogłoszenie o zamówieniu. Oferty należy składać w sposób oraz w terminie wskazanym w ogłoszeniu oraz szczegółowo opisanym w SWZ.

Co do zasady termin składania ofert wyznaczony przez zamawiającego nie może być krótszy niż 35 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Data opublikowania ogłoszenia jest zatem w tej kwestii bez znaczenia. Co istotne, w przypadku postępowań, w których składanie ofert w całości odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może skrócić powyższy termin o 5 dni, a więc może wyznaczyć 30-dniowy termin składania ofert.

Ważny cytat...

Ustawa „zawiera normę, która nie została przewidziana w obecnej ustawie Pzp [tj. ustawy z 2004 r. – przyp. aut.], stanowiącą odzwierciedlenie przepisów dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w art. 138 ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1, a więc bez możliwości odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej”⁵⁴.

Jedynie w wyjątkowych przypadkach możliwe jest określenie krótszego terminu składania ofert. Zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia – wyznaczając termin nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji – w przypadku:

- opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego na zasadach określonych w art. 138 i art. 89 PZP, lub
- jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

Zwrócić należy uwagę, iż powyższe terminy przewidziane w PZP są terminami minimalnymi – tzn. termin składania ofert wyznaczony przez zamawiającego nie może być od nich krótszy. W każdym jednak przypadku termin na złożenie oferty powinien być dostosowany do złożoności

⁵⁴ Uzasadnienie, s. 45.

i specyfikacji przedmiotu zamówienia, czasu niezbędnego na zapoznanie się z SWZ i jej załącznikami (w tym udzielonymi wyjaśnieniami) oraz pracochłonności związanej z przygotowaniem oferty (art. 131 ust. 1 PZP). Ponadto jeżeli zamawiający przewiduje wizję lokalną przed złożeniem oferty, wówczas wyznacza termin na składanie ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do odbycia wizji i zapoznania się z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, dłuższy od terminów minimalnych.

5. Komunikacja w postępowaniu

Przepisy PZP zakładają pełną elektroniczną komunikację w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stąd też co do zasady komunikacja w postępowaniu, w tym przede wszystkim składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ. Jedynie w wyjątkowych przypadkach zamawiający może odstąpić od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej (zob. art. 65 ust. 1 PZP), o czym ma obowiązek poinformować wykonawców.

Tym samym dokumenty w postępowaniu unijnym składane są zasadniczo w postaci elektronicznej. To z kolei wymaga dysponowania i stosowania podpisu elektronicznego – o ile bowiem w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne ustawodawca dopuszcza posługiwanie się podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, o tyle w postępowaniach „nadprogowych” kluczowe oświadczenia (oferta oraz oświadczenie JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP), składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym (art. 63 PZP).

Z perspektywy MŚP istotne znaczenie praktyczne ma okoliczność, że zamawiający może korzystać w postępowaniu tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami powszechnie używanymi i służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu.

Zapamiętaj...

Zamawiający nie może stosować takich środków komunikacji elektronicznej, które w sposób nieuzasadniony jego obiektywnymi potrzebami uniemożliwiały lub ograniczały przedsiębiorcom możliwość efektywnego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując warto podkreślić, że zamawiający ma obowiązek określić wszelkie wymagania dotyczące zasad porozumiewania się w postępowaniu w SWZ. Bardzo ważne jest, by wykonawcy dokładnie zapoznali się z tymi instrukcjami. Ich zignorowanie może bowiem skutkować poważnymi konsekwencjami, wśród których szczególnie dolegliwą określa art. 226 ust. 1 pkt 6 PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego.

6. Weryfikacja wykonawców oraz badanie i ocena ofert

Weryfikacja wykonawców oraz badanie i ocena ofert to jeden z kluczowych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, podczas którego zamawiający sprawdza czy w odniesieniu do badanego wykonawcy i jego oferty spełnione zostały tzw. warunki podmiotowe i przedmiotowe. Podmiotowa weryfikacja wykonawcy służy odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz czy wykazał, że w stosunku do niego nie wystąpiły przesłanki wykluczenia. Natomiast weryfikacja przedmiotowa odnosi się do treści oferty i podlega sprawdzeniu, czy oferowane przez wykonawcę świadczenie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego oraz czy nie wystąpiły przesłanki odrzucenia jego oferty.

Warto również wyjaśnić, że zamawiający może badać oferty dopiero po ich otwarciu, a jego obowiązkiem jest zapewnienie, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia (art. 221 PZP). Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Z punktu widzenia wykonawców bardzo ważne są nałożone na zamawiających obowiązki informacyjne:

- ⇒ przed otwarciem ofert zamawiający powinien poinformować o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- ⇒ niezwłocznie po otwarciu ofert udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:
 - nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte;
 - cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

Zapamiętaj...

Zamawiający, przed otwarciem ofert, udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po ich otwarciu ma natomiast obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym, jakie oferty zostały złożone i na jakich warunkach finansowych.

Biorąc pod uwagę, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone są w oparciu o środki komunikacji elektronicznej, niekiedy mogą wystąpić trudności techniczne z otwarciem ofert. W odpowiedzi na takie sytuacje w przepisach PZP przewidziano, że w przypadku awarii systemu teleinformatycznego używanego do otwarcia ofert, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym przez zamawiającego, ich otwarcie następuje niezwłocznie po usunięciu awarii. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek poinformować o zmianie terminu otwarcia ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Czasami jednak przyczyną trudności z otwarciem ofert nie jest awaria systemu, lecz problemy techniczne dotyczące bezpośrednio konkretnej oferty. Jeżeli okaże się, że problemy te są nie do przewyciężenia, a przyczyna ich wystąpienia nie leży po stronie zamawiającego, niestety będzie on zmuszony do uznania, że nie doszło o złożenia ważnej oferty. Dlatego bardzo ważne jest, by przed przekazaniem oferty zamawiającemu wykonawca sprawdził we własnym zakresie, czy możliwe jest jej otwarcie oraz w szczególności potwierdzenie ważności (zwaldowanie) podpisu elektronicznego.

Ważny cytat...

„Jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia przesłanych plików leży po stronie zamawiającego i spowodowana jest np. brakiem odpowiedniego oprogramowania do otwarcia plików, czy problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...).

Jeżeli natomiast w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia plików leży po stronie wykonawcy, zamawiający jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego wykonawcę złożona”⁵⁵.

6.1. Warunki udziału w postępowaniu

Weryfikacja podmiotowa jest zwykle podzielona na etapy. Bezpośrednio po otwarciu ofert Zamawiający nie bada kompleksowo wszystkich ofert, lecz dokonują ich oceny wstępnej na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, składanego wraz z ofertą na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7. Tym samym oświadczenie to stanowi wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Jak wyjaśnia ustawodawca, JEDZ tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 PZP). Kompleksowa weryfikacja podmiotowa, obejmująca szczegółowe badanie podmiotowych środków dowodowych, prowadzona jest dopiero po ustaleniu tego, który wykonawca złożył ofertę najwyższej ocenioną i obejmuje szczegółową analizę sytuacji podmiotowej tego właśnie wykonawcy.

W pierwszej kolejności należy wspomnieć o badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak już wspomniano (2.4. rozdziału III), wszczynając postępowanie zamawiający powinien określić w SWZ, jakie warunki udziału w postępowaniu powinni spełniać wykonawcy. Instrument ten ma na celu zbadanie, czy wykonawca składający ofertę jest zdolny do wykonania zamówienia objętego danym postępowaniem. Warunki udziału mają zatem na celu zapewnienie, że o udzielenie zamówienia będą ubiegać się wyłącznie wykonawcy posiadający zasoby, umiejętności

⁵⁵ Sposób postępowania z ofertą elektroniczną, z którą zamawiający nie jest w stanie się zapoznać, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2019, s. 21.

i doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia i optymalne zaspokojenie potrzeb zamawiającego. Dlatego istotą warunków udziału w postępowaniu jest – dozwolone ustawowo – ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców.

Z tego właśnie powodu ustawodawca nakazuje, by warunki te były określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że zamawiający powinni określić je w taki sposób, aby z jednej strony miały one związek z przedmiotem zamówienia, weryfikowały zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jednak nie były nadmiernie wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przykład...

Zamawiający nie powinien wymagać, by wykonawcy posiadali doświadczenie w wykonaniu świadczeń identycznych względem przedmiotu udzielanego zamówienia. Zakres wymaganego doświadczenia powinien gwarantować, że będzie ono wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu powinien zatem określać minimalne zdolności wykonawcy, które umożliwią mu prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 PZP warunki udziału mogą dotyczyć:

- ⇒ zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- ⇒ uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- ⇒ sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- ⇒ zdolności technicznej lub zawodowej.

Pierwszy z wymienionych warunków ma pozwolić „na identyfikację podmiotu występującego w postępowaniu, a w szczególności ustalenie czy podmiot występujący jako np. spółka handlowa jest wpisany do odpowiedniego rejestru”⁵⁶. Jest to nowe rozwiązanie, wobec którego pojawiają się w ostatnim czasie również głosy krytyczne⁵⁷. Nie podejmując się w tym miejscu jego oceny, należy wskazać jego praktyczne znaczenie dla MŚP – stawiając ten warunek zamawiający będzie wymagał, aby wykonawca był wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, jeżeli taki wpis

⁵⁶ Uzasadnienie, s. 39.

⁵⁷ Zob. G. Bednarczyk, O zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, [online: 15.12.2020 r.] <http://www.wszponachzamowien.pl/?p=4702>

jest konieczny do wykonania zakresu zamówienia objętego postępowaniem. Zainteresowane udziałem w rynku zamówień publicznych inicjatywy gospodarcze nieposiadające jeszcze formy prawnej działalności, czyli np. startupy we wczesnej fazie organizowania, powinny zatem uregulować swój status w szczególności poprzez uzyskanie wpisu do odpowiedniego rejestru.

Kolejny rodzaj warunku odnosi się do kwestii posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zamawiający może stawiać warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli ich wymaganie jest potrzebne do realizacji przedmiotu zamówienia. W innych sytuacjach stawianie warunku w tym zakresie powinno być uznane za nieproporcjonalne i nieadekwatne, a w konsekwencji niedopuszczalne. Uprawnieniami, o których mowa w tym warunku, może być posiadanie przez wykonawcę np. zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do działalności regulowanej. Dopuszczalne jest również, aby zamawiający wymagał od wykonawcy posiadania statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Warunek znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej ma zapewnić, że wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa, będzie dysponował środkami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający może zatem zweryfikować, czy wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia. Przedmiotem weryfikacji może być w szczególności:

- ⇒ dotychczasowe przychody wykonawcy (w tym także w zakresie działalności objętej przedmiotem zamówienia);
- ⇒ stosunek jego aktywów do zobowiązań wynikający ze sprawozdań finansowych;
- ⇒ posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w konkretnej wysokości;
- ⇒ posiadanie określonej zdolności kredytowej lub dysponowanie środkami finansowymi (art. 115 ust. 1 PZP).

Co istotne wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia warunków na etapie postępowania, jednak nie ma konieczności ich utrzymywania w okresie realizacji zamówienia. W praktyce najczęściej zamawiający stawiają warunek udziału dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez żądanie posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej lub posiadania zdolności kredytowej lub dysponowania środkami

finansowymi. Rzadziej spotykane są pozostałe warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, chociaż w każdym postępowaniu zamawiający są uprawnieni do ich stawiania.

Zapamiętaj...

Warunki dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy muszą być proporcjonalne do zakresu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że zamawiający powinien stawiać wymagania adekwatne do jego uzasadnionych potrzeb. Jeżeli w ocenie przedsiębiorcy warunki te byłyby bezpodstawnie wygórowane i przez to uniemożliwiały mu udział w postępowaniu, może oczekiwać od zamawiającego ich skorygowania.

Wreszcie ostatnią kategorię warunków udziału stanowią wymagania dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Odnoszą się one do dysponowania przez wykonawcę odpowiednim doświadczeniem w wykonaniu podobnych (lecz nie identycznych) świadczeń, kadrami oraz sprzętem. Zamawiający może oczekiwać, aby wykonawca posiadał powyższe zasoby w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Warto pamiętać, że przy ocenie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może na każdym etapie postępowania weryfikować zaangażowanie wskazanych przez wykonawcę zasobów w realizację innych zamówień. W sytuacji uznania, że zaangażowanie może mieć negatywny wpływ na wykonanie zamówienia (wykonawca posiada sprzeczne interesy z zamawiającym), zamawiający może uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności. Korzystając z tego uprawnienia zamawiający może więc w szczególności sprawdzić, czy wskazane przez wykonawcę zasoby rzeczywiście są i będą w jego dyspozycji przy realizacji zamówienia. Jeżeli w efekcie działań sprawdzających zamawiający poweźmie w tym zakresie wątpliwości, może wezwać wykonawcę do złożenia stosownym wyjaśnień, a w ostateczności uznać, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu.

6.2. Konsorcjum i korzystanie z zasobów podmiotów trzecich

W kontekście uwag na temat spełniania warunków udziału w postępowaniu warto podkreślić fakt, że jeżeli przedsiębiorca samodzielnie ich nie spełnia, to nie oznacza to jeszcze, że nie będzie mógł

uczestniczyć w postępowaniu, w którym warunki te ustanowiono. Przede wszystkim może bowiem połączyć swój potencjał z zasobami innego przedsiębiorcy tworząc tzw. konsorcjum – tj. ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami.

Zapamiętaj...

Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, tworząc tzw. konsorcjum. Co istotne zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty (art. 58 PZP).

Z perspektywy MŚP możliwość organizowania się i uczestniczenia w konsorcjum może spełniać wiele pozytywnych funkcji, umożliwiając im w szczególności skuteczniejszy udział w realizacji inwestycji budowlanych realizowanych w systemie zamówień publicznych⁵⁸.

Uczestnicząc w postępowaniu w ramach konsorcjum wykonawcom łatwiej wykazać, że wspólnie spełniają warunki udziału w tym postępowaniu. W szczególności wykonawcy w ramach konsorcjum mogą sumować posiadane zasoby celem wykazania spełnienia warunków, choć od tej zasady ustanowiono pewne wyjątki. Mianowicie w uzasadnionych przypadkach wynikających z charakteru zamówienia przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, zamawiający może określić szczególny i obiektywnie uzasadniony sposób spełniania warunków przez konsorcjum. W takiej jednak sytuacji musi istnieć obiektywna przyczyna uzasadniająca takie wymagania zamawiającego. Wydaje się, że zamawiający z reguły stosują omawiany wyjątek w zakresie warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy i wskazują, że jeden z konsorcjantów powinien wykazać się posiadaniem wymaganego doświadczenia. Dotyczy to zwykle postępowań, których przedmiotem są skomplikowane świadczenia, a zamawiający stawia warunki dotyczące doświadczenia na kilku płaszczyznach.

58 Zob. m.in. M. Godlewska, *Pozycja konkurencyjna przedsiębiorstw sektora MSP na rynku robót budowlanych, a system zamówień publicznych*, w: *Modernizacja Zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, pod red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 15-22. Na temat instytucji konsorcjum zob. przede wszystkim M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020.

Zapamiętaj...

Zamawiający może określić szczególny i obiektywnie uzasadniony sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne (art. 117 ust. 1 PZP).

Należy przy tym podkreślić, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, konsorcjum może polegać na zdolnościach wyłącznie tych konsorcjantów, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to zatem, że ten członek konsorcjum, który przedstawia zasoby niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału, jest także zobowiązany do wykonania zakresu zamówienia, do którego jego zasoby są niezbędne. Ma to na celu ochronę zamawiającego na etapie wykonania umowy, bowiem zgodnie z powyższą regułą konsorcjant posiadający odpowiednie zasoby wykona dany zakres prac. Podobnie jest w odniesieniu do warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli co najmniej jeden z konsorcjantów posiada wymagane uprawnienia, a jednocześnie właśnie ten konsorcjant zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Inny sposób pozwalający na udział w postępowaniu wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określono w art. 118-123 PZP. Zgodnie z art. 118 PZP wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków prawnych.

Zapamiętaj...

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jeżeli zatem wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia, wówczas może powołać się na doświadczenie innego podmiotu, o ile będzie on podwykonawcą odpowiedzialnym za

zrealizowanie tego zakresu zamówienia, do którego „udostępnione” doświadczenie jest wymagane. W tym celu należy zamawiającemu przedstawić zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które potwierdzi, że wykonawca ma rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określi zakres zasobów, sposób i okres ich udostępnienia wykonawcy – np. podwykonawstwo (art. 118 ust. 3 i 4 PZP). Ponadto konieczne jest wykazanie, że wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy (art. 119 PZP – zob. pkt 7.3. rozdziału III).

Jeżeli natomiast zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby (wskazanego pierwotnie w ofercie) nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, wówczas zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 122 PZP). Nie będzie to jednak możliwe, jeżeli z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub z oferty wynikało, że wykonawca nie będzie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu (art. 123 PZP). W takim przypadku wykonawca będzie mógł powołać się tylko na inny własny zasób (np. własne doświadczenie w zrealizowaniu innego zamówienia).

6.3. Podstawy wykluczenia

Obok warunków udziału w postępowaniu, zamawiający weryfikuje również czy w stosunku do wykonawcy nie ziszczy się przesłanki wykluczenia z postępowania. W PZP przewidziano:

- ⇒ obligatoryjne podstawy wykluczenia – których występowanie należy co do zasady badać w każdym postępowaniu⁵⁹;
- ⇒ oraz fakultatywne podstawy wykluczenia stosowane wyłącznie wówczas, gdy zamawiający przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Tym samym w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z prawa określenia fakultatywnych podstaw wykluczenia, w sytuacji ich wystąpienia wobec wykonawcy, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania. Z drugiej strony zaniechanie wskazania fakultatywnych podstaw wykluczenia powoduje, że nie mają one zastosowania w postępowaniu, a zatem nawet w przypadku ziszczenia się okoliczności opisanych w fakultatywnych podstawach wykluczenia,

⁵⁹ Możliwość odstąpienia od obowiązku badania wykonawców przez pryzmat podstaw wykluczenia przysługuje wyłącznie zamawiającym sektorowym – zob. art. 393 ust. 1 pkt 1 PZP.

zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy. W stosunku do przepisów regulujących stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia obowiązujących przed 2021 r., w nowej ustawie wprowadzono bardzo istotną zmianę. Wyraża ją art. 109 ust. 3, który stanowi, że w odniesieniu do wskazanych w tym przepisie wybranych podstaw wykluczenia, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy:

- ⇒ nawet gdy przewidział ich stosowanie w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia;
- ⇒ jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Katalog obligatoryjnych podstaw wykluczenia został ograniczony w porównaniu z regulacją zawartą w ustawie z 2004 r. Wynika to z faktu, że część takich przesłanek zyskała status przesłanek fakultatywnych. Tym samym od 1 stycznia 2021 r. obligatoryjne podstawy wykluczenia znajdują zastosowanie w sytuacji (art. 108 ust. 1 PZP):

- skazania wykonawcy (w przypadku spółek kapitałowych – członka zarządu, członka rady nadzorczej, prokurenta wykonawcy, zaś w przypadku spółek osobowych – wspólnika niebędącego komandytariuszem lub prokurenta wykonawcy) za określone przestępstwa, m.in. przeciwko obrotowi gospodarczemu, wiarygodności dokumentów, korupcji, skarbowe;
- wydania wobec wykonawcy prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności tych należności lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie ich spłaty;
- orzeczenia wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
- zawarcia przez wykonawcę z innymi uczestnikami postępowania porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;
- udziału wykonawcy w przygotowaniu danego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie z postępowania;
- udaremniania lub utrudniania przez wykonawcę stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywanie ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu przepisów przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁶⁰.

⁶⁰ Dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty w przypadku robót budowlanych - 20 000 000 euro, a w przypadku dostaw lub usług - 10 000 000 euro.

Fakultatywne podstawy wykluczenia zostały określone w art. 109 ust. 1 PZP. Zgodnie z nimi z postępowania zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- który naruszył obowiązki dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności tych należności lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie ich spłaty;
- który naruszył⁶¹ obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną;
- w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona;
- który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie;
- jeżeli występuje konflikt interesów (zob. art. 56 PZP) polegający na tym, że osoba wykonująca czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia ubiega się o to zamówienie lub pozostaje w określonej relacji z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia;
- który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- który przedstawił informacje wprowadzające w błąd – czy to w wyniku zamierzonego działania, niedbalstwa (w tym rażącego), czy to wskutek lekkomyślności – o ile mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

61 A także, jeżeli urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie ukarano za wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 2 PZP przestępstwo lub wykroczenie.

Co ważne, wystąpienie okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia – zarówno fakultatywną jak i obligatoryjną – powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania jedynie przez pewien okres (art. 111 PZP).

Przykład...

Wykluczenie wykonawcy, który w przeszłości naruszył obowiązki w dziedzinie prawa pracy, następuje na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia.

W ramach rozważań na temat podstaw wykluczenia należy koniecznie wspomnieć o tzw. instytucji samooczyszczenia, która ma bardzo duże znaczenie praktyczne. Pozwala ona bowiem wykonawcy na uniknięcie wykluczenia nawet wówczas, gdy istnieją ku temu formalne podstawy. Oczywiście aby osiągnąć ten cel, konieczne jest spełnienie ustawowych warunków, które określa art. 110 ust. 2 PZP. Przepis ten stanowi, że nawet gdy wobec wykonawcy ziszczyły się wskazane w ustawie podstawy wykluczenia⁶² – w szczególności odnoszące się do jego minionej nierzetelności – nie podlega on wykluczeniu, jeżeli:

- naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Co istotne, wszystkie wymienione powyżej warunki muszą być spełnione łącznie. Ponadto w nowej ustawie doprecyzowano również, na czym może w szczególności polegać podjęcie środków zapobiegających ponownym nieprawidłowościom.

⁶² Określone art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 PZP.

Przykład...

Jako przykładowe środki zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w nowej ustawie wymienia się w szczególności:

- ⇒ zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy;
- ⇒ zreorganizowanie personelu;
- ⇒ wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli;
- ⇒ utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów;
- ⇒ wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Warto podkreślić, że jeżeli wykonawca zdecyduje się na skorzystanie z mechanizmu samooczyszczenia powinien bardzo szczegółowo opisać spełnianie warunków dla skutecznego zastosowania tej instytucji. Wykonawca nie może opierać się jedynie na lakonicznych oświadczeniach, lecz powinien przedstawić dowody potwierdzające, że zastosowane środki nie są pozorne. W innej sytuacji – nawet jeśli wykonawca podjął odpowiednie środki, lecz nie wykazał tego zamawiającemu – narazi się na ryzyko wykluczenia z postępowania.

6.4. Weryfikacja podmiotowa wykonawcy

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia zamawiający jest uprawniony do żądania stosownych dokumentów, tzw. podmiotowych środków dowodowych. Szczegółowy katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, został określony w stosownym rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 128 ust. 6 PZP).

Zapamiętaj...

Z perspektywy wykonawcy kluczowe znaczenie ma fakt, że wykaz żądanych dokumentów powinien zostać określony w dokumentach zamówienia – tym samym każdy przedsiębiorca ma prawo oczekiwać, że zamawiający szczegółowo poinformuje go o tym, jakich dokumentów będzie żądał.

Jak już wspomniano, weryfikacja podmiotowa wykonawcy jest dokonywana dwuetapowo. Wraz z ofertą wykonawca jest bowiem zobowiązany do złożenia JEDZ, który stanowi wstępne

potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia, jak również tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), każdy konsorcjant składa niezależne oświadczenie JEDZ. Powinny je także złożyć podmioty, na zasoby których wykonawca powołuje się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podmiotowe środki dowodowe są natomiast składane dopiero przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Zamawiający wzywa go do złożenia stosownych dokumentów w terminie nie krótszym niż 10 dni. Jedynie wyjątkowo zamawiający może w trakcie oceny ofert wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub poszczególnych dokumentów podmiotowych. Zamawiający może również ponownie wezwać wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli uzna, że dotychczasowe dowody przestały być aktualne. Taka sytuacja może wystąpić wtedy, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia znacząco się przedłuża, np. ze względu na czas trwania postępowania odwoławczego w KIO.

Zapamiętaj...

Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty i oświadczenia składane w toku postępowania podlegają uzupełnieniu na wypadek ich niezłożenia lub jeżeli zawierają one błędy czy są niekompletne. W przypadku wystąpienia takiej okoliczności co do zasady zamawiający powinien wezwać wykonawcę w wyznaczonym terminie do ich poprawienia lub uzupełnienia.

Co ważne zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu tylko jeden raz. Wynika to z tego, że wykonawca nie powinien mieć możliwości uzupełnienia czy poprawienia kilkakrotnie tego samego dokumentu, gdyż mogłoby to prowadzić do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania, a także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny, powinien w ramach jednego wezwania prawidłowo poprawić lub uzupełnić dokumenty. W przypadku gdy w wyniku wezwania wykonawca nie złoży odpowiedniego dokumentu, zostanie wykluczony z postępowania.

Równie ważne znaczenie ma to, że zamawiający może wezwać wykonawcę do wyjaśnienia wszelkich informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ, podmiotowych środkach dowodowych lub innych dokumentach lub oświadczeniach składanych w postępowaniu. W odróżnieniu od procedury uzupełnienia, wezwanie do wyjaśnienia może być kierowane do wykonawcy

wielokrotnie. Jeżeli wskutek weryfikacji dostarczonych podmiotowych środków dowodowych – a ewentualnie również w wyniku zastosowania procedury wyjaśnień – w odniesieniu do wykonawcy najwyżej ocenionego potwierdzi się brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wówczas zamawiający będzie mógł dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

7. Weryfikacja przedmiotowa, czyli badanie i ocena ofert

Zanim jednak zamawiający dokona oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, musi ustalić, które oferty takiej ocenie w ogóle podlegają. Innymi słowy – w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert powinien odpowiedzieć na pytanie, czy jest ona zgodna z warunkami zamówienia, a także czy nie podlega odrzuceniu.

Zgodność oferty z warunkami zamówienia określa się na podstawie treści oferty – tj. treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli – a także w ramach analizy przedmiotowych środków dowodowych. Warto powtórzyć, że zgodne z definicją legalną, są to „środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia” (art. 7 pkt 20 PZP).

Zapamiętaj...

W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia w szczególności:

- ⇒ certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę;
- ⇒ etykiet lub innych dokumentów wykazujących wymagane przez zamawiającego cechy środowiskowe, społeczne lub inne.

Oprócz wskazanych powyżej przykładowych dokumentów, zamawiający może oczywiście żądać również innych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Należy przy tym podkreślić, że wszelkie wymagania w tym zakresie muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i z nim związane (art. 106 ust. 2 PZP). Od strony formalnej istotne znaczenie ma natomiast obowiązek, by zamawiający precyzyjnie wskazywali wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zapamiętaj...

Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria (art. 106 ust. 3 PZP).

Podobnie jak w przypadku podmiotowych środków dowodowych, również dokumenty (przedmiotowe) potwierdzające zgodność oferty z warunkami zamówienia, będą stanowić przedmiot wyjaśnień oraz mogą być uzupełniane. Przedmiotowe środki dowodowe są składane wraz z ofertą, lecz w przypadku gdy wykonawca ich nie złoży – np. wskutek omyłki lub błędu technicznego w korzystaniu ze środków komunikacji elektronicznej – zamawiający wezwie go do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jest to nowe i bardzo ważne rozwiązanie – należy więc zarekomendować, by w postępowaniach, w których zamawiający wymagają składania wielu przedmiotowych środków dowodowych, wykonawcy sugerowali zamawiającym skorzystanie z możliwości przewidzenia w dokumentach zamówienia tego uprawnienia.

W toku badania przedmiotowego ofert zamawiający może zażądać od wykonawców wyjaśnienia treści oferty lub przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania. Jednak procedura wyjaśnienia nie może zmierzać do negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, co w konsekwencji oznacza, że co do zasady treść oferty nie powinna ulec zmianie. Co prawda z literalnego brzmienia przepisu wynika, że zamawiający jest jedynie uprawniony do żądania wyjaśnienia treści oferty, jednak przyjmuje się, że zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia.

Ważny cytat...

„Wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Należy jednak mieć na względzie, że zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych”⁶³.

63 J. Jarnicka, komentarz do art. 87, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, SIP LEGALIS 2020.

Procedura wyjaśnień może w szczególności służyć ustaleniu, czy ewentualne niespójności oferty z warunkami zamówienia przesądzają o jej nieusuwalnej niezgodności, czy też stanowią omyłki, które mogą zostać poprawione. W przepisach PZP (art. 223 ust. 2 PZP) zostały przewidziane 3 rodzaje omyłek, wobec których możliwe jest dokonanie korekty:

- ⇒ oczywista omyłka pisarska;
- ⇒ oczywista omyłka rachunkowa (dokonywana z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek);
- ⇒ inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Jeżeli zamawiający zidentyfikuje tego rodzaju omyłkę, powinien ją poprawić i niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W przypadku tzw. „innej omyłki” zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Jeżeli jednak wykonawca odmówi wyrażenia zgody, wówczas jego oferta zostanie odrzucona.

7.1. Podstawy odrzucenia oferty

Podstawową funkcją składania i weryfikacji przedmiotowych środków dowodowych jest weryfikacja zgodności oferty z warunkami zamówienia, a tym samym ustalenie, czy badana oferta nie podlega odrzuceniu. Katalog podstaw odrzucenia jest bardzo obszerny. Określa go art. 226 ust. PZP⁶⁴, którego treść przywołano w ramce.

64 W przypadku zamówienia na dostawy, zamawiający sektorowy może ponadto odrzucić ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu – w SWZ.

Zapamiętaj...

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) została złożona po terminie składania ofert;
- 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia JEDZ, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 6) nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 9) została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 11) wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie tzw. „innej omyłki”;
- 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą;
- 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP;
- 15) oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia;
- 16) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób;
- 17) obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe;
- 18) została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Powyższy katalog zasadniczo powieliła rozwiązania obowiązujące już pod rządami ustawy z 2004 r. Podczas prac nad nową ustawą od początku deklarowano, że zostały w niej przyjęte „rozwiązania prawne zasadniczo podobne do dotychczas obowiązujących w zakresie: wyjaśniania treści ofert, przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń poprawiania w nich omyłek oraz wyjaśniania rażąco niskiej ceny albo kosztu, a także podstaw odrzucania oferty. Zmiany w stosunku do dotychczas obowiązującego stanu prawnego w zakresie podstaw odrzucenia oferty, określone art. 226 ustawy, wynikają z nowych regulacji prawnych związanych z ustawą o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, albo z przyjętych w projekcie ustawy nowych regulacji np. w zakresie rezygnacji z czynności wykluczania wykonawcy z udziału w postępowaniu na rzecz odrzucania oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, nowych regulacji w zakresie badania warunków formalnych związanych ze złożeniem ofert, tj. złożenia ich w odpowiednim terminie, czy zmian w zakresie terminologii jak wprowadzenie pojęcia dokumentów zamówienia m.in. na określenie dotychczasowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia”⁶⁵.

7.2. Rażąco niska cena

Wśród wymienionych powyżej podstaw odrzucenia szczególnie duże znaczenie ma przesłanka odwołująca się do pojęcia rażąco niskiej ceny. Gdy cena oferty wydaje się być rażąco niska, zamawiający może wezwać wykonawcę do jej wyjaśnienia. W przepisach PZP nie znajduje się definicja pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie z orzecnictwem pojęcie to oznacza, że cena oferty jest niewiarygodna, nierynkowa, za którą nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia⁶⁶. Jeżeli zatem zamawiający będzie mieć wątpliwości co do realności ceny oferty, może skorzystać z możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Z przepisów PZP wynika również obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, jeżeli jest ona niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert złożonych w terminie, niezawierających błędów w obliczeniu ceny i niepodlegających odrzuceniu. Jeżeli jednak rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, wówczas zamawiający nie ma obowiązku wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień.

65 Uzasadnienie, s. 63.

66 Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. sygn. XIX Ga 128/08.

Składając wyjaśnienia wykonawca powinien bardzo szczegółowo odpowiadać na wszelkie pytania sformułowane przez zamawiającego. Powinien też przedstawić wszelkie okoliczności, które miały wpływ na możliwość zaoferowania ceny wynikającej z oferty, dołączając wiarygodne dowody. Obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, spoczywa bowiem na wykonawcy, a konsekwencją jego niespełnienia jest odrzucenie oferty.

Zapamiętaj...

Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeżeli w wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, lub takich wyjaśnień w ogóle nie złożył (art. 224 ust. 4 PZP).

7.3. Wybór oferty najkorzystniejszej

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zasadą jest, że najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 PZP). Dlatego zawsze obowiązkowym kryterium oceny ofert jest cena. Ponadto w PZP podtrzymano zasadę, że jednostki sektora finansów publicznych oraz inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (a także ich związki) co do zasady nie mogą stosować kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Jedynie w wyjątkowych przypadkach możliwe jest odstępianie od tej reguły (art. 246 PZP – zob. pkt 3.4. w Rozdziale II).

Czy wiesz, że...

Zgodnie z najnowszymi danymi statystycznymi:

⇒ „rok 2019 zgodnie z dotychczasową tendencją charakteryzował się utrzymaniem niskiego poziomu stosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

W postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych większą liczbę kryteriów wykorzystano w 88% zamówień, natomiast w tych o wartości powyżej progów unijnych w 72%. (...)

⇒ Odnosząc się do liczby wybieranych przez zamawiających kryteriów oceny ofert, średnio było ich 2,39 w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych i 2,63 w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych”⁶⁷.

W przetargu nieograniczonym można wybrać tylko jedną ofertę, przy czym w przypadku gdy zamawiający wyodrębnił w ramach postępowania kilka części dopuszczając możliwość składania ofert częściowych, wówczas dokonuje się wyboru jednej oferty w ramach każdej z części.

Z perspektywy przedsiębiorców możliwość składania ofert częściowych bywa korzystna, gdyż umożliwia zawarcie umowy większej liczbie wykonawców. Rozwiązanie to może więc stanowić instrument wsparcia przedsiębiorców, w szczególności kwalifikowanych jako MŚP.

Przechodząc natomiast do szczegółowych zagadnień wyboru oferty najkorzystniejszej, należy podkreślić, że w sytuacji, gdy zamawiający stosuje kryteria „pozacenowe”, musi zadbać, by miały one związek z przedmiotem udzielanego zamówienia. Zgodnie z art. 242 ust. 1 PZP mogą to być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych, takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób społecznie marginalizowanych;
- aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- aspektów innowacyjnych;
- organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy, takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

⁶⁷ Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 113.

Co szczególnie ważne, kryteria nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej – należy bowiem wyraźnie podkreślić, że służą one ocenie przedmiotowej (ocenie oferty). Cechy wykonawcy podlegają ocenie w ramach omówionej już weryfikacji podmiotowej wykonawców i nie powinny mieć wpływu na ocenę ofert. Na przykład doświadczenie wykonawcy może być uwzględnione wyłącznie w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca potwierdzi spełnienie takiego warunku, jak i brak podstaw wykluczenia, wówczas uznaje się, że może się ubiegać o udzielenie zamówienia i zamawiający przechodzi do badania i oceny jego oferty, weryfikując jej zgodność z warunkami zamówienia, brak podstaw do jej odrzucenia czy przyznając punkty w ramach kryteriów oceny ofert.

Każde kryterium powinno mieć przyporządkowaną wagę. Na ogół określa się ją w procentach, gdzie suma wszystkich wag wynosi 100%. Kryteria powinny być precyzyjnie określone i mierzalne, najlepiej wyrażone w postaci matematycznej formuły.

Przykład...

Poniżej przedstawiono w pewnym uproszczeniu przykładowy opis kryteriów:

C - kryterium „Cena” → waga: 60%

T - kryterium „Termin gwarancji” → waga: 40%

$$C = 60 \times \frac{\text{najniższa zaoferowana cena}}{\text{cena oferty ocenianej}}$$

$$T = 40 \times \frac{\text{termin gwarancji oferty ocenianej}}{\text{najdłuższy zaoferowany termin gwarancji}}$$

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma najwięcej punktów według poniższego wzoru:

*Punkty w ramach kryterium ceny * 60% + punkty przyznane w ramach kryterium „termin gwarancji” * 40%*

Jak wspomniano, kryteria powinny być określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz umożliwiać obiektywnie uzasadnione porównanie złożonych ofert. Dlatego parametry oceniane w ramach kryteriów pozacenowych powinny mieć wymierny charakter – np. termin realizacji zamówienia, konkretne cechy oferowanego produktu itp. Należy natomiast unikać kryteriów

nieostrych, wskazujących na ryzyko dokonania subiektywnej oceny ofert. Ważne jest również, by kryteria oceny ofert prowadziły do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, a nie do wyboru oferty, która wprawdzie uzyska najwyższą liczbę punktów, które jednak nie odzwierciedlają jej siły rynkowej (na ten temat zob. 3.4. rozdziału I).

Z orzecznictwa...

„Należy wprowadzić bezwzględny postulat, by kryteria oceny oferty były formułowane w sposób, który pozwoli na wybór oferty rzeczywiście najbardziej korzystnej z punktu widzenia istniejących potrzeb. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne, prowadzące do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności [przedmiotem analizy podejmowanej w cytowanym orzeczeniu była okoliczność, że kryterium oceny ofert dotyczyło terminu płatności – przyp. aut.] (...) Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej”⁶⁸.

W art. 248 PZP wyjaśniono również, że jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający wybiera spośród tych ofert tę, która otrzymała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze. Jeżeli jednak oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, wówczas zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem. Jeżeli zaś obie oferty mają tę samą cenę, wówczas zamawiający wzywa do złożenia ofert dodatkowych zawierającą nową cenę. Tak samo zamawiający postąpi w przypadku, gdy jedynym kryterium była cena.

Podsumowując wcześniejsze uwagi można więc wskazać, że proces wyboru oferty najkorzystniejszej przebiega – co do zasady⁶⁹ – w kilku następujących po sobie krokach:

⁶⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. III CZP 52/02.

⁶⁹ W art. 139 PZP przewidziano pewien wyjątek od opisanego typowego przebiegu procesu weryfikacji podmiotowej i przedmiotowej. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. By jednak zastosować ten wariant zamawiający musi przewidzieć takie

- ⇒ KROK 1: wstępna weryfikacja podmiotowa wykonawców, w celu potwierdzenia, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu. Dla jego osiągnięcia zamawiający może wzywać wykonawców do złożenia dokumentów lub wyjaśnienia treści złożonych już oświadczeń i dokumentów;
- ⇒ KROK 2: badanie ofert ukierunkowane na potwierdzenie, że nie podlegają one odrzuceniu. Również w tym zakresie zamawiający może żądać wyjaśnień, poprawiać popełnione w ofercie omyłki, a nawet – o ile przewidział to w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia – wzywać do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- ⇒ KROK 3: ocena ofert na podstawie kryterium ceny lub bilansu ceny i innych kryteriów, w celu wskazania oferty najwyższej ocenionej;
- ⇒ KROK 4: ostateczna weryfikacja podmiotowa wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, która polega na wezwaniu go do złożenia podmiotowych środków dowodowych i ich badaniu;
- ⇒ KROK 5: upublicznienie informacji wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnośząc się do ostatniego z wymienionych powyżej kroków, należy wskazać, że zasadniczo zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jeżeli jednak termin ten upłynął, wówczas zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty. Jeżeli wykonawca jej nie wyrazi, wówczas oferta zostanie odrzucona, a zamawiający zwróci się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona.

Kolejnym krokiem jest ogłoszenie wyników postępowania. Zamawiający ma obowiązek poinformować równocześnie wykonawców, którzy złożyli ofertę, o wyborze najkorzystniejszej oferty, pozostałych ofertach i przyznanej im punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a także wykonawcach, których oferty odrzucono. W przypadku odrzucenia oferty należy podać uzasadnienie faktyczne i prawne w celu wyjaśnienia przyczyn takiej decyzji, bowiem wykonawca nie może domyślać się, z jakiego powodu jego oferta została odrzucona. Wyczerpujące omówienie podstaw odrzucenia oferty ma umożliwić kontrolę prawidłowości tej czynności wszystkim wykonawcom i ewentualnie kwestionowanie prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego przed KIO.

rozwiązanie w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Co istotne, w takim przypadku zamawiający może nawet przewidzieć, że wykonawcy nie będą musieli składać oświadczenia JEDZ wraz z ofertą.

Z orzecznictwa...

„Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty (...).

Obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych w postępowaniu czynnościach (...) stanowi realizację (...) zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej (...) zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. (...) Zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy podjęte czynności (...) pozbawił odwołującego możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego i adekwatnego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchylając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”⁷⁰.

Niekiedy zdarza się, że wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

8. Zakończenie postępowania

Jakkolwiek celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego (zawarcie umowy z zamawiającym), to w określonych przypadkach zamawiający może lub musi unieważnić postępowanie. Katalog podstaw unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, co oznacza, że zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych, niewymienionych w art. 255-258 PZP powodów.

⁷⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2016 r., sygn. KIO 1114/16.

Zapamiętaj...

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia – prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego – jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty, lub gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu;
- 2) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty;
- 3) nie można dokonać wyboru oferty, gdyż pomimo zastosowania reguł z art. 248-250 PZP zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie;
- 4) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 5) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 6) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, chyba że możliwy jest wybór innej oferty;
- 7) przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione;
- 8) jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do negocjacji.

Zamawiający zawiadamia wykonawców o unieważnieniu postępowania, jednocześnie publikując informację o tej czynności na swojej stronie internetowej. Ponadto wykonawców, którzy uczestniczyli w unieważnionym postępowaniu, należy powiadomić o wszczęciu ponownego postępowania o udzielenie tego samego zamówienia.

W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (np. błędy w dokumentacji; zmiana okoliczności powodująca brak interesu w prowadzeniu postępowania), wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Zamawiający ma również obowiązek opublikować

ogłoszenie o wyniku postępowania w terminie 30 dni od jego zakończenia postępowania (tj. zawarcia umowy lub unieważnienia postępowania) w Dzienniku Urzędowym UE lub Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jeżeli postępowanie nie podlega unieważnieniu, a zamawiający dokonał skutecznie wyboru oferty najkorzystniejszej, może udzielić zamówienia, a więc zawrzeć umowę (art. 7 pkt 25 PZP). Może ona zostać zawarta po upływie 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej lub po upływie 15 dni – jeżeli zostało ono przesłane w inny sposób niż elektronicznie⁷¹. W tych terminach wykonawcy mogą złożyć odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej, zatem zakaz zawarcia umowy przed upływem ww. terminu ma na celu uniemożliwienie zawarcia umowy przed upływem terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Natomiast w przypadku złożenia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu jego zakończenia. Jeżeli w ramach przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę, z oczywistych względów zamawiający nie musi wstrzymać się z zawarciem umowy we wskazanym terminie i może zawrzeć ją niezwłocznie.

Ważny cytat...

„Jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z momentem zawarcia umowy w sprawie zamówienia lub unieważnienia postępowania, to jednak zawarcie umowy, inaczej niż unieważnienie postępowania, nie jest już czynnością w postępowaniu⁷².

71 W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne terminy te wynoszą odpowiednio 5 i 10 dni.

72 Uzasadnienie, s. 13.

Rozdział IV

Umowy w sprawie zamówienia publicznego

1. Uwagi wprowadzające

Po wyjaśnieniu w poprzednich rozdziałach podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, należy przejść do omówienia regulacji kształtujących treść zamówienia publicznego, czyli – odwołując się do definicji ustawowej – treść „umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług” (art. 7 pkt 32 PZP).

Jedną z cech istotnie determinujących specyfikę umów zawieranych w systemie zamówień publicznych jest fakt, że ich treść w zasadzie narzuca zamawiający. Oczywiście wykonawcy mogą podejmować próby sugerowania zamawiającemu przyjęcia w umowie określonych rozwiązań – czy to w ramach wstępnych konsultacji rynkowych (pkt 1.2. rozdziału II), czy też na etapie składania wniosków o wyjaśnienie lub zmianę treści SWZ – lecz ostatecznie decyzję o treści wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego podejmuje zamawiający, a wykonawcy składając ofertę zobowiązani są zaakceptować w całości wymagania zamawiającego określone we wzorze umowy.

Zwykle wzór umowy jest elementem SWZ, tzn. załącznikiem. Poprzednia ustawa z 2004 r. w niewielkim stopniu regulowała treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca w tym zakresie odsyłał do przepisów Kodeksu cywilnego (KC). Nakaz stosowania przepisów KC w sprawach nieuregulowanych w PZP pozostaje aktualny pod reżimem nowej ustawy (art. 8 ust 1 PZP), jednak od 1 stycznia 2021 r. w ramach PZP obowiązują również nowe rozwiązania szczegółowo regulujące uprawnienia i obowiązki zamawiającego w zakresie kształtowania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należą do nich w szczególności przepisy o obowiązku współdziałania stron umowy, o tzw. klauzulach niedozwolonych i obligatoryjnych, regulacje dotyczące zasad waloryzacji umów, a także pewne zmiany dotyczące zasad modyfikacji umowy, które zostaną omówione w kolejnych podrozdziałach. Warto przy tym podkreślić, że przepisy PZP nie będą miały zastosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych przed wejściem w życie tej ustawy, a więc przed 1 stycznia 2021 r. Nie będą miały zastosowania również w odniesieniu do umów zawartych wprawdzie po tej dacie, lecz w wyniku postępowań wszczętych na podstawie ustawy z 2004 r.

Zapamiętaj...

Do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, zawartych:

- 1) przed dniem 1 stycznia 2021 r., a także
- 2) po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.

– stosuje się przepisy obowiązujące przed 1 stycznia 2021 r.⁷³

Tytułem wprowadzenia warto również wyjaśnić dwie podstawowe kwestie dotyczące umów, które mają znaczenie raczej praktyczne.

Po pierwsze, umowa w sprawie zamówienia publicznego musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że odrębne przepisy wymagają formy szczególnej (art. 432 PZP). Strony nie są zatem uprawnione do zawarcia umowy w formie dokumentowej dopuszczalnej na gruncie przepisów KC (np. poprzez przekazanie wzajemnie skanów zawartej umowy), bowiem taka forma nie może być uznana za formę pisemną. Jednak na podstawie art. 781 § 2 KC zawarcie umowy w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej i opatrzeniu jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) jest uznawane za zawarcie umowy w formie pisemnej. W dobie coraz powszechniej stosowanych podpisów elektronicznych taki sposób zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego może stać się bardziej popularny, choć doświadczenie pokazuje, że zamawiający zwykle decydują się na zawarcie umowy w formie pisemnej.

Po drugie, istotnym zagadnieniem praktycznym jest również czas, na jaki można udzielić zamówienia. Ustawodawca wymaga, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego była zawarta na czas oznaczony (art. 434 ust 1), choć przewidziano pewne wyjątki od takiej reguły (art. 435 PZP). Na czas nieoznaczony mogą być zawarte umowy, których przedmiotem są dostawy:

- 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnych lub odprowadzania ścieków do takiej sieci;
- 2) gazu z sieci gazowej;
- 3) ciepła z sieci ciepłowniczej;
- 4) licencji na oprogramowanie.

Na czas nieoznaczony może być również zawarta umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

⁷³ Art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

W pozostałych przypadkach umowa powinna być zawarta na czas oznaczony. Co więcej, umowa której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, powinna być zawarta na okres maksymalnie 4 lat. Zamawiający może odstąpić od tego ograniczenia wyłącznie wtedy, gdy 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 (art. 434 ust. 2 PZP).

1.1. Obowiązek współdziałania

Fundamentalną zasadą dotyczącą wykonania umowy jest obowiązek współdziałania stron przy jej realizacji (art. 431 PZP). Zasada ta ma zobowiązywać zamawiającego do czynnego udziału w wykonaniu umowy, co ma pozwolić na osiągnięcie jego podstawowego celu, jakim jest efektywna realizacja zamówienia i optymalne zaspokojenie swojej potrzeby. Przed 2021 r. taki obowiązek nie był literalnie wyrażony w przepisach prawa zamówień publicznych, choć można było go wywieść z ogólnych zasad tego prawa oraz z regulacji prawa cywilnego. Zatem chociaż przepisy PZP potwierdziły jedynie to założenie, to ma ono jednak niebagatelne znaczenie praktyczne. Wyraźnie bowiem potwierdza konieczność współdziałania stron umowy i zobowiązuje je do współpracy. Przepis ten może w praktyce stanowić dla stron dodatkową podstawę budowania kompromisów w przypadku ewentualnych sporów, które – co oczywiste – mogą powstawać pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zamówienia publicznego. W skali mikro ma to prowadzić do podniesienia efektywności poszczególnych zamówień, a w skali makro – całego systemu zamówień publicznych.

Ważny cytat...

„Oczywistym jest, że zawarcie umowy nie jest celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć wyraźne wyartykułowanie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy, w celu należytej realizacji zamówienia publicznego (art. 431 projektu ustawy). Nową instytucją jest wprowadzenie obowiązku przygotowania raportu z realizacji zamówienia, w którym zamawiający dokona ewaluacji realizacji umowy – w określonych w ustawie przypadkach”⁷⁴.

74 Uzasadnienie, s. 83.

1.2. Klauzule niedozwolone

Nowym rozwiązaniem wynikającym z PZP jest określenie tzw. katalogu postanowień niedozwolonych (klauzul abuzywnych), które nie mogą być zamieszczane w treści umowy. Takie rozwiązanie jest realizacją postulatów przedsiębiorców oraz formą ochrony ich interesów. Ustawodawca dąży ku temu, aby umowy w sprawie zamówienia publicznego nie były jaskrawo niekorzystne dla wykonawców, próbując zapewnić równość stron tego stosunku prawnego. W praktyce bowiem zamawiający formułowali niekiedy wzory umów narzucając wykonawcom bardzo niekorzystne rozwiązania, które często – co paradoksalne – wpływały negatywnie na efektywność procesu zakupowego czy inwestycyjnego.

Ważny cytat...

Z nowych rozwiązań ustanowionych w PZP wynika „jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO”⁷⁵.

Zgodnie z art. 433 PZP umowa nie może przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zakazów warto wspomnieć, że w dotychczasowej praktyce stosunkowo często zdarzało się, że w umowach w sprawie zamówienia publicznego formułowano postanowienia, na podstawie których wykonawca był odpowiedzialny za jakiegokolwiek opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Nie miało znaczenia, czy wykonawca rzeczywiście za takie opóźnienie

⁷⁵ Uzasadnienie, s. 83.

odpowiadał czy też nie. Problem ten często występował w kontekście postanowień dotyczących kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy, z których wynikało, że wykonawca może być obciążony karą umowną za każde opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Ta kwestia wielokrotnie budziła zastrzeżenia wykonawców – w tym przedsiębiorców kwalifikowanych jako MŚP – którzy wyrażali wątpliwości wobec takich sformułowań umowy, także poprzez składanie odwołań do KIO. Natomiast kierunek orzecznictwa sądów powszechnych odnoszących się do sporów wynikających z umowy w sprawie zamówienia potwierdzał, że wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Te elementy spowodowały, że w ustawie PZP zdecydowano się na wprowadzenie przepisów uniemożliwiających zamawiającym formułowanie postanowień umowy zakładających odpowiedzialność za każde opóźnienie w wykonaniu umowy. Powoduje to zatem, że wykonawca może odpowiadać jedynie za zwłokę w wykonaniu umowy, czyli zawinione przez niego opóźnienie. Należy w tym miejscu jednak zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z przepisami KC (art. 476) istnieje domniemanie, że to dłużnik jest odpowiedzialny za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Na podstawie tego przepisu, w przypadku powstania opóźnienia w wykonaniu umowy, wykonawca będzie zobowiązany wykazać, że nie jest odpowiedzialny za opóźnienie.

Zapamiętaj...

Ciężar wykazania braku zawinienia spoczywa na wykonawcy. Jeżeli jednak wykonawca wykaże, że opóźnienie wystąpiło z przyczyn od niego niezależnych, wówczas nie powinien on ponosić za nie odpowiedzialności.

Zamawiający będzie mógł obarczyć wykonawcę odpowiedzialnością za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zamówienia jedynie w szczególnych sytuacjach. Musi to być jednak uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Jakkolwiek przepis ten nie jest precyzyjny i nie wskazuje, jakie okoliczności mogłyby przemawiać za rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy, to zasadą powinno być egzekwowanie od wykonawcy odpowiedzialności jedynie za zawinione działania lub zaniechania.

Do problematyki kształtowania odpowiedzialności wykonawcy odwołuje się również drugi z ww. zakazów – mianowicie zakaz naliczenia kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Rozwiązanie to wprowadzono po to, aby przeciwdziałać złej praktyce niektórych zamawiających polegającej na formułowaniu bardzo szerokiego katalogu kar umownych, które czasami dotyczyły obowiązków kontraktowych o znikomym lub niewielkim wpływie na należyte wykonanie umowy przez

wykonawcę. Ustawodawca, dążąc do redukcji ryzyka wykonawcy wynikającego z umowy, ograniczył możliwość całkowicie swobodnego kreowania przez zamawiających katalogu kar umownych. Tym samym przewidziane w umowie kary powinny dotyczyć wykonania przedmiotu umowy lub prawidłowego jej wykonania, a nie odnosić się do innych, pobocznych obowiązków wykonawcy, których niewykonanie nie wpływa na jakość, terminowość lub prawidłowość wykonania umowy w innym aspekcie. Takie rozwiązanie powinno pozytywnie wpłynąć na konkurencyjność postępowania oraz ceny ofert, a w dalszym zakresie na realizację zamówienia. Zabronione jest również „przerzucanie” na wykonawców odpowiedzialności za skutki okoliczności, za których wystąpienie odpowiada zamawiający.

Zapamiętaj...

Jaskrawym przykładem takiej niedozwolonej praktyki jest „przerzucanie” na wykonawców odpowiedzialności za kompletność, rzetelność i prawidłowość dokumentacji projektowej przygotowanej przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane.

Ostatni rodzaj postanowień, które nie mogą znaleźć się w umowie w sprawie zamówienia publicznego, odnosi się do problemu swobodnego ograniczenia zakresu zamówienia. W przeszłości zdarzało się, że w treści umów zamawiający przyznawali sobie uprawnienie do swobodnego ograniczenia zakresu umowy. Postanowienia te były zwykle bardzo ogólne, nie zawierały informacji dotyczących zakresu ograniczenia, wielkości, terminu, w którym takie uprawnienie wygasa. Jednocześnie skorzystanie z takiego uprawnienia było niezależne od woli wykonawcy. Aktualnie z postanowień umowy dotyczących możliwości przewidzenia ograniczenia zakresu zamówienia powinno wynikać, jaki ewentualnie zakres umowy albo jaka wielkość świadczenia może podlegać ograniczeniu (zmniejszeniu). Zakazane jest zatem zupełnie dowolne kształtowanie umowy w omawianym zakresie, co ma na celu ochronę wykonawcy przed nieograniczonym prawem zamawiającego do modyfikacji zakresu świadczenia. Wykonawcy bowiem powinni mieć pewność, jakie świadczenia mają zostać wykonane oraz znać zakres przedmiotowy umowy, gdyż w innej sytuacji określenie ceny oferty może być niemożliwe albo co najmniej utrudnione. Cena oferty zależy od wielkości świadczenia, a tym samym co do zasady powinno być ono niezmiennie przez cały czas trwania umowy, a ewentualne jego zmiany o ograniczenia powinny być precyzyjnie określone.

Z orzecznictwa...

„Wykonawca musi mieć jednak możliwość oszacowania wszystkich kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienia ich w cenie oferty, aby jego wynagrodzenie było adekwatne do zakresu świadczenia (wynagrodzenie za oczyszczane powierzchnie musi uwzględniać koszty zapewnienia gotowości wykonawcy do ich świadczenia), co, jak wskazano powyżej, jest możliwe wówczas, gdy pewien minimalny zakres świadczeń zostanie przez Zamawiającego zagwarantowany w SIWZ”⁷⁶.

W ramach uwag o niedozwolonych postanowieniach umów należy wspomnieć również o nowej kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP). Mianowicie od 1 stycznia 2021 r., na podstawie orzecznictwa KIO oraz sądu zamówień publicznych, Prezes UZP będzie przygotowywał i podawał od publicznej wiadomości przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 PZP (niedopuszczalne postanowienia umowy). Tym samym Prezes UZP będzie dokonywał przeglądu orzecznictwa w zakresie omawianej problematyki i przygotowywał odpowiednie opracowania, z których wynikać będą przykładowe niedozwolone postanowienia umowy. Będą one pomocne dla wykonawców przy próbie kwestionowania postanowień umowy (np. w ramach postępowania odwoławczego w KIO), a także dla zamawiających, którzy będą mogli zweryfikować stosowane przez siebie wzorce umowy.

1.3. Postanowienia obligatoryjne - terminy i kary umowne

Oprócz rozwiązań zakazujących formułowania w umowach omówionych rodzajów postanowień, od 1 stycznia 2021 r. obowiązują również przepisy kreujące obowiązek zawierania w umowach określonych mechanizmów kontraktowych.

⁷⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1555/19.

Zapamiętaj...

Zgodnie z art. 436 PZP każda umowa powinna określać w szczególności:

- 1) planowany termin zakończenia realizacji zamówienia, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych jego części. Terminy te – co ważne – powinny być co do zasady określane w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, a nie przez wskazanie daty dziennej;
- 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;
- 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:
 - a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia,
 - b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w przypadku zmiany przepisów regulujących obciążenia przedsiębiorców.

Obowiązek określania terminu zakończenia umowy jest kolejnym przejawem realizacji celu ustawodawcy, jakim jest ochrona interesu przedsiębiorców. W przeszłości – tzn. w okresie obowiązywania ustawy z 2004 r. – zdarzało się, że termin wykonania umowy był określany jako konkretna data. Natomiast w sytuacji gdy sama procedura wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy przedłużała się, automatycznie skracał się termin wykonania zamówienia. Tego rodzaju sytuacje były źródłem licznych sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, którzy żądali odpowiedniego wydłużenia terminu realizacji umowy, co nie zawsze było możliwe. Wobec tego ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu zasady, że termin wykonania umowy powinien być podany w dniach, tygodniach lub latach. Zamawiający jedynie w wyjątkowych sytuacjach będą mogli odstąpić od tej zasady i określić termin wykonania umowy poprzez podanie konkretnej daty, jednak musi być to uzasadnione obiektywną przyczyną. Taka przyczyna może wynikać z samego przedmiotu zamówienia, który musi być zrealizowany konkretnego dnia, np. usługa cateringowa na określony dzień lub obsługa wydarzenia. Uzasadnioną przyczyną może być również upływ terminu na wydatkowanie środków pochodzących z dofinansowania z funduszy strukturalnych UE. W każdym razie przyjęte rozwiązanie pozwala wykonawcom precyzyjnie określić już na etapie składania oferty, jakim czasem będą dysponowali na wykonanie zamówienia, co niewątpliwie poprawia ich sytuację i zwiększa bezpieczeństwo prawne w związku z realizacją umowy.

We wzorze umowy zamawiający powinien szczegółowo określić także warunki wypłaty wynagrodzenia, co oznacza, że z postanowień umowy powinno jednoznacznie wynikać, kiedy wykonawca będzie uprawniony do zapłaty wynagrodzenia oraz jakie będą warunki takiej wypłaty. W konsekwencji postanowienia umowy powinny określać precyzyjnie mechanizmy i harmonogram ewentualnych płatności częściowych, zaliczek oraz warunki wypłaty, rozumiane jako określenie momentu uprawniającego do wystawienia faktury (np. odbiór przedmiotu umowy) oraz termin jej zapłaty.

Kolejnym obligatoryjnym elementem umowy są postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, czyli tzw. limit odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych. Jest to nowe rozwiązanie w polskim systemie zamówień publicznych, obowiązujące od 1 stycznia 2021 r. Ustawodawca uznał, że konieczne jest, aby limit odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych nie był nieograniczony – w wielu bowiem dotychczasowych umowach taki limit nie był określany, a jego wprowadzenie zależało od dobrej woli zamawiającego. Wielokrotnie kwestia ta była podnoszona przez przedsiębiorców, jako element uniemożliwiający odpowiednie określenie ryzyka wynikającego z umowy. W umowach bowiem zawieranych poza reżimem zamówień publicznych powszechne jest stosowanie limitu odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie umowy.

Zapamiętaj...

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony umowy. Przepisy PZP nie określają jednak maksymalnego poziomu odpowiedzialności z tytułu kar.

Z PZP nie wynika jednak, w jaki sposób ma być określony limit odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych. Wydaje się, że najbardziej powszechnym sposobem jest określenie go poprzez odniesienie się do wysokości wynagrodzenia wykonawcy. W praktyce przeważają postanowienia, z których wynika, że łączna wysokość kar nie może przekroczyć określonej procentowo wysokości wynagrodzenia wykonawcy (np. 20% wynagrodzenia wykonawcy). Nie można jednak wykluczyć, że zamawiający limit ten będą opisywać jako stałą kwotę pieniężną – obydwa te sposoby należy ocenić jako dopuszczalne.

Warto jednak zaznaczyć, że określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych nie musi oznaczać, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania

umowy będzie ograniczona rzeczywiście do tego limitu. Odpowiedzialność z tytułu kar należy bowiem odróżnić od odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Kara umowna to swego rodzaju surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i co do zasady można uznać, że może być ona naliczona bez względu na faktyczną szkodę, jaką mógłby ponieść zamawiający. Jeżeli jednak kara umowna nie będzie wystarczająca na pokrycie szkody zamawiającego, a zamawiający przewidzi możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych, wykonawca może ponosić nieograniczoną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy zgodnie z ogólnymi regułami wynikającymi z KC (art. 471 KC).

1.4. Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne

W przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zamawiający zobowiązany jest do określenia tzw. klauzul waloryzacyjnych wysokości wynagrodzenia, w sytuacji zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego. Obowiązek ten ma uchronić zamawiającego oraz wykonawcę przed ryzykiem ekonomicznym związanym ze zmianą przepisów podatkowych, które mogą mieć wpływ na cenę oferty wykonawcy. Problem taki pojawił się np. w 2011 r., w którym doszło do zmiany stawek podatku od towarów i usług (VAT). Z zawartych do tego dnia umów nie wynikała możliwość jej zmiany na wypadek zmiany wysokości stawki VAT. Wówczas problem rozstrzygnięto głównie w oparciu o opinię Prezesa UZP, z której wynikała możliwość modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy – umowy były zmieniane, a stawki VAT dostosowane do zmodyfikowanych wysokości. Obecnie już z treści samej umowy powinna wynikać możliwość i zasady dokonania jej zmiany.
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalna stawka godzinowa są co roku aktualizowane. Tym samym na etapie składania ofert wykonawcy nie wiedzą, jakie mogą być faktyczne koszty, które będą zobowiązani ponieść przy realizacji zamówienia. W konsekwencji w umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający powinien przewidzieć możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia również z tytułu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia i minimalnej stawki godzinowej.
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, a także zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. Również te okoliczności zasadniczo nie są możliwe do przewidzenia przez wykonawcę. Podobnie więc jak w odniesieniu do zmiany

przepisów podatkowych, również w tym przypadku zamawiający powinien precyzyjnie określić skutki i wpływ tego rodzaju zmian na wynagrodzenie wykonawcy.

Każda z wyżej opisanych okoliczności powinna być elementem postanowień umowy, jednak sama zmiana wysokości wynagrodzenia będzie możliwa tylko wtedy, gdy rzeczywiście powyższe okoliczności będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z tym to wykonawca powinien wykazać, że poszczególne zmiany w przepisach prawa, np. w zakresie wysokości minimalnej stawki godzinowej za pracę, mają wpływ na ponoszone przez niego koszty związane w wykonaniem umowy.

Postanowienia dotyczące waloryzacji mają szczególnie duże znaczenie przy realizacji umów o roboty budowlane. W ostatnich latach przedsiębiorcy bardzo wyraźnie formułowali postulaty o konieczności przewidywania w takich umowach możliwości waloryzacji ze względu na wzrost cen. Trafnie wskazywali, że zwykle podczas realizacji wieloletnich przedsięwzięć budowlanych następuje wzrost cen, którego nie sposób przewidzieć w chwili składania oferty. Powodowało to liczne spory prawne, przyczyniając się w praktyce do obniżenia efektywności inwestycyjnej zamawiających. Z tego względu ustawodawca zdecydował, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy, musi przewidywać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (art. 439 ust. 1 PZP).

Zapamiętaj...

Umowa o roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, powinna określać w szczególności:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Dodatkowo ustawodawca doprecyzował, że sposób ustalania zmiany wynagrodzenia określa się:

- ⇒ z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- ⇒ przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Warto podkreślić, że zmiana cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia to nie tylko ich podwyższenie, ale także obniżenie (art. 439 ust. 4 PZP), stąd modyfikacja wynagrodzenia a może również nastąpić w przypadku obniżenia kosztów wykonania zamówienia. W umowie powinien być określony próg zmiany cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia, od którego zamawiający lub wykonawca będzie uprawniony do żądania waloryzacji wynagrodzenia. Nie każda zatem zmiana wysokości cen i kosztów będzie uprawniać do zmiany wysokości wynagrodzenia, co wydaje się rozwiązaniem rozsądnym i uzasadnionym. Na etapie składania oferty wykonawca powinien bowiem, zgodnie z zasadami należytej staranności, przeanalizować tendencję zmiany cen na danym rynku i uwzględnić ten aspekt w cenie oferty. Z przepisów PZP nie wynika wysokość tego progu, co oznacza, że każdy zamawiający powinien ten próg ustalić samodzielnie, przy uwzględnieniu warunków rynkowych oraz zmiany cen i kosztów w danej branży.

Ważny cytat...

„Wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia”⁷⁷.

Zamawiający powinien również określić maksymalną wartość zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu waloryzacji. Z jednej strony może być to korzystne dla wykonawców, którzy zyskają swego rodzaju zapewnienie o waloryzacji umowy w pewnej wysokości. Z drugiej zaś – w przypadku przekroczenia maksymalnej wartości waloryzacji, zmiana wysokości wynagrodzenia z tego tytułu

⁷⁷ Uzasadnienie, s. 84.

może okazać się niemożliwa. W związku z tym adekwatne określenie maksymalnego pułapu waloryzacji jest bardzo istotne i powinno być dokonane w sposób umożliwiający faktyczną waloryzację umów już w trakcie jej wykonywania, co pozwoli na uniknięcie sporów pomiędzy stronami oraz konieczności odwoływania się do instrumentów wynikających z KC, przede wszystkim art. 3571 KC, który odnosi się do zmiany umowy z uwagi na nadzwyczajną zmianę stosunków (łac. *rebus sic stantibus*).

Ustawodawca przewidział również, że na wypadek gdyby umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia terminu składania ofert (czyli momentu, w którym wykonawcy oceniają sytuację rynkową i potencjalną zmianę cen), w celu ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, należy brać pod uwagę ceny materiałów i kosztów obowiązujące w dniu otwarcia ofert, a nie z chwili podpisania umowy.

Zapamiętaj...

Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

Takie rozwiązanie pozwala na faktyczne ustalenie zmiany cen materiałów i kosztów, w przypadku gdy wykonawca brał pod uwagę sytuację na rynku w chwili składania ofert, a nie w momencie podpisania umowy. Przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia mogłoby zatem wpłynąć na ocenę zmiany wysokości cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia. Rzeczywiście bowiem wykonawcy ustalają cenę oferty w oparciu o ceny obowiązujące przed składaniem ofert, a nie z chwili zawarcia umowy.

Ważne jest również to, że w przypadku gdy wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmienione ze względu na zmianę wysokości cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, wykonawca zobowiązany jest do zmiany wysokości wynagrodzenia podwykonawcy w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztowych dotyczących zobowiązania podwykonawcy. Obowiązek ten odnosi się do umów, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, a czas ich obowiązywania przekracza 12 miesięcy. Ustawodawca w ten sposób zamierzał zapewnić waloryzację wynagrodzenia także podwykonawców.

Zapamiętaj...

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

1.5. Zasady wynagradzania wykonawców i podwykonawców umów w sprawie zamówienia publicznego

Skoro wspomniano już o waloryzacji umów, należy wyjaśnić również generalne zasady wynagradzania wykonawców i podwykonawców umów w sprawie zamówienia publicznego. Realizacja wielu tego rodzaju umów – w szczególności zamówień na roboty budowlane – to rozciągnięty w czasie proces, który wymaga od wykonawcy odpowiedniego potencjału, w tym płynności finansowej zapewniającej możliwość bieżącego ponoszenia kosztów związanych z realizacją umowy. Dlatego, aby ułatwić przedsiębiorcom udział w rynku zamówień publicznych, PZP przewiduje możliwość udzielenia wykonawcy zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jak i wypłaty wynagrodzenia w częściach. Dzięki tym rozwiązaniom podmioty o mniejszym potencjale finansowym mogą z powodzeniem realizować zamówienia, których bieżący koszt realizacji jest (przynajmniej w znacznym stopniu) finansowany ze środków pochodzących od zamawiającego i wypłaconych przed ukończeniem zamówienia.

Zgodnie z art. 442 ust. 1 PZP zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Zarazem z art. 443 ust. 1 PZP wynika obowiązek udzielania zaliczek na poczet wykonania umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Zapamiętaj...

W umowach dłuższych niż 12 miesięcy należy obowiązkowo uwzględnić zasady zaliczkowania, natomiast w umowach na krótszy czas pozostawiono w tej kwestii swobodę zamawiającemu. Jeżeli zamawiający nie przewidział zaliczek, podczas gdy charakter zamówienia uzasadnia ich wypłatę, wówczas wskazane jest zwrócenie się do zamawiającego (formalnie w trybie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ lub nawet przez złożenie odwołania do KIO) o dodanie do umowy odpowiednich postanowień, zgodnych z art. 442 i 443 PZP.

Pamiętać należy, że jakkolwiek zaliczki są najczęściej stosowane w przypadku umów na roboty budowlane, to przepisy nie zawierają ograniczeń ze względu na przedmiot zamówienia i tym samym dopuszczalne jest ich stosowanie w umowach innego rodzaju – szczególnie w zamówieniach na dostawy. Zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie przepisy nie przewidują górnego pułapu, jednak w praktyce wysokość udzielonej zaliczki na ogół nie przekracza 10-15% wynagrodzenia wykonawcy. Co ważne, zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

Należy przy tym zaznaczyć, że zamawiający może uzależnić wypłatę zaliczki od wniesienia jej zabezpieczenia przez wykonawcę na zasadach określonych w dokumentach zamówienia (art. 442 ust. 3 PZP). Jeżeli jednak łączna przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wartości, wówczas zamawiający ma obowiązek żądać zabezpieczenia zaliczki.

Art. 442 ust. 5 PZP przyznaje zamawiającemu prawo do określenia form lub formy zaliczki, a tym samym należy przyjąć, że zamawiający może narzucić jedną z form, czyli, inaczej niż w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdy to wykonawca może samodzielnie zdecydować o formie zabezpieczenia, wybierając jedną z określonych w art. 450 ust. 1 PZP. Ponadto zamawiający powinien w umowie określić wysokość zabezpieczenia, sposób jego wniesienia i zwrotu, jak również może dopuścić zmianę formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie trwania umowy. W praktyce raz wniesione zabezpieczenie utrzymuje się na poczet zabezpieczenia kolejnych wypłacanych zaliczek, chyba, że wysokość kolejnej zaliczki wymagałaby odpowiedniego uzupełnienia wysokości zabezpieczenia.

Drugim rozwiązaniem mającym zagwarantować płynność finansową wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia jest wypłata wynagrodzenia w częściach, co dotyczy umów zawieranych na

okres dłuższy niż 12 miesięcy. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek określić w umowie (najczęściej jest to dokument pn. harmonogram płatności lub harmonogram rzeczowo-finansowy) procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części zamówienia. Co ważne procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Wypłata każdej części wynagrodzenia jest uzależniona od zrealizowania odpowiadającej jej części zamówienia (etapu).

Ważny cytat...

Nowe rozwiązania dotyczące zaliczek i płatności częściowych mają „poprawić płynność finansową wykonawców, obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców”⁷⁸.

1.6. Umowny obowiązek zatrudniania na podstawie stosunku pracy

Jeżeli przedmiotem zamówienia są usługi lub roboty budowlane, zamawiający ma również obowiązek określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagania dotyczące zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę (art. 95 PZP)⁷⁹. W przypadku nałożenia takich wymagań w umowie zamawiający powinni przewidzieć postanowienia dotyczące:

- 1) sposobu dokumentowania spełnienia tych wymagań,
- 2) kontroli ich spełnienia,
- 3) sankcji za naruszenie (art. 438 ust. 1 PZP).

Z treści przepisów wynika również otwarty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy celem weryfikacji wymagań dotyczących zatrudnienia osób biorących udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę (art. 438 ust. 2 PZP). Katalog ten ma charakter otwarty, co oznacza, że zamawiający może żądać także innych dokumentów.

⁷⁸ Uzasadnienie, s. 86.

⁷⁹ Tym samym utrzymane zostanie rozwiązanie wprowadzone do polskiego systemu prawnego w 2016 r., choć w praktyce wciąż budzi ono poważne zastrzeżenia – zob. J. Kola, *Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Zamawiający wrzesień-październik 2016, s. 51-58.

Zapamiętaj...

W celu weryfikacji zatrudniania przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:

- 1) oświadczenia zatrudnionego pracownika;
- 2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę;
- 3) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika;
- 4) innych dokumentów

- zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

Należy podkreślić, że to zamawiający powinien określić, jakie czynności w ramach wykonywania umowy powinny być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający powinien zatem zweryfikować, czy dany zakres czynności spełnia przesłanki uznania ich za wykonywanie pracy w rozumieniu przepisów kodeksu pracy. Ponadto w przypadku uznania, że dany zakres czynności powinien być wykonywany przez pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, zamawiający powinien mieć narzędzia umożliwiające mu weryfikację zatrudnienia oraz nałożenie ewentualnych sankcji za naruszenia.

2. Zmiany umowy

Niewątpliwie jednym z najdonioślejszych praktycznie zagadnień dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego jest problematyka dokonywania ich zmiany⁸⁰. Budzi ona tak duże zainteresowanie z tego powodu, że przepisy unijnego – a w ślad za nim polskiego – prawa nie pozwalają na swobodną modyfikację umów w systemie zamówień publicznych. Warunki realizacji zamówienia powinny być niezmiennie w stosunku do tych wynikających z dokumentów zamówienia w trakcie trwania postępowania. Celem takiego rozwiązania jest zabezpieczenie, by w chwili wszczęcia postępowania każdy z wykonawców posiadał takie same informacje na temat realizacji zamówienia i nie zostały one zmodyfikowane w trakcie realizacji zamówienia w taki sposób, że wpłynęłyby na krąg potencjalnych wykonawców lub treść złożonych ofert.

Zapamiętaj...

Zmiana umowy jest dopuszczalna gdy:

- 1) jest nieistotna;
- 2) jest istotna, jednak została przewidziana umowie;
- 3) występuje jedna z przesłanek ustawowych określonych w art. 455 ust. 1 pkt 2 –4 i ust. 2 PZP.

2.1. Pojęcie zmiany istotnej

Pojęcie zmiany istotnej występuje w prawie zamówień publicznych od wielu lat i ma ono fundamentalne znaczenie dla oceny możliwości modyfikacji umowy w trakcie jej realizacji. Jeżeli bowiem zmiana umowy będzie miała charakter istotny, dopuszczalność jej wprowadzenia zależy od tego, czy taka zmiana została przewidziana w umowie lub ewentualnie czy spełnione zostały okoliczności wynikające z przepisów. W 2016 r. ustawodawca zdefiniował pojęcie istotnej zmiany w treści ustawy, natomiast wcześniej było ono przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz KIO. Z przepisów PZP (art. 454 ust. 2 PZP) wynika, że zmiana umowy ma charakter istotny w stosunku do pierwotnej treści umowy, w szczególności jeżeli:

- 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;

⁸⁰ Zob. w szczególności P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, H. Drynkorn, *Zmiany umów o zamówienia publiczne na roboty budowlane*, Warszawa 2020.

- 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą z zastrzeżeniem wyjątku przewidzianego w ustawie (art. 455 ust. 1 pkt 2 PZP).

Powyższe okoliczności stanowią jedynie wytyczne co do oceny charakteru zmiany. Co do zasady przyjmuje się, że takie elementy jak termin wykonania zamówienia, zmiana wysokości wynagrodzenia lub modyfikacja zakresu przedmiotu zamówienia w sposób znaczący należy uznać za zmiany istotne. Każda jednak zmiana umowy powinna być odrębnie oceniana z punktu widzenia jej charakteru. Jeżeli jednak w ramach oceny charakteru zmiany wystąpi którakolwiek z okoliczności opisanych powyżej w pkt. 1 – 4, wydaje się, że taką zmianę należy uznać za istotną.

Zmiana istotna może być wprowadzona do treści umowy, jeżeli została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, o czym będzie mowa w dalszej części rozdziału. Natomiast zmiana umowy mająca charakter nieistotny może zostać swobodnie przez strony wprowadzona do treści umowy.

2.2. Kontraktowe podstawy zmiany umowy

Dopuszczalna jest zmiana umowy jeżeli została ona przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. W takiej sytuacji nie ma znaczenia wartość zmiany. Ważne jest jednak, aby możliwość zmiany była opisana w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które będą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości ceny oraz będą spełniać następujące warunki:

- 1) określą rodzaj i zakres zmian;
- 2) określą warunki wprowadzenia zmian;
- 3) nie będą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Powyższe elementy są niezwykle ważne z punktu widzenia możliwości zmiany umowy. Brak odpowiedniego opisanie reguł zmiany umowy powoduje, że jej modyfikacja może okazać się niemożliwa. Dlatego też już na etapie wszczęcia postępowania należy zadbać o to, aby we wzorze umowy były przewidziane odpowiednie postanowienia uprawniające do jej zmiany. W tym kontekście warto wspomnieć, że na początku 2020 r. Prezes UZP opublikował podręcznik zawierający przykłady i dobre praktyki dotyczące postanowień o zmianie umowy, które mogą

okazać się użyteczne nie tylko z perspektywy zamawiających, ale również z punktu widzenia wykonawców, np. wzmacniając ich argumentację zawartą we wniosku o zmianę takich postanowień zawartych we wzorze umowy⁸¹.

Czy wiesz, że...

W 2019 r. zamawiający przewidzieli możliwość dokonania zmian umowy w 99 981 ogłoszeniach o zamówieniu publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP), co stanowiło 85,18% ogółu opublikowanym tam ogłoszeń. Dla porównania w 2018 r. możliwość zmian postanowień zawartej umowy wskazano w 111 487 przypadkach (85,48% ogłoszeń w BZP), w 2017 r. – w 101 038 (82,91%), a w 2016 r. – w 82394 ogłoszeniach (77,53%). Najwięcej tego rodzaju ogłoszeń dotyczyło postępowań na roboty budowlane – 41 961 ogłoszeń (93,65% ogółu ogłoszeń w BZP na roboty budowlane). W przypadku dostaw było to w 32 189 ogłoszeniach (77,41%), a w zamówieniach na usługi – w 25 831 ogłoszeniach (83,35%)⁸².

Szczególnym rodzajem postanowień, których zastosowanie skutkuje modyfikacją stosunku zobowiązaniowego jest tzw. „prawo opcji”. Stosowanie tej instytucji było możliwe również przed 2021 r., jednakże nowa ustawa wprowadziła bardziej szczegółowe regulacje w tym zakresie. Prawo opcji polega na tym, że zamawiający w wyniku jednostronnego oświadczenia decyduje się na wykonanie szerszego zakresu zamówienia, czyli dodatkowego świadczenia, które nie było objęte zamówieniem podstawowym.

Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

81 Podręcznik dostępny jest pod linkiem: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/43654/Klauzule-przegladowe-A.pdf

82 Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 66.

W sytuacji gdy z postanowień umowy nie wynikają wszystkie niezbędne elementy opisane powyżej, ewentualne skorzystanie z prawa opcji może okazać się niemożliwe, a w przypadku skorzystania z niego, wszelkie czynności stron mogą podlegać unieważnieniu.

Zapamiętaj...

Zakres świadczeń objętych prawem opcji powinien być szczegółowo opisany w SWZ tak samo szczegółowo i dokładnie jak podstawowy zakres zamówienia. Ponadto prawo opcji powinno uwzględniać obowiązki wykonawcy z niego wynikające. Wykonawcy bowiem już w chwili złożenia oferty powinni wycenić także zakres przedmiotowy prawa opcji.

2.3. Ustawowe podstawy zmiany umowy

Zamawiający pozwala również na dokonanie zmiany umowy w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 2-4 oraz ust. 2 PZP. Należą do nich:

⇒ zmiana wykonawcy – zasadniczo umowę powinien realizować wykonawca wybrany w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak w przepisach PZP przewidziano kilka wyjątków od tej reguły, z których wynika, że nowy wykonawca może zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

- w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
- w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, dokonania przez zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców (art. 465 ust. 1 PZP)⁸³;

⇒ powierzenie dotychczasowemu wykonawcy, realizacji dodatkowych świadczeń, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, a stały się one niezbędne i zostały udzielenie zamówienia dodatkowego (na zasadach określonych w art. 455 ust. 1 pkt 3 PZP);

83 Zmiana wykonawcy jest również dopuszczalna jeżeli została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a zatem jeżeli została pierwotnie przewidziana w umowie, a sformułowane postanowienie spełnia wymagania opisane w pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

- ⇒ zmiana umowy jest konieczna do wprowadzenia ze względu na okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile oczywiście zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy;
- ⇒ tzw. zmiana bagatelna – jak wyraźnie wskazuje ustawodawca, dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15% w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Zapamiętaj...

Ustawowe przesłanki dopuszczające zmianę umowy nie powinny być interpretowane rozszerzająco – zmiana umowy niezgodna z powyższymi regułami może zostać unieważniona.

3. Odstąpienie od umowy oraz jej unieważnienie

Co do zasady umowy w sprawie zamówienia publicznego są trwałe. Bardzo kontrowersyjną kwestią jest np. dopuszczalność rozwiązania umowy na podstawie zgodnego porozumienia stron – przyjmuje się, że jest to co do zasady niedopuszczalne.

Z orzecznictwa...

„PZP zawiera wyraźny zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy i określa katalog okoliczności, które mogą stanowić wyjątek od tej zasady. W związku z tym za zasadne należy uznać stanowisko, że skoro przepis wyraźnie zakazuje swobodnej zmiany umowy o zamówienia publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać. Nie można bowiem pomijać, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zawierana w wyniku przeprowadzenia procedur określonych w ustawie PZP i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie warunków przewidzianych przez Zamawiającego, do których zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy muszą się dostosować. W związku z tym istotne jest, aby zakres zobowiązań, które wykonawca na siebie przyjmuje, oraz zakres obowiązków zamawiającego, był wiążący”⁸⁴.

84 Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2020 r., sygn. KIO/KD 39/20.

Jednakże ustawodawca przewiduje, że w pewnych sytuacjach może dojść do przedwczesnego „zakończenia współpracy” pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w związku z realizacją zamówienia. Może się tak zdarzyć przede wszystkim w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, co jest możliwe na zasadach określonych w art. 456 PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może odstąpić od umowy:

- 1) w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. W takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego za wykonaną część umowy.

Zapamiętaj...

Choć interes zamawiającego i interes publiczny mogą być zbieżne, to jednak nie wolno ich automatycznie utożsamiać. Tym samym jeżeli dalsza realizacja umowy przestaje być przedmiotem jedynie ekonomicznego interesu zamawiającego, lecz jej wykonanie jest istotne dla zaspokojenia interesu publicznego, zamawiający nie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

- 2) jeżeli dokonano niedopuszczalnej zmiany umowy (tj. niezgodnej z art. 454 i 455 PZP), czyli doszło do zmiany umowy pomimo braku podstaw prawnych uzasadniających taką czynność.

Zapamiętaj...

Dokonanie niedopuszczalnej zmiany umowy nie upoważnia do odstąpienia od umowy w całości – w takiej sytuacji możliwe jest wyłącznie odstąpienie od umowy w części, której zmiana dotyczy.

- 3) jeżeli wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu na podstawie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia (tj. wynikających z art. 108 PZP)⁸⁵.

⁸⁵ Art. 456 ust. 1 pkt 3 PZP przewiduje również szczególną podstawę odstąpienia, która znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywy 2014/25/UE i dyrektywy 2009/81/WE, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem prawa Unii Europejskiej.

Odstąpienie od umowy jest również możliwe, jeżeli strony zastrzegą w umowie prawidłowo umowne prawo odstąpienia lub spełnione zostaną inne okoliczności wynikające z KC. Z przepisów PZP nie wynika prawo odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a zatem ewentualne podstawy odstąpienia od umowy przez wykonawcę powinny wynikać z treści umowy lub przepisów KC.

Należy także wspomnieć, że przepisy PZP zawierają również szczególną regulację dotyczącą unieważnienia umowy, które może nastąpić w ściśle określonych przypadkach, które zostały enumeratywnie wskazane w treści ustawy (art. 457 ust. 1 PZP).

Czy wiesz, że...

Unieważnienie umowy oznacza, że jest ona nieważna z chwilą wydania orzeczenia przez sąd powszechny. W odróżnieniu zatem od nieważności umowy wynikającej z przepisów KC, na podstawie których umowa jest nieważna od chwili jej zawarcia (bez konieczności wydania stosowanego orzeczenia przez sąd), umowa w sprawie zamówienia publicznego staje się nieważna dopiero z chwilą wydania orzeczenia przez sąd powszechny.

Wśród wymienionych w art. 457 PZP podstaw unieważnienia, które mają największe znaczenie praktyczne z perspektywy MŚP, należy wskazać:

- ⇒ naruszenie przepisów PZP i udzielenie zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia wszczynającego postępowanie;
- ⇒ zawarcie umowy przed upływem terminu na wniesienie ewentualnego odwołania przez wykonawców, a w przypadku wszczęcia postępowania odwoławczego – przed jego rozstrzygnięciem, jeżeli uniemożliwiłoby to KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- ⇒ udzielenie zamówienia *in-house* (pkt 2.2. rozdziału I) przed upływem 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze jego udzielenia

Podmiotami uprawnionymi do żądania unieważnienia umowy, a zatem posiadającymi legitymację czynną, jest Prezes UZP oraz – co szczególnie istotne – wykonawca. Należy jednak zaznaczyć, że wykonawca może żądać unieważnienia umowy jedynie w sytuacji, gdy zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie

dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Jednocześnie wykonawca jest zobowiązany wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, a jego uprawnienie do żądania unieważnienia umowy wygasa po upływie 4 lat od dnia zawarcia umowy.

Rozdział V

Środki ochrony prawnej

1. Uwagi wprowadzające

Niezwykle ważne z perspektywy przedsiębiorców są przepisy regulujące środki ochrony prawnej. Stanowią one gwarancję interesów wykonawców i są podstawowym narzędziem kontroli poprawności działań zamawiającego na każdym etapie postępowania. Choć rozwiązania obowiązujące dotychczas w tym zakresie już pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy pozwalały na bardzo szybkie rozstrzygnięcie sporów, dostrzeżono potrzebę dalszego ich usprawnienia.

Ważny cytat...

„Aktualnie obowiązujące rozwiązania instytucjonalne i procesowe przyjęte w zakresie środków ochrony prawnej w polskim systemie zamówień publicznych zapewniają oczekiwaną przez regulacje unijne szybkość i efektywność. W praktyce dostrzegalne są jednak potrzeby zmian niektórych instytucji prawnych, w celu zwiększenia gwarancji ochrony interesów przedsiębiorców”⁸⁶.

Środki ochrony prawnej przysługują – tak jak dotychczas – wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Odwołujący musi także wykazać, że wskutek kwestionowanej czynności zamawiającego poniósł lub może ponieść szkodę (art. 505 ust. 1 PZP). Jak podkreślano na etapie prac nad PZP, „wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący musi więc wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie”⁸⁷.

86 Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – druk nr 3264 Sejmu VIII kadencji, s. 102.

87 Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – druk nr 3264 Sejmu VIII kadencji, s. 103.

Ważną z punktu widzenia przedsiębiorców „nowością” wprowadzoną do systemu prawnego od 1 stycznia 2021 r., jest uprawnienie Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców do skorzystania ze środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz dokumentów zamówienia (art. 505 ust. 2 PZP). Rozwiązanie to może okazać się szczególnie użyteczne w sytuacjach, gdy na rynku zamówień publicznych utrwali się pewna praktyka budząca wątpliwości co do zgodności z przepisami PZP, a jednocześnie godząca w interesy MŚP. Wsparcie Rzecznika winno przyczynić się do zwiększenia konkurencyjności postępowań.

Warto zwrócić uwagę, że Dział IX PZP poświęcony środkom ochrony prawnej, jest znacznie bardziej rozbudowany w stosunku do regulacji obowiązującej przed 2021 r. Stało się tak zapewne m.in. dlatego, że regulując korzystanie ze środków ochrony prawnej ustawodawca zamiast szeroko odsyłać do odpowiedniego stosowania przepisów z zakresu postępowania cywilnego, jak miało to miejsce pod rządami ustawy z 2004 r., ustanowił autonomiczne regulacje, upodabniające postępowanie odwoławcze przed KIO do postępowania przed sądem powszechnym.

2. Odwołanie

Podstawowym środkiem ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych jest odwołanie, które wnosi się do Krajowej Izby Odwoławczej, a przysługuje ono na:

- ⇒ niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- ⇒ zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- ⇒ zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Niezwykle istotną z perspektywy przedsiębiorców zmianą w stosunku do stanu prawnego obowiązującego przed 2021 r. jest to, że obecnie odwołanie przysługuje wobec wszystkich czynności zamawiającego nie tylko w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równiej lub przekraczające progi unijne, ale również w tzw. postępowaniach krajowych („podprogowych”).

Do najbardziej praktycznych zagadnień dotyczących odwołania należy niewątpliwie kwestia terminu na jego wniesienie. Uregulowano ją w art. 515 PZP, który podtrzymuje dotychczasowe zasady. W typowych sytuacjach wynoszą zasadniczo:

- ⇒ 5 dni – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne;
- ⇒ 10 dni – w przypadku zamówień, których wartość jest równa progom unijnym albo je przekracza licząc od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Jeśli jednak informacja o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania została przekazana w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, powyższe terminy ulegają wydłużeniu o 5 kolejnych dni. Należy również podkreślić, że wszelkie terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego, a w art. 509 ust. 2 PZP podkreślono dodatkowo praktyczną informację, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Zapamiętaj...

Termin na wniesienie odwołań kwestionujących treść ogłoszenia o udzielenie zamówienia lub treści dokumentów wynosi:

- ⇒ 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;
- ⇒ 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W związku z tym, że postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim, również wszystkie dokumenty muszą być przedstawiane w tym języku (art. 506 PZP). Wszelkie obcojęzyczne dokumenty należy przedkładać wraz ich tłumaczeniem. Może to się odbywać w formie pisemnej (czyli być opatrzone podpisem własnoręcznym) albo elektronicznej (czyli być opatrzone podpisem kwalifikowanym) albo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym. Należy pamiętać, że pisma składane w toku postępowania odwoławczego przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się z odpisami dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, jeżeli są one składane w formie pisemnej (art. 507 PZP).

Wszystkie rodzaje pism w postępowaniu odwoławczym można będzie wносить za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem postańca w biurze podawczym Izby albo przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, czyli mailem. Odwołanie wnosi się do Prezesa KIO, przy czym należy pamiętać, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania należy koniecznie przekazać kopię odwołania zamawiającemu w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Zgodnie z art. 514 ust. 3 PZP domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołanie będzie podlegało rozpoznaniu przez KIO pod warunkiem, że:

- ⇒ nie zawiera braków formalnych;
- ⇒ uiszczono wpis w wymaganej wysokości.

Zapamiętaj...

Wysokość wpisu od odwołania, wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynosi:

- *gdy wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne:*
 - ⇒ 7 500 zł – jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi;
 - ⇒ 10 000 zł – jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane;
- *gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne:*
 - ⇒ 15 000 zł – gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi;
 - ⇒ 20 000 zł – gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Należy również pamiętać, że wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. Bardzo ważne jest również dbanie o to, by spełnione były wszystkie wymogi formalne odwołania. Jeżeli nie może ono otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, braku pełnomocnictwa lub braku dowodu uiszczenia wpisu w terminie, Prezes KIO wezwie odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu, lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Jeżeli jednak odwołujący nie uzupełni braków jego odwołanie podlegać będzie zwrotowi.

Zapamiętaj...

Prawidłowo wniesione odwołanie zawiera:

- 1) imię i nazwisko albo nazwę, miejsce zamieszkania albo siedzibę, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli);
- 2) nazwę i siedzibę zamawiającego, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego;
- 3) numer PESEL lub NIP odwołującego będącego osobą fizyczną, jeżeli jest on obowiązany do jego posiadania albo posiada go nie mając takiego obowiązku;
- 4) numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku jego braku – numer w innym właściwym rejestrze, ewidencji lub NIP odwołującego niebędącego osobą fizyczną, który nie ma obowiązku wpisu we właściwym rejestrze lub ewidencji, jeżeli jest on obowiązany do jego posiadania;
- 5) określenie przedmiotu zamówienia;
- 6) wskazanie numeru ogłoszenia w przypadku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;
- 8) zwięźle przedstawienie zarzutów;
- 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
- 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;
- 11) podpis odwołującego albo jego przedstawiciela lub przedstawicieli;
- 12) wykaz załączników.

Do odwołania dołącza się:

- ⇒ dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- ⇒ dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu;
- ⇒ dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Oprócz konieczności wykazania legitymacji czynnej – a więc uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środka ochrony prawnej – bardzo ważne jest również wykazanie umocowania osoby wnoszącej odwołanie. Od 1 stycznia 2021 r. zagadnienie to zyskało szczególne znaczenie praktyczne, ponieważ w przepisach PZP wprowadzono istotne zmiany w zakresie reprezentowania stron postępowania odwoławczego przed KIO. Nowa regulacja ma na celu profesjonalizację reprezentantów stron sporu, a wyraża ją art. 510 PZP, który stanowi, że:

- ⇒ Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.
- ⇒ Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.

Pierwotnie celem ustawodawcy było przeniesienie rozwiązania wprost z art. 87 ust. 1 Kodeksu postępowania cywilnego, gdzie w odniesieniu do stosunku zlecenia użyto określenia „stałego” i gdzie traktuje się owego „stałego” zleceniobiorcę jako pełnomocnika, którego sąd dopuszcza do udziału w sporze. Zaimplementowanie brzmienia tegoż artykułu wprost do PZP powodowałoby, że w zasadzie niemożliwe (a co najmniej znacząco utrudnione) byłoby zatrudnienie *ad hoc* zewnętrznego doradcy (niebędącego adwokatem czy radcą prawnym) do konkretnej sprawy, bowiem takie zlecenie musiałoby być „stałe”. Postanowiono więc złagodzić przepis art. 510 PZP i zlecenie nie musi mieć ostatecznie charakteru stałego. Złagodzenie wymogów jest zapewne podyktowane specyfiką branży doradczej w obszarze zamówień publicznych, w której działają liczni konsultanci niewykonyjący zawodu adwokata ani radcy prawnego. Zostaliby oni pozbawieni możliwości dalszego świadczenia swoich usług. Jakkolwiek zatem strona postępowania będzie miała wybór, czy ustanowić profesjonalnego pełnomocnika w osobie radcy bądź adwokata czy też zatrudnić inną osobę, która ma ją reprezentować przed KIO, to intencja ustawodawcy jest jasna – wybór strony w tym zakresie nie jest już zupełnie dowolny i nie powinien być przypadkowy. Opisana zmiana podejścia wynika zapewne również z faktu, że procedura odwoławcza według przepisów nowej ustawy wymaga od pełnomocnika znajomości nie tylko przepisów prawa zamówień publicznych, ale także znacznie większej niż dotychczas biegłości w realizowaniu wymogów proceduralnych stosowanych dotychczas w sporach cywilnych lub gospodarczych.

Należy również wskazać, że w przypadku poważnych błędów przy wnoszeniu odwołania KIO dokona jego odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym. Ten niezwykle dolegliwy dla odwołującego skutek nastąpi wtedy, gdy w ramach badania skuteczności wniesienia odwołania KIO stwierdzi, że:

- ⇒ w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- ⇒ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- ⇒ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

- ⇒ odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;
- ⇒ odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- ⇒ odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови (art. 514 ust. 2 PZP).

3. Przystąpienie do postępowania odwoławczego

W ramach postępowania odwoławczego wykonawca nie zawsze występuje w roli odwołującego. Bardzo często bowiem przedsiębiorcy uczestniczą w tych postępowaniach w charakterze podmiotu wspierającego jedną ze stron, tj. odwołującego albo zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 524 ust. 1 PZP najpóźniej w terminie 2 dni od dnia otrzymania kopii odwołania Zamawiający ma obowiązek:

- ⇒ przesłać ją innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo
 - ⇒ zamieścić ją na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia – jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia
- wzywając przy tym wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi KIO, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgłoszenie przystąpienia czyni wykonawcę pełnoprawnym uczestnikiem postępowania. Uczestnicząc w postępowaniu odwoławczym w roli przystępującego wykonawca powinien jednak pamiętać, że jego czynności nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Zapamiętaj...

Możliwość zgłoszenia przystąpienia jest bardzo użytecznym instrumentem realizacji interesu przedsiębiorcy w postępowaniu odwoławczym. Uzyskanie statusu przystępującego jest „bezkosztowe”, tzn. nie wymaga uiszczenia jakiegokolwiek wpisu, a przy tym pozwala wykonawcy wesprzeć tę stronę postępowania odwoławczego, która realizuje interes zbieżny z interesem przystępującego wykonawcy.

4. Przebieg rozprawy i składanie dowodów

Przepisy dotyczące przebiegu rozprawy, a w szczególności postępowania dowodowego, zostały znacząco rozbudowane w porównaniu z regulacjami ustawy z 2004 r. Mają one usprawnić postępowanie odwoławcze. Przepisy regulujące składanie dowodów (art. 531-543 PZP) w dużej mierze są zbieżne z regulacjami znanymi z postępowań w sprawach cywilnych. Można ocenić, że rozwiązanie to pozwoli na zwiększenie pewności prawnej i przewidywalności samego przebiegu posiedzenia i rozprawy, ale będzie też wymagało większego przygotowania procesowego pełnomocników.

Ważnym nowym narzędziem KIO usprawniającym gromadzenie materiału dowodowego, jest możliwość zobowiązania strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania. Izba w razie nieprzedłożenia żądanych dokumentów może wziąć pod uwagę tę okoliczność przy wydawaniu orzeczenia.

Szczegółowo uregulowano problematykę dowodu z opinii biegłego, przesądzając, w jakich okolicznościach ten dowód się przeprowadza, a także kogo i w jakim trybie można powołać na biegłego. Dotychczasowa szątkowa regulacja powodowała, że dowód z opinii biegłego był niezwykle rzadko stosowany. Ustawodawca przesądził, że Izba może powołać biegłego nie tylko – jak dotąd – spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych, ale także biegłego *ad hoc*, który na takiej liście nie widnieje. Ma to szczególne znaczenie w kontekście specyfiki wielu przetargów o ściśle technicznym charakterze (np. transport, energetyka). W licznych przypadkach bowiem zakres specjalizacji biegłych sądowych mógłby nie odpowiadać zakresowi tematycznemu opinii dopuszczonej jako dowód w sprawie.

Bardzo ważny w skutkach dla przedsiębiorców i ich pełnomocników może być art. 533 ust. 2 PZP. W związku z jego wprowadzeniem zalecana jest szczególna skrupulatność przy przedstawianiu argumentacji i prowadzeniu sporu – czy to poprzez pisma procesowe, czy to na rozprawie. Można bowiem nieświadomie, np. poprzez bierną postawę na rozprawie czy pomijanie okoliczności w pismach, przegrać spór. Izba może bowiem uznać fakty, co do których druga strona się nie wypowie, za przyznane. Izba powinna też na rozprawie zwrócić uwagę stronom i uczestnikom postępowania na znane jej fakty z urzędu i niewymagające dowodów.

Zapamiętaj...

- ⇒ Nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.
- ⇒ Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.

Zasadą jest, że Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie (art. 545 ust. 1 PZP) w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby. Jednakże na wniosek strony lub z urzędu jawność rozprawy w całości lub w części jest ograniczana, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników. Jest to istotna zmiana w odniesieniu do dotychczasowej regulacji, która zakładała, że w takim posiedzeniu nie biorą udziału przystępujący uczestnicy. Ponadto Izba, na wniosek stron lub z urzędu, może w niezbędnym zakresie ograniczyć stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawo do wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

Jeśli chodzi o sam przebieg rozprawy, PZP precyzuje, że rozprawę prowadzi przewodniczący składu orzekającego, w szczególności otwiera rozprawę, zarządza przerwy w rozprawie, udziela głosu stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, zadaje pytania, umożliwia członkom składu orzekającego zadawanie pytań, podaje brzmienie zapisów do protokołu oraz zamyka rozprawę i ogłasza orzeczenie. W pierwszej kolejności – zaraz po otwarciu rozprawy – przewodniczący sprawdza, czy strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie rozprawy oraz, czy osoby reprezentujące strony oraz

uczestników są uprawnione do występowania w ich imieniu. Jeżeli po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona, Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę oraz informuje strony, kiedy nastąpi rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego.

Czy wiesz, że...

Według najbardziej aktualnych danych statystycznych:

⇒ w 2019 r. do KIO wpłynęło 2694 odwołań;

⇒ spośród wszystkich rozpatrzonych odwołań 47% stanowiły rozpoznane przez KIO merytorycznie (27% oddalonych i 20% uwzględnionych). Pozostałe rozstrzygnięcia kształtowały się następująco:

- 23% – umorzenie z powodu wycofania odwołania,
- 20% – umorzenie z powodu uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,
- 8% – zwrot z powodu braku wpisu lub nie uzupełnienia braków formalnych,
- 2% – odrzucenie odwołania.

5. Skarga do sądu zamówień publicznych i skarga kasacyjna

Na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa KIO o zwrocie odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Składa się ją za pośrednictwem Prezesa KIO w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Dłuższy termin na złożenie skargi (dotychczas było to jedynie 7 dni) umożliwia stronom i uczestnikom merytoryczną analizę orzeczenia Izby oraz przygotowanie się do sporządzenia skargi, a tym samym stanowi rozwiązanie korzystne dla przedsiębiorców.

Istotnym *novum* jest powierzenie rozpoznawania skarg Sądowi Okręgowemu w Warszawie jako sądowi zamówień publicznych. Również ta zmiana wydaje się być korzystna dla przedsiębiorców – skupienie orzekania w jednym sądzie sprzyjać będzie ujednoczeniu orzecznictwa, zwiększając pewność obrotu po stronie uczestników rynku zamówień publicznych. Zwiększy się też dostęp przedsiębiorców do skargi, dotychczas bardzo ograniczony przez wysokie opłaty. Wysokość wpisu

od skargi ulega bowiem obniżeniu z pięciokrotności do trzykrotności wpisu od odwołania, którego dotyczy skarga.

Zapamiętaj...

Od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej pobiera się opłatę stałą w wysokości trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga.

W konsekwencji opłata od skargi będzie się wahać w zależności od wartości szacunkowej zamówienia oraz jego przedmiotu od 22,5 tys. zł do 60 tys. zł, a nie aż do 100 tys. zł, jak miało to miejsce dotychczas. Regulacja obowiązująca przed 1 stycznia 2021 r. została przy tym uznana za niezgodną z konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 2 grudnia 2020 r. (sygn. SK 9/17). Trybunał stwierdził, że wymaganie uiszczania wygórowanej opłaty stałej od skargi ogranicza w sposób nadmierny m.in. prawo do sądu.

Równie ważną i doniosłą praktycznie zmianą jest wprowadzenie rozwiązania, wedle którego od 1 stycznia 2021 r. od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Skargę kasacyjną może wnieść strona postępowania skargowego oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Dotychczas strony sporu były tego uprawnienia pozbawione, a kasację mógł wnieść jedynie Prezes Urzędu.

6. Pozasądowe rozwiązywanie sporów

Jedną z najważniejszych, a przy tym potencjalnie korzystnych dla przedsiębiorców regulacji wprowadzonych w ramach PZP, są nowatorskie przepisy dotyczące pozasądowego rozwiązywania sporów (tzw. Alternative Dispute Resolution – ADR). Nie chodzi tu o spory związane z samym procesem zakupowym, ale o takie, które powstały już na tle wykonania bądź niewykonania umowy zawartej w reżimie zamówień publicznych. Jednym z nich jest mediacja, która zmierza do ugodowego rozwiązania sporu na drodze negocjacji prowadzonych przez bezstronnego mediatora, który wspiera przebieg negocjacji.

Nieco odmiennym od mediacji sposobem rozwiązywania sporów jest koncyliacja. Polega ona na rozstrzygnięciu sporu przez niezależnego koncyliatora, którego zadaniem jest nie tylko wspieranie i moderowanie negocjacji, ale także – lub przede wszystkim – zaproponowanie rozwiązania, które byłoby do przyjęcia przez strony sporu. Strony nie są przy tym związane przedstawioną im

przez koncyliatora propozycją rozstrzygnięcia. Wybór rozwiązania zawsze należy do stron sporu, natomiast koncyliator odpowiada za opracowanie ostatecznego brzmienia ugody. Jakkolwiek zawieranie ugód na etapie wykonywania umowy nie było dotąd zakazane, to nie było także częste, a zdecydowana większość sporów kończyła się wieloletnimi i kosztownymi procesami sądowymi. Skala tego negatywnego zjawiska jest tak duża, że zapewne z tego właśnie powodu ustawodawca stara się upowszechnić ugodowe rozwiązywanie sporów poprzez regulację zawartą w art. 591-595 PZP.

Zgodnie z art. 591 ust. 1 PZP w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, czyli np. w sprawie roszczeń o zapłatę za prace dodatkowe, roszczeń waloryzacyjnych czy o zapłatę kar umownych, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia publicznego, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu. Podstawy umowne do rozpoczęcia procedury mediacyjnej są różne. Może to być postanowienie zawarte w umowie o zamówienie publiczne dotyczące mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, ale także odrębna umowa stron w tej kwestii. Do zawarcia umowy w sprawie mediacji albo innego ADR może dojść również poprzez wyrażenie zgody na takie procedowanie sporu w odpowiedzi na wniosek drugiej strony.

Ustawodawca zastrzega przy tym w art. 592 PZP, że zawarcie ugody nie może prowadzić do naruszenia przepisów o zmianie umowy. Można ten przepis rozumieć w ten sposób, że jakkolwiek wzajemne roszczenia stron powstałe na tle wykonywania umowy mogą być przedmiotem ugody i obustronnych postąpień, to ugoda powinna być też zgodna z przepisami ustawy dotyczącymi zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Czyli zawierając ugodę, czy to w następstwie mediacji, czy też bez udziału mediatora, zamawiający powinien każdorazowo badać, czy postanowienia ugody w jakikolwiek sposób modyfikują umowę o zamówienie publiczne, a jeśli tak, to czy zmiany takie pozostają zgodne z postanowieniami umowy i odpowiednimi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy.

Zapamiętaj...

- ⇒ ugodę w sprawie sporu pomiędzy stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego można zawrzeć również z pominięciem mediacji, np. przed sądem powszechnym, mediacja czy koncyliacja natomiast mogą pomóc w zawarciu ugody, ale zasadniczo nie są obligatoryjnym⁸⁸ etapem dojścia do porozumienia;
- ⇒ przebieg mediacji i koncyliacji jest poufny. Jeśli strony nie dojdą do porozumienia, nie mogą wykorzystać w przyszłym sporze informacji uzyskanych w trakcie rokowań ugodowych;
- ⇒ strony nie muszą poddawać się rozstrzygnięciu czy mediacji Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, mogą wybrać innego mediatora.

88 Z zastrzeżeniem specyficznego rozwiązania określonego w art. 593 ust. 2 PZP.

Wykaz skrótów

dyrektywa 2014/24/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE
dyrektywa 2014/25/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE
ETS/TSUE	Europejski Trybunał Sprawiedliwości/Trybunał Sprawiedliwości UE
KC	ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
progi unijne	kwoty wartości, o których mowa w art. 3 PZP
Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
PZP	ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych
Uzasadnienie	Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych – druk nr 3264 Sejmu VIII kadencji

Wykaz podstawowej literatury

- 1) G. Bednarczyk, O zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, [online: 15.12.2020 r.] <http://www.wszponachzamowien.pl/?p=4702>
- 2) P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019
- 3) M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020
- 4) H. Drynkorn, *Zmiany umów o zamówienia publiczne na roboty budowlane*, Warszawa 2020
- 5) M. Godlewska, *Pozycja konkurencyjna przedsiębiorstw sektora MSP na rynku robót budowlanych, a system zamówień publicznych*, w: *Modernizacja Zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, pod red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 15-22
- 6) J. Kola, *Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, *Zamawiający wrzesień-październik 2016*, s. 51-58
- 7) Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych, *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*, Warszawa 2018
- 8) Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2020
- 9) Prezes UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020
- 10) J. Roliński (red.), A. Chwiałkowska, J. Kola, M. Mielnik, *Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki*, Warszawa 2020
- 11) *Sposób postępowania z ofertą elektroniczną, z którą zamawiający nie jest w stanie się zapoznać*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2019
- 12) P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, Warszawa – Katowice 2006.

Autorzy

Agnieszka Chwiałkowska – radca prawny współpracujący z kancelarią WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych, funduszach unijnych oraz PPP, obsługując m.in. podmioty z branży energetycznej, transportowej oraz komunalnej. Doradzała m.in. przy realizacji inwestycji infrastrukturalnych i energetycznych o strategicznym znaczeniu z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. Wielokrotnie wyróżniana w prestiżowych rankingach prawników (m.in. Chambers Europe).

Jarosław Kola – doktor nauk prawnych, współpracuje z kancelarią WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych, elektromobilności i funduszach unijnych. Jako praktyk doradzał przy realizacji strategicznych przedsięwzięć m.in. w sektorze energetyki, pocztowym oraz publicznego transportu zbiorowego. Badania naukowe realizował m.in. w Paryżu, Oksfordzie, Nottingham, Heidelbergu i Cape Town. Autor licznych publikacji naukowych i popularnonaukowych z zakresu prawa zamówień publicznych.

Michał Mielnik – radca prawny współpracujący z kancelarią WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych oraz realizacji kontraktów infrastrukturalnych i EPC. Doradza klientom w zakresie branży budowlanej, energetycznej, pocztowej na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Uczestniczy w realizacji strategicznych projektów energetycznych i infrastrukturalnych. Reprezentuje zamawiających oraz wykonawców przed KIO oraz w sądach powszechnych.

Jan Roliński – adwokat, wspólnik w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński Baehr, w której kieruje zespołem prawa zamówień publicznych. Współzałożyciel i członek zarządu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych. Doradza w szczególności podmiotom z sektora infrastruktury, komunalnego, energetycznego i transportowego, przy największych inwestycjach w Polsce. Reprezentuje klientów w postępowaniach przed KIO, sądami powszechnymi oraz w postępowaniach pojednawczych i mediacjach. Wielokrotnie wyróżniany w prestiżowych rankingach prawników (m.in. Chambers Europe, Rzeczpospolita).

Piotr Wojdak – radca prawny, współpracujący z kancelarią WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr. Specjalizuje się w polskim i europejskim prawie zamówień publicznych. W swojej praktyce koncentruje się na obsłudze prawnej zamówień publicznych w sektorze IT, energetycznym i budowlanym. Doradza również klientom działającym w branży telekomunikacyjnej i obronnej.

O Enterprise Europe Network

Sieć Enterprise Europe Network funkcjonuje od 1 stycznia 2008 r. Została powołana w ramach Programu Ramowego na rzecz Konkurencji i Innowacji (CIP), a w perspektywie finansowej Unii Europejskiej na lata 2014-2020 funkcjonuje w ramach Programu na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (COSME) oraz Horyzont 2020. Sieć oferuje małym i średnim przedsiębiorstwom (MŚP) kompleksowe usługi, które mają im pomóc w pełni rozwinąć ich potencjał i zdolności innowacyjne oraz wesprzeć w pozyskaniu nowych partnerów biznesowych. Enterprise Europe Network jest także pośrednikiem umożliwiającym instytucjom Unii Europejskiej pełniejszą orientację w potrzebach małych i średnich przedsiębiorstw.

Na całym świecie działa około 600 ośrodków Enterprise Europe Network oferujących bezpłatne wsparcie dla przedsiębiorców w postaci kompleksowych usług informacyjnych, szkoleń i doradztwa z zakresu prawa i polityk Unii Europejskiej, prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce i za granicą, zamówień publicznych, ochrony danych osobowych, udziału w programach ramowych UE itd.

Ośrodki Enterprise Europe Network są afiliowane przy rozmaitych organizacjach wspierających rozwój gospodarczy, takich jak izby przemysłowo-handlowe, agencje rozwoju regionalnego czy centra wspierania przedsiębiorczości. Źródłem finansowania działalności ośrodków Sieci są środki unijne oraz fundusze pochodzące z budżetu państwa.

Największa na świecie sieć wspierająca MŚP w internacjonalizacji. Ponad 60 państw, 600 organizacji, 3000 ekspertów.

Powiązanie międzynarodowego doświadczenia ze znajomością lokalnych rynków. 30 ośrodków w Polsce, co najmniej 1 w każdym województwie, współpraca regionalnych ekspertów z ogólnosiątkową siecią wspierającą MŚP.

Wsparcie w rozwoju biznesu dzięki zindywidualizowanej pomocy, dostępowi do finansowania i nowym partnerom biznesowym.

Zasada „zawsze właściwych drzwi”, która w praktyce oznacza nieodsyłanie przedsiębiorcy bez udzielenia mu niezbędnych informacji.

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest agencją rządową, która została powołana w 2000 r. do wspierania rozwoju mikro, małych i średnich przedsiębiorstw. Przez 20 lat działalności Agencja wypracowała wiele form wsparcia, które obejmują finansowanie przedsiębiorstw, usługi rozwojowe, działalność edukacyjną i informacyjną oraz działania na rzecz budowy kultury przedsiębiorczości i innowacyjności w Polsce.

Obszary działalności PARP rozwijają się wraz z rozwojem gospodarczym i wyłanianiem się nowych trendów w przedsiębiorczości i innowacyjności. Tym samym PARP na przestrzeni lat stała się prekursorką w tworzeniu wielu nowych obszarów wsparcia i opracowywaniu zróżnicowanych sposobów udzielania pomocy (finansowanie, edukacja, promocja). Stymulowaniu przedsiębiorczości, innowacyjności i konkurencyjności polskich przedsiębiorców służą nowe instrumenty perspektywy finansowej Unii Europejskiej 2014–2020. PARP jest zaangażowana w realizację trzech programów operacyjnych współfinansowanych ze środków europejskich: Inteligentny Rozwój, Polska Wschodnia, Wiedza Edukacja Rozwój.

Aktywność PARP koncentruje się na pięciu obszarach:

- rozwoju przedsiębiorstw i przedsiębiorczości, przez wspieranie rozwoju nowych pomysłów i modeli biznesowych,
- innowacyjności przedsiębiorstw, przez inicjowanie i kompleksowe wspieranie aktywności przedsiębiorstw w tym obszarze,
- ekspansji międzynarodowej przedsiębiorstw, przez wsparcie przedsiębiorców sektora MSP we wchodzeniu na zagraniczne rynki,
- współpracy wśród przedsiębiorstw i otoczenia biznesu, a więc wsparciu budowania powiązań między nimi,
- tworzenia przyjaznej i innowacyjnej administracji, przez pomoc w kreowaniu polityki innowacyjnej państwa oraz rozwijanie i promowanie takich rozwiązań w sektorze publicznym.

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

telefon: 22 432 80 80

e-mail: biuro@parp.gov.pl

Informatorium PARP

telefon: 0 801 332 202

