PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KOMENTARZ

pod redakcją
Huberta Nowaka
Mateusza Winiarza

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój

Urząd Zamówień Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KOMENTARZ

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KOMENTARZ

pod redakcją
Huberta Nowaka
Mateusza Winiarza

Autorzy

Bogdan Artymowicz, Rafał Baczewski, Jakub Biernacki, Brygida Brańko, Anna Dunajewska-Bańka, Krzysztof Fijołek, Izabela Fundowicz, Agnieszka Ilińska-Rozbicka, Małgorzata Jurek, Karol Kacprzak, Paulina Kalińska-Jagoda, Joanna Knapińska, Artur Kowalski, Izabela Królikowska, Urszula Krynicka, Martyna Mieszkowska, Anna Narewska, Hubert Nowak, Magdalena Olejarz, Aleksandra Osuch, Mateusz Paczkowski, Justyna Pożarowska, Olga Starzyk, Remigiusz Stępień, Sebastian Szaładziński, Katarzyna Tyc-Okońska, Anna Węcławska, Grzegorz Wicik, Mateusz Winiarz

Urząd Zamówień Publicznych
Warszawa 2021

Prawo zamówień publicznych. Komentarz

Tekst ustawy ujednolicony przez Urząd Zamówień Publicznych
Tekst ujednolicony nie stanowi źródła powszechnie obowiązującego prawa i ma charakter pomocniczy

Stan prawny na 20 maja 2021

Recenzenci
prof. UJ dr hab. Marta Romańska
prof. UMK dr hab. Paweł Nowicki
dr Marcin Smaga

Korekta
Joanna Orzeł

Opracowanie współfinansowane przez Unię Europejską w ramach projektu „Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych" realizowanego ze środków EFS

Wydawca
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

© Urząd Zamówień Publicznych

ISBN: 978-83-88686-78-8

Łamanie, druk i oprawa
CC Professionals Group, www.ccpg.com.pl

Warszawa 2021

SPIS TREŚCI

SŁOWO WSTĘPNE 13

PRZEDMOWA 15

WYKAZ SKRÓTÓW 17

DZIAŁ I **PRZEPISY OGÓLNE 49**

Rozdział 1 Przedmiot regulacji 49

Oddział 1. Zakres spraw regulowanych ustawą 49

Art. 1–8

Oddział 2. Wyłączenia stosowania przepisów ustawy 172

Art. 9–15

Rozdział 2 Zasady udzielania zamówień 289

Art. 16–20

Rozdział 3 Polityka zakupowa państwa oraz plan postępowań o udzielenie zamówień 330

Art. 21–23

Rozdział 4 Stosowanie przepisów ustawy do zamówień o charakterze mieszanym 338

Art. 24–27

Rozdział 5 Szacowanie wartości zamówienia i konkursu 375

Art. 28–36

Rozdział 6 Zamawiający i wykonawcy 404

Oddział 1. Zamawiający 404
Art. 37–56
Oddział 2. Wykonawcy 464
Art. 57–60
Rozdział 7 Komunikacja zamawiającego z wykonawcami 476
Art. 61–70
Rozdział 8 Dokumentowanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia 513
Art. 71–82

DZIAŁ II **Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne 551**
Rozdział 1 Przygotowanie postępowania 551
Oddział 1. Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców 551
Art. 83–85
Oddział 2. Ogłoszenia 561
Art. 86–90
Oddział 3. Ustalenie niektórych warunków zamówienia 587
Art. 91–98
Oddział 4. Opis przedmiotu zamówienia..... 658
Art. 99–103
Oddział 5. Przedmiotowe środki dowodowe 690
Art. 104–107

Rozdział 2 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców 717
Oddział 1. Podstawy wykluczenia z postępowania to udzielenie zamówienia 717
Art. 108–111
Oddział 2. Warunki udziału w postępowaniu..... 828
Art. 112–117
Oddział 3. Udostępnienie zasobów 883
Art. 118–123
Oddział 4. Podmiotowe środki dowodowe 900
Art. 124–128
Rozdział 3 Tryby udzielania zamówień 923
Oddział 1. Przepisy ogólne 923
Art. 129–131
Oddział 2. Przetarg nieograniczony 935
Art. 132–139
Oddział 3. Przetarg ograniczony 971
Art. 140–151
Oddział 4. Negocjacje z ogłoszeniem 1034
Art. 152–168
Oddział 5. Dialog konkurencyjny..... 1119
Art. 169–188
Oddział 6. Partnerstwo innowacyjne..... 1185
Art. 189–207
Oddział 7. Negocjacje bez ogłoszenia..... 1232
Art. 208–212
Oddział 8. Zamówienie z wolnej ręki 1259
Art. 213–217
Rozdział 4 Składanie i otwarcie ofert..... 1341

Oddział 1. Składanie ofert 1341
Art. 218–220
Oddział 2. Otwarcie ofert 1364
Art. 221–222
Rozdział 5 Ocena ofert 1370
Art. 223–226
Rozdział 6 Aukcja elektroniczna 1435
Art. 227–238
Rozdział 7 Wybór najkorzystniejszej oferty 1462
Art. 239–253
Rozdział 8 Zakończenie postępowania 1499
Art. 254–265

DZIAŁ III **Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne 1529**
Rozdział 1 Zakres zastosowania 1529
Art. 266
Rozdział 2 Ogłoszenia 1540
Art. 267–272
Rozdział 3 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców 1557
Art. 273–274
Rozdział 4 Tryby udzielania zamówień 1565
Oddział 1. Tryb podstawowy 1565
Art. 275–296
Oddział 2. Partnerstwo innowacyjne 1682
Art. 297–299
Oddział 3. Negocjacje bez ogłoszenia 1685

Art. 300–303
Oddział 4. Zamówienie z wolnej ręki 1711
Art. 304–306
Rozdział 5 Wybór najkorzystniejszej oferty 1717
Art. 307–310

DZIAŁ IV **Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych..... 1734**
Rozdział 1 Umowa ramowa 1734
Art. 311–315
Rozdział 2 Dynamiczny system zakupów..... 1764
Art. 316–324
Rozdział 3 Konkurs..... 1783
Oddział 1. Przepisy ogólne 1783
Art. 325–332
Oddział 2. Regulamin konkursu..... 1804
Art. 333–334
Oddział 3. Sąd konkursowy 1813
Art. 335–337
Oddział 4. Konkurs nieograniczony i konkurs ograniczony..... 1820
Art. 338–353
Oddział 5. Zakończenie konkursu 1847
Art. 354–358
Rozdział 4 Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi 1858
Art. 359–361

DZIAŁ V **Zamówienia sektorowe..... 1870**
Rozdział 1 Zakres zastosowania..... 1870
Art. 362–368
Rozdział 2 Okresowe ogłoszenie informacyjne 1883
Art. 369–370
Rozdział 3 System kwalifikowania wykonawców 1889
Art. 371–375
Rozdział 4 Tryby udzielania zamówień sektorowych..... 1901
Art. 376–388
Rozdział 5 Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień sektorowych..... 1921
Art. 389–392
Rozdział 6 Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego 1936
Art. 393–394
DZIAŁ VI **Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa 1945**
Rozdział 1 Zakres zastosowania..... 1945
Art. 395–398
Rozdział 2 Postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa 1966
Art. 399–409
Rozdział 3 Tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa..... 2040
Art. 410–421
Rozdział 4 Umowa ramowa 2222
Art. 422
Rozdział 5 Wymagania w zakresie podwykonawstwa 2227
Art. 423–430

DZIAŁ VII **Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie 2249**

Rozdział 1 Przepisy ogólne 2249
Art. 431–448

Rozdział 2 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy 2332
Art. 449–453

Rozdział 3 Zmiana umowy 2358
Art. 454–455

Rozdział 4 Odstąpienie od umowy oraz jej unieważnienie 2400
Art. 456–461

Rozdział 5 Podwykonawstwo 2426
Art. 462–465

DZIAŁ VIII **Organy właściwe w sprawach zamówień 2469**

Rozdział 1 Prezes Urzędu 2469
Art. 466–472

Rozdział 2 Krajowa Izba Odwoławcza 2490
Oddział 1. Zadania i ustrój Krajowej Izby Odwoławczej 2490
Art. 473–486
Oddział 2. Zasady działania Izby 2530
Art. 487–492

Rozdział 3 Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych 2539
Art. 493–499

Rozdział 4 Rada Zamówień Publicznych 2551
Art. 500–504

DZIAŁ IX **Środki ochrony prawnej..... 2558**

Rozdział 1 Przepis ogólny..... 2558

Art. 505

Rozdział 2 Postępowanie odwoławcze 2565

Oddział 1. Przepisy ogólne 2565

Art. 506–512

Oddział 2. Odwołanie 2579

Art. 513–521

Oddział 3. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego 2612

Art. 522–523

Oddział 4. Przystąpienie do postępowania odwoławczego 2619

Art. 524–527

Oddział 5. Odrzucenie odwołania 2627

Art. 528–530

Oddział 6. Dowody 2632

Art. 531–543

Oddział 7. Rozpoznanie odwołania 2666

Art. 544–547

Oddział 8. Rozprawa 2673

Art. 548–551

Oddział 9. Orzeczenia Izby 2679

Art. 552–568

Oddział 10. Protokół 2707

Art. 569–572

Oddział 11. Koszty postępowania odwoławczego ... 2714

Art. 573–576

Oddział 12. Zakaz zawarcia umowy 2723
Art. 577–578
Rozdział 3 Postępowanie skargowe 2731
Art. 579–590
DZIAŁ X **Pozasądowe rozwiązywanie sporów..... 2769**
Art. 591–595

DZIAŁ XI **Kontrola udzielania zamówień 2782**
Rozdział 1 Przepisy ogólne 2782
Art. 596–602
Rozdział 2 Kontrola Prezesa Urzędu 2800
Oddział 1. Przepisy ogólne 2800
Art. 603–606
Oddział 2. Kontrola doraźna 2810
Art. 607–612
Oddział 3. Kontrola uprzednia 2823
Art. 613–617

DZIAŁ XII **Przepisy o karach pieniężnych 2843**
Art. 618–622

DZIAŁ XIII **Przepis końcowy 2867**
Art. 623

BIBLIOGRAFIA 2869

Słowo wstępne

Szanowni Państwo,
oddajemy w Państwa ręce Komentarz do nowego Prawa zamówień publicznych. To wyjątkowy moment w historii Urzędu, którym mam zaszczyt kierować. Oto trafia do Państwa dokument, który jest efektem setek godzin dyskusji i analiz pracowników Urzędu – specjalistów w zakresie prawa zamówień publicznych, uczestniczących od samego początku i na każdym etapie w pracach nad ustawą, która obowiązuje od 1 stycznia 2021 r.

Idea przygotowania Komentarza – opracowania, które odpowiadałoby na szereg pytań dotyczących nowych regulacji, jak również pozwoliłoby w kompleksowy sposób zrozumieć intencje stojące za poszczególnymi ustawowymi zapisami oraz utrwaliło wiedzę zgromadzoną w trakcie procesu budowania nowego Pzp – zrodziła się wraz z zakończeniem prac merytorycznych nad nowym Prawem zamówień publicznych wśród osób zaangażowanych w proces tworzenia ustawy. Obecnie obowiązujące Prawo zamówień publicznych w sposób diametralny zmienia bowiem postrzeganie zamówieniowej rzeczywistości. Systematyka ustawy, jak również nowe narzędzia sprawiają, że na zamówienia zaczynamy patrzeć nie tylko jako na procedurę do wykonania, ale przede wszystkim proces, który oprócz realizacji założonego jednostkowego celu pozwala wnioskować na przyszłość, tak aby w sposób efektywny wydatkować środki publiczne. Ta zmiana sposobu myślenia leży u podstaw nowych regulacji systemu zamówień publicznych i właśnie z intencją jej utrwalenia oraz uczynienia czytelnymi i przyjaznymi kompleksowych rozwiązań Pzp pisany był Komentarz.

Powstanie tego obszernego opracowania nie byłoby możliwe bez wysiłku specjalistów – pracowników Urzędu. To oni, jeszcze na etapie prac nad kształtem ustawy, nie tylko brali udział w jej przygotowywaniu, ale sami inicjowali nowatorskie rozwiązania, a także ujmowali zgłaszane pomysły we właściwe ramy prawne. Ten sam wysiłek, pasję i skuteczne znajdowanie odpowiedzi na pojawiające się pytania widziałem u nich w trakcie debat przygotowujących grunt do Komentarza. Dzięki ich pracy i zaangażowaniu każdy artykuł Prawa zamówień publicznych poddany został dogłębnej analizie.

Dziękuję zatem pracownikom Urzędu za ogrom pracy, codzienne dyskusje i wymianę poglądów, bez których Komentarz straciłby wiele na swojej wartości. Dziękuję im również za wolę walki i determinację, aby opracowanie było źródłem odpowiedzi i inspiracji dla wszystkich uczestników rynku. Chylę czoła przed sprawnością poruszania się po meandrach ustawy, dzięki której Komentarz jest dokumentem wewnętrznie spójnym. To ogromny zaszczyt i przywilej móc

współpracować z osobami o tak otwartych umysłach, które koncentrują się na szukaniu rozwiązań, a swoją ogromną wiedzę z zakresu zamówień publicznych wykorzystują w praktyczny sposób.

Na koniec dziękuję również za to, że pomimo wszelkich pandemicznych przeciwności i utrudnień prace były wytrwale kontynuowane z żywą wiarą w powodzenie projektu i gotowością poświęcenia dużej części zawodowej aktywności, aby Komentarz mógł powstać.

Podziękowania pragnę złożyć również recenzentom. Pani Profesor Marcie Romańskiej, Panu Profesorowi Pawłowi Nowickiemu oraz Panu Doktorowi Marcinowi Smadze dziękuję za poświęcony czas, a także za wielką staranność i wnikliwość. Bez Państwa zaangażowania utrzymanie wysokiego standardu merytorycznego Komentarza nie byłoby możliwe.

Wierzę, że efekt prac tak znakomitego zespołu będzie służył konkretną, skuteczną pomocą w praktycznym stosowaniu Prawa zamówień publicznych wszystkim interesariuszom systemu zamówień, prowadząc zgodnie z duchem nowych rozwiązań ku konkurencyjnemu, otwartemu i nowoczesnemu rynkowi zamówień publicznych.

Łączę wyrazy szacunku

Hubert Nowak

Przedmowa

George Bernard Shaw powiedział kiedyś, że *dużo łatwiej jest napisać dobrą sztukę niż ustanowić dobre prawo*. Z wyzwaniem, które zdaniem pisarza wykracza ponad literacką skalę trudności, zmierzyli się twórcy nowego Prawa zamówień publicznych. Uchwalona przez Sejm 11 września 2019 r. ustawa zwieńczyła okres blisko trzyletniej pracy nad kształtem nowej regulacji.

Szukając początków prac nad nowym Prawem zamówień publicznych, należy cofnąć się w czasie do końca 2016 roku, kiedy to zapoczątkowany został cykl debat na temat oczekiwanych zmian w Prawie zamówień publicznych. Efektem tych debat oraz innych wydarzeń skoncentrowanych wokół tematyki postulowanych zmian w zakresie zamówieniowej legislacji była Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych, która ujrzała światło dzienne w czerwcu 2018 roku. Od samego początku zatem nowe Prawo zamówień publicznych powstawało w bliskiej współpracy z interesariuszami zamówieniowego rynku.

Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych przedstawiona w czerwcu 2018 roku posłużyła za materiał wyjściowy do opracowywania projektu ustawy oraz projektu przepisów wprowadzających. We wrześniu 2018 r. zainaugurowane zostały prace zespołu przedstawicieli ówczesnego Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urzędu Zamówień Publicznych. W rezultacie w styczniu 2019 roku oba projekty ustaw zostały skierowane do uzgodnień, opiniowania i konsultacji publicznych do ponad 100 podmiotów. Pokazuje to ogromną skalę zaangażowania przedstawicieli wszystkich interesariuszy rynku od samego początku procesu legislacyjnego. Dodatkowo w trakcie prac nad projektem nowego Pzp Urząd wspólnie z MPiT zorganizował hackathon, podczas którego przy współudziale wielu osób zaangażowanych w rynek zamówień publicznych szukano rozwiązań dotyczących szeregu kwestii, co do których w toku konsultacji pojawiły się propozycje udoskonaleń.

Pod koniec prac nad projektem ustawy (marzec – maj 2019 r.) Urząd Zamówień Publicznych w ramach badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówienia publicznych zapytał wykonawców – w formie ankiety – o przyczyny ich niskiego zainteresowania udziałem w postępowaniach, a także o czynniki, które zachęciłyby ich do większej aktywności na rynku zamówień. Wśród 965 otrzymanych odpowiedzi jako czynniki blokujące najczęściej wskazywano cenę jako kryterium decydujące o wyborze najkorzystniejszej oferty, opis przedmiotu zamówienia preferujący określony produkt lub firmę, brak możliwości negocjowania umów, niekorzystne postanowienia w umowie, zbyt wysokie kary umowne czy niejasność opisu przedmiotu zamówienia.

Wśród pozytywnych motywacji wykonawcy zwracali uwagę m.in. na: uproszczenie procedury i zmniejszenie formalizmu, zwiększenie swobody zamawiającego w zakresie negocjowania warunków kontraktowych, gwarancję waloryzacji ceny lub kosztów, większą elastyczność zmiany umów, stosowanie zaliczek i płatności częściowych – czyli rozwiązania, które znajdują się w nowym prawie zamówień. Wyniki badania wskazały jednoznacznie, że kierunki zmian odpowiadają na zgłoszone potrzeby rynku.

Wyniki tych badań wskazały, że szerokie konsultacje, które poprzedziły stworzenie projektu ustawy, oraz partnerskie podejście w całym procesie jej tworzenia miały realny wpływ na jej ostateczny kształt. Zaangażowanie przedstawicieli wielu branż i interesariuszy z wszystkich obszarów systemu zamówień publicznych (świat nauki, kontroli, zamawiający, wykonawcy, konsultanci, prawnicy, inżynierowie i informatycy) w projekt tworzenia ustawy pozwoliło uzyskać wieloaspektowe spojrzenie na tworzone regulacje i wpłynęło bezpośrednio na ich kształt, w efekcie czego rynek otrzymał Prawo zamówień publicznych odpowiadające na realne, wskazane przez siebie potrzeby.

Po przyjęciu projektu Pzp przez Radę Ministrów na początku lipca 2019 roku kolejne dwa miesiące upłynęły pod znakiem prac parlamentarnych, a ich zwieńczeniem było uchwalenie ustawy 11 września. Od tego momentu rozpoczęło się vacatio legis, które było bezprecedensowe w systemie zamówień publicznych, trwało bowiem aż do 1 stycznia 2021 r.

Obowiązujące już Prawo zamówień publicznych poprzez swoją systematykę i wprowadzone nowe narzędzia zmienia sposób patrzenia na zagadnienie udzielania zamówień publicznych. Ustawa traktuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko jako procedurę do zrealizowania, ale przede wszystkim jako proces, który w intencji ustawodawcy ma nie tylko doprowadzić do realizacji założonego celu zakupowego czy inwestycyjnego, ale również służyć jako podstawa do wyciągnięcia wniosków i lepszego przygotowania się do prowadzenia kolejnych postępowań.

Powyższe oznacza, że komentowana ustawa nie tylko wprowadziła mniejsze lub większe zmiany w zakresie procedur, trybów, uprawnień czy obowiązków, ale zapoczątkowała inny sposób myślenia o zamówieniach publicznych. Tym samym Komentarz, który mają Państwo przed sobą, ma na celu wyjaśnić nie tylko ratio legis poszczególnych rozwiązań, ale przede wszystkim oddać ducha prawa – wskazać na założenia, jakie przyświecały twórcom regulacji. Dlatego też w prace nad Komentarzem zaangażowani byli pracownicy Urzędu Zamówień Publicznych – specjaliści, którzy od samego początku długiego procesu powstawania ustawy brali w nim udział, ujmowali zgłaszane pomysły w ramy prawne i wreszcie sami byli inicjatorami wielu zmian.

Materiał został usystematyzowany zgodnie z kolejnością zagadnień wynikającą z ustawy. Komentarz artykuł po artykule koncentruje się na brzmieniu przepisów, a także wyjaśnia ich sens i znaczenie w perspektywie całego procesu, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Autorzy

WYKAZ SKRÓTÓW

1. Publikatory, biuletyny, rejestry

BIP	Biuletyn Informacji Publicznej
BZP	Buletyn Zamówień Publicznych
CEIDG	Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
DUUE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
KRK	Krajowy Rejestr Karny
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy

2. Instytucje, organy, organizacje, podmioty

BGK	Bank Gospodarstwa Krajowego
EFSF	Europejski Instrument Stabilności Finansowej
EMAS	System ekozarządzania i audytu EMAS (Eco Management and Audit Scheme)
EMS	Europejski Mechanizm Stabilności
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
GPA, Porozumienie GPA	Porozumienie w sprawie Zamówień Rządowych (Government Procurement Agreement)
KE	Komisja Europejska

KIO, Izba	Krajowa Izba Odwoławcza
KPRM	Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
MFW	Międzynarodowy Fundusz Walutowy
MŚP	mikroprzedsiębiorstwa oraz małe i średnie przedsiębiorstwa
NBP	Narodowy Bank Polski
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organisation for Economic Co-operation and Development)
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PARP	Polska Agencja Rozwoju Przedsiebiorczości
PCA	Polskie Centrum Akredytacji
Prezes KIO, Prezes Izby	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Prezes Urzędu, Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
SKOK	spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE, Trybunał	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	Unia Europejska
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UPUE	Urząd Publikacji Unii Europejskiej
UZP, Urząd	Urząd Zamówień Publicznych

WTO	Światowa Organizacja Handlu (World Trade Organization)
ZUS	Zakład Ubezpieczeń Społecznych

3. Źródła prawa

Pzp, ustawa Pzp	ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464)
Pzp2004	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086)
PwPzp	ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086 i 2275)
dyrektywa 2009/43/WE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie (Dz. Urz. UE L 146 z 10.6.2009, str. 1, ze zm.)

dyrektywa 2013/34/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG (Dz. Urz. UE L 182 z 29.6.2013, str. 19, ze zm.)
dyrektywa 2009/52/WE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidująca minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L 168 z 30.6.2009, str. 24)
dyrektywa klasyczna	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.)
dyrektywa koncesyjna	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 1, ze zm.)

dyrektywa obronna	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76, ze zm.)
dyrektywa sektorowa	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 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 (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243, ze zm.)
dyrektywy odwoławcze	dyrektywa Rady 89/665/EWG oraz dyrektywa 92/13/EWG (ze zm.) dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 246)

	dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.3.1992, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 315) – zmienione dyrektywą 2007/66/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. WE L 335 z 20.12.2007, str. 31)
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana 2016 (Dz. Urz.UE C 202 z 7.06.2016, str. 1)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana 2016 (Dz. Urz.UE C 202 z 7.6.2016, str. 1)
Kc	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, ze zm.)

Kk	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, ze zm.)
Kks	ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 408, ze zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. poz. 483, ze zm.)
Kp	ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320)
Kpa	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 735)
Kpc	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, ze zm.)
Kpk	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 534)
Ksh	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526, ze zm.)
Kw	ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1319)

Ordynacja podatkowa	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.1325, ze zm.)
Prawo bankowe	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.)
Prawo budowlane	ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.)
Prawo energetyczne	ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 716)
Prawo konsularne	ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 823)
Prawo o notariacie	ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1192 ze zm.)
Prawo o postępowaniu przed sądami admnistracyjnymi	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.)
Prawo o ruchu drogowym	ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 450 ze zm.)
Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce	ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 478, ze zm.)

Prawo o ustroju sądów powszechnych	ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2072)
Prawo ochrony środowiska	ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1219, ze zm.)
Prawo oświatowe	ustawa z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 910, ze zm.)
Prawo pocztowe	ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1041)
Prawo przedsiębiorców	ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162)
Prawo restrukturyzacyjne	ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 814 ze zm.)
Prawo spółdzielcze	ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 648)
Prawo telekomunikacyjne	ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 576)
Prawo upadłościowe	ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1228 ze zm.)
Prawo wekslowe	ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 160)

Prawo własności przemysłowej	ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 160)
Prawo wodne	ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. – Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 624)
RODO	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, str. 1, ze zm.)
rozporzadzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych	rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415)
rozporządzenie 428/2009	rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 134 z 29.5.2009, str. 1, ze zm.)

rozporządzenie eIDAS	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 28.8.2014, str. 73)
rozporządzenie Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń	rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE nr L 296 z 12.11.2015, str.1)
rozporządzenie Komisji (UE) 2019/1780	rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze) (Dz. Urz. UE L 272 z 25.10.2019, str. 7)

rozporządzenie Komisji (UE) 842/2011	rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 (Dz. Urz. UE L 222 z 27.8.2011, str. 1) uchylone rozporządzeniem 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 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, ze zm.)
rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 651/2014 uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym	rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.6.2014, str. 1, ze zm.)
rozporządzenie o JEDZ	rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 6.1.2016, str. 16)

rozporządzenie 305/2011 ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 4.4.2011, str. 5, ze zm.)
rozporządzenie 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, ze zm.)

rozporządzenie 765/2008 ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.8.2008, str. 30) (w art.104–108 użyte jako rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 765/2008, rozporządzenie nr 765/2008)
rozporządzenie w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi	rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 535)
rozporządzenie w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych	rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 21 grudnia 2020 r. w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2406)

rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)
rozporządzenie w sprawie należności z tytułu podróży służbowej	rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. poz. 167)
rozporządzenie w sprawie ogłoszeń w BZP	rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439)
rozporządzenie w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453)

rozporządzenie w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434)
rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452)
rozporządzenie w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 lutego 2021 r. w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego oraz uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej (Dz. U. poz. 381).

rozporządzenie w sprawie CPV	rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, ze zm.) zmienione rozporządzeniem Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. Urz. UE L 74 z 15.3.2008, str. 1)
rozporządzenie w sprawie wzoru formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 10 września 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym (Dz. U. poz. 1735)
uchwała nr 190 Rady Ministrów Regulamin pracy Rady Ministrów	uchwała nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (t.j. M.P. z 2016 r. poz. 1006 ze zm.)

ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym	ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o bankowym funduszu gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 842 ze zm.)
ustawa o Banku Gospodarstwa Krajowego	ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o Banku Gospodarstwa Krajowego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1198 ze zm.)
ustawa o bibliotekach	ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1479)
ustawa o muzeach	ustawa z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 902)
ustawa o dniach wolnych od pracy	ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1920)
ustawa o dokumentach publicznych	ustawa z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 725, ze zm.)
ustawa o dozorze technicznym	ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorze technicznym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 272)
ustawa o dystrybucji ubezpieczeń	ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1881)
ustawa o działalności leczniczej	ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 711)

ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej	ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 895 ze zm.)
ustawa o finansach publicznych	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305)
ustawa o giełdach towarowych	ustawa z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 312)
ustawa o gospodarce komunalnej	ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 679)
ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne	ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 670)
ustawa o informowaniu o cenach towarów lub usług	ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 178)
ustawa o języku polskim	ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 672)
ustawa o kinematografii	ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 257)

ustawa o kontroli w administracji rządowej	ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 224)
ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych	ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 755, ze zm.)
ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym	ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 112)
ustawa o krajowym systemie ekozarządzania i audytu (EMAS)	ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o krajowym systemie ekozarządzania i audytu (EMAS) (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 634)
ustawa o Krajowym Zasobie Nieruchomości	ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1100, ze zm.)
ustawa o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej	ustawa z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1658)
ustawa o lasach	ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1463, ze zm.)
ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę	ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. z 2020 r. poz. 2207)

ustawa o Narodowym Banku Polskim	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2027)
ustawa o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach	ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 164)
ustawa o normalizacji	ustawa z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1483)
ustawa o obrocie instrumentami finansowymi	ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 328, ze zm.)
ustawa o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami	ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 509)
ustawa o ochronie danych osobowych	ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1781)
ustawa o ochronie informacji niejawnych	ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742)
ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275)

ustawa o ochronie przyrody	ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 55, ze zm.)
ustawa o odnawialnych źródłach energii	ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 610)
ustawa o odpadach	ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779)
ustawa o odpowiedzialności	ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289)
ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary	ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 358)
ustawa o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz niektóre inne dni	ustawa z dnia 10 stycznia 2018 r. o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz w niektóre inne dni (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 466, ze zm.)
ustawa o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne	ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2399)
ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej	ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.194)

ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym	ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 711, ze zm.)
ustawa o podatku od towarów i usług	ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685, ze zm.)
ustawa o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej	ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 260)
ustawa o Polskiej Akademii Nauk	ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1796)
ustawa o Polskiej Organizacji Turystycznej	ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 563)
ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji	ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1427, ze zm.)
ustawa o pracownikach urzędów państwowych	ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 537)
ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych	ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231, ze zm.)

ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów	ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2017)
ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy	ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1409, ze zm.)
ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu	ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 971, ze zm.)
ustawa o przedsiębiorstwach państwowych	ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1644 ze zm.)
ustawa o publicznym transporcie zbiorowym	ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1944, ze zm.)
ustawa o rachunkowości	ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217)
ustawa o radiofonii i telewizji	ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 805)
ustawa o Radzie Ministrów	ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 178)
ustawa o referendum ogólnokrajowym	ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum krajowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 851)

ustawa o regionalnych izbach obrachunkowych	ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2137)
ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych	ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabiltacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 573)
ustawa o rewitalizacji	ustawa z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 485)
ustawa o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców	ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz. U. poz. 648)
ustawa o samorządzie gminnym	ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 713, ze zm.)
ustawa o samorządzie powiatowym	ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 920)
ustawa o samorządzie województwa	ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1668)
ustawa o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej	ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769, ze zm.)

ustawa o służbie cywilnej	ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 265, ze zm.)
ustawa o służbie zagranicznej	ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1854)
ustawa o specjalnych strefach ekonomicznych	ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1670, ze zm.)
ustawa o sporcie	ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1133)
ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych	ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1643, ze zm.)
ustawa o spółdzielniach socjalnych	ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2085)
ustawa o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku	ustawa z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 514)
ustawa o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych	ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 332)
ustawa o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji	ustawa z dnia 17 lipca 2009 r. o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1077, ze zm.)

ustawa o systemie oceny zgodności	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 155)
ustawa o systemie oświaty	ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1327, ze zm.)
ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych	ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 423, ze zm.)
ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych	ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1398, ze zm.)
ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej	ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 823)
ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną	ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344)
ustawa o transporcie drogowym	ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2140, ze zm.)
ustawa o transporcie kolejowym	ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1043, ze zm.)

ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników	ustawa z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 266)
ustawa o umowach międzynarodowych	ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 127)
ustawa o umowie koncesji	ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 541)
ustawa o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej	ustawa z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1173, ze zm.)
ustawa o utworzeniu PARP	ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 299)
ustawa o VAT	ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685, ze zm.)
ustawa o wojewodzie i administracji rządowej w województwie	ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1464)
ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej	ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 821, ze zm.)

ustawa o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich na lata 2014–2020	ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 182)
ustawa o współpracy rozwojowej	ustawa z dnia 16 września 2011 r. o współpracy rozwojowej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1648, ze zm.)
ustawa o wyrobach budowlanych	ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 215, ze zm.)
ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej	ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1252, ze zm.)
ustawa o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa	ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 396)
ustawa o zatrudnieniu socjalnym	ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 176)

ustawa o związku metropolitalnym w województwie śląskim	ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. poz. 730, ze zm.)
ustawa o kontroli w administracji rządowej	ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 224)
ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa	ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1369)
ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli	ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j. Dz. U. z 2020 poz. 1200, ze zm.)
ustawa o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku	ustawa z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 514)
ustawa znk	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913)
ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju	ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1295, ze zm.)
Zasady techniki prawodawczej	załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz. U. z 2016 r. poz. 283)

4. Inne

arg.	argument
j.s.t.	jednostka samorządu terytorialnego
JEDZ	Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
MSR	Międzynarodowe Standardy Rachunkowości ustalone rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3 listopada 2008 r. przyjmującym określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 320 z 29.11.2008, str. 1, ze zm.)
MSSF	Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej ustalone rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3 listopada 2008 r. przyjmującym określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 320 z 29.11.2008, str. 1, ze zm.)
niepubl.	niepublikowany
OPW	Opis Potrzeb i Wymagań
SWZ	Specyfikacja Warunków Zamówienia

USTAWA

z dnia 11 września 2019 r. – **Prawo zamówień publicznych**[1]

(Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464)

tekst ujednolicony przez Urząd Zamówień Publicznych[2]

---

[1] Niniejsza ustawa wdraża:
1) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.);
2) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.);
3) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.);
4) dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 246);
5) dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 315)

[2] uwzględnia zmiany wprowadzone:
1) ustawą z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 288 i 875 oraz z 2021 r. poz. 187),
2) ustawą z dnia 14 lutego 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z promocją prozdrowotnych wyborów konsumentów (Dz. U. poz. 1492 i 1493),
3) ustawą z dnia 14 sierpnia 2020 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1517),
4) ustawą z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. poz. 2320),
5) ustawą z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2275),
6) ustawą z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. poz. 464)
oraz zmiany wynikające z przepisów ogłoszonych przed dniem 13 maja 2021 r.

DZIAŁ I
Przepisy ogólne

Rozdział 1
Przedmiot regulacji

Oddział 1
Zakres spraw regulowanych ustawą

Art. 1.

Ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami", oraz konkursy, w tym określa:

1) **podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy;**
2) **zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy;**
3) **zasady udzielania zamówień;**
4) **etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;**
5) **tryby udzielania zamówień oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień;**
6) **wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych;**
7) **organy właściwe w sprawach zamówień;**
8) **środki ochrony prawnej;**
9) **pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego;**
10) **kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.**

1. Uwagi ogólne. Celem tego przepisu jest syntetyczne wskazanie, jakie kwestie są regulowane w Pzp. Ustawodawca w przeciwieństwie do poprzednich regulacji w zakresie zamówień publicznych w sposób przejrzysty wylistował kwestie, które następnie znajdują swoje rozwinięcie w odrębnych działach Pzp. Zapoznając się z tym przepisem, można uzyskać ogólny przegląd zagadnień uregulowanych w Pzp. I tak w przepisie tym znajdują się odwołania do kwestii oczywistych *prima facie*, takich jak przykładowo wskazanie podmiotów obowiązanych do stosowania Pzp, wyłączenia stosowania przepisów Pzp, zasady udzielania zamówień czy też tryby udzielania zamówień. Natomiast ustawodawca w wyliczeniu również podkreślił akcentowane w procesie tworzenia Pzp zagadnienia dotyczące etapów przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, etapu realizacji (wymagania dotyczące umów) oraz zagadnienie pozasądowego rozwiązywania sporów.

Podkreślić również należy, iż w zasadzie każde z zagadnień wskazanych w komentowanym przepisie i następnie rozwiniętych w treści Pzp stara się łączyć oczekiwania zgłaszane w trakcie procesu konsultacji projektu Pzp oraz wymagania wynikające z dyrektyw unijnych.

Jeżeli chodzi o kwestie wynikające z konsultacji, które znalazły odzwierciedlenie w treści Pzp, w szczególności należy zwrócić uwagę na wprowadzenie uproszczonych trybów udzielania zamówień o wartości niższej niż progi unijne, położenie nacisku na proces przygotowania i ewaluacji zamówienia, zwiększenie roli negocjacji, otwarcie ścieżki odwoławczej dla wszystkich typów zamówień i naruszeń Pzp, akcentowanie roli współpracy przy realizacji zamówienia czy wprowadzenie ram dla koncyliacyjnych zasad rozwiązywania sporów powstałych w trakcie realizacji zamówień. Ponadto istotną nowością w systemie jest wprowadzenie nowej

zasady efektywności czy rozwinięcie zasady jawności poprzez pełną jawność procesu zamówieniowego, poczynając chronologicznie od zamieszczania w jednym publikatorze (BZP) planów zamówień i ich aktualizacji, ogłoszeń o zamówieniach, ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy dla zamówień typu *in house*, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyniku postępowania i podpisaniu umowy, a następnie ogłoszenia o wykonaniu umowy.
W zakresie wymagań wynikających z dyrektyw unijnych warto podkreślić, iż zgodnie z oczekiwaniami przedstawionymi w trakcie konsultacji publicznych wszystkie wymagania ujęto w Pzp. Nie zdecydowano się na tworzenie odrębnych aktów prawnych odnoszących się odpowiednio do kwestii zamówień klasycznych, obronnych, sektorowych czy też do zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne bądź do zamówień równych lub przekraczających te progi. Nie zdecydowano się również na stworzenie odrębnej regulacji w zakresie środków odwoławczych. Tym samym Pzp uwzględnia w swej treści z jednej strony 6 dyrektyw (dyrektywę klasyczną, sektorową, obronną oraz trzy dyrektywy odwoławcze), z drugiej – kwestie charakterystyczne dla rozwiązań polskich (np.: polityka zakupowa państwa, udzielanie zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, aspekty dotyczące umów czy pozasądowe rozwiązywanie sporów).

2. Systematyka Pzp. Systematyka Pzp została zaprojektowana tak, aby lepiej odzwierciedlała kolejne etapy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiada ona również systematyce wdrażanych tą ustawą dyrektyw: klasycznej i sektorowej. W systematyce Pzp nastąpiło wyraźne oddzielenie przepisów regulujących postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (dział II Pzp) od podstępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (dział III Pzp).

Dział I. Przepisy ogólne.

W dziale tym znalazły się przepisy wspólne, odnoszące się do wszystkich rodzajów postępowań, bez względu na wartość zamówienia, do którego ma zastosowanie Pzp i rodzaj zamówienia.

Przepisy Działu I dotyczą:

1) podmiotów zobowiązanych do stosowania Pzp,
2) wyłączeń obowiązku stosowania Pzp,
3) zasad udzielania zamówień,
4) polityki zakupowej państwa i planów postępowań,
5) zamówień o charakterze mieszanym,
6) szacowania wartości zamówień i konkursów,
7) zamawiających i wykonawców, w tym centralnych zamawiających i wspólnego udzielania zamówień,
8) konfliktu interesów,
9) komunikacji w postępowaniach i konkursach,
10) dokumentowania przebiegu postępowań.

Dział II. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Jest to dział najszerzej regulujący zagadnienia związane z udzielaniem zamówień publicznych. Do przepisów działu II odwołują się przepisy innych działów Pzp dotyczące: udzielania zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

W Dziale II zawarto przepisy regulujące:

1) przygotowanie postępowania, w tym dotyczące: analizy potrzeb zamawiającego, ogłoszeń, udzielania zamówień w częściach, katalogów elektronicznych, wadium, opisu przedmiotu zamówienia i przedmiotowych środków dowodowych,

2) kwalifikację podmiotową wykonawców, w tym dotyczące: podstaw wykluczenia z postępowania, warunków udziału w postępowaniu, zasad powoływania się na udostępnione wykonawcy zasoby innych podmiotów oraz podmiotowych środków dowodowych,
3) tryby udzielania zamówień,
4) składanie i otwarcie ofert, w tym przepisy dotyczące oceny ofert,
5) aukcję elektroniczną,
6) wybór najkorzystniejszej oferty,
7) zakończenie postępowania, w tym przepisy dotyczące podstaw unieważnienia postępowania i terminu zawarcia umowy.

Dział III. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne.

W dziale tym została odzwierciedlona systematyka działu II, którego przepisy w znakomitej większości mają zastosowanie także do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, z uwzględnieniem odmiennych regulacji wynikających z wyłączenia trybów przetargu nieograniczonego, ograniczonego, dialogu konkurencyjnego i negocjacji z ogłoszeniem na rzecz nowego trybu podstawowego, właściwego tylko dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i innych ułatwień zwiększających elastyczność postępowań.
W dziale III zawarto przepisy w zakresie:

1) ogłoszeń,
2) kwalifikacji podmiotowej wykonawców,
3) trybów udzielania zamówień,
4) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dział IV. Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych.

Wzorem dyrektyw unijnych szczególne procedury związane z udzielaniem zamówień publicznych i narzędzia służące agregowaniu zamówień, tj. umowy ramowe i dynamiczne systemy zakupów, zostały wydzielone do odrębnego działu. Do działu tego zostały włączone przepisy regulujące szczególny reżim udzielania zamówień publicznych właściwy dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególe usługi, a także przepisy regulujące konkurs.

W dziale IV zawarto regulacje dotyczące:

1) umowy ramowej,
2) dynamicznego systemu zakupów,
3) konkursu,
4) zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Dział V. Zamówienia sektorowe.

Tradycyjnie przepisy regulujące udzielanie zamówień sektorowych znajdują się w odrębnym dziale ze względu na ich specyfikę i znacznie większą elastyczność w procedurach udzielania zamówień publicznych niż w przypadku udzielania zamówień klasycznych. Przepisy tego działu wdrażają dyrektywę sektorową. Niemniej, z uwagi na liczne podobieństwa i analogiczne rozwiązania jak w dyrektywie klasycznej, przepisy tego działu odsyłają w przypadku wielu elementów procedury udzielania zamówień do działu II regulującego zamówienia klasyczne o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

W dziale V uregulowano:

1) wyłączenia stosowania przepisów Pzp właściwe dla zamówień sektorowych,
2) okresowe ogłoszenie informacyjne,
3) system kwalifikowania wykonawców,
4) tryby udzielania zamówień sektorowych,

5) szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień sektorowych, w tym przepisy dotyczące: umów ramowych, dynamicznych systemów zakupów, zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi,
6) niektóre szczególne uprawnienia zamawiającego sektorowego.

Dział VI. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Podobnie jak w przypadku zamówień sektorowych przepisy regulujące udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajdują się w odrębnym dziale ze względu na ich specyfikę i odmienności w stosunku do udzielania zamówień klasycznych i sektorowych. Przepisy tego działu wdrażają dyrektywę obronną. Ze względu na podobieństwa i analogiczne rozwiązania jak w dyrektywie klasycznej przepisy tego działu odsyłają w przypadku wielu elementów procedury udzielania zamówień do działu II dotyczącego zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Przepisy działu VI dotyczą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i obejmują:

1) postępowanie o udzielenie zamówienia,
2) tryby udzielania zamówień,
3) umowy ramowe,
4) wymagania w zakresie podwykonawstwa.

Dział VII. Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie.

Dział VII obejmuj przepisy dotyczące:

1) zakresu umowy, zasad udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia i wypłacania wynagrodzenia w częściach, sporządzania raportu z realizacji zamówienia,
2) zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
3) zmiany umowy,

4) odstąpienia od umowy oraz jej unieważnienia,
5) podwykonawstwa.

Dział VIII. Organy właściwe w sprawach zamówień.

Przepisy działu VIII odnoszą się do:

1) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
2) Krajowej Izby Odwoławczej,
3) Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych,
4) Rady Zamówień Publicznych.

Dział IX. Środki ochrony prawnej.

Przepisy działu IX regulują:

1) postępowanie odwoławcze, w tym wnoszenie odwołań, uwzględnienie odwołań przez zamawiającego, przystąpienie do postępowania odwoławczego, odrzucenie odwołania, dowody w postępowaniu odwoławczym, rozpoznanie odwołania przez KIO, rozprawę, orzeczenia Izby, protokół z przebiegu posiedzenia Izby, koszty postępowania odwoławczego, zakaz zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia,
2) postępowanie skargowe.

Dział X. Pozasądowe rozwiązywanie sporów.

Przepisy działu X regulują mediację i inne polubowne rozpatrywanie sporów związanych ze sporem wynikłym w związku z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dział XI. Kontrola udzielania zamówień.

W dziale tym uregulowano zasady przeprowadzania kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez organy kontroli, tj. organy, o których mowa w art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej (z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów), regionalne izby obrachunkowe, instytucję audytową oraz instytucje zarządzające w rozumieniu przepisów

dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz Prezesa Urzędu.

Dział XII. Przepisy o karach pieniężnych.

Przepisy tego działu dotyczą kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu.

Dział XIII. Przepis końcowy.

Dział ten zawiera przepis odsyłający do PwPzp w zakresie terminu wejścia w życie Pzp.

Art. 2.

1. Przepisy ustawy stosuje się do udzielania:

1) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych;

2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych;

3) zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych;

4) zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6.

2. ***(uchylony)***

1. Cel przepisu. Art. 2 Pzp wyznacza progi kwotowe, od których Pzp ma zastosowanie. Posługuje się pojęciami zamówień klasycznych, zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa, a także pojęciem progów unijnych, które zostały zdefiniowane w dalszej części Pzp. Poprzez rozróżnienie pojęciowe zamówień klasycznych, sektorowych i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Pzp nawiązuje do implementowanych dyrektyw unijnych. Umożliwia to również rozróżnienie przepisów odnoszących się do trzech różnych dziedzin, w jakich zamówienia publiczne mogą być udzielane.

2. Zamówienia klasyczne o wartości mniejszej niż progi unijne.

W dziedzinie zamówień klasycznych przepisy Pzp mają zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz organizacji konkursów o wartości zamówienia lub konkursu od progu kwotowego 130 000 zł. W przypadku zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosowanie przepisów Pzp zostało przewidziane od progów unijnych. Próg kwotowy 130 000 zł ma zastosowanie tylko w odniesieniu do zamówień udzielanych przez zamawiających publicznych i tylko w odniesieniu do organizacji konkursów oraz udzielania zamówień klasycznych, a więc do takich konkursów i zamówień, które nie są konkursami ani zamówieniami sektorowymi, ani zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający publiczni tworzą najliczniejszą grupę zamawiających, do której należą głównie podmioty tzw. sektora finansów publicznych (art. 9 ustawy o finansach publicznych), a także podmioty prawa publicznego, w tym przedsiębiorstwa oraz państwowe i komunalne spółki prawa handlowego. Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego, których wartość jest niższa od progu kwotowego 130 000 zł, są przeprowadzane w oparciu o własne regulacje zamawiających.

3. Zamówienia i konkursy klasyczne i sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o wartości równej lub

przekraczającej progi unijne. Próg unijny określony jest kwotowo i wynika z przepisów prawa unijnego. Kwoty progów unijnych są zróżnicowane w zależności od grup zamawiających i rodzaju zamówień. Progi unijne, takie same dla wszystkich państw Unii Europejskiej, są ustalane przez KE na poziomie uznanym za mający znaczenie dla transgranicznej wymiany towarów i usług. Gdy wartość zamówienia publicznego lub konkursu jest co najmniej równa wartości tych progów, oznacza to obowiązek stosowania przy udzielaniu zamówień publicznych lub organizacji konkursów procedur prawa krajowego odpowiadających regulacjom dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, a więc procedur z reguły bardziej sformalizowanych, z odpowiednio długimi terminami. Ustanowienie wspólnych dla państw Unii Europejskiej regulacji dotyczących udzielania zamówień publicznych (o wartości istotnej z tego punktu widzenia), w tym reguł zapewniających transparentność procesu udzielania zamówień oraz niedyskryminację wykonawców, pozwala otworzyć rynek zamówień publicznych w państwach UE na konkurencję, w tym na wykonawców z innych państw członkowskich UE. Sprzyjać to może nie tylko uzyskiwaniu przez zamawiających lepszych ofert, ale również otwarciu zamówień na innowacje. Wprawdzie zamawiający publiczni stosują Pzp do udzielania zamówień klasycznych i organizacji konkursów od wartości niższej od progów unijnych, co najmniej równej 130 000 zł, ale zastosowanie ma tu reżim uproszczony w stosunku do procedur stosowanych od progów unijnych. Udzielając zamówień klasycznych i organizując konkursy o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający klasyczni stosują procedury o rygorze formalnym właściwym dla wymagań wynikających z dyrektyw unijnych. Dla zamawiających sektorowych (w tym zamawiających publicznych prowadzących działalność sektorową i udzielających zamówień w celu

wykonywania tej działalności) obowiązek stosowania Pzp przy udzielaniu zamówień i organizacji konkursów udzielanych lub organizowanych w celu prowadzenia własnej działalności sektorowej (zamówienia sektorowe i konkursy sektorowe) powstaje dopiero wówczas, gdy wartość tych zamówień lub konkursów odpowiada progom unijnym. Przepisy Pzp mają obowiązek stosować zamawiający publiczni i zamawiający sektorowi, gdy udzielają zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jeżeli wartość zamówień lub konkursów jest niższa od progów unijnych, ani do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ani do udzielania zamówień sektorowych lub organizacji konkursów sektorowych nie ma zastosowania Pzp. Wartości kwotowe przypisywane poszczególnym progom unijnym są aktualizowane co dwa lata.

4. Obowiązek stosowania Pzp przez zamawiających subsydiowanych.

Zgodnie z art. 2 ust. 1
pkt 4 Pzp Przepisy Pzp stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6 Pzp. Zamawiający subsydiowani są szczególną kategorią zamawiających, ponieważ zyskują ten status wyłącznie w odniesieniu do udzielania konkretnych zamówień, a nie mają go w innych okolicznościach. Status zamawiających subsydiowanych mają zatem podmioty, które wprawdzie zazwyczaj nie zajmują się realizacją zadań publicznych ani nie działają w sektorach istotnych dla państwa, ale wyjątkowo, ze względu na udzielanie zamówienia lub organizację konkursu, których przedmiot ma znaczenie z perspektywy realizacji celów publicznych i które są dofinansowywane przez zamawiających publicznych w ponad 50% wartości – powinny stosować Pzp do udzielania takich zamówień

lub organizacji takich konkursów. Przedmiot zamówień, które muszą być przez zamawiających subsydiowanych udzielane zgodnie z Pzp, został ściśle zdefiniowany w art. 6 Pzp i obejmuje roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej oraz budowę obiektów użyteczności publicznej lub usługi związane z takimi robotami. Aby powstał obowiązek stosowania Pzp przez zamawiających subsydiowanych, wartość tych zamówień musi być równa lub przekraczać progi unijne.

Art. 3.

1. Przez progi unijne należy rozumieć kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w:

1) **art. 4 i art. 13 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.[1]), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE",**
2) **art. 15 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.[2]), zwanej dalej „dyrektywą 2014/25/UE",**
3) **art. 8 dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez**

---

[1] Zmiany wymienionej dyrektywy zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 307 z 25.11.2015, str. 5, Dz. Urz. UE L 24 z 30.01.2016, str. 14 oraz Dz. Urz. UE L 337 z 19.12.2017, str. 19.

[2] Zmiany wymienionej dyrektywy zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 307 z 25.11.2015, str. 7 oraz Dz. Urz. UE L 337 z 19.12.2017, str. 17.

instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.[3]), zwanej dalej „dyrektywą 2009/81/WE"

– aktualizowane w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

2. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu", informuje o:

1) aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, ustalonych zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej, wydanym odpowiednio na podstawie:
   a) art. 6 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE,
   b) art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE,
   c) art. 68 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/81/WE,

2) średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej, o którym mowa w pkt 1

– mających zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych od dnia wejścia w życie aktów wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6

[3] Zmiany wymienionej dyrektywy zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 314 z 01.12.2009, str. 64, Dz. Urz. UE L 319 z 02.12.2011, str. 43, Dz. Urz. UE L 158 z 10.06.2013, str. 184, Dz. Urz. UE L 335 z 14.12.2013, str. 17, Dz. Urz. UE L 330 z 16.12.2015, str. 14 oraz Dz. Urz. UE L 337 z 19.12.2017, str. 22.

ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

3. Informacje, o których mowa w ust. 2, są ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski", oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem", niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej, o którym mowa w ust. 2, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

4. Do przeliczania kwot wartości zamówień wyrażonych w ustawie w euro stosuje się średni kurs złotego w stosunku do euro, o którym mowa w ust. 2 pkt 2.

1. Progi stosowania dyrektyw. Na podstawie przepisów dyrektyw: klasycznej (art. 6), sektorowej (art. 17) i obronnej (art. 68), KE jest uprawniona do weryfikacji i ustalania co dwa lata, w drodze aktów delegowanych, progów, od których stosowane są te dyrektywy. Podlegają one aktualizacji w związku z koniecznością ich dostosowania do kwot wskazanych w GPA. Dla tych kwot jednostką rozliczeniową (rozrachunkową) są specjalne prawa ciągnienia, tzw. SDR (ang. Special Drawing Rights) lub XDR (symbol w formacie ISO), czyli międzynarodowa jednostka rozrachunkowa istniejąca wyłącznie w postaci zapisów księgowych na bankowych rachunkach depozytowych, utworzona przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy, którą mogą posługiwać się wyłącznie banki centralne oraz niektóre instytucje finansowe do wzajemnych rozliczeń[4]. Obliczenie wartości progów kwotowych, od których stosowane mają być dyrektywy, oparte jest na średnich dziennych wartościach euro

[4] Specjalne prawa ciągnienia (ang. Special Drawing Right – SDR), Portal Finansowy FinWeb.pl, http://www.finweb.pl/edukacja/slownik?pid=56&sid=996:Specjalne-prawa-ciagnienia-ang-Special-Drawing-Right-SDR

wyrażonych w SDR z okresu 24 miesięcy, którego koniec przypada na dzień 31 sierpnia roku poprzedzającego korektę ze skutkiem od 1 stycznia kolejnego roku[5].

[5] W dniu 31 października 2019 r. zostały ogłoszone w DUUE rozporządzenia Komisji Europejskiej, zmieniające odpowiednio dyrektywy: klasyczną, sektorową oraz obronną w odniesieniu do kwot progowych, od których dyrektywy te mają zastosowanie [rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2019/1828 z dnia 30 października 2019 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 279 z 31.10.2019, str. 25); rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2019/1829 z dnia 30 października 2019 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 279 z 31.10.2019, str. 27); rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2019/1830 z dnia 30 października 2019 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 279 z 31.10.2019, str. 29)]. W tym samym dniu KE wydała Komunikat określający równowartość progów określonych w dyrektywach w stosunku do walut krajowych państw Unii Europejskiej, dla których walutą obowiązującą nie jest euro. Na podstawie rozporządzenia KE nr 2019/1828 obowiązują następujące wartości progowe związane z obowiązkiem stosowania dyrektywy klasycznej: w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów – 139 000 euro (593 433 zł) lub odpowiednio – 214 000 euro (913 630 zł). Rozporządzeniem KE nr 2019/1829 została określona wartość progowa dla stosowania dyrektywy sektorowej w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów, która wynosi 428 000 euro (1 827 260 zł). Analogicznie, na podstawie rozporządzenia KE nr 2019/1830, została określona wartość progowa stosowania dyrektywy obronnej w przypadku dostaw i usług na kwotę 428 000 euro (1 827 260 zł). Dyrektywa obronna nie reguluje organizacji konkursów. Wszystkie trzy rozporządzenia określiły wartość progową stosowania odpowiednich dyrektyw w przypadku zamówień na roboty budowlane na kwotę 5 350 000 euro (22 840 755 zł). W przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi właściwa dla dyrektywy klasycznej kwota progowa jest ustalona na poziomie 750 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 3 201 975 zł, a kwota progowa właściwa dla dyrektywy sektorowej – na poziomie 1 000 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 4 269 300 zł. Wartości te mają zastosowanie w odniesieniu do zamówień publicznych i konkursów od 1 stycznia 2020 r. do końca roku 2021.

2. Znaczenie progów unijnych dla prawa krajowego. Zmiany progów stosowania dyrektyw z zakresu zamówień publicznych w prawie Unii Europejskiej wymuszają odpowiednie zmiany w prawie polskim, dostosowujące do nich krajowe przepisy z zakresu zamówień publicznych. Zmiany te są ogłaszane w obwieszczeniu Prezesa Urzędu. Progi unijne stanowią punkt odniesienia dla zamawiającego i służą ustaleniu, czy w przypadku danej wartości zamówienia zamawiający ma obowiązek zastosować, zgodne z dyrektywami, najbardziej rozbudowane procedury o dłuższych terminach składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z obowiązkiem przekazania ogłoszenia do DUUE, czy, w przypadku gdy wartość zamówienia będzie niższa od tych progów, będzie mógł zastosować uproszczone procedury krajowe. Wartość zamówienia co najmniej równa progom unijnym oznacza również dodatkowe obowiązki dla zamawiających, jak np. obowiązek powołania przez kierownika zamawiającego komisji przetargowej (por. art. 53 ust. 1 Pzp) czy przekazywanie Prezesowi Urzędu oraz KE informacji odrzuceniu ofert, które zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej (por. art. 224 ust. 7 Pzp). Z perspektywy wykonawców progi unijne mają znaczenie z uwagi m.in. na maksymalną wysokość wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, minimalnych terminów składania ofert, a także oświadczeń dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu na specjalnym formularzu JEDZ (art. 63 ust. 1 i art. 125 ust. 2 Pzp), a także mają znaczenie dla terminów składania odwołań do KIO (art. 515 ust. 1 i 2 Pzp).

3. Średni kurs złotego w stosunku do euro. Wartość 1 euro w przeliczeniu na złote, wynikająca z Komunikatu Komisji (od 1 stycznia 2020 r. dla złotych polskich – 4,2693) jest wartością obowiązującą

w okresie dwóch lat – tych samych, dla których obowiązują podawane wartości progowe. Wartość ta ma odniesienie tylko do przeliczania wartości zamówień publicznych i konkursów i jest niezależna od wahań rynkowych kursu euro, w tym np. średniego kursu euro podawanego przez NBP.

Art. 4.

Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są:

1) **jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305);**
2) **inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;**
3) **inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:**
   a) **finansują je w ponad 50% lub**
   b) **posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub**
   c) **sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**
   d) **mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;**
4) **związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.**

1. Cel przepisu. Art. 4 Pzp jest pierwszym z grupy trzech przepisów określających, które podmioty są zobowiązane do stosowania Pzp

przy udzielaniu zamówień publicznych lub organizacji konkursów. Wyodrębnienie „zamawiających publicznych" stanowi wdrożenie pojęcia instytucji zamawiającej, definiowanej w art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy klasycznej i art. 3 dyrektywy sektorowej. Jako instytucję zamawiającą w dyrektywach należy rozumieć państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego albo związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Zakres podmiotowy stosowania Pzp, wdrażającej wskazane wyżej dyrektywy, nie może być inny niż wynika to z tych dyrektyw. Przepis art. 4 Pzp ma wymiar porządkujący i ułatwia przeprowadzenie klarownych podziałów przepisów na te, które mają zastosowanie do tej oraz innych kategorii zamawiających. Podmioty tworzące kategorię zamawiających publicznych można zasadniczo podzielić na dwie grupy: podmioty sektora finansów publicznych oraz podmioty określane przez dyrektywy jako podmioty prawa publicznego, na których funkcjonowanie podmioty sektora finansów publicznych wywierają istotny wpływ.

2. Sektor finansów publicznych. Do kategorii zamawiających publicznych w części zaliczanej do sektora finansów publicznych na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych należy najliczniejsza grupa zamawiających. Zgodnie z art. 9 tej ustawy sektor finansów publicznych tworzą:

1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały,
2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
3) związki metropolitalne,
4) jednostki budżetowe,
5) samorządowe zakłady budżetowe,
6) agencje wykonawcze,

7) instytucje gospodarki budżetowej,
8) państwowe fundusze celowe,
9) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
10) Narodowy Fundusz Zdrowia,
11) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
12) uczelnie publiczne,
13) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne,
14) państwowe i samorządowe instytucje kultury,
15) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego.

Przynależność danego podmiotu do przynajmniej jednej kategorii jednostek sektora finansów publicznych determinuje status tego podmiotu jako zamawiającego na gruncie Pzp. Podmiot ten stosuje Pzp jako zamawiający publiczny, a w okolicznościach określonych Pzp, tj. gdy prowadzi działalność sektorową i udziela zamówienia w celu prowadzenia tej działalności – jako zamawiający sektorowy (art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp).

2.1. Organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały.

Konstytucja RP posługuje się pojęciem organów władzy publicznej na określenie konstytucyjnych organów władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej (art. 7, art. 53 ust. 7, art. 61, art. 63, art. 72, art. 77, art. 80, art. 228 Konstytucji RP). Wymienione w art. 10 ust. 2

Konstytucji RP organy władzy publicznej: Sejm i Senat, Prezydent i Rada Ministrów, sądy i trybunały, nie stanowią wyczerpującego katalogu podmiotów zaliczanych do organów władzy publicznej[6]. Prezydent i Rada Ministrów są naczelnymi organami administracji państwowej. Rada Ministrów kieruje administracją rządową (art. 143 ust. 3 Konstytucji RP), składa się z Prezesa Rady Ministrów i ministrów, a do jej składu mogą być powoływani także wiceprezesi Rady Ministrów i przewodniczący określonych w ustawach komitetów (art. 147 Konstytucji RP). Przedstawicielem Rady Ministrów w województwie jest wojewoda (art. 152 ust. 1 Konstytucji RP). Ministrowie kierujący poszczególnymi działami administracji państwowej są naczelnymi organami administracji rządowej. Do organów administracji rządowej zaliczane są również centralne organy administracji rządowej podlegające Prezesowi Rady Ministrów (np. Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów), poszczególnym ministrom (np. Ministrowi Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej[7]: Szef Krajowej Administracji Skarbowej, Generalny Inspektor Informacji Finansowej; Ministrowi Rozwoju, Pracy i Technologii[8]: np. Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych), albo Sejmowi (np. Rzecznik Praw Obywatelskich, Prezes Instytutu Pamięci Narodowej). Administrację

---

[6] Np. B. Banaszak w komentarzu do art. 77 pkt 7 Konstytucji RP zaznacza, że definicja władz publicznych obejmuje również samorząd terytorialny, zaliczany powszechnie do władzy wykonawczej, B. Banaszak [red.] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa 2012

[7] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 października 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej (Dz. U. poz. 1719)

[8] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 października 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (Dz. U. poz. 1718)

rządową tworzą również organy administracji rządowej w województwie: wojewoda; organy administracji zespolonej w województwie, w tym kierownicy zespolonych służb, inspekcji i straży; organy niezespolonej administracji rządowej; jednostki samorządu terytorialnego i ich związki, o ile wykonywanie przez nie zadań administracji rządowej wynika z odrębnych ustaw lub zawartego porozumienia; starosta lub inne podmioty, o ile wykonywanie przez nich zadań administracji rządowej wynika z odrębnych ustaw (art. 2 ustawy o wojewodzie i administracji rządowej w województwie). Organy wojewódzkiej administracji rządowej zespolonej to np. Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego, Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej, Komendant Wojewódzki Policji. Do organów administracji rządowej niezespolonej należą m.in. dyrektorzy okręgowych urzędów miar, dyrektorzy izb administracji skarbowej, a także powiatowi i graniczni lekarze weterynarii. Organy kontroli państwowej i ochrony prawa to: Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. Grupę zamawiających obejmującą sądy oraz trybunały tworzą: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne, w tym Naczelny Sąd Administracyjny, sądy wojskowe, Trybunał Konstytucyjny oraz Trybunał Stanu.

2.2. Jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki. Samorząd terytorialny, zgodnie z art. 163 Konstytucji RP, wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych. W świetle Pzp każda jednostka samorządu terytorialnego jest odrębnym zamawiającym. Podstawową jednostką samorządu terytorialnego, jest gmina, która wykonuje zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych jednostek samorządu terytorialnego (art. 164 ust. 1 i 3 Konstytucji RP). Przepisy właściwych

ustaw regulują ustrój jednostek samorządu terytorialnego: gminy (ustawa o samorządzie gminnym), powiatu (ustawa o samorządzie powiatowym) i województwa (ustawa o samorządzie województwa). Możliwość tworzenia przez jednostki samorządu terytorialnego związków regulują właściwe ustawy. Dopuszczalnymi formami związków są: związki międzygminne (art. 64 ustawy o samorządzie gminnym) oraz związki powiatów i związki gminno-powiatowe (art. 65 ustawy o samorządzie powiatowym). Związki takie mają odrębną od tworzących je jednostek samorządu terytorialnego osobowość prawną (odpowiednio – art. 65 ustawy o samorządzie gminnym i art. 66 ustawy o samorządzie powiatowym), stąd z perspektywy Pzp, będąc odrębnymi jednostkami sektora finansów publicznych, są również zamawiającymi odrębnymi od tworzących je jednostek samorządu terytorialnego.

2.3. Związki metropolitalne. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o związku metropolitalnym w województwie śląskim związek metropolitalny jest zrzeszeniem gmin województwa śląskiego, charakteryzujących się istnieniem silnych powiązań funkcjonalnych oraz zaawansowaniem procesów urbanizacyjnych, położonych na obszarze spójnym pod względem przestrzennym, który zamieszkuje co najmniej 2 000 000 mieszkańców. Związek metropolitalny wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność oraz ma osobowość prawną (art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o związku metropolitalnym w województwie śląskim). Na podstawie delegacji do wydania rozporządzenia z art. 4 ust. 1 pkt 1 tej ustawy Rada Ministrów z dniem 1 lipca 2017 r. utworzyła w województwie śląskim związek metropolitalny pod nazwą „Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia" z siedzibą władz

związku w Katowicach[9]. Związek ten jest zamawiającym w rozumieniu Pzp, podmiotem odrębnym od tworzących go gmin i miast na prawach powiatu.

2.4. Jednostki budżetowe. W art. 11 ustawy o finansach publicznych jednostki budżetowe zostały zdefiniowane są jako jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego, i które działają na podstawie statutu. Jednostki budżetowe są zamawiającymi w rozumieniu Pzp, mimo że nie posiadają osobowości prawnej. Jednostkami budżetowymi są np. szkoły, domy pomocy społecznej czy urzędy skarbowe.

2.5. Samorządowe zakłady budżetowe. Samorządowy zakład budżetowy jest nieposiadającą osobowości prawnej jednostką organizacyjną jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 14 ustawy o finansach publicznych samorządowe zakłady budżetowe mogą wykonywać zadania własne jednostki samorządu terytorialnego m.in. w zakresie: gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi, dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, lokalnego transportu zbiorowego, zieleni gminnej i zadrzewień, kultury fizycznej i sportu, w tym utrzymywania terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych, pomocy społecznej, reintegracji zawodowej i społecznej oraz rehabilitacji zawodowej i społecznej osób

[9] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 czerwca 2017 r. w sprawie utworzenia w województwie śląskim związku metropolitalnego pod nazwą „Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia" (Dz. U. poz. 1290)

niepełnosprawnych. Jako zakłady budżetowe mogą działać na przykład: zarządy cmentarzy komunalnych, gminne lub miejskie zakłady aktywności zawodowej czy zarządy nieruchomości komunalnych. Zakład budżetowy odpłatnie wykonuje zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych, a podstawą jego gospodarki finansowej jest roczny plan finansowy obejmujący przychody, w tym dotacje z budżetu jednostki samorządu terytorialnego, koszty i inne obciążenia, stan środków obrotowych, stan należności i zobowiązań na początek i koniec okresu oraz rozliczenia z budżetem jednostki samorządu terytorialnego (art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych).

2.6. Agencje wykonawcze. Agencja wykonawcza jest państwową osobą prawną utworzoną na podstawie odrębnej ustawy w celu realizacji zadań państwa (art. 18 ustawy o finansach publicznych). Agencję wykonawczą jako formę jednostki sektora finansów publicznych trzeba odróżnić od agencji mających status centralnych organów administracji państwowej (takich jak np. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego) i agencji działających w formie spółek kapitałowych (np. Polska Agencja Prasowa SA czy Agencja Rozwoju Przemysłu SA). Agencja wykonuje swoje zadania odpłatnie. Podstawą gospodarki finansowej agencji wykonawczej jest roczny plan finansowy, zatwierdzony przez sprawującego nad nią nadzór ministra (art. 21 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych). Status agencji wykonawczej posiadają m.in. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa i Narodowe Centrum Nauki.

2.7. Instytucje gospodarki budżetowej. Zgodnie z art. 23 ustawy o finansach publicznych instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań

publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania i pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów. Może być tworzona przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz przez wskazany w ustawie o finansach publicznych organ lub kierownika określonej w tej ustawie jednostki. Prawo do tworzenia instytucji gospodarki budżetowej zostało przyznane następującym organom: Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka i Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych. Instytucje gospodarki budżetowej mogą być utworzone również przez kierowników następujących jednostek sektora finansów publicznych: Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunału Konstytucyjnego, Najwyższej Izby Kontroli, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, wojewódzkich sądów administracyjnych, Krajowej Rady Sądownictwa, sądów powszechnych, Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowego Biura Wyborczego, Państwowej Inspekcji Pracy i Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 23 ust. 2 w związku z art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych). Instytucja gospodarki budżetowej uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych). Jednostkami gospodarki budżetowej są np. Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP, Centrum Obsługi Administracji Rządowej, Centralny Ośrodek Informatyki, Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, Centralny Ośrodek Sportu.

2.8. Państwowe fundusze celowe. Zgodnie z art. 29 ustawy o finansach publicznych, państwowy fundusz celowy stanowi wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz albo inny organ wskazany w tej ustawie. Przychody państwowego

funduszu celowego pochodzą ze środków publicznych, a koszty są ponoszone na realizację wyodrębnionych zadań państwowych. Podstawą gospodarki finansowej państwowego funduszu celowego jest roczny plan finansowy. Państwowy fundusz celowy nie posiada osobowości prawnej. Do funduszy celowych należą m.in.: Fundusz Pracy, Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Rekompensacyjny i Fundusz Niskoemisyjnego Transportu. Ponieważ fundusz celowy jest wyodrębnionym rachunkiem bankowym i nie posiada osobowości prawnej, zamówień udziela organ będący jego dysponentem (np. stosownie do art. 103 ust. 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy dysponentem Funduszu Pracy jest minister właściwy do spraw pracy).

2.9. Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

ZUS jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną (art. 66 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). W skład ZUS wchodzą: centrala i terenowe jednostki organizacyjne (art. 67 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Centrala i poszczególne terenowe jednostki organizacyjne ZUS nie mają odrębnej osobowości prawnej i udzielają zamówień w ramach osobowości prawnej ZUS. ZUS zarządza: Funduszem Ubezpieczeń Społecznych oraz Funduszem Rezerwy Demograficznej. Dysponentem tych funduszy jest ZUS. Przepisy nie precyzują statusu prawnego KRUS, wskazując jedynie, że realizuje ona ubezpieczenie społeczne rolników oraz prowadzi działalność i wykonuje inne zadania związane z ubezpieczeniem. W ramach KRUS zostały wyodrębnione jednostki organizacyjne: centrala, pododdziały regionalne, placówki terenowe oraz inne jednostki organizacyjne (art. 61 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników). Ponieważ KRUS nie ma odrębnej

od Skarbu Państwa osobowości prawnej, przyjąć należy, że działa ona, w tym jej jednostki organizacyjne, jako *statio fisci* Skarbu Państwa również przy zawieraniu umów w sprawach zamówień publicznych. Prezes KRUS zarządza trzema funduszami celowymi: Emerytalno-Rentowym, Administracyjnym oraz Prewencji i Rehabilitacji oraz Funduszem Składkowym Ubezpieczenia Społecznego Rolników, który jest odrębną osobą prawną i dla której Prezes KRUS pełni z urzędu funkcję zarządu (art. 76 ust. 1-2a ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników).

2.10. Narodowy Fundusz Zdrowia. NFZ jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, realizującą zadania określone ustawą związane z zarządzaniem środkami finansowymi, którymi dysponuje, oraz podejmującą inne działania związane z ochroną zdrowia (art. 96 i 97 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). W skład NFZ wchodzą: centrala oraz oddziały wojewódzkie, które jako jednostki organizacyjne NFZ udzielają zamówień w ramach osobowości prawnej NFZ.

2.11. Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Utworzenie SPZOZ następuje w drodze rozporządzenia, zarządzenia albo uchwały właściwego organu podmiotu tworzącego. SPZOZ podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Z chwilą wpisania do tego rejestru SPZOZ uzyskuje osobowość prawną (art. 50a ust. 1 i 2 ustawy o działalności leczniczej). Status SPZOZ mogą mieć: szpitale, sanatoria, przychodnie, ośrodki zdrowia itp.

2.12. Uczelnie publiczne. Uczelnie publiczne tworzą system szkolnictwa wyższego i nauki wraz z innymi podmiotami, takimi jak: Polska Akademia Nauk, instytuty badawcze i inne podmioty prowadzące głównie działalność naukową i posiadają osobowość prawną (art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce). Uczelnia posiada status

uczelni publicznej, jeżeli jest utworzona przez organ państwa. Uczelnia niepubliczna jest tworzona przez osobę fizyczną albo osobę prawną inną niż jednostka samorządu terytorialnego albo państwowa albo samorządowa osoba prawna (art. 13 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce).

2.13. Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne. PAN jest państwową instytucją naukową. Działa na podstawie przepisów ustawy o Polskiej Akademii Nauk poprzez organy, korporacje uczonych oraz utworzone przez nią: instytuty naukowe, pomocnicze jednostki naukowe, inne jednostki organizacyjne (art. 1 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). PAN ma osobowość prawną (art. 3 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). Instytuty naukowe, tworzone przez PAN i będące jej podstawowymi jednostkami naukowymi, występują w stosunkach prawnych we własnym imieniu i działają na własny rachunek. Nabywają osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru instytutów PAN (art. 42, art. 46 ust. 1 i art. 48 ust. 1 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). Pomocniczymi jednostkami naukowymi PAN są w szczególności: archiwa, biblioteki, muzea, ogrody botaniczne i zagraniczne stacje naukowe (art. 68 ust. 1 i 2 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). Inne jednostki organizacyjne PAN to w szczególności domy pracy twórczej, domy zjazdów i konferencji lub domy rencistów (art. 70 ust. 1 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). Spośród jednostek organizacyjnych PAN tylko instytuty naukowe są podmiotami odrębnymi od PAN. Pomocnicze jednostki organizacyjne PAN i inne jej jednostki organizacyjne, udzielając zamówień jako samodzielni zamawiający, działają w imieniu PAN.

2.14. Państwowe i samorządowe instytucje kultury. Państwowymi instytucjami kultury są podmioty, dla których podstawowym celem statutowym jest działalność kulturalna, utworzone przez ministrów

lub kierowników urzędów centralnych. Samorządowymi instytucjami kultury są natomiast takie podmioty, dla których podstawowym celem statutowym jest działalność kulturalna, a które zostały utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego (art. 8 i 9 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej). Formami organizacyjnymi działalności kulturalnej są w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury. Podmiot tworzący instytucję kultury (organizator) określa w szczególności jej przedmiot działania, nazwę i siedzibę. Instytucje kultury uzyskują osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru prowadzonego przez organizatora (art. 2, art. 11 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej).

2.15. Inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego. Do państwowych osób prawnych utworzonych na podstawie odrębnych ustaw w celu prowadzenia zadań publicznych należą m.in.: parki narodowe (art. 8a ustawy o ochronie przyrody), Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (art. 400 ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska, Polska Agencja Żeglugi Powietrznej (art. 1 ust. 2 ustawy o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej), Urząd Dozoru Technicznego (art. 35 ust. 1 ustawy o dozorze technicznym), Polski Instytut Sztuki Filmowej (art. 7 ust. 1 ustawy o kinematografii), Polskie Centrum Akredytacji (art. 38 ust. 2 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku),

Krajowy Zasób Nieruchomości (art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości), Transportowy Dozór Techniczny (art. 42 ust. 1 ustawy o dozorze technicznym) i Polska Organizacja Turystyczna (art. 2 ust. 1 ustawy o Polskiej Organizacji Turystycznej). Do samorządowych osób prawnych utworzonych na podstawie odrębnych ustaw w celu prowadzenia zadań publicznych należą np. wojewódzkie fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej (art. 400 ust. 2 Prawa ochrony środowiska). Do sektora finansów publicznych nie należą: instytuty badawcze, instytuty działające w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banki oraz spółki prawa handlowego.

3. Zamawiający będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi niewchodzącymi do sektora finansów publicznych. Jest to bardzo specyficzny rodzaj zamawiających. Jako jedyny obecnie przykład takiego zamawiającego można wskazać Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe", utworzone na mocy ustawy o lasach, które zarządza lasami stanowiącymi własność Skarbu Państwa. Zgodnie z art. 32 ustawy o lasach Lasy Państwowe jako państwowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej reprezentują Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia. W skład Lasów Państwowych wchodzą następujące jednostki organizacyjne:

1) Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych,
2) regionalne dyrekcje Lasów Państwowych,
3) nadleśnictwa,
4) inne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

Dyrektorzy regionalnych dyrekcji Lasów Państwowych oraz nadleśniczy posiadają kompetencje w zakresie reprezentowania Skarbu Państwa w stosunkach cywilnoprawnych w zakresie swojego działania (art. 34 pkt 1 i art. 35 pkt 1 ustawy o lasach).

4. Podmioty prawa publicznego. Przepisy Pzp stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są inne niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

1) finansują je w ponad 50% lub
2) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
3) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
4) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

4.1. Uwagi ogólne. Kategoria zamawiających wskazanych dyspozycją art. 4 pkt 3 Pzp określana jest na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych mianem „podmiotów prawa publicznego". Pojęcie to na gruncie Pzp nie posiada charakteru normatywnego, występuje natomiast w prawodawstwie unijnym. Znaczenie tego pojęcia zostało wyjaśnione przez TSUE10. Zgodnie z treścią tego motywu „podmiotem prawa publicznego" jest każdy podmiot, który po pierwsze został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie posiada osobowość prawną i po trzecie jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega

[10] Por. wyrok z dnia 10 kwietnia 2008r. w sprawie C- 393/06 *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213, pkt 36

nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

4.2. Osoby prawne utworzone w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Zwrot „potrzeby o charakterze powszechnym" nie został w prawie wspólnotowym zdefiniowany w żadnym akcie prawnym. Dokonując interpretacji tego sformułowania, należy się odwołać do stanowiska TSUE. Trybunał stwierdził[11], że z potrzebami tego typu mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb (związanych ściśle z jego instytucjonalną działalnością; które to zaspokajanie powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym), albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ. Tak więc przyjmując interpretację TSUE, tworząc instytucje prawa publicznego, państwo decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać samo lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. Przez pojęcie zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana

[11] Por. wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525; wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C – 44 /96 *Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4

wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu. Użytego w art. 4 pkt 3 Pzp słowa „powszechny" nie można interpretować w znaczeniu „dostępny dla wszystkich", a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu" czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone odpowiedniej rangi przepisami[12].

Podkreślenia wymaga również fakt, że nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajać[13]. Również to, jaką część w ramach ogólnej działalności tego podmiotu stanowi działalność prowadzona dla zysku, jest nieistotne do celów uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego. Zatem w przypadku gdy dany podmiot został powołany do zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, a zaczął prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje on status podmiotu prawa publicznego, nawet jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową.

Rozważenia także wymaga, czy u podstaw decyzji o utworzeniu podmiotu nie leżał „cel handlowy lub przemysłowy." Należy w tym celu wziąć pod uwagę wszelkie istotne elementy stanu prawnego i faktycznego, takie jak okoliczności, które panowały w chwili utworzenia tego podmiotu, oraz warunki, w których prowadzi on swoją działalność[14]. W związku z powyższym dla uznania podmiotu za podmiot prawa publicznego istotne jest ustalenie, czy chęć zysku nie była głównym i pierwotnym celem

[12] Por. postanowienie SO w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., sygn. akt IX Ca 196/05 niepubl.

[13] Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213, pkt 47

[14] Por. wyrok w sprawie *Ing. Aigner*, pkt 41–47

stojącym za jego utworzeniem. Istotnie, jeśli zysk biznesowy jest głównym celem dla przedsiębiorstwa, uznanie takiego podmiotu za podmiot prawa publicznego może być dyskusyjne. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że fakt, iż dany podmiot działa w warunkach rynkowych, nie przesądza z góry o niemożliwości uznania go za podmiot prawa publicznego, o którym mowa w art. 4 pkt 3 Pzp. Oczywiste jest bowiem, że podmiot ten w swojej działalności może kierować się aspektami ekonomicznymi, mając na uwadze konieczność zapewnienia sobie możliwości dalszego funkcjonowania. Doniosłe znaczenie, tak jak zostało wspomniane wyżej, ma pierwotny i podstawowy cel utworzenia tego podmiotu. Istotne, choć nieprzesądzające, jest także zbadanie otoczenia gospodarczego danego podmiotu. W kontekście otoczenia gospodarczego rozumianego jako rynek właściwy należy natomiast w szczególności sprawdzić, czy podmiot ten prowadzi swoją działalność w warunkach konkurencji, czy też jest monopolistą w danej branży; dokonując oceny powyższego, należy brać pod uwagę sektor, w którym dany podmiot funkcjonuje. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż sam fakt, że istnieje prywatne przedsiębiorstwo oferujące ten sam zakres usług (istnieje konkurencja na rynku określonych świadczeń), nie daje podstaw do bezwarunkowego uznania, iż określona potrzeba może zostać uznana za posiadającą przymiot potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym[15]. Odmienna interpretacja prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw. Podkreślić jednak należy, że istnienie rozwiniętej konkurencji może stanowić wskazówkę na poparcie faktu, że nie

[15] Wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525

ma się do czynienia z potrzebą w interesie ogólnym, która nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego[16].

4.3. Finansowanie zamawiającego przez podmioty publiczne. Przez pojęcie finansowania określonego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a także przez inne podmioty prawa publicznego, rozumie się przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 4 pkt 3 Pzp, nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie, do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem, o którym mowa w art. 4 pkt 3 Pzp, gdy środki publiczne przekazywane są określonemu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy też własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Finansowanie podmiotu, o którym mowa przy definiowaniu pojęcia podmiotu prawa publicznego, ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem a instytucjami publicznymi lub państwem. Nie każde

[16] Por. wyrok w sprawie *BFI Holding* oraz wyrok z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 *Agorà Srl i Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. przeciwko Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano i Ciftat Soc. coop. arl*, ECLI:EU:C:2001:259

świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza specyficzny typ więzi mającej charakter podporządkowania lub zależności. W konsekwencji jako finansowanie ze środków publicznych, w znaczeniu tego przepisu, mogą być rozumiane wyłącznie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony. Do takich świadczeń mogą należeć np. granty na wsparcie badań naukowych, w sytuacji gdy środki finansowe są przekazywane instytucji zajmującej się takimi badaniami. Natomiast jako finansowanie podmiotu nie może być rozumiane przekazywanie środków przez instytucje publiczne w zamian za wynikające z umowy konkretne świadczenia. A zatem poprzez finansowanie podmiotu nie mogą być rozumiane takie przepływy finansowe, które wynikają z interesu ekonomicznego podmiotu publicznego w realizacji określonego świadczenia przez podmiot trzeci. Rodzaj zależności, która powstaje w takim przypadku między podmiotami, jest analogiczny jak przy normalnych stosunkach handlowych, w których warunki umowy ustalane są przez strony[17]. Ponadto, jak wskazuje TSUE, w celu ustalenia właściwego procentowego udziału publicznego finansowania danego podmiotu należy wziąć pod uwagę cały dochód uzyskiwany przez tę instytucję, włączając w to dochód z działalności komercyjnej. Ustalenie takie w odniesieniu do danego podmiotu powinno następować corocznie na podstawie danych dostępnych na początku roku budżetowego. Przy czym TSUE podnosi również, iż zmiany w strukturze finansowania podmiotu nie mają wpływu na wszczęte i prowadzone postępowania w sprawach

[17] Por. wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529

zamówień publicznych, które podlegają dyrektywom, do czasu ich zakończenia. TSUE podkreślił również[18], iż z finansowaniem w rozumieniu dyrektywy możemy mieć do czynienia również przy braku świadczenia wzajemnego na rzecz państwa ze strony zamawiającego; wynika to z faktu, iż finansowanie służy wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej na rzecz państwa, polegającej na zapewnianiu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach, zdaniem TSUE, nadawcy nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonanie zadania leżącego w interesie publicznym. W wyroku tym TSUE wskazał również, iż przepisy dyrektyw w ogóle nie precyzują, w jaki sposób ma się odbywać finansowanie. W szczególności dla spełnienia przesłanki finansowania nie jest wymagane, aby działalność była finansowana bezpośrednio przez państwo lub przez inną jednostkę publiczną.

Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne bezpośrednio lub pośrednio przekraczają 50% wszystkich dochodów podmiotu i nie są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach zostaje spełniona przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt 3 lit. a Pzp.

4.4. Sprawowanie nadzoru nad organem zarządzającym. Przesłankę, o której mowa w art. 4 pkt 3 lit. c Pzp, tj. sprawowania nadzoru nad

[18] Wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C–337/06 *Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen przeciwko GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, ECLI:EU:C:2007:786

organem zarządzającym, należy rozumieć jako możliwość wywierania wpływu na decyzje instytucji zamawiającej, przy użyciu określonych środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, o których mowa w art. 4 pkt 1–3 Pzp. Dla wypełnienia tego warunku konieczne jest zatem ustalenie, iż inna instytucja publiczna sprawuje nad podmiotem prawa publicznego nadzór, który może zmienić się w formę koordynacji lub kierowania działalnością takiego podmiotu. Przesłanka nadzoru jest spełniona, jeżeli nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek, których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego[19].

4.5. Posiadanie ponad połowy akcji lub udziałów i prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego przez podmiot publiczny. Odrębnymi pozytywnymi przesłankami, warunkującymi kwalifikację określonego podmiotu do kategorii zamawiających podmiotów prawa publicznego, jest okoliczność posiadania ponad połowy akcji lub udziałów (art. 4 pkt 3 lit. b Pzp) lub prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 4 pkt 3 lit. d Pzp) podmiotu prawa publicznego przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego. Prawo do wskazywania osób do składu tych organów może wynikać z przepisów prawa lub z postanowień umowy czy statutu spółki. Większość polskich podmiotów prawa publicznego występuje w formie prawnej spółki kapitałowej, tj. spółki z ograniczoną

[19] Wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2001:70

odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej, stąd podstawowym aktem prawnym regulującym zasady powoływania organów nadzorczych i zarządzających takich podmiotów jest Ksh.

Art. 5.

1. Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są:

1) zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4;

2) inne, niż określone w pkt 1, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:
   a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
   b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
   c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

3) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

2. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu ust. 1 pkt 3 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty,

z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

2) prowadzonego na podstawie przepisów ogłoszonych w obwieszczeniu Prezesa Urzędu, o którym mowa w ust. 3.

3. Prezes Urzędu ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski", oraz zamieszcza na stronie internetowej Urzędu wykaz aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE.

4. Działalnością sektorową w zakresie:

1) gospodarki wodnej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej,

b) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

– produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4, oraz

– dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji,

c) związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, działania w zakresie:

– projektów dotyczących inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki tym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym,

– odprowadzania lub oczyszczania ścieków;

2) energii elektrycznej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej,

b) dostarczanie energii elektrycznej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

– produkcja energii elektrycznej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4, oraz

– dostarczanie energii elektrycznej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% łącznej produkcji energii elektrycznej;

3) gazu i energii cieplnej jest:

a) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej,

b) dostarczanie gazu lub energii cieplnej do sieci, o których mowa w lit. a, chyba że:

– produkcja gazu lub energii cieplnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, stanowi nieuniknioną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż określona w pkt 1–4, oraz

– dostarczanie gazu lub energii cieplnej do sieci ma na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie produkcji i w okresie ostatnich 3 lat, łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 20% przeciętnych przychodów zamawiającego;

4) usług transportowych jest działalność polegająca na udostępnianiu lub obsłudze sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;

5) portów, przystani i portów lotniczych jest działalność związana z eksploatacją obszaru geograficznego, w celu udostępniania przewoźnikom lotniczym, przewoźnikom morskim oraz przewoźnikom śródlądowym odpowiednio portów lotniczych, portów morskich i portów śródlądowych, lub innych terminali;

6) usług pocztowych jest działalność polegająca na świadczeniu usług:

a) przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych,

b) zarządzania usługami, o których mowa w lit. a, oraz świadczeniu usług dotyczących przesyłek nieuwzględnionych w lit. a, takich jak druki bezadresowe, o ile te usługi są

świadczone przez podmiot świadczący usługi, o których mowa w lit. a;

7) **wydobycia paliw jest działalność polegająca na wydobyciu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobyciu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych.**

5. Przez dostarczanie i dystrybucję, o których mowa w ust. 4 pkt 1–3, należy rozumieć również produkcję, sprzedaż hurtową i detaliczną.

1. Cel przepisu. Art. 5 Pzp określa zakres podmiotowy zamówień sektorowych, do których stosuje się przepisy działu V Pzp, definiując pojęcie zamawiających sektorowych oraz działalności sektorowej. Przepis implementuje regulacje zawarte w art. 3 i 4 oraz art. 7–14 dyrektywy sektorowej.

2. Zamawiający sektorowi. Zamawiających sektorowych wskazanych w art. 5 Pzp można zasadniczo podzielić na trzy grupy. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich kategorii podmiotów mieszczących się w tych grupach jest to, że aby mogły one zostać zaliczone do zamawiających sektorowych, powinny wykonywać jedną z działalności wymienionych w art. 5 ust. 4 Pzp.

Pierwszą grupę stanowią zamawiający publiczni, wskazani w art. 4 Pzp, tj.:

1) jednostki sektora finansów publicznych,
2) inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
3) podmioty prawa publicznego lub
4) związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub jednego bądź wielu podmiotów prawa publicznego.

Należy jednocześnie zaznaczyć, że zamawiający publiczni mogą zostać uznani za zamawiających sektorowych jedynie w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej. Tym samym są uprawnieni do stosowania przepisów określonych w dziale V tylko w odniesieniu do zamówień, które są udzielane w celu prowadzenia jednej z działalności sektorowych. W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zamówień, które nie służą prowadzeniu działalności sektorowej, zamawiający publiczni zobowiązani są stosować przepisy właściwe dla zamówień klasycznych.

Drugą grupę zamawiających sektorowych stanowią podmioty, określone w dyrektywie sektorowej jako przedsiębiorstwa publiczne (art. 4 ust. 2 dyrektywy sektorowej). Są to podmioty, które nie są zamawiającymi publicznymi, ale na które zamawiający publiczni – pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio poprzez inny podmiot – wywierają dominujący wpływ. Istnienie dominującego wpływu, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 Pzp zakłada się w przypadku wystąpienia jednej z poniższych okoliczności:

1) posiadania ponad połowy udziałów lub akcji,
2) posiadania ponad połowy głosów wynikających z udziałów lub akcji lub
3) posiadania prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Sformułowanie „w szczególności" użyte w tym przepisie pozwala stwierdzić, iż katalog przesłanek świadczących o istnieniu dominującego wpływu jest katalogiem otwartym i nie wyklucza możliwości wykazania dominującego wpływu poprzez wskazanie na inne okoliczności.

Przedsiębiorstwa publiczne, inaczej niż podmioty prawa publicznego, nie są tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Podmioty zaliczane do tej grupy zamawiających sektorowych zobowiązane są do stosowania przepisów Pzp jedynie w odniesieniu do zamówień udzielanych w celu prowadzenia działalności sektorowej. W pozostałym zakresie, w przeciwieństwie do zamawiających publicznych, podmioty te nie są zobowiązane do stosowania procedur wynikających z tej ustawy.

Trzecim typem zamawiających sektorowych są podmioty, które nie mogą być zakwalifikowane ani do zamawiających publicznych ani do przedsiębiorstw publicznych, ale wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta realizowana jest na podstawie praw szczególnych i wyłącznych. Do tej grupy zamawiających będą się zatem zaliczać różnego rodzaju podmioty prywatne, które w zwykłych okolicznościach nie byłyby zobowiązane do stosowania Pzp, jednakże z uwagi na fakt prowadzenia działalności sektorowej w oparciu o przyznane im prawa szczególne i wyłączne, zobowiązane są stosować przepisy Pzp, aczkolwiek tylko w odniesieniu do zamówień udzielanych w celu wykonywania tej działalności.

3. Prawa szczególne i wyłączne. Na potrzeby określenia zakresu podmiotowego zamówień sektorowych art. 5 w ust. 2 Pzp definiuje pojęcie praw szczególnych i wyłącznych. Zgodnie z tym przepisem są nimi prawa:

1) przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej,
2) polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów,
3) wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty.

Wszystkie te warunki muszą być spełnione łącznie, aby dane uprawnienie przyznane określonemu podmiotowi można było uznać za prawo szczególne lub wyłączne. Musi ono zatem zostać przyznane w drodze przepisu ustawowego lub decyzji administracyjnej, co oznacza także, że powinna ona zostać wydana przez właściwy organ państwowy. Skutkiem takiego przepisu lub decyzji administracyjnej musi być zastrzeżenie wykonywania określonej działalności dla jednego lub kilku podmiotów, przy czym to zastrzeżenie musi wywierać istotny wpływ na możliwości wykonywania tej działalności przez inne podmioty. Oznacza to, że z prawami szczególnymi lub wyłącznymi będziemy mieć do czynienia w sytuacji przyznania określonych uprawnień danemu podmiotowi lub podmiotom w sposób arbitralny, co jednocześnie wpływa na warunki konkurencji w danym sektorze, ograniczając lub uniemożliwiając prowadzenie działalności innym podmiotom lub stawiając te podmioty w niekorzystnej sytuacji w stosunku do podmiotów działających na podstawie praw szczególnych i wyłącznych. Tym samym z prawami szczególnymi i wyłącznymi nie będziemy mieć do czynienia w sytuacji, jeśli o ich uzyskanie może ubiegać się każdy zainteresowany podmiot i każdy podmiot spełniający określone obiektywne i niedyskryminacyjne warunki może takie prawa otrzymać. Z tego względu przepis art. 5 ust. 2 Pzp precyzuje, że prawami szczególnymi i wyłącznymi nie będą prawa przyznane w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów. Będą to m.in. postępowania:

1) obejmujące ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi czy też

2) prowadzone na podstawie przepisów wskazanych w obwieszczeniu Prezesa Urzędu[20].

Do praw szczególnych i wyłącznych nie będzie się zatem zaliczać działalność realizowana w wyniku uzyskanego przez wykonawcę zamówienia publicznego lub koncesji, jeżeli udzielnie zamówienia poprzedziła publikacja ogłoszenia o zamówieniu, a koncesja została udzielona w wyniku wszczętego postępowania o udzielenie koncesji. Zgodnie z ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi postępowanie o udzielenie koncesji wszczynane jest poprzez publikację ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego lub poprzez zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji.

Prawem szczególnym lub wyłącznym nie będzie też prawo przyznane zgodnie z wymaganiami określonymi w aktach prawnych wymienionych w obwieszczeniu Prezesa Urzędu. Obwieszczenie zawiera wykaz krajowych aktów prawnych wdrażających wymienione w załączniku II do dyrektywy sektorowej przepisy unijne regulujące następujące rodzaje procedur:

1) wydawanie zezwoleń na eksploatację instalacji gazu ziemnego zgodnie z procedurami określonymi w art. 4 dyrektywy 2009/73/WE[21],

[20] Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie wykazu aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (M.P. poz. 5)

[21] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE L 211 z 14.08.2009, str. 94, z późn. zm.)

2) wydawanie zezwoleń lub zaproszenie do składania ofert na budowę nowych instalacji służących do wytwarzania energii elektrycznej zgodnie z dyrektywą 2009/72/WE[22],
3) wydawanie zezwoleń zgodnie z procedurami określonymi w art. 9 dyrektywy 97/67/WE[23] w odniesieniu do usługi pocztowej, która nie jest lub nie może być zastrzeżona,
4) procedura udzielania zezwoleń na prowadzenie działalności obejmującej wydobycie węglowodorów zgodnie z dyrektywą 94/22/WE[24],
5) umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007[25] dotyczące świadczenia usług

[22] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE; Dz. Urz. UE L 211 z 14.08.2009, str. 55; Dyrektywa 2009/72/WE utraciła moc z dniem 31 grudnia 2020 r. i ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2021 r. została zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE (Dz. Urz. UE L 158 z 14.06.2019, str. 125). Zgodnie z art. 72 akapit drugi dyrektywy 2019/944/UE odesłania do uchylonej dyrektywy 2009/72/WE odczytuje się jako odesłania do dyrektywy 2019/944/UE.

[23] Dyrektywa 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. WE L 15 z 21.01.1998, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 3, str. 71, z późn. zm.)

[24] Dyrektywa 94/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 1994 r. w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badanie i produkcję węglowodorów (Dz. Urz. WE L 164 z 30.06.1994, str. 3, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 2, str. 262, z późn. zm.)

[25] Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urz. UE nr L 315 z 3.12.2007, str. 1, z późn. zm.)

publicznych w zakresie transportu pasażerskiego autobusem, tramwajem, koleją lub metrem i udzielone w drodze konkurencyjnej procedury przetargowej zgodnie z art. 5 ust. 3 tego rozporządzenia, pod warunkiem że okres obowiązywania tych umów jest zgodny z art. 4 ust. 3 lub 4 tego rozporządzenia.

Na gruncie polskich przepisów procedury te regulowane są następującymi aktami prawnymi:

1) Prawo energetyczne,
2) rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1158 i 1814),
3) rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 7 maja 2008 r. w sprawie przetargu na budowę nowych mocy wytwórczych energii elektrycznej lub na realizację przedsięwzięć zmniejszających zapotrzebowanie na energię elektryczną (Dz. U. poz. 548),
4) Prawo pocztowe,
5) rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 25 listopada 2013 r. w sprawie konkursu na operatora pocztowego wyznaczonego do świadczenia usług powszechnych (Dz. U. poz. 1466),
6) rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 lipca 2013 r. w sprawie wzoru wniosku o wpis do rejestru operatorów pocztowych oraz wzoru zgłoszenia dotyczącego prowadzenia działalności pocztowej (Dz. U. poz. 1024),
7) Prawo geologiczne i górnicze,
8) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2015 r. w sprawie przetargu na udzielenie koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złoża węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złoża,

a także koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złoża (Dz. U. poz. 1171),

9) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 stycznia 2012 r. w sprawie przetargu na ustanowienie użytkowania górniczego (Dz. U. poz. 101),
10) ustawa o publicznym transporcie zbiorowym.

Wskazany powyżej wykaz procedur, których dopełnienie powoduje, iż nie będziemy mieć do czynienia z prawami szczególnymi i wyłącznymi, jest niewyczerpujący. W związku z tym prawa w dowolnej postaci, które przyznano w drodze innych procedur opartych na obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach i zapewniających odpowiednie upublicznienie postępowania, nie będą stanowiły praw szczególnych i wyłącznych.

4. Działalność sektorowa. Art. 5 ust. 4 i 5 Pzp określa zakres podmiotowy zamówień sektorowych również poprzez wskazanie rodzajów działalności określanych mianem działalności sektorowej, do których zastosowanie mają przepisy Pzp. Obejmują one następujące sektory:

1) gospodarkę wodną,
2) energię elektryczną,
3) gaz i energię cieplną,
4) usługi transportowe,
5) porty, przystanie i porty lotnicze,
6) usługi pocztowe,
7) wydobycie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobycie węgla lub innych paliw stałych.

4.1. Gospodarka wodna. W sektorze **gospodarki wodnej** działalnością sektorową jest przede wszystkim udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczanie

wody pitnej do takich sieci. W art. 5 ust. 5 Pzp sprecyzowano dodatkowo, że na potrzeby działalności prowadzonej m.in. w sektorze gospodarki wodnej pojęcia dostarczanie i dystrybucja należy rozumieć również jako produkcję oraz sprzedaż hurtową i detaliczną. Tym samym w sektorze gospodarki wodnej działalnością objętą przepisami dotyczącymi zamówień sektorowych w Pzp będzie zarówno utrzymywanie i obsługa infrastruktury służącej do świadczenia usług publicznych, tj. przeznaczonych dla ogółu społeczeństwa, w zakresie produkcji, transportu i dystrybucji wody pitnej, jak również dostarczanie wody pitnej do tej infrastruktury.

Dostarczanie wody pitnej do sieci nie będzie natomiast stanowiło działalności sektorowej, w przypadku kiedy jest ona dostarczana przez zamawiającego sektorowego innego niż zamawiający publiczny, jeżeli:

1) produkcja wody pitnej przez danego zamawiającego ma miejsce, gdyż jej zużycie jest niezbędne do prowadzenia innej działalności niż działalności wymienione w art. 5 ust. 4 pkt 1–4 Pzp oraz
2) dostawy do sieci uzależnione są jedynie od własnego zużycia danego zamawiającego i nie przekraczają 30% łącznej produkcji wody przez tego zamawiającego w odniesieniu do średniego poziomu w trzech poprzednich latach, łącznie z rokiem, w którym udzielane jest zamówienie.

Działalnością sektorową w obszarze gospodarki wodnej będą też działania z zakresu inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji związane z działalnością polegającą na udostępnianiu lub obsłudze stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczaniem wody pitnej do takich sieci, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki wspomnianym projektom lub instalacjom nawadniającym lub

melioracyjnym. Do tej kategorii działalności sektorowej zaliczają się też działania w zakresie odprowadzania lub oczyszczania ścieków. Objęcie działalnością sektorową w obszarze gospodarki wodnej również działań polegających na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków jest jednak uzależnione – podobnie jak w przypadku działań z zakresu inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji – od prowadzenia przez podmiot podejmujący działania z zakresu odprowadzania lub oczyszczania ścieków również działalności wymienionej w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a i b Pzp. Innymi słowy art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. c tiret drugie Pzp umożliwia stosowanie przepisów sektorowych do zamówień związanych z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków, w sytuacji gdy zamówień tych udziela podmiot prowadzący działalność sektorową polegającą na udostępnianiu lub obsłudze stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz dostarczaniem wody pitnej do takich sieci, a udzielane zamówienia związane są z tą działalnością. Tym samym podmiot nieprowadzący działalności, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1 lit. a lub b, nie wykonuje działalności sektorowej z zakresu gospodarki wodnej, jeśli podejmuje się działalności tylko związanej z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków.

4.2. Energia elektryczna. Działalnością sektorową w zakresie **energii elektrycznej** jest udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, a także dostarczanie energii elektrycznej do takich sieci, przy czym podobnie jak w przypadku gospodarki wodnej dostarczanie i dystrybucję należy rozumieć również jako produkcję oraz sprzedaż detaliczną i hurtową. Dostarczanie energii elektrycznej nie będzie natomiast uważane za działalność sektorową

objętą Pzp, w przypadku kiedy dostawy energii elektrycznej realizowane są przez zamawiającego sektorowego niebędącego zamawiającym publicznym (tj. przez przedsiębiorstwa publiczne lub przez podmioty działające na podstawie praw szczególnych i wyłącznych), a produkcja energii elektrycznej występuje, ponieważ jej zużycie jest niezbędne do prowadzenia innej działalności niż działalności wymienione w art. 5 ust. 4 pkt 1–4 Pzp, oraz dostawy energii do sieci uzależnione są jedynie od własnego zużycia danego zamawiającego i nie przekraczają 30% łącznej produkcji energii przez tego zamawiającego w odniesieniu do średniego poziomu w trzech poprzednich latach łącznie z rokiem, w którym udzielane jest zamówienie.

4.3 Gaz i energia cieplna. Na takich samych zasadach zdefiniowana została działalność w zakresie **gazu i energii cieplnej**, obejmująca udostępnianie lub obsługę stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu i energii cieplnej oraz dostarczaniem gazu i energii cieplnej do sieci. W tym wypadku Pzp również przewiduje wyłączenie z zakresu działalności sektorowej objętej Pzp dostaw gazu i energii cieplnej, które stanowią nieuniknioną konsekwencję prowadzenia działalności innej niż wskazana w art. 5 ust. 4 pkt 1–4 Pzp oraz mają na celu wyłącznie ekonomiczne wykorzystanie tej produkcji, przy czym dostawy te nie mogą w okresie ostatnich 3 lat obejmujących również rok, w którym udzielane jest zamówienie, przekroczyć 20% przeciętnych przychodów zamawiającego.

4.4. Usługi transportowe. W sektorze **usług transportowych** działalnością sektorową będzie udostępnianie lub obsługa sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu

systemów automatycznych. Na potrzeby interpretacji tego przepisu warto odwołać się do regulacji zawartych w dyrektywie sektorowej, która w art. 11 akapit 2 wyjaśnia, iż z istnieniem sieci transportowej mamy do czynienia, jeżeli usługi są świadczone zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki na obsługiwanych trasach, wymagana zdolność przewozowa lub częstotliwość usług. Istnienie sieci transportowej na potrzeby określenia zakresu przedmiotowego przepisów sektorowych nie będzie zatem związane tylko i wyłącznie z istnieniem odpowiedniej infrastruktury technicznej służącej zapewnieniu świadczenia tego typu usług. Powyższe potwierdził TSUE w wyroku w sprawie *SJ AB*[26], w którym dostarczył istotnych wskazówek interpretacyjnych dotyczących zakresu działalności w sektorze usług transportowych. Cytując stanowisko KE, Trybunał wskazał w tym orzeczeniu, że „sieć transportu istnieje nie tylko wtedy, gdy istnieje infrastruktura fizyczna, taka jak torowiska dla pociągów, ale także wtedy, gdy istnieje skoordynowany system linii działający na określonych warunkach, taki jak w sektorze usług transportu autobusowego"[27]. Trybunał stwierdził ponadto, że z istnieniem sieci w obszarze usług transportu kolejowego będziemy mieć do czynienia, gdy usługi transportowe są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy 2012/34/UE[28] na infrastrukturze kolejowej zarządzanej przez organ krajowy, który dokonuje alokacji zdolności przepustowej tej infrastruktury […]"[29].

---

[26] Wyrok z dnia 28 lutego 2019 r. w sprawie C-388/17 *Konkurrensverket przeciwko SJ AB*, ECLI:EU:C:2019:161

[27] Wyrok w sprawie *SJ AB*, pkt 43

[28] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz. Urz. UE L 343 z 14.12.2012, str. 32, z późn. zm.)

[29] Wyrok w sprawie *SJ AB* , pkt 44

Cytowane orzeczenie Trybunału dostarcza też użytecznych wskazań interpretacyjnych na potrzeby wyjaśnienia znaczenia pojęcia „dostawa sieci", któremu w Pzp odpowiada pojęcie „udostępnianie sieci", oraz pojęcia „obsługa sieci". Zgodnie z wytycznymi Trybunału „pojęcie *obsługi* należy rozumieć zgodnie z jego zwyczajowym znaczeniem, które odsyła do korzystania z danego przedmiotu lub do wykonywania prawa do jego użytkowania w celu uzyskania dochodu. A zatem obsługa sieci przez przedsiębiorstwo kolejowe polega na wykonywaniu przez nie prawa do wykorzystywania infrastruktury kolejowej w celu uzyskiwania dochodów"[30]. Natomiast pojęcie „dostawa sieci" odnosi się do zarządzania siecią fizyczną, taką jak torowiska, obiekty kolejowe, tunele, mosty i przejazdy kolejowe[31].

4.5 Porty, przystanie i porty lotnicze. W sektorze **portów, przystani i portów lotniczych** działalnością sektorową jest działalność związana z eksploatacją obszaru geograficznego w celu udostępniania przewoźnikom lotniczym, przewoźnikom morskim oraz przewoźnikom śródlądowym odpowiednio portów lotniczych, portów morskich i portów śródlądowych lub innych terminali.

4.6. Usługi pocztowe. W sektorze **usług pocztowych** działalnością objętą Pzp będzie świadczenie usług polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu lub doręczaniu przesyłek pocztowych oraz zarządzanie tymi usługami. Przesyłki pocztowe, na użytek tego przepisu, należy rozumieć w sposób określony w dyrektywie sektorowej, zgodnie z którym przesyłką pocztową jest przesyłka opatrzona adresem w ostatecznej formie, w której ma być przewieziona, niezależnie od jej wagi. Poza korespondencją przesyłkami pocztowymi będą m.in. książki, katalogi,

[30] Wyrok w sprawie *SJ AB*, pkt 49
[31] Wyrok w sprawie *SJ AB*, pkt 52

gazety, czasopisma i paczki pocztowe. Z kolei, jeśli mowa o usługach zarządzania usługami pocztowymi, o których mowa wyżej, należy przez to rozumieć zarówno usługi poprzedzające wysyłkę, jak również usługi następujące po wysyłce, w tym usługi zarządzania kancelarią pocztową. Działalnością sektorową w obszarze usług pocztowych, w rozumieniu Pzp, będzie także świadczenie usług dotyczących innych niż wyżej wymienione przesyłek pocztowych, takich jak np. druki bezadresowe, o ile świadczone są przez podmiot, który świadczy usługi przyjmowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych, o których mowa powyżej.

4.7. Wydobycie paliw. Działalnością w obszarze **wydobycia paliw** jest działalność polegającą na wydobyciu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz na poszukiwaniu lub wydobyciu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych. Działalnością sektorową w rozumieniu przepisów dotyczących zamówień publicznych nie jest natomiast poszukiwanie ropy i gazu, ponieważ jak stwierdzono w pkt 25 preambuły do dyrektywy sektorowej, „sektor ten podlega takiej presji konkurencyjnej, iż nie jest już potrzebne zapewnianie za pomocą unijnych przepisów dotyczących zamówień dyscypliny w tym zakresie".

Art. 6.

Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających subsydiowanych, którymi są zamawiający inni niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1) **ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1;**
2) **wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;**

3) **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.**

1. Zamawiający subsydiowani. Zamawiający subsydiowani to kategoria podmiotów, które nie mają na stałe statusu zamawiających (nie są ani zamawiającymi publicznymi, ani sektorowymi), ale okazjonalnie stają się zamawiającymi ze względu na udzielanie konkretnych zamówień, ze względu na ich sfinansowanie lub dofinansowanie przez zamawiających publicznych. Dofinansowywanie zamówień ze środków publicznych lub przekazywanych przez zamawiających publicznych, np. w ramach dotacji celowych lub współfinansowania projektu ze środków Unii Europejskiej przesądza o uznaniu podmiotu za zamawiającego subsydiowanego, gdy finansowanie ze środków publicznych przekracza 50% wartości udzielanego zamówienia i jednocześnie wartość tego zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.

2. Przedmiot zamówienia dofinansowanego. Aby dofinansowanie zamówienia ze środków publicznych lub ze środków zamawiających publicznych przesądziło o uzyskaniu statusu zamawiającego subsydiowanego, istotny jest również określony przedmiot zamówienia na roboty budowlane lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Zamówienie subsydiowane nie dotyczy dostaw. Uwzględniając powyższe, przedmiotem takiego zamówienia muszą być roboty budowlane

przeznaczone do użytku publicznego: w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowa obiektów szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takim robotami. Wprawdzie Pzp nie definiuje pojęcia „robót budowlanych w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej", ale odesłanie do załącznika II do dyrektywy klasycznej w definicji robót budowlanych umożliwia jego sprecyzowanie. Zgodnie z tym załącznikiem, który opiera się na kategoriach robót wg. NACE[32], w grupie 45.2 znalazło się wyszczególnienie – m.in. inżynieria lądowa i wodna, która obejmuje budowę: mostów, wiaduktów, tuneli, rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych (klasa 45.21), a także dróg wodnych, portów, zapór wodnych i kanałów oraz roboty budowlane związane z pogłębianiem i prace podwodne (klasa 45.24). Usługi związane z robotami budowlanymi w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej lub związane z budową obiektów typu: szkoły, szpitale nie muszą polegać tylko na wykonywaniu działań pomocniczych towarzyszących realizacji robót budowlanych, ale również mogą obejmować inne usługi powiązane, jak np. menadżerskie czy inspekcji nadzoru, pod warunkiem że zostały objęte dofinansowaniem.

Art. 7.

Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

1) cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu

[32] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 z dnia 9 października 1990 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (Dz. Urz. UE L 293 z 24.10.1990, str. 1, z późn. zm.). NACE stanowi skrót w jęz. francuskim od nazwy klasyfikacji podanej w tytule rozporządzenia (*Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne)*

o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą;

2) **cyklu życia – należy przez to rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie;**
3) **dokumentach zamówienia – należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań;**
4) **dostawach – 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;**
5) **dynamicznym systemie zakupów – należy przez to rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień, których przedmiotem są ogólnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane;**
6) **innowacji – należy przez to rozumieć wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej**

w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych;

7) **kierowniku zamawiającego – należy przez to rozumieć osobę lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego;**

8) **konkursie – należy przez to rozumieć przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy;**

9) **kryteriach selekcji – należy przez to rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych;**

10) **łańcuchu dostaw – należy przez to rozumieć wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia;**

11) **newralgicznych robotach budowlanych – należy przez to rozumieć roboty budowlane przeznaczone do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają;**

12) newralgicznym sprzęcie – należy przez to rozumieć sprzęt przeznaczony do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera;

13) newralgicznych usługach – należy przez to rozumieć usługi przeznaczone do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają;

14) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

15) ofercie częściowej – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia;

16) pisemności – należy przez to 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;

17) podmiotowych środkach dowodowych – należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1;

18) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo

zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu;

19) **protokole postępowania – należy przez to rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia;**

20) **przedmiotowych środkach dowodowych – należy przez to rozumieć 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;**

21) **robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.[33]), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień", lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą**

[33] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 329 z 17.12.2003, str. 1, Dz. Urz. UE L 74 z 15.03.2008, str. 1 oraz Dz. Urz. UE L 188 z 18.07.2009, str. 14.

dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

22) sprzęcie wojskowym – należy przez to rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne;

23) środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344);

24) środkach publicznych – należy przez to rozumieć środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych;

25) udzieleniu zamówienia – należy przez to rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;

26) umowie ramowej – należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości;

27) umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami,

na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia;

28) usługach – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami;

29) warunkach zamówienia – należy przez to 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;

30) wykonawcy – należy przez to 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;

31) zamawiającym – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązaną na podstawie ustawy do jej stosowania;

32) zamówieniu – należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług;

33) zamówieniu klasycznym – należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

34) zamówieniu na usługi społeczne i inne szczególne usługi – należy przez to rozumieć zamówienia klasyczne lub zamówienia sektorowe, na usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE;

35) zamówieniu sektorowym – należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4;

36) zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są:

- **a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,**
- **b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,**
- **c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,**
- **d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.**

1. Cel przepisu. Przepis definiuje kilkadziesiąt pojęć, które występują w Pzp. Poprzez użycie zwrotu „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa" podano ich znaczenie właściwe dla systemu zamówień publicznych. Intencją ustawodawcy było z jednej strony uproszczenie posługiwania się tymi pojęciami, a z drugiej strony zaakcentowanie, że zdefiniowane pojęcia na gruncie Pzp mają znaczenie nadane tym przepisem. Tym samym nieprawidłowe będzie posługiwanie się na gruncie Pzp danym pojęciem w innym znaczeniu niż zostało mu nadane w art. 7 Pzp. Przykładem może być definicja dostaw, która w Pzp obejmuje inny katalog desygnatów niż dostawa w rozumieniu Kc (art. 605 Kc).
Warto również podkreślić, iż w Pzp rozszerzono katalog definicji o pojęcia, które wcześnie nie posiadały definicji legalnej w polskim systemie zamówień publicznych. Są to w szczególności definicje łańcucha dostaw, kryteriów selekcji, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, udzielenia zamówienia czy warunków zamówienia.
2. Cena. Definiując pojęcie ceny, Pzp odsyła do ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie z art. 3 ust. 2 tej ustawy w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Definicja ceny na potrzeby Pzp (zwłaszcza w kontekście porównania i oceny ofert) oznacza więc cenę brutto, zawierającą również podatek VAT lub podatek akcyzowy, o ile w przypadku sprzedaży danej usługi czy towaru taki podatek będzie należny.

Ponieważ definicja ceny nie odwołuje się do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług, w którym została zdefiniowana cena jednostkowa, pojęcie ceny w Pzp nie odnosi się do cen jednostkowych. Ceny jednostkowe np. w przypadku wynagrodzeń kosztorysowych stanowią elementy składające się na cenę, nie stanowią jednak ceny w rozumieniu Pzp.

Pzp, definiując wykonawcę, nie stwarza ograniczenia w postaci konieczności wykonywania przez taki podmiot działalności gospodarczej; definicja ceny w ustawie została zatem zmodyfikowana w stosunku do definicji z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług. Ceną, o której mowa w Pzp, jest więc wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający jest obowiązany zapłacić bez względu na to, czy obowiązek zapłaty powstał w stosunku do wykonawcy będącego przedsiębiorcą, czy też w stosunku do wykonawcy nieposiadającego takiego statusu.

Cena powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych, co nie oznacza, że samo wynagrodzenie (płatność) musi mieć postać pieniężną (może być to również postać rzeczowa, np. zapłatą lub elementem zapłaty za rozbiórkę hali produkcyjnej mogą być materiały rozbiórkowe). Niemniej zawsze wartość świadczenia wykonawcy powinna być określona ceną wyrażoną w pieniądzu. Waluta, w jakiej cena może być wyrażona, powinna być określona w dokumentach zamówienia. Należy jednak pamiętać, że nie obowiązuje już na gruncie Pzp zasada wyrażania ceny wyłącznie w złotych polskich.

3. Cykl życia. Pojęcie cyklu życia odnosi się do wszystkich możliwych kolejnych lub powiązanych ze sobą faz związanych z istnieniem produktu, świadczeniem usługi lub realizacją roboty budowlanej. Definicja cyklu życia została wprowadzona do Pzp w ślad za analogiczną

definicją z art. 2 pkt 20 dyrektywy klasycznej i art. 2 pkt 16 dyrektywy sektorowej. W naturalny sposób pojęcie cyklu życia łączy się z kolejnymi, następującymi po sobie etapami lub inaczej – fazami życia wyznaczonymi z jednej strony początkiem, a z drugiej strony końcem istnienia. Pojęcie cyklu życia w zamówieniach publicznych odnosi się do przedmiotu zamówienia. Przy czym cykl „istnienia" w odniesieniu do dostawy, usługi lub roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia może obejmować nie tylko kolejne fazy, jakim podlega kolejno np. produkt będący przedmiotem zamówienia od jego wyprodukowania do zużycia, ale może obejmować również fazy poprzedzające jego wyprodukowanie, czyli badania, projektowanie czy testowanie, jak również fazę następującą po zużyciu produktu, w szczególności jego utylizację. Dlatego, jak wynika z definicji, pojęcie cyklu życia może odnosić się nie tylko do „wszystkich możliwych kolejnych" faz związanych z istnieniem produktu, świadczeniem usługi lub realizacją roboty budowlanej, ale cykl życia mogą stanowić również „powiązane ze sobą" fazy związane z istnieniem produktu, świadczeniem usługi lub realizacją roboty budowlanej, co umożliwia elastyczne podejście do określania cyklu życia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dostosowane do konkretnego przedmiotu zamówienia.

4. Dokumenty zamówienia. Przez pojęcie dokumentów zamówienia Pzp rozumie wszystkie dokumenty, które ze strony zamawiającego służą prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności określeniu lub opisaniu warunków zamówienia. Są to zarówno te dokumenty, które sporządził sam zamawiający, jak i te, których zamawiający wprawdzie sam nie przygotował, ale do których odwołuje się na użytek prowadzonego postępowania. Do dokumentów zamówienia należą przede wszystkim sporządzane przez zamawiającego:

specyfikacja warunków zamówienia albo opis potrzeb i wymagań, ale również np. dokumenty planistyczne czy normy, które wprawdzie nie zostały sporządzone przez zamawiającego, jednak zamawiający do nich odsyła, w celu doprecyzowania swoich wymagań. Do dokumentów zamówienia nie należą zatem dokumenty składane przez wykonawców w związku z ich udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie dokumentów zamówienia należy odróżnić od pojęcia dokumentacji postępowania czy dokumentowania przebiegu postępowania. Dwa ostatnie pojęcia odnoszą się zarówno do dokumentów zamówienia sporządzonych przez zamawiającego, jak również do wszystkich innych dokumentów wytworzonych przez zamawiającego albo dostarczonych zamawiającemu w związku z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do protokołu postępowania i do załączników do tego protokołu.

5. Dostawy. Dostawy należy rozumieć jako 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. Definicja dostaw w Pzp stanowi odzwierciedlenie definicji zamówienia na dostawy z dyrektyw klasycznej i sektorowej. Istota dostaw w rozumieniu Pzp leży w nabywaniu przez zamawiającego produktów: rzeczy ruchomych, energii lub wody lub praw majątkowych, o ile mogą być one przedmiotem obrotu. W przypadku praw majątkowych – np. prawa majątkowe na dobrach niematerialnych, w tym majątkowe prawa autorskie, prawa majątkowe z patentu i inne z zakresu własności przemysłowej. W kontekście definicji rzeczy z art. 45 Kc przez rzeczy ruchome należy rozumieć przedmioty materialne, które mogą być przedmiotem obrotu, a jednocześnie mogą być

przemieszczane. Samo nabycie należy natomiast rozumieć jako pozyskanie tych produktów lub dostępu do tych produktów przez zamawiającego na podstawie umowy, niekoniecznie przenoszącej własność. Typy umów, które mogą stanowić podstawę nabycia, wymienione są w definicji dostaw przykładowo. Jest wśród nich zarówno umowa dostawy, umowa sprzedaży[34], ale również umowa najmu[35], dzierżawy[36] i leasingu[37], w tym z opcją lub bez opcji zakupu. Są to więc zarówno umowy, które przenoszą własność, jak również umowy, których przedmiotem jest korzystanie z cudzych rzeczy i z cudzych praw. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, by stosunek prawny w ramach zamówienia publicznego był odpowiednio dostosowany do potrzeb, a zatem niekoniecznie zbudowany w oparciu o wymienione typy umów.

6. Dynamiczny system zakupów. Definicja dynamicznego systemu zakupów z art. 7 pkt 5 Pzp obejmuje trzy określające go elementy:

---

[34] Zgodnie z art. 535 **§ 1** Kc przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę.

[35] Zgodnie z art. 659 Kc przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz. Czynsz może być oznaczony w pieniądzach lub w świadczeniach innego rodzaju.

[36] Zgodnie z art. 693 Kc przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Czynsz może być zastrzeżony w pieniądzach lub świadczeniach innego rodzaju. Może być również oznaczony w ułamkowej części pożytków.

[37] Zgodnie z art. 7091 Kc przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego.

1) rodzaj zamówień, które mogą być dokonywane przy pomocy tego systemu,
2) sposób komunikacji w systemie,
3) czas trwania systemu.

Nie wszystkie zamówienia mogą być przedmiotem dynamicznego systemu zakupów, ale tylko takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które są „ogólnie dostępne". Pojęcie to, jakkolwiek mało precyzyjne, można odnieść do takich usług, dostaw lub robót budowlanych, które są dostępne w ofercie rynkowej, niejako „z półki" bez konieczności dostosowywania ich do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Przy uwzględnieniu jednego z celów dyrektywy klasycznej, jakim jest wykorzystanie dynamicznych systemów zakupów do nabywania „powszechnie używanych lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku", za ogólnie dostępne roboty budowlane należałoby uznać standardowe, powtarzalne prace budowlane, np. remontowe. W tej grupie zamówień nie mieści się np. budowa dużych obiektów budowlanych, ponieważ nie kwalifikują się one jako zakupy bieżące, których cechą jest powtarzalność. Sposób komunikacji w dynamicznym systemie zakupów może być wyłącznie elektroniczny. Okres trwania systemu musi być ograniczony w czasie, jakkolwiek długość tego okresu nie jest limitowana ustawą.

7. Innowacja. Innowacją jest wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu. Pojęcie innowacji w Pzp łączy się z „wdrażaniem" produktu lub usługi, czyli wprowadzeniem na rynek (w odniesieniu do produktu) albo faktycznym ich wykorzystaniem w działalności przedsiębiorstwa (w odniesieniu do usługi lub procesu). Termin „nowy" oznacza „nowość" w tym sensie, że produkt, usługa, proces nie był jeszcze oferowany na rynku (różni się znacząco

przeznaczeniem lub cechami od produktów na nim dostępnych), a powstaje bądź jest wdrażany po raz pierwszy w konsekwencji udzielonego zamówienia. Za podręcznikiem Oslo[38] jako przykład nowych metod produkcji (technik, urządzeń i oprogramowania wykorzystywanego do produkcji wyrobów lub usług) można przywołać wdrożenie nowych urządzeń automatyzujących proces produkcyjny w ramach linii produkcyjnej czy wdrożenie wspomagania komputerowego na potrzeby opracowywania i rozwoju produktów czy usług. Jako przykład nowej metody (procesu) dostawy (metody dostawy dotyczą w szczególności logistyki przedsiębiorstwa i obejmują urządzenia, oprogramowanie i techniki wykorzystywane do nabywania środków produkcji, alokowania zasobów w ramach firmy lub dostarczania produktów końcowych) może posłużyć wprowadzenie systemu kontroli przepływu towarów opartego na kodach kreskowych czy technologii RFID (radiowej identyfikacji towarów). Innowacje w obrębie procesów mogą mieć za cel: obniżenie kosztów jednostkowych produkcji lub dostawy, podniesienie jakości, produkcję bądź dostarczanie nowych lub znacząco udoskonalonych produktów. Innowacja jako „znaczne udoskonalenie" produktu, usługi lub procesu, odwołuje się do istniejących czy funkcjonujących na rynku produktów, usług lub procesów. Zgodnie z podręcznikiem Oslo znaczące udoskonalenie istniejących produktów oznacza ich udoskonalenie

[38] *Podręcznik Oslo: zasady gromadzenia i interpretacji danych dotyczących innowacji*, wydanie trzecie, wspólna publikacja Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju oraz Urzędu Statystycznego Wspólnot Europejskich w tłumaczeniu Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego: Departament Strategii i Rozwoju Nauki, Warszawa 2008 (dostępny w oryginale w języku angielskim i francuskim: Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Edition Manuel d'Oslo: principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation, 3e édition, OECD/European Communities 2005), s. 47-52 i 59

pod względem specyfikacji technicznych, komponentów i materiałów, wbudowanego oprogramowania czy łatwości obsługi lub innych cech funkcjonalnych zapewniających lepsze działanie tych produktów. Przykładem innowacji produktowej polegającej na wykorzystaniu nowych materiałów poprawiających działanie produktu może być np. zastosowanie „oddychających" tkanin w odzieży. Rutynowe aktualizacje czy modernizacje ani cykliczne zmiany sezonowe w produktach nie będą stanowić innowacji w obrębie produktu, ponieważ jako innowacja produktowa nie mogą być zakwalifikowane zmiany, które nie pociągają za sobą znaczącej zmiany cech funkcjonalnych lub zastosowań produktu. W odniesieniu do usług znaczące udoskonalenie może polegać na dodaniu nowych funkcji lub cech do istniejących usług, a także na wprowadzeniu znaczących udoskonaleń w sposobie świadczenia usług (jak podniesienie sprawności czy szybkości ich świadczenia). Według podręcznika Oslo przykładem takiego udoskonalenia może być wprowadzenie przez przedsiębiorstwa prowadzące wynajem pojazdów możliwości odbioru i zwrotu pojazdu we własnym domu klienta, co usprawnia dostęp klientów do tych usług. Znaczne udoskonalenie w obrębie procesów może polegać na znaczących zmianach w zakresie sprzętu i oprogramowania stosowanego przy świadczeniu usług lub na zmianach w zakresie procedur lub technik wykorzystywanych do świadczenia usług. Za przykład może posłużyć wprowadzenie bazujących na systemie GPS urządzeń lokalizacyjnych w usługach transportowych oraz opracowanie nowych technik zarządzania projektami w firmie doradczej. Nie stanowi natomiast innowacji w obrębie procesu zaprzestanie pewnych działań, nawet jeśli prowadzi to do podniesienia efektywności funkcjonowania. Również zakup identycznych modeli już zainstalowanych urządzeń albo niewielkie rozszerzenia i aktualizacje istniejących urządzeń lub oprogramowania nie

są innowacjami w zakresie procesu. Aby nowe urządzenia lub rozszerzenia oprogramowania mogły zostać uznane za innowacje w zakresie procesu, muszą jednocześnie stanowić nowość dla przedsiębiorstwa i wiązać się ze znaczącą poprawą w zakresie specyfikacji.

8. Kierownik zamawiającego. Funkcja kierownika zamawiającego może być sprawowana jednoosobowo albo przez organ wieloosobowy. Sprawowanie funkcji kierownika zamawiającego łączy się z zarządzaniem (kierowaniem) zamawiającym, co jest związane z zajmowaniem określonego stanowiska lub wykonywaniem określonej funkcji w organizacji zamawiającego. Które stanowisko albo funkcja ma taki charakter, wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a tam, gdzie prawo pozostawia regulowanie tej kwestii aktom wewnętrznym, odpowiednio – ze statutu albo z umowy. Ustawa o finansach publicznych w art. 53 wskazuje, że za całość gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych odpowiada kierownik tej jednostki. Kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest kierownikiem zamawiającego w rozumieniu Pzp. Na przykład z ustawy o samorządzie gminnym wynika, że wójt (burmistrz, prezydent miasta) jest organem wykonawczym gminy, kieruje bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje ją na zewnątrz oraz składa jednoosobowo oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem. Z przepisów ustawy wynika zatem, że wójt pełni w gminie funkcję kierownika zamawiającego.

W jednostkach organizacyjnych administracji publicznej, w której jest utworzone stanowisko dyrektora generalnego (m.in. ministerstwa i urzędy centralne administracji państwowej), kompetencje kierownika zamawiającego wykonuje dyrektor generalny (art. 24 ust. 4 ustawy o służbie cywilnej). Stanowisko dyrektora generalnego urzędu zostało utworzone w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, w urzędzie ministra,

urzędzie przewodniczącego komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów, urzędzie centralnego organu administracji rządowej oraz w urzędzie wojewódzkim (art. 25 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej).
W urzędach administracji rządowej (z wyłączeniem urzędów rejonowych i urzędów terenowych administracji specjalnej), zgodnie z art. 421 ustawy o pracownikach urzędów państwowych, dyrektor generalny urzędu wykonuje zadania kierownika urzędu przewidziane w tej ustawie oraz w odrębnych przepisach.
W odniesieniu do spółek kapitałowych kierownikiem zamawiającego będzie zarząd jako prowadzący sprawy spółki i uprawniony na podstawie ustawy do reprezentacji spółki na zewnątrz. Zarząd spółki może być z reguły wieloosobowy lub jednoosobowy (art. 201 § 1 i 2 i art. 368 § 1 i 2 Ksh).
Definicja z art. 7 pkt 7 Pzp wyłącza z pojęcia kierownika zamawiającego pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego. Funkcji kierownika zamawiającego nie będzie sprawował także prokurent, który jest umocowany w oparciu o pełnomocnictwo do działania w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy w sprawach sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa (art. 1091 Kc).
9. Konkurs. Konkurs jest to przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy. Publiczne przyrzecznie nagrody następuje w drodze ogłoszenia, które ze swojej istoty jest kierowane do nieograniczonej liczby podmiotów zainteresowanych. Publiczne przyrzeczenie oznacza związanie zamawiającego warunkami, które zostały określone dla celów przyznania tej nagrody. Zgodnie z art. 919 Kc, kto przez ogłoszenie publiczne przyrzekł nagrodę za wykonanie oznaczonej czynności,

obowiązany jest przyrzeczenia dotrzymać, a ocena, czy i które dzieło lub czynność zasługuje na nagrodę, należy do przyrzekającego, chyba że w przyrzeczeniu nagrody inaczej zastrzeżono. Publiczne ogłoszenie jest elementem każdej procedury konkursowej, bez względu na to, czy wartość konkursu przekracza, czy nie przekracza progi unijne, i bez względu na to, czy w procedurze konkursowej przewidziane jest ograniczanie liczby uczestników konkursu (konkurs ograniczony, konkurs dwuetapowy), czy też nie. Zgodnie z definicją konkursu nagroda przyrzekana jest za wykonanie pracy konkursowej i za przeniesienie prawa do tej pracy na rzecz zamawiającego. Pzp nie przewiduje automatycznego przeniesienia na zamawiającego praw majątkowych do wybranej pracy konkursowej, ale przewiduje, że kwestia przeniesienia praw majątkowych ma być przedmiotem postanowień przyszłej umowy między zamawiającym a wykonawcą, którego praca została wybrana (por. art. 333 ust. 2 pkt 16 Pzp). Konkurs jest uregulowany w rozdziale 3 działu IV Pzp poświęconego szczególnym instrumentom i procedurom w zakresie zamówień klasycznych (do przepisów tych odsyłają również w art. 362 pkt 2 Pzp przepisy działu V poświęconego zamówieniom sektorowym). Nie jest trybem udzielania zamówienia publicznego, niezależnie od faktu, że może prowadzić w konsekwencji do udzielenia zamówienia autorowi wybranej pracy konkursowej (por. art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 386 i 387 Pzp).

10. Kryteria selekcji. Pojęcie kryteriów selekcji związane jest z możliwością ograniczenia przez zamawiającego liczby wykonawców, którzy będą brali udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo w konkursie na jego dalszych etapach. Ich ustanowienie nie ma na celu wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu. Przy ich pomocy zamawiający spośród wykonawców niepodlegających

wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie wybiera tych, których zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Takie ograniczenie liczby wykonawców zakwalifikowanych do udziału w następnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (art. 148 Pzp), negocjacji z ogłoszeniem (art. 159 Pzp), dialogu konkurencyjnego (art. 177 Pzp), partnerstwa innowacyjnego (art. 195 Pzp) oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – w zamówieniach na podwykonawstwo (art. 423 ust. 2 Pzp).

Pzp nie określa możliwych do zastosowania kryteriów selekcji wykonawców ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani w konkursie. Kryteria selekcji mogą odnosić się do warunków udziału w postępowaniu, np. przy warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do doświadczenia w wykonywaniu określonych prac jako kryterium selekcji zamawiający wskazuje ilość takich wykonanych prac. Wykonawcy, którzy wykonali największą ilość tak zdefiniowanych przez zamawiającego prac, najlepiej spełniają kryteria selekcji. Kryteria selekcji mogą być inne niż warunki udziału w postępowaniu lub konkursie; mogą to być kryteria odnoszące się do warunków udziału oraz kryteria zupełnie nowe, ale odnoszące się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Np. jako kryterium selekcji może być przyjęte doświadczenie wykonawcy, podczas gdy nie było ono przewidziane w warunkach udziału albo inne kryteria odnoszące się do zdolności technicznej lub finansowej wykonawcy[39]. Nie ma jednak wątpliwości, że kryteria te, jako „obiektywne" i „niedyskryminacyjne", muszą służyć realizacji

[39] S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, VOL. 1, Third Edition, 2014 Thomson Reuters (Professional) UK Limited trading as Sweet &Maxwell, s. 688

celu selekcji, tj. wyborowi wykonawców w najwyższym stopniu zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia lub osiągnięcia celów konkursu.
Nie stoi nic na przeszkodzie użyciu kilku kryteriów selekcji, natomiast wówczas koniecznym jest określenie wag tych kryteriów i zasad, jak będą punktowani wykonawcy lub uczestnicy.
Sposób konstruowania kryteriów selekcji powinien być zgodny z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dlatego kryteria powinny być jasne, precyzyjne i jednoznaczne, tak aby przeciętny wykonawca mógł zrozumieć ich treść i zinterpretować je w taki sam sposób, a zamawiający mógł mieć pewność, kiedy i w jakim stopniu dane kryterium jest przez wykonawcę spełnione.
Kryteria selekcji nie mogą opierać się na elementach dotyczących ofert wykonawców, w szczególności na cenie, terminie realizacji, gwarancji.

11. Łańcuch dostaw. Pojęciu łańcucha dostaw na gruncie Pzp krajowy ustawodawca nadał znaczenie zbieżne ze znaczeniem, w jakim to pojęcie występuje w nocie wyjaśniającej KE dotyczącej bezpieczeństwa dostaw w rozumieniu dyrektywy obronnej[40]. W punkcie 37 cyt. noty wyjaśniającej organizacja łańcucha dostaw została zdefiniowana jako wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. W ślad za tą definicją przepis art. 7 pkt 10 Pzp definiuje łańcuch dostaw jako wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia. Definicja łańcucha dostaw została

[40] *Guidance Note – Security of Supply* opublikowana na stronach internetowych KE pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; tłumaczenie na język polski znaleźć można w: J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, s. 137 i nast. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/24880/dyrektywa_obronna.pdf (dostęp: 1 marca 2021)

wprowadzona przede wszystkim na użytek przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a mianowicie regulacji przewidzianych w art. 408 ust. 1 pkt 3 i 7 Pzp dotyczących bezpieczeństwa dostaw.

Niezależnie od powyższego pojęcie łańcucha dostaw ma znaczenie w szerszym kontekście zamówień zrównoważonych. Dokonując oceny spełniania przez wykonawców kryteriów społecznych i środowiskowych, można mówić o zrównoważonym łańcuchu dostaw.

12. Newralgiczne roboty budowlane. Definicja newralgicznych robót budowlanych została wprowadzona na użytek określenia zakresu zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Pojęciem newralgicznych robót budowlanych objęte są roboty budowlane przeznaczone do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Pierwowzoru tej definicji należy szukać w art. 1 pkt 7 dyrektywy obronnej.

Roboty budowlane należy rozumieć zgodnie z art. 7 pkt 21 Pzp jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy klasycznej, w załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz objętych działem 45 CPV[41], lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przez obiekt budowlany zgodnie z art. 7 pkt 14 Pzp należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie

[41] Rozporządzenie w sprawie CPV

budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.
Definicją newralgicznych robót budowlanych objęte są roboty budowlane, które mają być użyte **do celów bezpieczeństwa**.
Bezpieczeństwo rozumiane jest możliwie szeroko, przy czym na potrzeby definicji newralgicznych robót budowlanych szczególnie istotne jest bezpieczeństwo o charakterze niewojskowym.
Zgodnie z motywem 11 preambuły dyrektywy obronnej w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego dyrektywa ta powinna dotyczyć zamówień, które posiadają cechy podobne do zamówień w dziedzinie obronności i mają charakter równie wrażliwy (newralgiczny). Może tak być szczególnie w obszarach, gdzie te same misje prowadzone są przez siły wojskowe i niewojskowe lub tam, gdzie celem zamówienia jest ochrona bezpieczeństwa Unii Europejskiej lub państw członkowskich, na ich terytorium lub poza nim, przed poważnymi zagrożeniami ze strony podmiotów pozamilitarnych lub pozarządowych. Może to obejmować, tytułem przykładu, ochronę granic, działania policji oraz zarządzanie kryzysowe. Jak wskazano w nocie wyjaśniającej Komisji Europejskiej dotyczącej zakresu zastosowania dyrektywy obronnej, „w dzisiejszym środowisku strategicznym bezpieczeństwo obejmuje szeroki zakres bardzo różnych obszarów, działań i podmiotów. Ponadto w pewnych obszarach linia podziału między obronnością i bezpieczeństwem jest niewyraźna, co mnoży podobieństwa między wojskowymi i niewojskowymi potrzebami i zakupami. Celem dyrektywy jest w szczególności uwzględnienie tych »szarych« obszarów”[42].

[42] *Guidance Note – Field of application* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011 r., s. 113 i nast.

Niezbędne do określenia zakresu znaczeniowego newralgicznych robót budowlanych pojęcie **informacji podlegających ochronie** obejmuje zarówno informacje niejawne w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych, jak i inne informacje podlegające ochronie ze względów bezpieczeństwa. Takie rozumienie tego pojęcia jest zgodne z art. 1 pkt 8 dyrektywy obronnej, który definiuje informacje niejawne jako wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które – w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim – wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem.
Definicja newralgicznych robót budowlanych obejmuje roboty budowlane, które:

1) **wiążą się z korzystaniem** z informacji niejawnych lub podlegających ochronie, lub
2) **wymagają wykorzystania** takich informacji lub
3) takie informacje niejawne lub podlegające ochronie **zawierają**.

13. Newralgiczny sprzęt. Definicja newralgicznego sprzętu została wprowadzona na potrzeby określenia zakresu zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Dostawy newralgicznego sprzętu oraz dostawy, usługi i roboty budowlane bezpośrednio związane z newralgicznym sprzętem stanowią bowiem obok newralgicznych usług i newralgicznych robót budowlanych przedmiot zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa. Można spróbować postawić znak równości między

newralgicznym sprzętem a newralgicznymi dostawami, wzorem newralgicznych usług i newralgicznych robót budowlanych, mimo że Pzp nie posługuje się pojęciem newralgicznych dostaw. Należy jednak pamiętać, że przedmiotem zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa oprócz dostaw newralgicznego sprzętu mogą być również dostawy bezpośrednio związane ze sprzętem newralgicznym. Takie dostawy stanowiłyby dostawy newralgiczne *sensu largo*. Dostawy newralgicznego sprzętu stanowiłyby natomiast dostawy newralgiczne *sensu stricto*.

Pojęcie newralgicznego sprzętu obejmuje sprzęt przeznaczony do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera. Newralgiczny sprzęt, podobnie jak newralgiczne roboty budowlane i newralgiczne usługi, oznacza sprzęt przeznaczony do celów bezpieczeństwa rozumianego możliwie szeroko, przy czym na użytek definicji newralgicznego sprzętu istotne jest bezpieczeństwo o charakterze niewojskowym. Definicja newralgicznego sprzętu obejmuje zatem sprzęt, który:

1) **wiąże się z korzystaniem** z informacji niejawnych lub podlegających ochronie, lub
2) **wymaga wykorzystania** takich informacji lub
3) takie informacje niejawne lub podlegające ochronie **zawiera**.

14. Newralgiczne usługi. Definicja newralgicznych usług została wprowadzona na użytek określenia zakresu zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Pojęcie newralgicznych usług obejmuje usługi przeznaczone **do celów bezpieczeństwa**, które wiążą się z korzystaniem z **informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie**

ze względów bezpieczeństwa, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Usługi należy rozumieć zgodnie z art. 7 pkt 28 Pzp jako wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Newralgiczne usługi, podobnie jak newralgiczne roboty budowlane i newralgiczny sprzęt, oznaczają usługi przeznaczone do celów bezpieczeństwa. Bezpieczeństwo należy rozumieć możliwie szeroko, przy czym na użytek definicji newralgicznych usług istotne jest bezpieczeństwo o charakterze niewojskowym. Definicja newralgicznych usług obejmuje zatem usługi, które:

1) **wiążą się z korzystaniem** z informacji niejawnych lub podlegających ochronie, lub
2) **wymagają wykorzystania** takich informacji lub
3) takie informacje niejawne lub podlegające ochronie **zawierają**.

15. Obiekt budowlany. Definicja obiektu budowlanego jako rezultatu wykonania całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, jest właściwa wyłącznie dla systemu zamówień publicznych. Pojęcie obiektu budowlanego służy zdefiniowaniu robót budowlanych w art. 7 pkt 21 Pzp. Obie definicje są właściwe tylko dla Pzp i wywodzą się z dyrektyw. Definicja obiektu budowlanego w Pzp przenosi niemal dosłownie definicję obiektu budowlanego z art. 2 pkt 7 dyrektywy klasycznej, art. 2 pkt 3 dyrektywy sektorowej oraz art. 1 pkt 3 dyrektywy obronnej. Definicja obiektu budowlanego z Pzp różni się od definicji obiektu budowlanego z Prawa budowlanego. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego przez obiekt budowlany należy rozumieć: budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Elementy konstrukcyjno-techniczne składające się na definicję z Prawa budowlanego z perspektywy definicji obiektu budowlanego w Pzp nie są elementami przedmiotowo istotnymi. Dla celów Pzp istotne jest funkcjonalne rozumienie pojęcia obiektu budowlanego, które ma służyć określeniu tego, co jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustaleniu wartości tego zamówienia. W tym kontekście, podczas gdy na podstawie Prawa budowlanego jako obiekt budowlany zdefiniowany zostanie pojedynczy budynek, budowla lub obiekt małej architektury, obiektem budowlanym z Pzp może być kompleks różnych budynków budowli i obiektów małej architektury, jeżeli łącznie spełniają one określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Dla celów definicji z Pzp ocena, czy w konkretnym przypadku na obiekt budowlany składa się jeden budynek, czy też szereg budowli w rozumieniu Prawa budowlanego, a co za tym idzie – czy na wartość takiego zamówienia jako obiektu budowlanego będą składały się wartości różnych budynków, budowli czy obiektów małej architektury, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt ten jako całość będzie spełniał[43].

16. Oferta częściowa. Pzp definiuje ofertę częściową jako ofertę przewidującą, zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia. Oferta częściowa jest szczególnym rozwiązaniem w Pzp. W odniesieniu do ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że oferta wykonawcy powinna dotyczyć całości zamówienia i że wykonawca może złożyć tylko

[43] Por. wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 J*ean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne*, ECLI:EU:C:2007:31, pkt 41–42; wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2005:652, pkt 26

jedną ofertę (por. art. 218 Pzp). Oferta częściowa może być złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy zamawiający skorzysta z możliwości podzielenia zamówienia na części. Skutkiem takiego podzielenia może być przeprowadzenie jednego postępowania, w ramach którego zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Oferta częściowa powinna odnosić się do wykonania tej części zamówienia, w ramach której jest składana.

Zamawiający może podzielić zamówienie na części (jeśli jest podzielne) w zależności od swoich potrzeb. Poza tym podział zamówienia jest z reguły korzystny dla zamawiającego, ponieważ wpływa na zwiększenie konkurencji w postępowaniu, w szczególności sprzyja zainteresowaniu postępowaniem liczniejszej grupy wykonawców, przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw. Ta grupa wykonawców ma większe szanse na udział w postępowaniu i większe szanse sprostania warunkom zamówienia w ramach poszczególnych części niż w przypadku całego zamówienia, w szczególności dotyczy to zasobów osobowych, zaplecza w postaci potrzebnych sprzętu i urządzeń, ale także może łatwiej udźwignąć koszty związane z finansowaniem realizacji zamówienia w części. Niemniej o podziale zamówienia na części decyduje każdorazowo zamawiający. Pozostawienie podziału zamówienia na części do uznania zamawiającego oznacza, że nie tylko decyzja co do podziału zamówienia, ale także przedmiot i zakres poszczególnych części zamówienia są również poddane decyzji zamawiającego. Oczywiście tak jak wszystkie działania zamawiającego związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tak i podział zamówienia na części podlega weryfikacji w ramach środków ochrony prawnej.

17. Pisemność. Definicja pisemności odpowiada zdefiniowanym w art. 2 pkt 18 dyrektywy klasycznej i art. 2 pkt 14 dyrektywy sektorowej pojęciom

„pisemnie" i „na piśmie" rozumianym jako każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych. Definicja z art. 7 pkt 16 Pzp precyzuje, że możliwość odczytania i powielenia dotyczy nie tylko wyrazów i cyfr, ale również znaków pisarskich. Ograniczenie komunikacji do wyrazów, znaków i cyfr, które można „odczytać", oznacza, że w pojęciu pisemności nie mieszczą się nagrania wizualne, dźwiękowe ani audiowizualne. Takie nagrania, obejmujące treść przechowywaną w postaci elektronicznej, choć są dokumentami elektronicznymi, nie będą spełniały wymogów pisemności. Pojęcie pisemności determinuje rozumienie jednej z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady pisemnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 20 ust. 1 Pzp) i ma odniesienie nie tylko do komunikacji między zamawiającym a wykonawcami, sposobu udostępniania dokumentów postępowania, ale również do sporządzania i gromadzenia dokumentacji postępowania, w tym prowadzenia protokołu. Pisemne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest tożsame z wymianą informacji czy dokumentowaniem w postaci papierowej. Pisemność będzie zachowana także w przypadku prowadzenia korespondencji elektronicznie, o ile taka korespondencja pozwala z jednej strony na przesłanie, a z drugiej strony na odczytanie tekstu, znaków pisarskich albo graficznych. W szczególności pisemność jest zachowana w przypadku wiadomości tekstowych przesyłanych drogą mailową, korespondencji złożonej z dokumentów elektronicznych przekazywanej za pomocą elektronicznej skrzynki odbiorczej albo formularzy elektronicznych wypełnianych on-line.

Ustawodawca, zastrzegając obowiązek zachowania określonej formy dla składania poszczególnych oświadczeń w toku postępowania, posługuje się w przepisach Pzp pojęciami: forma pisemna, pisemność, forma elektroniczna i postać elektroniczna.

17.1. Forma pisemna, tj. złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 kc), jest wymagana w ustawie m.in. w przypadku powierzenia pracownikowi wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego (art. 52 ust. 2 Pzp); składania oświadczenia w sprawie konfliktu interesów i skazania za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 56 ust. 4 Pzp); pod rygorem nieważności – w przypadku składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosku o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców w zamówieniach sektorowych, oferty lub jej części w postępowaniach wyłączonych spod elektronizacji, jeżeli taką formę składania dokumentów wybierze zamawiający (art. 65 ust. 3 Pzp); pod rygorem nieważności – w przypadku zawierania umowy (art. 432 Pzp); pod rygorem nieważności – w przypadku zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane (art. 464 ust. 3 Pzp) i sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane (art. 464 ust. 6 Pzp).

17.2. Pisemność, tj. wyrażenie informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać, powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Będzie to wystarczająca forma komunikowania się pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w przypadku m.in. zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 3 Pzp, art. 307 ust. 3 Pzp); zgody na wybór mimo upływu terminu związania ofertą (art. 252 ust. 2 Pzp). Sankcją

przewidzianą w ustawie za brak pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub wybór oferty mimo upływu terminu związania ofertą, jest odrzucenie oferty (art. 226 ust. 1 pkt 12 i 13 Pzp). Pisemność jest wymagana również w przypadku wezwania do uzupełnienia oferty, jeżeli nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej (art. 313 ust. 2 Pzp); procedury składania ofert w umowie ramowej (art. 314 ust. 4 Pzp); zgłoszenia do udziału w konkursie (art. 352 ust. 1 Pzp); zgłoszenia uwag przez wykonawcę pisemnie w ramach procedury poprzedzającej dokonanie bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 465 ust. 4 Pzp).

17.3. Forma elektroniczna, tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest zastrzeżona pod rygorem nieważności dla składania oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosku o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców w zamówieniach sektorowych, JEDZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 63 ust. 1 Pzp). Forma elektroniczna jest również jedną z dopuszczonych form składania oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, oświadczenia o spełnianiu warunków i niepodleganiu wykluczeniu w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 63 ust. 2 Pzp). Formę elektroniczną pod rygorem nieważności Pzp zastrzega również dla postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej (art. 234 ust. 2 Pzp).

Z uwagi na to, że kc zrównuje złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej ze złożeniem oświadczenia woli w formie pisemnej (art. 78^1 § 2 kc), forma elektroniczna będzie dopuszczalna w przypadku

składania oświadczeń, dla których zastrzeżona jest forma pisemna. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że wskazana ekwiwalentność formy pisemnej i elektronicznej nie ma charakteru wzajemnego. Złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej nie będzie oznaczało spełnienia wymagań zastrzeżonych dla formy elektronicznej.

17.4. Postać elektroniczna to pojęcie wskazujące na nośnik oświadczenia. O zapisie w postaci elektronicznej mówimy wtedy, gdy do zapisu i odczytu informacji używamy środków technicznych zapisujących informację binarnie, a interpretacji i wyświetlenia (wydrukowania) w formie czytelnej dla odbiorcy dokonuje się za pomocą odpowiedniego oprogramowania interpretującego zapisy.

Postać elektroniczna, opatrzona podpisem zaufanym lub osobistym została w Pzp zastrzeżona pod rygorem nieważności jako alternatywa dla formy elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne dla składania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (art. 63 ust. 2 Pzp). Postać elektroniczna została również zastrzeżona w Pzp dla wniesienia wadium w formach niepieniężnych.

Pisma w postępowaniu odwoławczym mogą być wnoszone również w postaci elektronicznej w zakresie dopuszczonym w art. 508 Pzp.

18. Podmiotowe środki dowodowe. Podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przez to pojęcie Pzp rozumie w praktyce określone rodzaje dokumentów, wymienione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Sytuacja podmiotowa wykonawcy jest analizowana przez

zamawiającego w kontekście spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w kontekście podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.
Do podmiotowych środków dowodowych nie jest zaliczane oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

19. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określając jego specyfikę, precyzuje moment jego wszczęcia, cel oraz moment zakończenia. Czynnością, od której zasadniczo rozpoczyna się postępowanie, jest odpowiednio:

1) w trybach postępowania, do których ma zastosowanie wymóg publikacji ogłoszenia tzn. przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego – przekazanie ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartościach od progów unijnych) albo zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (przy wartości zamówienia poniżej progów unijnych) w przypadku trybu podstawowego i partnerstwa innowacyjnego,
2) w trybie negocjacji bez ogłoszenia i w trybie zamówienia z wolnej ręki – przekazanie zaproszenia do negocjacji (por. art. 130 ust. 1, 276 ust. 1 i 298 ust. 1 Pzp).

Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako uporządkowanego ciągu czynności wynika przede wszystkim z przepisów Pzp, które określają właściwe dla poszczególnych trybów postępowania etapy i związane z nimi czynności, w tym dotyczące ogłoszenia,

udostępnienia dokumentów postępowania, otwarcia ofert lub wniosków, zaproszenia do kolejnego etapu postępowania, oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty albo wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający jako gospodarz prowadzonego postępowania określa reguły istotne dla tego postępowania związane z jego celem. Są to zasady i warunki dotyczące realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, ale także wymagania proceduralne dotyczące składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wszystko to ma prowadzić do osiągnięcia celu postępowania, to jest wyboru najkorzystniejszej oferty, a w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Konsekwencją wyboru najkorzystniejszej oferty jest z zasady zawarcie umowy z wykonawcą, który tę ofertę złożył. Czynności dokonywane pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego są czynnościami w postępowaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy albo unieważnieniem postępowania, przy czym sama czynność zawarcia umowy nie należy już do czynności wykonywanych w tym postępowaniu.

20. Protokół postępowania. Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokumentem sporządzanym przez zamawiającego, mającym potwierdzać przebieg tego postępowania. Do protokołu postępowania zamawiający dołącza załączniki, tj. dokumenty i informacje w postępowaniu składane przez wykonawców, dostarczane przez samego zamawiającego, a także umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 73 i n. Pzp). Obowiązek sporządzenia protokołu pisemnie można wywodzić z ogólnej zasady wyrażonej

w art. 20 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w Pzp, prowadzi się pisemnie. Nie oznacza to – wobec definicji pisemności z art. 7 pkt 16 Pzp – że musi być on prowadzony w postaci papierowej, może to być również postać elektroniczna. Sporządzanie protokołu w tracie postępowania ma służyć przejrzystości procesu udzielania zamówienia publicznego, ale także potwierdzać i uzasadniać decyzje zamawiającego podejmowane w trakcie postępowania i ostateczny wybór wykonawcy, z którym została podpisana umowa. Stąd też protokół wraz z załącznikami, powinien zawierać informacje na temat wszystkich istotnych zdarzeń i sytuacji związanych z postępowaniem, które prowadzą do podejmowania przez zamawiającego decyzji znaczących dla przebiegu tego postępowania. Minimalny zakres informacji, które powinny być zawarte w protokole został określony w art. 72 Pzp, a zagadnienie, jakie załączniki powinny towarzyszyć sporządzaniu protokołu, reguluje art. 73 Pzp.

21. Przedmiotowe środki dowodowe. W odróżnieniu od podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą wykonawcy i służą generalnie potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Do przedmiotowych środków dowodowych należą m.in. certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność albo sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę (por. art. 105 Pzp), określone przez zamawiającego etykiety, dokumentacja techniczna

producenta (por. art. 104 Pzp), a także próbki, zdjęcia, makiety itp. Przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy. Ze względu na funkcję, jaką pełnią przedmiotowe środki dowodowe, zasadą jest, że powinny być one składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego razem z ofertą (por. art. 107 ust. 1 Pzp).

22. Roboty budowlane. Pojęcie robót budowlanych jest pojęciem autonomicznym dla systemu zamówień publicznych, jednolitym w obrębie prawa unijnego z zakresu zamówień publicznych. Definicja z Pzp wywodzi się wprost z dyrektyw unijnych[44] poprzez odwołanie do załącznika II do dyrektywy klasycznej oraz załącznika I do dyrektywy sektorowej, a także do załącznika I dział 45 rozporządzenia w sprawie CPV. Pojęcie robót budowlanych obejmuje zatem:

1) wykonanie robót budowlanych wymienionych w załączniku II do dyrektywy klasycznej oraz w załączniku I do dyrektywy sektorowej albo
2) zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wymienionych w załączniku II do dyrektywy klasycznej oraz w załączniku I do dyrektywy sektorowej albo

[44] Stosownie do art. 2 ust. 1 pkt 6 dyrektywy klasycznej oraz art. 2 pkt 2 dyrektywy sektorowej zamówienia na roboty budowlane oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest jedno z następujących działań: a) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych odpowiednio w załączniku I albo II do dyrektywy; b) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego; c) realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu. „Obiekt budowlany" oznacza natomiast wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 ust. 1 pkt 7 dyrektywy klasycznej i art. 2 pkt 3 dyrektywy sektorowej).

3) wykonanie obiektu budowlanego albo
4) zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego albo
5) realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Jak łatwo zauważyć, definicja z art. 7 pkt 21 Pzp odbiega od definicji robót budowlanych z Prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego przez roboty budowlane należy bowiem rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Pojęcie roboty budowlanej zdefiniowane w Pzp służy nie tyle technicznemu określeniu, co stanowi robotę budowlaną, ile określeniu zakresu zamówienia mającego za przedmiot roboty budowlane, w szczególności w kontekście technicznej i ekonomicznej (gospodarczej) funkcji, jaką ma pełnić rezultat tych robót. Ze względu na funkcjonalne podejście do pojęcia robót budowlanych w zamówieniach publicznych pojawia się zagadnienie dotyczące zakwalifikowania zamówień na podobne prace budowlane wykonywane w różnych obiektach, a także robót budowlanych w ramach obiektów sieciowych, np. dróg czy połączeń energetycznych jako jednej lub wielu robót budowlanych. Rezultatem zakwalifikowania robót budowlanych prowadzonych na różnych odcinkach sieci jako jednego zamówienia musi być agregacja tych robót, czyli połączenie poszczególnych robót budowlanych w jedno zamówienie. Zagadnienie to było przedmiotem spraw, w których rozstrzygał TSUE. W jednej ze spraw TSUE stwierdził[45], że definicja roboty budowlanej powinna być rozpatrywana w kontekście funkcji technicznej i gospodarczej rezultatu robót budowlanych.

[45] Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2000:541

23. Sprzęt wojskowy. Definicja sprzętu wojskowego została wprowadzona na potrzeby określenia zakresu zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Dostawy sprzętu wojskowego oraz dostawy, usługi i roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym stanowią bowiem obok usług do celów wojskowych i robót budowlanych do celów wojskowych przedmiot zamówień udzielanych w dziedzinie obronności. Pojęcie sprzętu wojskowego obejmuje wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne. Zgodnie z motywem 10 preambuły dyrektywy obronnej przez sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności **typy produktów** figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych, przyjętym decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.,[46] a państwa członkowskie, dokonując transpozycji dyrektywy, mogą ograniczyć się wyłącznie do tego wykazu.
W tym miejscu podkreślenia wymaga, że definicja sprzętu wojskowego, która stanowi istotny element pozwalający określić zakres zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, opiera się na tym samym wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych, który służy do określenia zakresu zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 346 TFUE (dawniej art. 296 TWE). W myśl tego przepisu każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony swoich podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji

[46] W 2008 r. ta lista uzbrojenia z 1958 r. została przetłumaczona na wszystkie języki urzędowe Unii Europejskiej; lista została publicznie udostępniona pod adresem https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=pl&f=ST%2014538%202008%20REV%204

lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Inaczej mówiąc, przepis art. 346 TFUE upoważnia państwa członkowskie do podjęcia wszelkich środków, w tym odstąpienia od stosowania regulacji dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli dane państwo uzna to za konieczne dla ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Jak wskazuje Komisja w punkcie 7 noty wyjaśniającej dotyczącej zakresu zastosowania dyrektywy obronnej, fakt, że przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy obronnej i wyłączenia przewidzianego w art. 346 TFUE został określony poprzez odesłanie do tego samego wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych, odzwierciedla podstawową koncepcję unijnego prawodawcy, zgodnie z którą dyrektywa obronna ustanawia ogólny reżim udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, dostosowany do specyfiki tych sektorów, zaś przepis art. 346 TFUE znajduje zastosowanie do wyjątkowych przypadków, gdy nawet przepisy dyrektywy obronnej uwzględniające specyfikę zamówień w dziedzinach obronności okazują się niewystarczające dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Wspomniana lista uzbrojenia z 1958 r. obejmuje:

1) broń ręczną i automatyczną, taką jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm;
2) broń artyleryjską, a także broń dymną, gazową oraz miotacze ognia, z podziałem na:

a. armaty, haubice, moździerze, broń artyleryjską, broń przeciwpancerną, wyrzutnie rakietowe, miotacze ognia, broń bezodrzutową,
b. wojskową broń dymną i gazową;

3) amunicję do broni wymienionej powyżej;
4) bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające, z podziałem na:
   a. bomby, torpedy, granaty, w tym granaty dymne, bomby dymne, rakiety, miny, pociski naprowadzające, granaty podwodne, bomby zapalające,
   b. aparaty wojskowe i komponenty specjalnie zaprojektowane do obsługi, montażu, demontażu, odpalania lub wykrywania wymienionych rodzajów broni;
5) wojskowy sprzęt kierowania ogniem:
   a. komputerowe systemy odpalania i systemy naprowadzające na podczerwień, a także inne urządzenia do nocnego naprowadzania,
   b. dalmierze, urządzenia wskazujące pozycję, wysokościomierze,
   c. elektroniczne urządzenia do śledzenia obiektów – żyroskopowe, optyczne i akustyczne,
   d. celowniki bombowe i celowniki broni oraz peryskopy stosowane w urządzeniach wymienionych w wykazie;
6) czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe z podziałem na:
   a. czołgi,
   b. uzbrojone lub opancerzone pojazdy wojskowe, w tym pojazdy pływające,
   c. samochody opancerzone,
   d. półgąsienicowe pojazdy wojskowe,

e. pojazdy wojskowe opancerzone,
f. przyczepy przeznaczone do transportu amunicji określonej powyżej w punktach 3 i 4;

7) środki trujące lub środki radioaktywne z podziałem na:
a. biologiczne lub chemiczne środki trujące oraz środki radioaktywne przystosowane do użycia podczas działań wojennych przeciwko ludziom, zwierzętom lub plonom,
b. aparaty wojskowe do propagacji, wykrywania i określania takich substancji,
c. materiały do ich zwalczania;

8) prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające, z podziałem na:
a. prochy oraz płynne lub stałe materiały miotające specjalnie zaprojektowane do stosowania wraz materiałami wymienionymi w punktach 3, 4 i 7,
b. wojskowe środki wybuchowe,
c. środki zapalające i mrożące do celów wojskowych;

9) okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym, z podziałem na:
a. wszelkiego rodzaju okręty wojenne,
b. sprzęt specjalnie zaprojektowany do kładzenia, wykrywania i trałowania min,
c. kable podwodne;

10) samoloty i sprzęt do celów wojskowych;

11) wojskowy sprzęt elektroniczny;

12) aparaty i sprzęt fotograficzny specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych;

13) inny sprzęt z podziałem na:

a. spadochrony i sprzęt spadochronowy,
b. sprzęt do przekraczania cieków wodnych specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych,
c. elektronicznie wspomagane reflektory do celów wojskowych;

14) specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów wymienionych w wykazie;
15) maszyny, sprzęt i urządzenia zaprojektowane wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli uzbrojenia, amunicji oraz aparatów o charakterze wyłącznie wojskowym wymienionych w tym wykazie.

W motywie 10 preambuły dyrektywy obronnej wskazuje się, że lista uzbrojenia z 1958 r. ma charakter ogólny i powinna być szeroko interpretowana w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymagań wojskowych prowadzących do opracowania nowych typów sprzętu, przykładowo na podstawie wspólnej listy sprzętu wojskowego (*Common Military List*) Unii Europejskiej. Taką wspólną listę sprzętu wojskowego Unii Europejskiej w ramach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa stanowi obecnie wspólny wykaz uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę w dniu 17 lutego 2020 r. (2020/C 85/01)[47]. Wykaz ten zawiera sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZiB, określającym wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego[48]. Na gruncie prawa krajowego taką listę sprzętu wojskowego zawiera rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 17 kwietnia 2020 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie (Dz. U. poz. 901).

[47] Dz. Urz. UE C 85 z 13.03.2020, str. 1
[48] Dz. Urz. UE L 335 z 13.12.2008, s. 99

W cytowanym motywie 10 preambuły dyrektywy obronnej podkreśla się ponadto, że wykaz broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. obejmuje jedynie sprzęt, który został specjalnie zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany dla celów wojskowych. Tymczasem definicja sprzętu wojskowego obejmuje również produkty, które – choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego, a zatem nie były zaprojektowane, opracowane i wyprodukowane do celów wojskowych – zostały później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych. W nocie wyjaśniającej dotyczącej zakresu zastosowania dyrektywy obronnej Komisja Europejska podaje przykład zmilitaryzowanej wersji śmigłowca, który pierwotnie był zaprojektowany na potrzeby cywilne.

24. Środki komunikacji elektronicznej. Definiując środki komunikacji elektronicznej, Pzp odsyła do znaczenia tego pojęcia nadanego mu przez ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Dopełnieniem tej definicji jest pojęcie systemu teleinformatycznego z tej ustawy. Zgodnie zatem z art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Przy czym, zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, przez system teleinformatyczny należy rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju

sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z art. 2 pkt 43 Prawa telekomunikacyjnego telekomunikacyjne urządzenie końcowe jest przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci, to znaczy do fizycznych punktów, w których jest możliwy dostęp do publicznej sieci telekomunikacyjnej. Na środki komunikacji elektronicznej będą składać się zatem urządzenia końcowe, takie jak komputery osobiste oraz inne urządzenia teleinformatyczne typu: serwery teleinformatyczne, centrale telefoniczne, modemy, routery itp.; systemy telekomunikacyjne umożliwiające transmisję danych np. w technologii Ethernet; a także oprogramowanie współpracujące z urządzeniami informatycznymi: protokoły, sterowniki urządzeń czy oprogramowanie komunikacyjne.

25. Środki publiczne. Pzp definiuje środki publiczne poprzez odesłanie do znaczenia tego pojęcia nadanego mu przez ustawę o finansach publicznych. Zatem zgodnie z art. 5 ust. 1 tej ustawy środkami publicznymi są:

1) dochody publiczne, do których, w oparciu o art. 5 ust. 2 stawy o finansach publicznych zalicza się:
   a. daniny publiczne: podatki, składki, opłaty, wpłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz banków państwowych, a także inne świadczenia pieniężne, których obowiązek ponoszenia na rzecz państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych oraz innych jednostek sektora finansów publicznych wynika z odrębnych ustaw,
   b. inne dochody budżetu państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów

publicznych należne na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych,

c. wpływy ze sprzedaży wyrobów i usług świadczonych przez jednostki sektora finansów publicznych,

d. dochody z mienia jednostek sektora finansów publicznych, a w szczególności:

– wpływy z umów najmu, dzierżawy i innych umów o podobnym charakterze,

– odsetki od środków na rachunkach bankowych,

– odsetki od udzielonych pożyczek i od posiadanych papierów wartościowych,

– dywidendy z tytułu posiadanych praw majątkowych,

e. spadki, zapisy i darowizny w postaci pieniężnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych,

f. odszkodowania należne jednostkom sektora finansów publicznych,

g. kwoty uzyskane przez jednostki sektora finansów publicznych z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji,

h. dochody ze sprzedaży majątku, rzeczy i praw, niestanowiące przychodów budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzących ze sprzedaży papierów wartościowych lub z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,

2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), do których, w oparciu o art. 5 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zalicza się:

a. środki pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, z wyłączeniem środków przeznaczonych na realizację programów w ramach celu Europejska Współpraca Terytorialna, programów, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1638/2006 oraz programów Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa;
b. niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), z wyłączeniem środków przeznaczonych na realizację programów w ramach Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2004–2009 oraz Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2004–2009:
   – Norweskiego Mechanizmu Finansowego,
   – Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
   – Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy;
c. środki przeznaczone na realizację programów przedakcesyjnych oraz Programu Środki Przejściowe,
d. środki na realizację wspólnej polityki rolnej,
e. środki przeznaczone na realizację:
   – programów w ramach celu Europejska Współpraca Terytorialna,
   – programów, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1638/2006 z dnia 24 października 2006 r. określającym przepisy ogólne w sprawie ustanowienia Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (Dz. Urz. UE L 310 z 9.11.2006, str. 1) oraz programów Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa, w szczególności programów krajowych

i wielokrajowych, które obejmują pomoc dla jednego kraju partnerskiego lub odnoszą się do współpracy regionalnej lub subregionalnej pomiędzy dwoma, lub większą liczbą krajów partnerskich, w której mogą uczestniczyć państwa członkowskie, programów współpracy transgranicznej, które obejmują współpracę pomiędzy jednym lub większą liczbą państw członkowskich z jednej strony i jednym lub większą liczbą krajów partnerskich z drugiej strony, realizowanych w regionach położonych przy ich wspólnej części zewnętrznej granicy Wspólnoty i wspólnych programów operacyjnych w dziedzinie współpracy transgranicznej,

- Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2004–2009,
- Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2004–2009;

f. środki przeznaczone na realizację Inicjatywy na rzecz zatrudnienia ludzi młodych,

g. środki Europejskiego Funduszu Pomocy Najbardziej Potrzebującym,

h. środki pochodzące z instrumentu „Łącząc Europę", o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1316/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. ustanawiającym instrument „Łącząc Europę", zmieniającym rozporządzenie (UE) nr 913/2010 oraz uchylającym rozporządzenia (WE) nr 680/2007 i (WE) nr 67/2010 (Dz. Urz. UE L 348 z 20.12.2013, str. 129, z późn. zm.), inne środki,

3) środki, o których mowa w art. 3b ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, tj. środki z instrumentów inżynierii finansowej, z instrumentów finansowych oraz środków pomocy zwrotnej

podlegających ponownemu wykorzystaniu, o których mowa w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz z instrumentów finansowych oraz środków pomocy zwrotnej (Dz. Urz. UE nr L 210 z 31.07.2006, str. 25, z późn. zm.) oraz w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającym wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającym rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 320, z późn. zm.), takich jak: fundusze kapitału podwyższonego ryzyka (*venture capital funds*), fundusze gwarancyjne, fundusze pożyczkowe, fundusze rozwoju obszarów miejskich, fundusze lub inne systemy zachęt zapewniających pożyczki, gwarancje dla inwestycji dotyczących wsparcia podlegającego zwrotowi lub równoważne instrumenty dotyczące efektywności energetycznej i wykorzystania energii odnawialnej w budynkach, w tym w istniejącym budownictwie mieszkaniowym;

4) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez

państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA);

5) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:
   a. ze sprzedaży papierów wartościowych,
   b. z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,
   c. ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,
   d. z otrzymanych pożyczek i kredytów,
   e. z innych operacji finansowych;
6) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

26. Udzielenie zamówienia. Pzp posługuje się pojęciem udzielenia zamówienia na określenie samego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść definicji udzielenia zamówienia jest zgodna z poglądem utrwalonym zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Elementem definicyjnym udzielenia zamówienia nie jest zatem wykonanie zamówienia ani rozliczenie płatności w związku z realizacją zamówienia. Warto pamiętać, że zawarcie umowy ramowej nie jest udzieleniem zamówienia, a udzielanie zamówień następuje dopiero w konsekwencji wykonania umowy ramowej (por. art. 311–314 Pzp).

27. Umowa ramowa. Szczególny instrument udzielania zamówień, jaką jest umowa ramowa, oznacza umowę zawieraną pomiędzy zamawiającym a przynajmniej jednym wykonawcą, której celem jest ustalenie (określenie) warunków dotyczących zamówień, które

będą mogły być udzielane w danym okresie. Warunki te określają w szczególności ceny i – jeżeli zachodzi taka potrzeba – również przewidywane ilości. Przepisy regulujące zawieranie umów ramowych i udzielanie zamówień na ich podstawie znajdują się w dziale IV Pzp (art. 311–315 Pzp). Umowa ramowa jest elastycznym narzędziem umożliwiającym zamawiającym nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają charakter powtarzalny, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie ma możliwości ustalenia z góry precyzyjnie zapotrzebowania na takie zamówienia lub zakresu takiego zapotrzebowania. Do zawarcia umowy ramowej stosuje się procedury właściwe dla wybranego przez zamawiającego, odpowiedniego do okoliczności umowy ramowej trybu udzielania zamówienia, tj. przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo – w przypadku gdy szacowana wartość zamówień klasycznych, które mają być udzielane na podstawie umowy ramowej, jest mniejsza niż progi unijne – trybu podstawowego oraz partnerstwa innowacyjnego (por. art. 311 ust. 1 Pzp). W dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może zawrzeć umowę ramową, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (por. art. 422 ust. 1 Pzp). Mimo że w celu zawarcia umowy ramowej są stosowane procedury właściwe dla udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy ramowej nie oznacza udzielenia zamówienia publicznego, a jedynie stworzenie warunków do udzielania zamówień publicznych na zasadach określonych w umowie ramowej.

28. Umowa o podwykonawstwo. Umowa o podwykonawstwo, mimo iż nie jest to umowa zawierana z zamawiającym, ale pomiędzy

wykonawcą a podwykonawcą (w przypadku zamówienia na roboty budowlane, z wyjątkiem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub dalszymi podwykonawcami), została uregulowana w Pzp z uwagi na jej znaczenie dla wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa o podwykonawstwo ma charakter subsydiarny w stosunku do umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa ta jest umową o podwykonawstwo w rozumieniu Pzp tylko wówczas, gdy jest zawarta w formie pisemnej[49], ma charakter odpłatny i gdy na podstawie tej umowy odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Zobowiązanie do wykonania części zamówienia nie oznacza zobowiązania podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy względem zamawiającego.

29. Usługi. Pojęcie usług jako świadczeń, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami, wynika z art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy klasycznej i art. 2 pkt 5 dyrektywy sektorowej. Wobec powyższego zgodnie z art. 7 pkt 28 Pzp usługami są wszelkie świadczenia, które nie stanowią robót budowlanych, lub dostaw w rozumieniu Pzp.

30. Warunki zamówienia. Na warunki zamówienia składa się opis przedmiotu zamówienia, warunki i wymagania dotyczące realizacji umowy, jej projektowane postanowienia, kryteria oceny ofert,

[49] Stosownie do art. 78 § 1 zd. pierwsze Kc do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Natomiast stosownie do art. 781 § 2 Kc oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, a na podst. art. 781 § 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

a także wymagania administracyjne, techniczne i inne dotyczące udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do warunków zamówienia zalicza się więc warunki udziału w postępowaniu, jednak pojęcie warunków zamówienia jest znacznie szersze i pojęcia te nie powinny być używane zamiennie. Warunki zamówienia wynikają z ogłoszenia i dokumentów zamówienia, a w szczególności z SWZ lub OPW.

31. Wykonawca. Krąg podmiotów, które mogą być określane jako wykonawcy, jest bardzo szeroki i obejmuje zarówno osoby fizyczne, osoby prawne jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Pzp nie formułuje w szczególności zastrzeżenia, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Wystarczającą podstawą do uzyskania statusu wykonawcy jest okoliczność oferowania na rynku wykonania robót budowlanych, dostaw lub usług. Przy czym takie „oferowanie na rynku" nie musi mieć charakteru stałego i może występować w odniesieniu tylko do jednego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Status wykonawcy mają wszystkie te podmioty, które ubiegają się o udzielenie zamówienia. Wykonawcą jest podmiot, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zamówienie publiczne wykonawcy mogą ubiegać się samodzielnie, jak również działając wspólnie. Status wykonawcy jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie.

32. Zamawiający. Zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, zobowiązana do stosowania Pzp na podstawie jej przepisów. Z definicji tej wynika, że dla uzyskania statusu zamawiającego nie jest wymagana przez Pzp żadna szczególna forma prawna. Zamawiającym może być zatem osoba fizyczna i osoba prawna, ale też jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną (art. 33 Kc). Powstanie, ustrój i ustanie osób prawnych określają właściwe przepisy, a w przypadkach i w zakresie przewidzianych w tych przepisach organizację i sposób działania osoby prawnej reguluje także jej statut (art. 35 Kc). Jednostka organizacyjna uzyskuje osobowość prawną z chwilą jej wpisu do właściwego rejestru, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 37 § 1Kc). Osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie (art. 38 Kc).
Z uwagi na treść art. 4 pkt 1 Pzp, który definiując zamawiających publicznych, odsyła do pojęcia jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, w kręgu zamawiających znalazły się również takie jednostki sektora finansów publicznych, które nie posiadają zdolności prawnej, w tym m.in. państwowe i samorządowe jednostki budżetowe oraz samorządowe zakłady budżetowe.
Jedyną podstawą do uzyskania przez dany podmiot statusu zamawiającego jest Pzp, co wyłącza np. skuteczność umownego ustalenia takiego statusu. Obowiązek stosowania Pzp jest konsekwencją przynależności do kategorii podmiotów uznanych przez tę ustawę za zamawiających. Dla poszczególnych kategorii zamawiających obowiązek stosowania Pzp wynika odpowiednio: z art. 4 Pzp – dla zamawiających publicznych,

z art. 5 Pzp – dla zamawiających sektorowych oraz z art. 6 Pzp – dla zamawiających subsydiowanych.

33. Zamówienie publiczne. Przez pojęcie zamówienia publicznego rozumie się umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Nie oznacza to jednak nowego typu umowy nazwanej. Definicja zamówienia publicznego stanowi odzwierciedlenie definicji zamówienia publicznego z dyrektyw i z jednej strony podkreśla szczególny charakter umowy zawieranej w wyniku procedur określonych Pzp, umowy która angażuje czynnik „publiczny" zwłaszcza w postaci środków pieniężnych o takim charakterze lub instytucji administracji publicznej występującej po stronie zamawiającego, a z drugiej strony podkreśla cel zamówienia jako umowy zorientowanej na wykonywanie zadania lub zadań służących dobru publicznemu.

Konstytutywnym elementem definicji zamówienia publicznego jest odpłatność umowy, która oznacza z założenia istnienie korzyści majątkowej w wyniku zawarcia umowy zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Nie będą zatem zamówieniami publicznymi umowy nieodpłatne (darowizna, użyczenie). Z umowy o charakterze odpłatnym wynikać powinna wzajemność świadczeń. W przypadku zamówień publicznych dążeniem jest równoważenie się świadczeń uzyskiwanych przez strony umowy (ekwiwalentność świadczeń). Korzyść majątkowa oznacza zarówno korzyść w postaci pieniężnej, jak i inną korzyść, którą można wycenić i wyrazić w wartościach pieniężnych (np. rzeczową). Ponieważ zamówieniami publicznymi są tylko takie umowy, na podstawie których zamawiający „nabywa" roboty budowlane, dostawy lub usługi, po stronie zamawiającego powstaje obowiązek zapłaty za wykonane zamówienie. Zapłata ta najczęściej przyjmuje postać

wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy przez zamawiającego w postaci pieniężnej, ale nie ma podstaw do wyłączania z zakresu zamówień publicznych umów, w których zapłata wynagrodzenia wykonawcy może przybrać postać rzeczową (barter) lub mieszaną rzeczowo-finansową, gdzie korzyść majątkowa uzyskiwana przez wykonawcę ma równoważyć wartość świadczenia ze strony wykonawcy.

Cecha charakterystyczna zamówień publicznych, jaką jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy przez zamawiającego, nie zawsze oznacza konieczność wydatkowania środków lub świadczenia korzyści majątkowej w zamian za świadczenie wykonawcy bezpośrednio przez zamawiającego. W ramach zapłaty wynagrodzenia ze strony zamawiającego mogą być również ponoszone opłaty przez bezpośrednich użytkowników (np. opłaty za wywóz śmieci czy opłaty za dostawę wody i odprowadzanie ścieków).

Udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą zawarcia umowy. Umowa dochodzi do skutku przez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron tej czynności prawnej, tj. przez zamawiającego i wykonawcę. Wobec faktu, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, ocena skuteczności tych oświadczeń z punktu widzenia ważności umowy dokonywana jest według reguł właściwych dla prawa cywilnego.

Jako strony umowy Pzp wskazuje zamawiającego i wykonawcę, co biorąc pod uwagę definicje tych pojęć abstrahujące od zdolności tych podmiotów do czynności prawnych i samodzielnego udziału w obrocie prawnym, może niekiedy stwarzać trudności w ustaleniu rzeczywistych stron danej umowy o zamówienie publiczne.

34. Zamówienie klasyczne. Zamówienie klasyczne może być udzielane tylko przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego

subsydiowanego i jest to każde zamówienie udzielane przez te podmioty, które nie jest zamówieniem sektorowym ani zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

35. Zamówienie na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Szczególna kategoria zamówień publicznych, jaką są zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, wywodzi się z dyrektyw unijnych. Niektóre kategorie usług wymienione szczegółowo w załączniku XIV do dyrektywy klasycznej i w załączniku XVII do dyrektywy sektorowej (np. niektóre usługi socjalne, zdrowotne i edukacyjne, hotelowe i restauracyjne) mają ograniczone znaczenie dla transgranicznej wymiany usług, ponieważ zwykle są świadczone przez podmioty związane z konkretnym miejscem świadczenia tych usług, stąd uznano, że zasadniczo dyrektywy z zakresu zamówień publicznych nie powinny mieć do nich zastosowania. Jednak nawet w przypadku zamówień o ograniczonym znaczeniu dla transgranicznej wymiany usług, gdy są to zamówienia o dużej wartości, może zaistnieć czynnik transgranicznego zainteresowania zamówieniem. Obowiązek stosowania procedur określonych dyrektywami przy udzielaniu takich zamówień powstaje od progu kwotowego o równowartości 750 000 euro, a w przypadku zamówień sektorowych od progu kwotowego o równowartości 1 000 000 euro. Udzielanie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest przedmiotem regulacji art. 359–361 Pzp w rozdziale 4 działu IV, dotyczącym szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych, oraz art. 392 z działu V rozdziału 5, dotyczącego szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień sektorowych.

36. Zamówienie sektorowe. Pojęcie zamówienia sektorowego odwołuje się do dyrektywy sektorowej i oznacza w uproszczeniu każde zamówienie udzielane w oparciu o przepisy wdrażające tę dyrektywę. Zgodnie z art.

5 ust. 1 Pzp zamawiającym sektorowym jest wymieniony w tym przepisie podmiot wykonujący jeden z rodzajów działalności sektorowej. Mimo że definicja zamawiającego sektorowego odwołuje się do wykonywania tylko „jednego z rodzajów działalności sektorowej", nie oznacza to, że w przypadku prowadzenia więcej niż jednego rodzaju takiej działalności zamawiający nie będzie już definiowany jako zamawiający sektorowy. Dla celów zakwalifikowania do kategorii zamawiających sektorowych przepis ten należy czytać w ten sposób, że wystarczy wykonywanie przynajmniej jednego rodzaju działalności sektorowej przez podmioty wskazane w art. 5 ust. 1 Pzp. Natomiast art. 5 ust. 4 Pzp określa, co należy rozumieć przez pojęcie działalności sektorowej. Jest to działalność wykonywana w zakresie gospodarki wodnej; energii elektrycznej; gazu i energii cieplnej; usług transportowych; portów, przystani i portów lotniczych; usług pocztowych i wydobycia paliw stałych. Jeżeli zamawiający sektorowy udziela zamówienia w innym celu niż prowadzenie działalności sektorowej, nie będzie to zamówienie sektorowe i Pzp nie będzie miało zastosowania do udzielenia tego zamówienia. Jednak trzeba zwrócić uwagę, że w przypadku gdy zamawiający sektorowy, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp (tj. prowadzący działalność sektorową zamawiający publiczny), wykonuje obok działalności sektorowej działalność inną niż sektorowa, zamówienie, które nie jest udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej, może podlegać obowiązkowi stosowania przepisów Pzp.

37. **Zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** Zawarta w przepisie art. 7 pkt 36 Pzp definicja zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest kluczowa z punktu widzenia określenia zakresu zastosowania przepisów zawartych w dziale VI Pzp, regulujących procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Dlatego też definicję tę należy odczytywać w świetle

przepisów dyrektywy obronnej celem zapewnienia pełnej zgodności rozumienia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na gruncie prawa krajowego z regulacjami unijnymi w tym zakresie. Zakres zastosowania dyrektywy obronnej i, co za tym idzie, przepisów działu VI Pzp, z punktu widzenia podmiotowego obejmuje zarówno zamawiających zwanych klasycznymi (tj. wymienionych w art. 4 Pzp), jak i zamawiających zwanych sektorowymi (tj. wymienionych w art. 5 Pzp). Z przedmiotowego punktu widzenia dyrektywa obronna obejmuje zamówienia udzielane w dwóch dziedzinach: po pierwsze w dziedzinie obronności i po drugie w dziedzinie bezpieczeństwa.

Pzp definiuje zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństw jako:

1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
3) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
4) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Tym samym Pzp w dziedzinie obronności reguluje procedury udzielania zamówień na:

1) dostawy **sprzętu wojskowego**, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,

2) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub **związane ze** sprzętem wojskowym i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
3) **roboty budowlane** przeznaczone wyłącznie **do celów wojskowych** i
4) **usługi** przeznaczone wyłącznie **do celów wojskowych**.

Natomiast w dziedzinie bezpieczeństwa Pzp znajduje zastosowanie do:

1) dostaw **newralgicznego sprzętu**, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub oprogramowania,
2) robót budowlanych, dostaw i usług **związanych z** newralgicznym sprzętem wojskowym i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu [lub usługi],
3) **newralgicznych robót budowlanych** i
4) **newralgicznych usług**.

Wymienione w art. 7 pkt 36 lit. c Pzp **roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** mogą być objęte definicją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i tym samym podlegać reżimowi udzielania tego rodzaju zamówień przewidzianym w dziale VI Pzp jedynie w zakresie, w jakim stanowią:

1) roboty budowlane, dostawy lub usługi związane ze sprzętem wojskowym lub
2) roboty budowlane przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych,
3) usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych,

4) roboty budowlane, dostawy lub usługi związane z newralgicznym sprzętem,
5) newralgiczne roboty budowlane lub
6) newralgiczne usługi.

Związek robót budowlanych, dostaw lub usług ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym musi mieć charakter **bezpośredni**. Jak wskazuje Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej dotyczącej zakresu zastosowania dyrektywy obronnej, oznacza to, że między robotami budowlanymi, dostawami lub usługami a sprzętem wojskowym lub newralgicznym musi istnieć bliski związek wynikający między innymi z celu lub warunków wykorzystania przedmiotu zamówienia. W istocie ten związek musi być na tyle bliski, że robót budowlanych, dostaw czy usług nie da się w sposób produktywny wykorzystać bez sprzętu wojskowego lub newralgicznego, z którym są bezpośrednio związane[50].

W ślad za notą wyjaśniającą Komisji Europejskiej dotyczącą zakresu zastosowania dyrektywy obronnej można podać następujące przykłady robót budowlanych, dostaw i usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym:

1) roboty budowlane w zakresie budowy obiektów testowych dla sprzętu wojskowego lub newralgicznego,
2) dostawy specjalnych narzędzi lub maszyn niezbędnych do produkcji lub konserwacji takiego sprzętu,
3) dostawy dodatkowego wyposażenia, takiego jak specjalne kombinezony i hełmy dla pilotów samolotów bojowych,

[50] Por. *Guidance Note – Field of application* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl, https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15407/attachments/1/translations/ pkt 10 i 14

4) usługi przeglądów technicznych i napraw samolotów wojskowych, czołgów, okrętów wojennych itp.[51]

Pojęcia „sprzętu wojskowego", „newralgicznego sprzętu", „newralgicznych robót budowlanych" i „newralgicznych usług" należy rozumieć zgodnie z odpowiednimi przepisami art. 7 pkt 11–13 i 22 Pzp (zob. komentarz do art. 7 pkt 11–13 i 22 Pzp).

Podsumowując, pojęcie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa musi być rozumiane jako zamówienie na:

1) dostawy sprzętu wojskowego,
2) roboty budowlane, dostawy lub usługi **bezpośrednio związane** ze sprzętem wojskowym,
3) usługi do celów wojskowych,
4) roboty budowlane do celów wojskowych,

oraz

5) dostawy sprzętu newralgicznego,
6) roboty budowlane, dostawy lub usługi **bezpośrednio związane** ze sprzętem newralgicznym,
7) usługi newralgiczne do celów bezpieczeństwa,
8) newralgiczne roboty budowlane do celów bezpieczeństwa.

Art. 8.

1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

[51] Zob. *Guidance Note – Field of application...,* pkt 9

2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.

5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.

1. Stosowanie przepisów Kc. Przepis art. 8 ust. 1 Pzp ustanawia zasadę stosowania przepisów Kc do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konkursie, a także do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Podejście, zgodnie z którym czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konkursie, a także umowy powinny być oceniane zasadniczo przez pryzmat regulacji Kc, pośrednio wskazuje na cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konkursu. Cywilnoprawny charakter mają umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż nawet organ administracji państwowej, udzielając zamówienia, nie działa w sferze władczej, ale dąży do uzyskania statusu strony umowy jako stosunku cywilnoprawnego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konkursie regulowanym Pzp, a mającym doprowadzić do wyłonienia kontrahenta znajduje się szereg rozwiązań specyficznych, mających ze swojej istoty – przez narzucenie określonych schematów oraz zasad postępowania – jednak charakter publicznoprawny i przez to odmiennych od rozwiązań kodeksowych. W tym kontekście warto zauważyć, że pojęcie „czynności

w postępowaniu" nie oznacza zazwyczaj czynności prawnych w rozumieniu Kc, lecz czynności specyficzne, właściwe dla Pzp, których niedopełnienie przez zamawiającego lub przekroczenie właściwych im standardów wiąże się zwykle z konsekwencjami naruszenia przepisów Pzp. Natomiast te kwestie, które nie zostały uregulowane w Pzp, lecz odnoszą się do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do konkursu lub do umowy w sprawie zamówienia publicznego, powinny być interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy Kc, z wykorzystaniem instytucji cywilnoprawnych. Dotyczy to w szczególności zasad takich jak zakaz nadużywania prawa[52] czy zachowania należytej staranności[53]. Z drugiej strony wśród zasad prawa cywilnego, które doznają ograniczeń na gruncie Pzp, znajduje się m.in. podstawowa dla stosunków cywilnoprawnych zasada swobody umów[54]. Zamawiający nie może umówić się z wykonawcami na inny sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niż wymaga tego Pzp. Nie ma swobody, gdy chodzi o doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w następstwie zastosowania innych procedur niż określone w Pzp. Wykonywać umowy nie może też inny wykonawca niż ten, który brał udział w przeprowadzonym na podstawie Pzp postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poza przypadkiem dozwolonej

[52] Zgodnie z art. 5 Kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

[53] Stosownie do: art. 355 Kc § 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). § 2. Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

[54] Zgodnie z art. 3531 Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

zmiany umowy z art. 455 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pzp przewiduje również szczególne przesłanki zmian umowy oraz odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

2. Obliczanie terminów. W ślad za wskazaniem dyrektyw (motyw 106 preambuły do dyrektywy klasycznej i 112 preambuły do dyrektywy sektorowej) do obliczania terminów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego od progów unijnych zaangażowania środków mają zastosowanie przepisy rozporządzenia Rady (EWG, Euratom) nr 1182/71[55]. W związku ze stosowaniem przepisów Pzp również do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, konieczne stało się jednolite uregulowanie sposobu liczenia okresów, dat i terminów bez względu na wartość zamówień lub konkursów.

Na gruncie Pzp w związku z art. 8 ust. 1 w zakresie nieuregulowanym w Pzp do kwestii liczenia terminów mają zastosowanie przepisy Kc. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ma w związku z tym zastosowanie zasada, iż termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 Kc). Ponadto ma w nim zastosowanie zasada, iż termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca (art. 112 Kc). Jeżeli natomiast termin jest oznaczony na początek, środek lub koniec miesiąca, rozumie

[55] Rozporządzenie Rady (EWG, Euratom) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. określające zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów (Dz. Urz. UE L 124 z 8.06.1971, str. 1)

się przez to pierwszy, piętnasty lub ostatni dzień miesiąca, a termin półmiesięczny jest równy piętnastu dniom (art. 113 Kc). Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, a rok za dni trzysta sześćdziesiąt pięć (art. 114 Kc). Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą (art. 115 Kc).

3. Termin oznaczony w godzinach. Pzp reguluje nieobjęty przepisami Kc sposób liczenia terminów oznaczonych w godzinach. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

4. Termin minimalny. Pzp ustanawia istotną zasadę wynikającą z rozporządzenia nr 1182/71 dotyczącą oznaczania terminów, ważną również z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców, zgodnie z którą w przypadku, gdy wyznaczony termin obejmuje dwa lub więcej dni, wówczas termin ten powinien uwzględniać przynajmniej dwa dni robocze.

5. Dni robocze. Dla celów przepisu określającego termin minimalny została wprowadzona definicja pojęcia „dzień roboczy". Dniem roboczym jest zatem każdy dzień inny niż dzień ustawowo wolny od pracy oraz inny niż sobota. Zgodnie z art. 1 ustawy o dniach wolnych od pracy dniami wolnymi od pracy są niedziele oraz:

1) 1 stycznia – Nowy Rok,
2) 6 stycznia – Święto Trzech Króli,

3) pierwszy dzień Wielkiej Nocy,
4) drugi dzień Wielkiej Nocy,
5) 1 maja – Święto Państwowe,
6) 3 maja – Święto Narodowe Trzeciego Maja,
7) pierwszy dzień Zielonych Świątek,
8) dzień Bożego Ciała,
9) 15 sierpnia – Wniebowzięcie Najświętszej Maryi Panny,
10) 1 listopada – Wszystkich Świętych,
11) 11 listopada – Narodowe Święto Niepodległości,
12) 25 grudnia – pierwszy dzień Bożego Narodzenia,
13) 26 grudnia – drugi dzień Bożego Narodzenia.

Oddział 2
Wyłączenia stosowania przepisów ustawy

Art. 9.

Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień klasycznych oraz zamówień sektorowych, lub konkursów:

1) których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej, niż określona ustawą, procedury:
   a) organizacji międzynarodowej,
   b) wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzecząpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia;

2) w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do tych zamówień lub konkursów inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;

3) finansowanych w ponad 50% przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

1. Cel przepisu. Art. 9 Pzp wprowadza podstawę do wyłączenia spod reżimu udzielania zamówień publicznych określonego w Pzp tych zamówień, których zamawiający zobowiązany jest udzielić na podstawie innej niż określona w Pzp procedury, z uwagi na wiążące go zobowiązania prawnomiędzynarodowe, oraz zamówień, które w całości lub części finansowane są przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą.

2. Zamówienia, których zamawiający zobowiązany jest udzielić na podstawie procedury innej niż określona w Pzp. Zgodnie z art. 9 pkt 1 Pzp ustawy nie stosuje się do zamówień, których zamawiający powinien udzielić zgodnie z innym reżimem proceduralnym. Przepis wyraźnie wskazuje na obowiązek zamawiającego do zastosowania odmiennych procedur udzielania zamówień publicznych niż te, które zostały określone w Pzp. Oznacza to, że zamawiający nie może dowolnie decydować, z którego z reżimów proceduralnych skorzysta. Zgodnie więc z art. 9 pkt 1 Pzp wyłączenie procedur określonych w Pzp jest możliwe wtedy, kiedy na zamawiającym ciąży zobowiązanie do zastosowania innej procedury,

przy czym i w tym wypadku przepis nie pozostawia miejsca na dowolność. Art. 9 pkt 1 wskazuje, iż Pzp nie ma zastosowania, jeśli zamawiający w celu udzielenia zamówienia zobowiązany jest zastosować jedną z poniższych procedur:

1) procedurę organizacji międzynarodowej lub
2) procedurę wskazaną w porozumieniu tworzącym zobowiązania prawnomiędzynarodowe zawartym między Rzecząpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia.

Skorzystanie z wyłączenia na podstawie art. 9 pkt 1 Pzp nie jest uzależnione od finansowania danego zamówienia przez organizację międzynarodową lub w ramach porozumienia międzynarodowego, choć niejednokrotnie obowiązek zastosowania procedury organizacji międzynarodowej jest związany z uzyskaniem dofinansowania od danej organizacji.

3. Procedura organizacji międzynarodowej. Organizacje międzynarodowe zazwyczaj przyjmują własne reguły, które rządzą procesem dokonywania zakupów na potrzeby funkcjonowania danej organizacji. Reguły te znajdują często zastosowanie także w przypadku udzielania zamówień na potrzeby różnego rodzaju programów czy inicjatyw prowadzonych przez daną organizację. Niekiedy na potrzeby takich programów tworzone są też odrębne zasady udzielania zamówień publicznych. Zamawiający, uczestnicząc w programach czy inicjatywach prowadzonych przez organizacje międzynarodowe, mogą być zobowiązani do stosowania tych reguł. W takim wypadku obowiązek

stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w Pzp jest wyłączony.

4. Procedura wskazana w porozumieniu tworzącym zobowiązania prawnomiędzynarodowe. Obowiązek zastosowania innej niż wynikająca z Pzp procedury udzielania zamówienia publicznego może wynikać także z porozumienia zawartego przez Rzeczpospolitą Polską. Jednakże aby takie zobowiązanie mogło stanowić podstawę do zwolnienia zamawiającego ze stosowania przepisów Pzp, konieczne jest, aby takie porozumienie:

1) zostało zawarte z jednym lub kilkoma państwami nienależącymi do Unii Europejskiej,
2) tworzyło zobowiązania prawnomiędzynarodowe,
3) zostało zawarte w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia.

Porozumieniem tworzącym zobowiązanie prawnomiędzynarodowe jest przede wszystkim umowa międzynarodowa, która zgodnie z art. 2 ustawy o umowach międzynarodowych oznacza: „porozumienie między Rzecząpospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie czy w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa".

Jednocześnie należy pamiętać, że omawiany przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 9 dyrektywy klasycznej, w związku z czym powinien być interpretowany z uwzględnieniem wytycznych zawartych w tej regulacji oraz zasad

prawa europejskiego. Tym samym, aby zamawiający był uprawniony do skorzystania z wyłączenia obowiązku stosowania Pzp w oparciu o jej art. 9 pkt 1 lit. b, szczegółowe przepisy dotyczące zamówień zawarte w umowie międzynarodowej powinny być w pełni zgodne z Traktatem UE, w szczególności z zasadami przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji. Udzielenie zamówienia w sposób bezpośredni, który z natury rzeczy nie zapewnia przejrzystości i konkurencji, jest niezgodne z tymi podstawowymi zasadami. W tym kontekście żadna umowa międzynarodowa zawarta między państwem członkowskim i co najmniej jednym państwem trzecim nie może stanowić podstawy do udzielania zamówień bezpośrednio państwom trzecim lub ich wykonawcom[56].

5. Zamówienia w całości lub części finansowane są przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą. Zamawiający może nie stosować procedur określonych w Pzp także w sytuacji, kiedy udzielane przez niego zamówienie jest w całości finansowane przez organizację międzynarodową lub przez międzynarodową instytucję finansującą i do udzielanego zamówienia stosuje on procedurę organizacji międzynarodowej lub procedurę międzynarodowej instytucji finansującej. Ma to zastosowanie zarówno w sytuacji, w której jest on zobowiązany w ramach warunków finansowania do stosowania takiej procedury, jak również w sytuacji, w której warunki finansowania pozostawiają mu wybór, czy zastosuje procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej czy procedurę krajową. W przypadku zamówień finansowanych przez te podmioty w ponad 50% procedura, która

[56] Komunikat Komisji – Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (Dz. Urz. UE C 271 z 13.08.2019, str. 43)

będzie miała zastosowanie do tych zamówień podlega uzgodnieniu z podmiotami finansującymi. Jeżeli uzgodnione zostanie, w szczególności w ramach ustalania warunków finansowania, zastosowanie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej, zamawiający jest zwolniony ze stosowania procedur określonych w Pzp.

Art. 10.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów udzielanych przez:

1) Narodowy Bank Polski związanych z:

a) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,

b) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa,

c) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym,

d) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami,

e) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami,

f) gromadzeniem złota i metali szlachetnych,

g) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych;

2) Bank Gospodarstwa Krajowego:

a) związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych Bankowi

Gospodarstwa Krajowego oraz realizacją programów rządowych, w części dotyczącej:

- **prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,**
- **pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej, finansowania działalności obsługiwanych funduszy i programów oraz refinansowania akcji kredytowej,**

b) związanych z operacjami na rynku międzybankowym dotyczących zarządzania długiem Skarbu Państwa oraz płynnością budżetu państwa,

c) związanych z wykonywaniem działalności bankowej przez Bank Gospodarstwa Krajowego, w części dotyczącej:

- **otwierania i prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,**
- **pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej oraz refinansowania akcji kredytowej,**

d) o wartości mniejszej niż progi unijne;

3) zamawiających publicznych oraz zamawiających subsydiowanych, w celu prowadzenia działalności w zakresie:

a) udostępniania publicznej sieci telekomunikacyjnej lub

b) obsługi publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub

c) świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej;

4) zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, wykonujących działalność sektorową w zakresie usług pocztowych, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 6, w celu świadczenia usług:

a) o wartości dodanej związanych z systemami teleinformatycznymi w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, wyłącznie za pomocą takich systemów, w tym bezpiecznego przesyłania kodowanych dokumentów za pomocą systemów teleinformatycznych, usług zarządzania adresami i przesyłania poleconej poczty elektronicznej,

b) finansowych, objętych kodami CPV od 66100000-1 do 66720000-3, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, w szczególności przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto,

c) filatelistycznych lub logistycznych;

5) instytucję pomostową, o której mowa w art. 2 pkt 26 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz. U. z 2020 r. poz. 842 oraz z 2021 r. poz. 680), lub podmiot zarządzający aktywami, o którym mowa w art. 2 pkt 46 tej ustawy.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień:

1) na usługi Narodowego Banku Polskiego;

2) na usługi Banku Gospodarstwa Krajowego, w zakresie bankowej obsługi jednostek, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego;

3) udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

a) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,

b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji,

c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych;

4) na usługi udzielane przez zamawiającego publicznego i zamawiającego sektorowego zamawiającemu publicznemu, któremu wyłączne prawo do świadczenia tych usług przyznano na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji.

3. Przy obliczaniu procentu działalności, o którym mowa w ust. 2 pkt 3 lit. a, uwzględnia się:

1) średni całkowity obrót osiągnięty przez instytucję gospodarki budżetowej lub

2) inną alternatywną miarę opartą na działalności, w szczególności koszty poniesione przez instytucję gospodarki budżetowej

– w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

4. Jeżeli ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez instytucję gospodarki budżetowej lub reorganizację jej działalności, dane za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące średniego całkowitego obrotu lub inna alternatywna miara

oparta na działalności, w szczególności koszty poniesione przez instytucję gospodarki budżetowej, są niedostępne lub nieadekwatne, przy obliczaniu procentu działalności, o którym mowa w ust. 2 pkt 3 lit. a, uwzględnia się wiarygodną miarę, w szczególności prognozy dotyczące obrotu, kosztów lub innej alternatywnej miary.

1. Zamówienia udzielane przez Narodowy Bank Polski. Pzp w art. 10 ust. 1 pkt 1 wymienia obszary działalności łączące się z działaniami NBP jako banku centralnego, z którymi związane zamówienia udzielane przez bank są wyłączone z obowiązku stosowania Pzp. Wyłączenie stosowania przepisów Pzp do zamówień NBP jako banku centralnego wywodzi się z art. 10 lit. e dyrektywy klasycznej oraz art. 21 lit. d dyrektywy sektorowej, zgodnie z którymi dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie usług finansowych związanych emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/39/WE[57], usług banku centralnego oraz

[57] Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG u 93/6/EWG i dyrektywę 200/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz. UE L 145 z 30.04.2004, s. 1) została uchylona ze skutkiem od dnia 3 stycznia 2017 r. i zastąpiona dyrektywą 2014/65/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającą dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz. Urz. UE L 173 z 12.06.2014, s. 349). Na podstawie art. 94 dyrektywy 2014/65/UE odesłania do definicji dyrektywy 2004/39/WE traktuje się jak odesłania do definicji z dyrektywy 2014/65/UE. Zgodnie z definicją instrumentów finansowych zawartą w art. 4 ust. 1 pkt 15 dyrektywy 2014/65/UE, odsyłającą do sekcji C załącznika 1 do dyrektywy, instrumentami finansowymi są: 1) Zbywalne papiery wartościowe; 2) Instrumenty rynku pieniężnego; 3) Jednostki uczestnictwa w przedsiębiorstwach zbiorowego inwestowania; 4) Transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swap, kontrakty terminowe typu forward oraz wszelkie inne kontrakty pochodne dotyczące

operacji przeprowadzanych z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem

papierów wartościowych, instrumentów dewizowych, stóp procentowych lub oprocentowania, uprawnień do emisji lub innych instrumentów pochodnych, indeksów finansowych lub środków finansowych, które można rozliczać fizycznie lub w środkach pieniężnych; 5) Transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swap, kontrakty terminowe typu forward oraz wszelkie inne kontrakty pochodne dotyczące towarów, które muszą być rozliczane w środkach pieniężnych lub które mogą być rozliczane w środkach pieniężnych według uznania jednej ze stron, w przypadku innym niż niedotrzymanie warunków lub innego rodzaju zdarzenie skutkujące rozwiązaniem kontraktu; 6) Transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swapy oraz wszelkie inne kontrakty pochodne dotyczące towarów, które można rozliczać fizycznie, pod warunkiem że podlegają one obrotowi na rynku regulowanym, MTF lub OTF, z wyjątkiem produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym, stanowiących przedmiot obrotu na OTF, które muszą być rozliczane fizycznie; 7) Transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swap, kontrakty terminowe typu forward oraz wszelkie inne kontrakty pochodne dotyczące towarów, które można rozliczać fizycznie oraz które nie zostały wymienione w inny sposób w pkt 6 niniejszej sekcji i które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych; 8) Instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego; 9) Kontrakty finansowe na transakcje różnicowe; 10) Transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swapy, kontrakty terminowe typu forward oraz wszelkie inne kontrakty pochodne odnoszące się do stawek klimatycznych, opłat przewozowych lub stóp inflacji lub innych urzędowych danych statystycznych, które muszą być rozliczane w środkach pieniężnych lub można rozliczać w środkach pieniężnych według uznania jednej ze stron w przypadku innym niż niedotrzymanie warunków lub innego rodzaju zdarzenia skutkującego rozwiązaniem kontraktu, a także wszelkiego rodzaju inne kontrakty pochodne dotyczące aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz środków niewymienionych gdzie indziej w tej sekcji, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych, uwzględniając, między innymi, czy podlegają one obrotowi na rynku regulowanym, OTF lub MTF; 11) Uprawnienia do emisji obejmujące dowolne jednostki uznane za spełniające wymogi dyrektywy 2003/87/WE (system handlu uprawnieniami do emisji). Dyrektywa 2014/65/UE została wdrożona do polskiego porządku prawnego ustawą o obrocie instrumentami finansowymi. Ustawa ta w art. 2 ust. 1 zawiera definicję instrumentów finansowych odpowiadającą definicji z dyrektywy 2014/65/UE.

Stabilności. Pozycja NBP jako banku centralnego została określona w art. 227 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem *centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza*. Status NBP jako banku centralnego i zadania w tym zakresie precyzuje ustawa o NBP. W obszarze zamówień związanych z działalnością banku centralnego NBP przepisy Pzp nie mają zastosowania (art. 10 ust. 1 pkt 1 Pzp), a w pozostałym zakresie NBP jest zobowiązany udzielać zamówień zgodnie z Pzp. Zakres działania NBP objęty wyłączeniem stosowania Pzp dotyczy przede wszystkim wykonywania zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych. Jednym z głównych obszarów działania banku centralnego jest emisja pieniądza. Wielkość emisji jest uzależniona od czynników niezależnych od banku wynikających z uwarunkowań występujących w gospodarce narodowej i międzynarodowej. Ponadto wyłączenie dotyczy zamówień lub konkursów związanych z obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa, obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym, gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami, gromadzeniem złota i metali szlachetnych, prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych.

2. Zamówienia udzielane przez Bank Gospodarstwa Krajowego. Szczególna sytuacja BGK jako banku państwowego wynika z powiązania działalności banku z realizacją polityk państwowych, co powoduje, że do działalności BGK nie ma zastosowania, albo ma tylko odpowiednie zastosowanie, szereg przepisów ustawy prawo bankowe (art. 3 ust. 1f

ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego), jak również np. nie stosuje się do tej działalności szeregu przepisów dotyczących zarządzania mieniem państwowym (art. 3b ust. 1 ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego). Z drugiej strony, ze względu na zadania, jakie wykonuje BGK, zostało na niego nałożonych szereg ograniczeń. Wymienione w art. 10 ust. 1 pkt 2 Pzp obszary działań BGK, do realizacji których nie ma zastosowania Pzp, obejmują zasadniczo takie działalności, które można powiązać z zadaniami banku centralnego. W szczególności są to operacje dokonywane na rynku międzybankowym, związane z realizowaniem czynności, do wykonywania których BGK jest zobowiązany, w tym w zakresie zarządzania długiem Skarbu Państwa oraz płynnością budżetu państwa. Wyłączenie stosowania Pzp do obszarów działalności BGK, o których mowa w art. 10 ust. 1 pkt 2 Pzp, zapewnia BGK możliwość płynnego wykonywania powierzonych zadań, w tym m.in. dla celów pozyskiwania środków finansowych dla zapewniania płynności finansowej i refinansowania udzielanych pożyczek i kredytów.

3. Szczególne wyłączenia związane z siecią telekomunikacyjną.

Wyłączenie w zakresie udostępniania lub obsługi publicznej sieci telekomunikacyjnej, a także świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą takiej sieci zostało zarezerwowane tylko dla zamawiających publicznych oraz zamawiających subsydiowanych. Dyrektywa sektorowa nie przewiduje takiego wyłączenia. W dyrektywie klasycznej przepis wdrażany przez art. 10 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołuje się w zakresie rozumienia pojęć „publiczna sieć łączności" i „usługa łączności elektronicznej" do dyrektywy 2002/21/WE[58]. W polskim prawie dyrektywa

[58] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. UE L 108 z 24.04.2002, s. 33)

2002/21/WE została wdrożona ustawą – Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 2 Prawa telekomunikacyjnego:

1) przez publiczną sieć telekomunikacyjną należy rozumieć sieć telekomunikacyjną wykorzystywaną głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (pkt 29),
2) przez publicznie dostępną usługę telekomunikacyjną – usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników (pkt 31),
3) przez sieć telekomunikacyjną – systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju (pkt 35),
4) przez usługę telekomunikacyjną – usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej (pkt 48).

Ponadto w art. 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego znajduje się definicja pojęcia „dostarczanie sieci telekomunikacyjnej". Jest to odpowiednik pojęcia „udostępnianie sieci łączności elektronicznej", którym posługuje się dyrektywa 2002/21/WE oraz art. 10 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tą definicją przez dostarczanie sieci telekomunikacyjnej (oraz w konsekwencji również przez „udostępnianie sieci telekomunikacyjnej" w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 3 Pzp) należy rozumieć przygotowanie sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwianie dostępu telekomunikacyjnego.
Pojęcie publicznej sieci telekomunikacyjnej odwołuje się do różnych rodzajów publicznych sieci umożliwiających komunikację, zatem także sieci radiowej i telewizyjnej, w tym kablowej. Pojęcie to nie obejmuje stacji radiowych i telewizyjnych ani też usług odnoszących się do treści

transmitowanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych (por. art. lit c dyrektywy 2002/21/WE).

4. Działalność w zakresie usług pocztowych – zakres podmiotowy i przedmiotowy wyłączenia. Wyłączenie przewidziane w art. 10 ust. 1 pkt 4 Pzp znajduje zastosowanie do zamówień udzielanych przez zamawiających sektorowych posiadających status zamawiających publicznych i jednocześnie prowadzących działalność sektorową w zakresie usług pocztowych. Tym samym z tego wyłączenia nie będą mogli skorzystać zamawiający sektorowi, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. tzw. przedsiębiorstwa publiczne, ani wykonawcy, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 Pzp, działający na podstawie praw szczególnych i wyłącznych – nawet jeśli prowadzą działalność sektorową w zakresie usług pocztowych.

Na podstawie wyłączenia z art. 10 ust. 1 pkt 4 Pzp przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych w celu świadczenia ściśle określonych usług, tj.:

1) usług o wartości dodanej związanych z systemami teleinformatycznymi w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną,
2) ściśle określonych usług finansowych,
3) usług filatelistycznych i logistycznych.

W celu precyzyjnego określenia zakresu wyłączenia w odniesieniu do tych usług Pzp odsyła do regulacji zawartych w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zgodnie z którą przez system teleinformatyczny należy rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia

końcowego w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego. Z kolei zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym urządzeniem telekomunikacyjnym jest urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji. Ponadto zgodnie z Pzp, aby możliwe było skorzystanie z wyłączenia, przedmiotowe usługi muszą być świadczone wyłącznie za pomocą systemów teleinformatycznych. Zatem wyłączeniu podlegają zamówienia udzielane w celu świadczenia usług o wartości dodanej, jeśli:

1) związane są one z systemami teleinformatycznymi oraz
2) świadczone są wyłącznie za pomocą systemów teleinformatycznych.

Obejmuje to usługi takie jak np. usługa bezpiecznego przesyłania kodowanych dokumentów za pomocą systemów teleinformatycznych czy usługa zarządzania adresami i przesyłania poleconej poczty elektronicznej. Wyłączenie określone w art. 10 ust. 1 pkt 4 Pzp obejmuje także zamówienia udzielane w celu świadczenia usług finansowych określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień kodami CPV od 66100000-1 do 66720000-3. Należą do nich w szczególności usługi przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto, ale także inne usługi bankowe, inwestycyjne czy ubezpieczeniowe objęte tymi kodami CPV. Z omawianego wyłączenia można skorzystać także, udzielając zamówienia na potrzeby świadczenia usług filatelistycznych, np. usług związanych z drukiem i sprzedażą znaczków pocztowych, w tym w szczególności serii kolekcjonerskich. Wyłączeniu podlegają także zamówienia udzielane w celu świadczenia usług logistycznych. Jak precyzuje art. 7 dyrektywy klasycznej, którego implementację stanowi art. 10 ust. 1 pkt 4 Pzp, chodzi tu o usługi stanowiące połączenie fizycznego doręczenia lub magazynowania z innymi niepocztowymi funkcjami.

5. Zamówienia udzielane lub konkursy organizowane przez instytucję pomostową lub przez podmiot zarządzający aktywami. Wyłączenie,

o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczy specyficznych, ze względu na ich interwencyjny charakter, zamówień lub konkursów udzielanych lub odpowiednio organizowanych przez dwa podmioty definiowane w przepisach ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym: instytucję pomostową i podmiot zarządzający aktywami.

Zgodnie z definicją instytucją pomostową jest podmiot, którego jedynym akcjonariuszem lub podmiotem dominującym jest Bankowy Fundusz Gwarancyjny, utworzony w celu przeniesienia na ten podmiot praw udziałowych podmiotu w restrukturyzacji, jego przedsiębiorstwa albo praw majątkowych lub zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji w celu kontynuowania w całości lub części działalności prowadzonej przez podmiot w restrukturyzacji (art. 2 pkt 26 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym).

Podmiotem zarządzającym aktywami jest podmiot, którego jedynym akcjonariuszem lub podmiotem dominującym jest Bankowy Fundusz Gwarancyjny, utworzony w celu przeniesienia praw majątkowych i powiązanych z nimi zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej w celu zarządzania tymi prawami, w tym ich zbycia lub likwidacji (art. 2 pkt 46 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym).

Podmioty powyższe działają w ramach zadań określonych ustawą o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, która wdraża postanowienia dyrektywy 2014/59/UE[59]. Jak wskazuje preambuła do dyrektywy

[59] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 173 z 12.06.2014 s. 190)

2014/59/UE, potrzeba wydania dyrektywy wiązała się z niedoborem instrumentów na szczeblu unijnym, które umożliwiałyby podejmowanie skutecznych działań względem instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych mających problemy finansowe lub będących na progu upadłości. Instrumenty te mają przede wszystkim zapobiegać niewypłacalności lub – gdy już dojdzie do stanu niewypłacalności – zminimalizować negatywne skutki poprzez utrzymanie ważnych funkcji systemowych danej instytucji. Celem przepisów ustanawiających ramy naprawy oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jest zminimalizowanie szkód systemowych na szerszą skalę w przypadku wystąpienia problemów finansowych najważniejszych instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych i zapewnienie stabilności rynku wewnętrznego UE.

Zamówienia, których udziela instytucja pomostowa lub podmiot zarządzający aktywami, podlegające wyłączeniu na podstawie art. 10 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczą przeprowadzania procesów przymusowej restrukturyzacji (w tym restrukturyzacji i przymusowej likwidacji) oraz realizacji procesu wypłat środków gwarantowanych klientom (deponentom) podmiotów podlegających przymusowej restrukturyzacji, a także zapewnienia kontynuowania niezbędnych funkcji przez takie podmioty w celu ochrony deponentów i inwestorów, w tym ochrony środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów. Są to m.in. zamówienia związane z przeprowadzeniem weryfikacji stopnia zagrożenia upadłością danego podmiotu, oszacowania wartości aktywów i pasywów, wskazania instrumentu zapewniającego najlepsze osiągnięcie celów przymusowej restrukturyzacji, a także zamówienia w zakresie doradztwa strategicznego, ekonomiczno – finansowego, prawnego oraz informatycznego.

6. Zamówienia na usługi Narodowego Banku Polskiego. Ze względu na szczególny status NBP, zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 1 Pzp, wyłączeniu spod reżimu Pzp podlegają wszystkie usługi świadczone przez ten bank. NBP zasadniczo nie świadczy usług podmiotom prywatnym, ale spełnia szereg zadań wyznaczonych ustawą o NBP, w tym m.in. pełni obsługę budżetu państwa, jest bankiem emisyjnym oraz bankiem banków. Ustawa o NBP określa również zakres usług, jakie mogą być świadczone przez NBP, w tym m.in. w zakresie udzielania kredytu refinansowanego (art. 42 ust. 1 ustawy o NBP), udzielania kredytu krótkoterminowego (art. 43 ust. 1 ustawy o NBP), przyjmowania weksli (art. 44 ust. 1 ustawy o NBP), otwierania rachunków lokat terminowych banków (art. 48 pkt 4 ustawy o NBP), w zakresie obsługi pożyczki państwowej (art. 49 ustawy o NBP), przechowania i administrowania papierami wartościowymi (art. 50 ustawy Narodowym Banku Polskim) oraz w zakresie obrotu wartościami dewizowymi na rachunek innych podmiotów (art. 52 ust. 4 ustawy o NBP).

7. Zamówienia na usługi Banku Gospodarstwa Krajowego. W art. 10 ust. 2 pkt 2 Pzp wyłączono stosowanie przepisów tej ustawy do zamówień, których przedmiotem są usługi BGK w zakresie bankowej obsługi jednostek sektora finansów publicznych oraz innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego. Nie ma definicji legalnej pojęcia „obsługa bankowa". Kierując się znaczeniem językowym, pojęcie „bankowej obsługi jednostek" należałoby wiązać generalnie z usługami bankowymi, a więc usługami w zakresie wszystkich dostępnych produktów bankowych, a także obsługą kasową podmiotów. Są to w szczególności czynności takie jak: założenie i obsługa rachunków bankowych, przyjmowanie wpłat i realizacja wypłat gotówkowych, realizacja świadczeń doradczych, ale również udzielanie oraz obsługa

kredytów i pożyczek. Z przepisem art. 10 ust. 2 pkt 2 Pzp korespondują przepisy ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego, przewidując m.in. że zakres działania BGK może obejmować obsługę bankową rachunków budżetu państwa i inne czynności (art. 6 ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego). A także przepisy ustawy o finansach publicznych w zakresie rozdziału 7 tej ustawy, zatytułowanego: Bankowa obsługa budżetu państwa oraz niektórych jednostek sektora finansów publicznych. W rozdziale tym została przewidziana m.in. obowiązkowa obsługa bankowa przez BGK rachunków niektórych jednostek sektora finansów publicznych[60].

8. Zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej. W art. 23 ustawy o finansach publicznych instytucja gospodarki budżetowej została zdefiniowana jako jednostka sektora finansów publicznych tworzona w celu realizacji zadań publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania i pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów. Instytucję gospodarki budżetowej mogą utworzyć tylko ściśle określone podmioty: minister lub Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, kierownicy: Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej

[60] Art. 196 ust. 5 ustawy o finansach publicznych przewiduje, że Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi obsługę bankową rachunków jednostek sektora finansów publicznych będących agencjami wykonawczymi, instytucjami gospodarki budżetowej; państwowymi funduszami celowymi, Narodowego Funduszu Zdrowia, Polskiej Akademii Nauk i tworzonych przez nią jednostek organizacyjnych, publicznych zakładów opieki zdrowotnej, dla których podmiotem tworzącym jest minister, centralny organ administracji rządowej, wojewoda lub uczelnia medyczna, państwowych instytucji kultury, państwowych osób prawnych utworzonych na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych (z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego) oraz wojewódzkich funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej.

Polskiej, Trybunału Konstytucyjnego, Najwyższej Izby Kontroli, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, wojewódzkich sądów administracyjnych, Krajowej Rady Sądownictwa, sądów powszechnych, Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowego Biura Wyborczego, Państwowej Inspekcji Pracy i Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, a także Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka i Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych – jako podmioty wykonujące funkcje organów założycielskich (art. 23 w związku z art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych). Podmioty będące organami założycielskimi określają przedmiot działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej, jej źródła przychodów i przeznaczenie zysku. Instytucja gospodarki budżetowej uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania jej do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych) i w związku z tym jest odrębnym podmiotem od podmiotu będącego jej organem założycielskim. W przypadku udzielania zamówień takiemu podmiotowi przez organ założycielski zostają wypełnione co do zasady warunki stosowania Pzp, jednak z uwagi na charakter relacji między instytucją gospodarki budżetowej i jej organem założycielskim zostało przewidziane wyłączenie stosowania przepisów Pzp w zakresie zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez jej organ założycielski będący organem władzy publicznej. Biorąc pod uwagę, iż dla celów wpisu instytucji gospodarki budżetowej do KRS wymagane jest m.in. podanie organu

władzy publicznej będącego jej organem założycielskim[61], można przyjąć, że intencją ustawodawcy w zakresie wyłączenia z art. 10 ust. 2 pkt 3 Pzp było uznanie, że pojęcie organu władzy publicznej w tym kontekście należy traktować funkcjonalnie i włączyć w nie wszystkie podmioty, które na podstawie ustawy o finansach publicznych mogą pełnić funkcję organu założycielskiego instytucji gospodarki budżetowej. Dyspozycja z art. 10 ust. 2 pkt 3 Pzp dotycząca wyłączenia spod reżimu Pzp zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje jej organu założycielskiego opiera się na przewidzianym w art. 12 dyrektywy klasycznej wyłączeniu odnoszącym się do zamówień publicznych o charakterze wewnętrznym, między podmiotami sektora publicznego (tzw. zamówienia *in house*), stąd przepis ten przewiduje dodatkowe warunki, które **muszą być spełnione łącznie**, aby zastosowanie wyłączenia było możliwe. Po pierwsze – ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej musi dotyczyć wykonywania zadań publicznych na rzecz organu władzy publicznej wykonującego funkcje organu założycielskiego; po drugie – organ władzy publicznej musi sprawować nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi

[61] Na podstawie art. 36 pkt 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym instytucje gospodarki budżetowej podlegają rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym w rejestrze przedsiębiorców. Formularz „Wniosku o rejestrację podmiotu w rejestrze przedsiębiorców PRZEDSIĘBIORSTWO PAŃSTWOWE, INSTYTUCJA GOSPODARKI BUDŻETOWEJ, INSTYTUT BADAWCZY I INSTYTUT DZIAŁAJĄCY W RAMACH SIECI BADAWCZEJ ŁUKASIEWICZ", stanowiący załącznik nr 6 do Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie określenia wzorów urzędowych formularzy wniosków o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego oraz sposobu i miejsca ich udostępniania (Dz. U. z 2015 r. poz. 724 z późn. zm.), w części C pkt C7 przewiduje wskazanie organu założycielskiego m.in. instytucji gospodarki budżetowej poprzez podanie nazwy tego organu oraz jego numeru KRS i numeru identyfikacyjnego REGON.

nieposiadającymi osobowości prawnej (wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji); po trzecie – przedmiot zamówienia musi należeć do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych, a zatem w statucie nadanym tej instytucji przez jej organ założycielski. W celu doprecyzowania sposobu ustalenia warunku stosowania wyłączenia w zakresie wykonywania 80% działalności na rzecz założycielskiego organu władzy publicznej została przyjęta określona dyrektywą zasada uwzględnienia średniego całkowitego obrotu osiągniętego przez instytucję gospodarki budżetowej lub innej alternatywnej miary opartej na prowadzonej działalności, w szczególności kosztów poniesionych przez instytucję gospodarki budżetowej w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 3 Pzp). Jeżeli dane te są niedostępne lub nieadekwatne (krótszy niż 3-letni okres istnienia instytucji gospodarki budżetowej lub prowadzenia przez nią działalności, reorganizacja działalności), przy obliczaniu procentu działalności wykonywanej na rzecz założycielskiego organu władzy publicznej uwzględnia się adekwatną wiarygodną miarę, w szczególności prognozy dotyczące obrotu, kosztów lub innej alternatywnej miary (art. 10 ust. 4 Pzp).

9. Zamówienia na usługi zamawiającego publicznego objęte prawem wyłącznym. Wyłączenie stosowania przepisów Pzp do udzielania zamówień publicznych na usługi świadczone przez zamawiającego publicznego, który jako jedyny ma prawo do świadczenia tych usług na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego opublikowaniu, ma swoje źródło w dyrektywach: klasycznej i sektorowej. W ślad za dyrektywami można powtórzyć, że nie ma potrzeby stosowania procedur udzielania zamówień publicznych

do zamówień na usługi, w sytuacji gdy jedynym źródłem pozyskania takiej usługi jest jeden, określony zamawiający publiczny (ew. grupa takich zamawiających), a wyłączne prawo do świadczenia takiej usługi przez tego zamawiającego (grupę zamawiających) wynika z przepisów prawa podlegających publikacji (por. motyw 30 preambuły do dyrektywy klasycznej i motyw 37 preambuły do dyrektywy sektorowej). Przykładowo, na podstawie ustawy o sporcie właściwy polski związek sportowy ma wyłączne prawo m.in. do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski w danym sporcie. Z tego tytułu polskiemu związkowi sportowemu właściwemu dla danej dziedziny sportu przysługuje m.in. wyłączne prawo do sprzedaży praw medialnych do organizowanego współzawodnictwa (rozgrywki ligowe) czy organizowanych imprez (w tym transmisji telewizyjnej) rangi mistrzowskiej.

Art. 11.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem:

1) są usługi arbitrażowe lub pojednawcze;

2) są usługi prawne:

a) zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 823), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi

sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,

b) doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w lit. a, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,

c) notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów,

d) do świadczenia których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,

e) związane z wykonywaniem władzy publicznej;

3) są usługi badawcze lub rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, oraz spełnione są łącznie następujące warunki:

a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności,

b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający;

4) jest nabycie audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, produkcja lub koprodukcja, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych

usług medialnych – udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych;

5) **jest zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych;**
6) **jest nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości;**
7) **są usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 328, 355 i 680), oraz operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności;**
8) **są pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach limitów zobowiązań określonych w uchwale budżetowej;**
9) **są usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte kodami CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 oraz 85143000-3, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów;**
10) **są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem;**

11) są dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji, jednostek poświadczonej redukcji emisji oraz jednostek redukcji emisji, w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do umów:

1) z zakresu prawa pracy;

2) koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2021 r. poz. 541), chyba że ustawa stanowi inaczej;

3) o których mowa w art. 149 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2021 r. poz. 478 i 619).

3. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem:

1) procesu wypłat środków gwarantowanych, o których mowa w art. 2 pkt 65 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, w szczególności usług świadczonych przez podmiot, z którym zostanie zawarta umowa o dokonanie wypłat środków gwarantowanych;

2) przymusowej restrukturyzacji albo umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych, których przedmiotem jest:

a) przeprowadzenie oszacowania,

b) świadczenie usług doradztwa, w tym doradztwa strategicznego, ekonomiczno-finansowego, podatkowego, prawnego i informatycznego,

c) powierzenie przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywania pośrednictwa w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1896, 2320 i 2419 oraz z 2021 r. poz. 432, 680 i 815) w imieniu i na rzecz banku w restrukturyzacji, oraz czynności związanych z działalnością prowadzoną przez firmę inwestycyjną w restrukturyzacji, w tym z prowadzoną przez nią działalnością maklerską.

4. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień dotyczących wytwarzania:

1) blankietów dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 725 i 1517), oraz ich personalizacji lub indywidualizacji;

2) znaków akcyzy;

3) znaków legalizacyjnych i nalepek kontrolnych, o których mowa w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, 463, 694 i 720[62]);

3) znaków legalizacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, 463, 694 i 720[63]);

4) kart do głosowania i nakładek na karty do głosowania, o których mowa odpowiednio w art. 40 § 1 i art. 40a § 1 ustawy z dnia

---

[62] W tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany, o której mowa w odnośniku 63.

[63] Ze zmianą wprowadzoną przez art. 11 ustawy z dnia 14 sierpnia 2020 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1517), która weszła w życie z dniem 4 grudnia 2020 r.; wejdzie w życie z dniem 4 września 2022 r.

5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1319) oraz w art. 20 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 851);

5) znaków holograficznych umieszczanych na zaświadczeniach o prawie do głosowania, o których mowa w art. 32 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy;

6) układu mikroprocesorowego z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych, zawierających warstwę elektroniczną, zgodnie z ich przeznaczeniem.

5. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne:

1) których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju;

2) których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności;

3) udzielanych przez inne niż określone w ust. 1 pkt 4 podmioty, których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, jeżeli zamówienia te są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych;

4) których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej związanej z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych, o których mowa w ustawie z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2020 r. poz. 1327 oraz z 2021 r. poz. 4), jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności;

5) których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji oraz wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, o których mowa odpowiednio w rozdziałach 4 i 5 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji (Dz. U. z 2021 r. poz. 485), jeżeli zamówienia te udzielane są:

a) przez gminę lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, a przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy lub

b) w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, o której mowa w rozdziale 5 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji;

6) których przedmiotem są usługi z zakresu leśnictwa, objęte kodami CPV 77200000-2, 77210000-5, 77211000-2, 77211100-3, 77211200-4, 77211300-5, 77211400-6, 77211500-7, 77211600-8, 77220000-8, 77230000-1, 77231000-8, 77231200-0, 77231600-4 oraz 77231700-5 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień;

7) udzielanych w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe, określone na podstawie art. 5 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz. U. z 2021 r. poz. 396);

8) udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywięziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadnicza część działalności przywięziennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane;

9) udzielanych przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, o którym mowa w ustawie z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1670), będącego podmiotem, o którym mowa w art. 4 pkt 3.

6. Do zasadniczej części działalności przywięziennego zakładu pracy, o której mowa w ust. 5 pkt 8, wlicza się działalność związaną z realizacją zamówień w związku ze społeczną i zawodową integracją osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5.

1. Wyłączenie stosowania Pzp do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi arbitrażowe lub pojednawcze. Dyrektywy klasyczna, sektorowa i obronna nie mają zastosowania w odniesieniu do usług takich jak usługi arbitrażowe i pojednawcze (art. 10 lit c dyrektywy klasycznej, art. 21 lit b dyrektywy sektorowej oraz art. 13 lit. g dyrektywy obronnej) ze względu na to, że tego typu usługi oraz inne podobne formy alternatywnego rozwiązywania sporów są zwykle świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne zatwierdzone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień. Przy czym dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień na takie usługi bez względu na ich nazwę w prawie krajowym (motyw 24 preambuły do dyrektywy klasycznej, motyw 32 do dyrektywy sektorowej oraz motyw 32 do dyrektywy obronnej), co oznacza, że pojęcie usług arbitrażowych lub pojednawczych nie odnosi się do konkretnego typu usługi zdefiniowanej w prawie, ale do szerszej grupy lub rodzaju usług typu arbitrażowego i pojednawczego. U podstaw skorzystania z usług typu arbitrażowego i pojednawczego jest zwykle zgodna wola stron, które w ten sposób poddają spór (lub przyszłe spory) pod rozstrzygnięcie podmiotowi cieszącemu się ich zaufaniem. Wyłącza to możliwość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (bez względu na tryb postępowania) na wybór wykonawcy.

1.1. Polubowne rozwiązywanie sporów w Pzp. Warto zauważyć, że w art. 591 Pzp została przewidziana również możliwość złożenia wniosku o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne. Wniosek taki może złożyć zarówno wykonawca, jak

i zamawiający. Umowa lub umowa ramowa może zawierać postanowienia o mediacji lub innym polubownym rozwiązaniu sporu. Umowa o mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu może być zawarta także następczo przez wyrażenie przez strony zgody na mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu, w sytuacji gdy taki spór zaistnieje.

1.2. Sąd polubowny. W prawie polskim instytucja sądu polubownego (arbitrażowego) jest regulowana w Kpc, który w art. 1157 wyraźnie wskazuje na możliwość dobrowolnego poddania przez strony pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej) sporów o prawa majątkowe i niemajątkowe (jeżeli mogą być one przedmiotem ugody sądowej). Zgodnie z art. 1161 § 1 i 3 Kpc poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć (zapis na sąd polubowny), zapis taki może wskazywać na stały sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, wiąże je regulamin stałego sądu polubownego obowiązujący w dacie wniesienia sporu. Wynika stąd, że arbitraż nie musi być przeprowadzany przez stały sąd polubowny, ale także przez sądy tego typu powoływane doraźnie. Należy przy tym podkreślić, że sąd polubowny nie jest sądem powszechnym (państwowym), ale z racji zapisu na sąd polubowny strony są z zasady związane rozstrzygnięciem tego sądu. Jak wynika z art. 1212 § 1 Kpc, wyrok sądu polubownego lub ugoda zawarta przed takim sądem mają moc prawną zrównaną z wyrokiem sądu powszechnego lub ugodą zawartą przed takim sądem po ich uznaniu przez taki sąd albo po stwierdzeniu ich wykonalności.

1.3. Mediacja. Kpc przewiduje także inny sposób rozwiązywania sporów cywilnoprawnych poza sądownictwem powszechnym, tj. mediację

(art. 1831–18315 Kpc). Mediacja jest dobrowolna i może być przeprowadzana na podstawie umowy stron, w której strony określają przedmiot mediacji, wskazują mediatora albo sposób jego wyboru (art. 1831 §1 i 2 Kpc). Jeżeli strony zawarły ugodę przed mediatorem, ugodę zamieszcza się w protokole mediacji albo załącza się do niego, a strony ją podpisują, przez co wyrażają zgodę na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie (art. 18312 § 2 i 3 Kpc). Ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd powszechny, ma moc prawną ugody zawartej przed tym sądem, a ugoda zawarta przed mediatorem, którą sąd zatwierdził przez nadanie jej klauzuli wykonalności, jest tytułem wykonawczym (art. 18315 § 1 Kpc).

1.4. Inne formy rozwiązywania sporów cywilnoprawnych. Ponieważ sąd polubowny (arbitraż) i mediacja regulowane w Kpc nie wyczerpują wszystkich możliwych form pozasądowego rozwiązywania sporów cywilnoprawnych, zwłaszcza biorąc pod uwagę kontekst europejski, można uznać, że wyłączenie stosowania Pzp w zakresie usług arbitrażowych lub pojednawczych może obejmować także inne niż sąd polubowny i mediacja formy świadczenia usług w przedmiocie rozwiązywania sporów cywilnoprawnych.

2. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi prawne. Stosowanie przepisów dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej zostało wyłączone w stosunku do niektórych usług prawnych: świadczonych przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, obejmujących reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, świadczonych przez notariuszy lub związanych z wykonywaniem czynności urzędowych (art. 21 lit. c dyrektywy sektorowej oraz art. 10 lit. d dyrektywy klasycznej).

Unijny prawodawca uznał bowiem, że takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień.

2.1. Usługi zastępstwa procesowego. Wyłączenie określone przez art. 11 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy usług zastępstwa procesowego świadczonych wyłącznie przez profesjonalnych pełnomocników, tzn. adwokatów, radców prawnych oraz prawników zagranicznych, wykonujących swój zawód w Polsce na podstawie ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Wyłączenie w zakresie zastępstwa procesowego nie dotyczy zatem usług prawnych świadczonych przez inne grupy prawników, np. doradców finansowych. Usługi zastępstwa procesowego mogą być świadczone zarówno przed sądami, trybunałami, instytucjami arbitrażowymi, pojednawczymi, w tym międzynarodowymi, jak i innymi organami publicznymi w państwach Unii Europejskiej i poza nią, w tym w postępowaniach odwoławczych przed KIO. Zakresem wyłączenia są objęte również usługi doradztwa prawnego świadczone przez profesjonalnych pełnomocników wówczas, gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo (potwierdzone konkretnymi okolicznościami), że sprawa, której dotyczy usługa, stanie się przedmiotem postępowania przed sądami, trybunałami, instytucjami arbitrażowymi, pojednawczymi, w tym międzynarodowymi lub innymi organami publicznymi w państwach Unii Europejskiej i poza nią.

Przepisów Pzp nie stosuje się także do usług notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów, a zatem usług o takim charakterze świadczonych przez notariuszy. Pzp nie będzie miała także zastosowania w przypadku usług prawnych świadczonych przez podmioty wskazane

przez sąd lub trybunał lub wyznaczone przez przepisy prawa w celu wykonywania takich zadań. Przepisy Pzp nie mają również zastosowania do usług prawnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej. Ten ostatni przypadek ma swoje źródło w art. 51 TFUE. Dobrze ilustruje ideę tego wyłączenia przykład przytoczony w preambułach do dyrektyw klasycznej i sektorowej, który odnosi się do wyłączenia zamówień na usługi prawne zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień, np. w przypadku wyznaczania prokuratorów generalnych w niektórych państwach członkowskich. Jest to szczególne wyłączenie, które nie ma zastosowania do zamawiania usług prawnych przez władze publiczne, np. do sporządzania opinii prawnych czy projektów decyzji administracyjnych na zlecenie organów władzy publicznej.

2.2. Prawnik zagraniczny. Zgodnie z art. 2 pkt 1–3 ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej prawnikiem zagranicznym jest prawnik z Unii Europejskiej i prawnik spoza Unii Europejskiej. Przy czym prawnikiem z Unii Europejskiej jest osoba będąca obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawniona do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych uzyskanych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, określonych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do tej ustawy (odpowiadających zawodowi adwokata lub radcy prawnego). Natomiast prawnikiem spoza Unii Europejskiej jest osoba niebędąca obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawniona do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych, o których mowa w załączniku nr 1 do ustawy (odpowiadających zawodowi adwokata lub radcy prawnego), a także każda osoba, która przy użyciu

tytułu zawodowego uzyskanego w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej jest uprawniona do wykonywania zawodu odpowiadającego – pod względem wykształcenia i uprawnień oraz podstawowych zasad jego organizacji i wykonywania – zawodowi adwokata lub radcy prawnego.

3. Wyłączenie Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe. Pzp przewiduje wyłączenie stosowania jej przepisów w przypadku zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe. W pojęcie usług badawczych i rozwojowych z dyrektyw wpisują się definicje badań naukowych i prac rozwojowych z Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce, co oznacza, że definicje te należy odnosić również do pojęć „usługi badawcze" i „usługi rozwojowe" z Pzp jako usług świadczonych w zakresie badań naukowych oraz usług w zakresie prac rozwojowych. Zgodnie z art. 4 ust. 2 i 3 Prawa o szkolnictwie wyższym **badania naukowe** są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne,
2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Natomiast **prace rozwojowe** są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług,

z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. Pomocniczo, w celu lepszego rozumienia pojęć „usługi badawcze" i „usługi rozwojowe", można odwołać się również do definicji prac badawczych i rozwojowych ujętych w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości[64]. Zgodnie z definicją prac badawczych, którą posłużono się w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości MSR 38 *Wartości niematerialne*, **prace badawcze** są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej (paragraf 8 MSR 38). Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług oraz
4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 56 MSR 38).

Zgodnie z definicją przyjętą w paragrafie 8 MSR 38 p**race rozwojowe** są praktycznym zastosowaniem odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce

[64] Załącznik do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3.11.2008 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 320 z 29.11.2008, str. 1).

przed rozpoczęciem produkcji seryjnej lub zastosowaniem. Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż oraz
4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 59 MSR 38).

Wyłączenie, o którym mowa w art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp, dotyczące zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe, nie ma jednak zastosowania w przypadku takich zamówień lub konkursów, które obejmują usługi:

1) badawcze i eksperymentalno-rozwojowe oraz pokrewne usługi doradcze (kod CPV 73000000-2),
2) badawcze i eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73100000-3),
3) badawcze (kod CPV 73110000-6),
4) laboratoryjne usługi badawcze (kod CPV 73111000-3),
5) badań morskich (kod CPV 73112000-0),
6) eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73120000-9),
7) projekt i realizacja badań oraz rozwój (kod CPV 73300000-5),
8) studium przedwykonalności i demonstracja technologiczna (kod CPV 73420000-2),
9) testy i ocena (kod CPV 73430000-5)

oraz jeżeli dodatkowo występują dwie okoliczności:

1) korzyści z usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności oraz
2) całość wynagrodzenia za usługę jest wypłacana przez zamawiającego.

Dla stwierdzenia, że całość wynagrodzenia jest wypłacana przez zamawiającego nie ma przy tym znaczenia fakt, że wypłacane środki pochodzą w całości lub w części z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej lub z budżetu państwa albo z zaciągniętych przez zamawiającego kredytów lub pożyczek, ani fakt, że w sposób symboliczny w tym opłacaniu partycypuje podmiot trzeci. Korzyści z usług badawczych lub rozwojowych przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności wówczas, gdy zamawiający zastrzeże je wyłącznie do użytku własnego. Ocena, czy istotnie korzyści z usług badawczych lub rozwojowych będą przypadały wyłącznie zamawiającemu, zależy od okoliczności faktycznych, w szczególności nie sprowadza się to zagadnienie tylko do publikacji lub braku publikacji wyników badań. W przypadku gdy przedmiotem zamówień lub konkursów są usługi badawcze lub rozwojowe o wskazanych wyżej kodach CPV oraz gdy korzyści z usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności i całość wynagrodzenia za usługę jest wypłacana przez zamawiającego, do udzielania takich zamówień ma z zasady zastosowanie Pzp.

4. Wyłączenie Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem jest nabycie audycji i materiałów do audycji. Wyłączenie adresowane jest tylko do nadawców radiowych lub telewizyjnych czyli dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Obejmuje nadawców telewizyjnych świadczących usługi bezpośrednio lub też na życzenie, również dostarczane w oparciu o Internet programy radiowe i telewizyjne. Skorzystać z wyłączenia mogą zatem wyłącznie nadawcy

radiowi lub telewizyjni, nabywając audycje i materiały do audycji lub też udzielając zamówień na opracowywanie, produkcję lub koprodukcję takich audycji lub materiałów do audycji. Warunkiem jest, aby zamówienie to było przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych. Stosownie do motywu 23 preambuły do dyrektywy klasycznej udzielanie zamówień publicznych na pewne audiowizualne i radiowe usługi medialne przez dostawców usług medialnych powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co sprawia, że stosowanie zasad udzielania zamówień nie jest właściwe. Taki jest powód wyłączenia obowiązku stosowania przepisów zamówieniowych w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, udzielanych przez samych dostawców usług medialnych, w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów. Wyłączenie to ma również zastosowanie do nadawczych usług medialnych oraz usług na żądanie, ale nie do dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów. W dyrektywie klasycznej w odniesieniu do pojęć „audiowizualne usługi medialne", „dostawca usług medialnych" i „audycja" zostało zastosowane odesłanie do dyrektywy 2010/13/UE[65]. Przepisy tej dyrektywy zostały wdrożone w prawie polskim ustawą o radiofonii i telewizji. Zgodnie z art. 4 pkt 2 tej ustawy audycją jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez

[65] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010, str. 1)

niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Zgodnie z art. 4 pkt 6 tej ustawy programem jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie. Usługą medialną jest usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy (art. 4 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji). Audiowizualna usługa medialna na żądanie to usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę (art. 4 pkt 6a ustawy o radiofonii i telewizji). Dostawcą usługi medialnej jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji). Ponieważ wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy wyłącznie nabywania przez nadawców radiowych lub telewizyjnych audycji i materiałów do audycji lub też udzielania zamówień na opracowywanie, produkcję lub koprodukcję takich audycji lub materiałów do audycji, wyłączenie to nie dotyczy nabywania materiałów do produkcji materiału reklamowego.

Zgodnie z art. 4 pkt 17 ustawy o radiofonii i telewizji, reklamą jest przekaz handlowy pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja. Reklamy mogą tworzyć część programu, w skład którego wchodzą również audycje, niemniej reklamy nie są objęte definicją audycji jako elementu programowego wchodzącego w zakres misji nadawcy. Reklamy są zatem wyłącznie materiałem towarzyszącym audycji radiowej lub telewizyjnej niewchodzącym w jej zakres.

5. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem jest zakup czasu antenowego lub audycji. Zamówienie polegające na zakupie czasu antenowego lub audycji jest adresowane do wszystkich zamawiających. Z uwagi na definicję programu jako uporządkowanego zestawu audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechnianego w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie (art. 4 pkt 6 ustawy o radiofonii i telewizji), zakup czasu antenowego jest równoznaczny ze skorzystaniem z usługi medialnej polegającej na wykupieniu włączenia określonego przekazu do programu realizowanego przez nadawcę audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Należy przy tym pamiętać, że nadawcą jest tylko dostawca usługi medialnej, czyli osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji). Oprócz możliwości wykupienia określonej pozycji w programie nadawcy (czasu antenowego) wyłączeniem objęte jest także nabycie audycji

(materiału do audycji) od takiego nadawcy. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji audycją jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Pzp odnoszące się do zakupu czasu antenowego oraz audycji (materiałów do audycji) jest z natury rzeczy wyłączeniem, w którym wykonawcą zamówienia jest nadawca audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w imieniu i na rzecz nadawcy umowa była zwierana przez pełnomocnika – wówczas wyłączenie może być zastosowane. Natomiast brak jest podstaw do zastosowania tego wyłączenia, jeżeli stroną umowy dotyczącej nabycia np. audycji jest pośrednik (np. dom mediowy). Wyłączenie nie będzie również możliwe do zastosowania wówczas, gdy umowa będzie zawierana z grupą podmiotów, której członkiem jest nadawca, a inne podmioty (lub nawet tylko jeden podmiot w grupie nadawców) nie są nadawcami.

6. Wyłączenie Pzp w odniesieniu do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. Wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 6 Pzp dotyczy tylko nabycia własności lub innych praw do nieruchomości. Nie są nim objęte usługi np. finansowe powiązane z nabywaniem własności lub innych praw do nieruchomości. Wyłączeniem jest objęte tylko nabywanie praw do **istniejących** budynków lub nieruchomości. Wyłączenie dotyczy tylko „czystych" umów w obrocie nieruchomościami, ze względu na indywidualny charakter każdej nieruchomości (zawsze rzecz istniejąca, oznaczona co do tożsamości). Gdyby przyjąć inaczej, to można

by zupełnie dowolnie obracać nieruchomościami, które by dopiero miały powstać, były w różnym stadium realizacji itp., co oznaczałoby przyzwolenie, aby pod pozorem umów sprzedaży nieruchomości udzielane były zamówienia inwestycyjne w budownictwie na ogromne sumy, z pominięciem procedury zamówień publicznych, mimo wyraźnego spełnienia odpowiednich przesłanek ustawowych (dotyczy to zwłaszcza tzw. umów deweloperskich). Przeczyłoby to zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień finansowanych ze środków publicznych, a będącej jednym z filarów TFUE oraz gospodarki UE i jej krajów członkowskich. Dlatego wyłączenie zastosowania Pzp nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek, jeszcze nie powstała albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza sfinansowanych przez niego[66].

7. Wyłączenie Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi finansowe. Przepisów Pzp nie stosuje się do usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych. Zgodnie z definicją z art. 2 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi instrumentami finansowymi są:

1) papiery wartościowe, do których zgodnie z art. 3 pkt 1 tej ustawy należą:
   a. akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów Ksh, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje,

[66] Wyrok SN z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09; por. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. V CK 474/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 8

listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego,

b. inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, odnoszące się do papierów wartościowych określonych w lit. a, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników (prawa pochodne);

2) niebędące papierami wartościowymi:

a. tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania,

b. instrumenty rynku pieniężnego,

c. opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową, inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest papier wartościowy, waluta, stopa procentowa, wskaźnik rentowności, uprawnienie do emisji lub inny instrument pochodny, indeks finansowy lub wskaźnik finansowy, które są wykonywane przez dostawę lub rozliczenie pieniężne, z wyłączeniem instrumentów pochodnych, o których mowa w art. 10 rozporządzenia 2017/565,

d. opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez

rozliczenie pieniężne lub mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron,

e. opcje, kontrakty terminowe, swapy oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które mogą być wykonane przez dostawę, pod warunkiem że są dopuszczone do obrotu w systemie obrotu instrumentami finansowymi, z wyłączeniem produktów energetycznych będących przedmiotem obrotu hurtowego na OTF, które muszą być wykonywane przez dostawę,
f. niedopuszczone do obrotu w systemie obrotu instrumentami finansowymi opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które mogą być wykonane przez dostawę, a które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych,
g. instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego,
h. kontrakty na różnicę,
i. opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward dotyczące stóp procentowych oraz inne instrumenty pochodne odnoszące się do zmian klimatycznych, stawek frachtowych oraz stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne albo mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron, a także instrumenty pochodne, o których mowa w art. 8 rozporządzenia 2017/565, i inne, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych,
j. uprawnienia do emisji.

Wyłączenie stosowania Pzp w oparciu o art. 11 ust. 1 pkt 7 Pzp obejmuje również operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej (EFSF) oraz z Europejskim Mechanizmem Stabilności (EMS). Zgodnie z informacją dostępną na stronach Komisji Europejskiej[67] EFSF został ustanowiony przez państwa członkowskie strefy euro w roku 2010 jako mechanizm tymczasowy służący udzielaniu pożyczek. Pożyczki udzielane w ramach tego mechanizmu były finansowane przez EFSF z emisji obligacji i innych instrumentów dłużnych na rynkach kapitałowych i gwarantowane przez udziałowców (państwa członkowskie strefy euro). Od momentu utworzenia EMS nie udziela się już pomocy w ramach EFSF. EMS przejął zadania EFSF. Jako mechanizm stałego wsparcia został uruchomiony w październiku 2012 r. jako część strategii Unii Europejskiej, mającej na celu zapewnienie stabilności finansowej w strefie euro. Ustanowienie EMS jako organizacji międzyrządowej nastąpiło w ramach międzyrządowego porozumienia krajów strefy euro, które są członkami tej organizacji. EMS jest obecnie jedynym i stałym instrumentem pomocy finansowej dla państw członkowskich strefy euro, które są dotknięte lub zagrożone trudnościami finansowymi. Jego działalność polega na emisji instrumentów dłużnych mających na celu finansowanie pożyczek i innych form pomocy dla państw strefy euro. Pożyczki są finansowane ze środków pozyskanych przez EMS na rynkach finansowych i są gwarantowane przez udziałowców (państwa członkowskie strefy euro). EMS jest uprawniony do:

1) udzielania pożyczek w ramach programu dostosowań makroekonomicznych,
2) zakupu instrumentów dłużnych na rynku pierwotnym i wtórnym,

[67] Pomoc finansowa dla państw członkowskich UE, Dokumenty informacyjne o Unii Europejskiej – 2020, www.europarl.europa.eu/factsheets/pl

3) zapewniania zapobiegawczej pomocy finansowej w postaci linii kredytowych,
4) finansowania rekapitalizacji instytucji finansowych poprzez pożyczki na rzecz rządów państw członkowskich należących do EMS.

8. Wyłączenie Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są pożyczki lub kredyty. Na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 8 Pzp przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Zgodnie z art. 69 ust. 1 Prawa bankowego przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Kredyt może być udzielany przez banki i inne instytucje upoważnione ustawowo do udzielania kredytów (por. art. 70a ust. 1 Prawa bankowego). Umowa pożyczki nie jest regulowana Prawem bankowym, ale przepisami Kc. Przy spełnieniu warunków przewidzianych dla kredytu konsumenckiego pożyczka podlega także przepisom ustawy o kredycie konsumenckim. Zgodnie z art. 720 § 1 Kc przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości. Na podstawie umowy pożyczki własność pożyczanej kwoty (lub rzeczy) zostaje przeniesiona

z pożyczkodawcy na pożyczkobiorcę. Ta umowa nie jest obwarowana żadnymi szczególnymi wymaganiami. Pożyczka może być udzielona przez osobę fizyczną bądź osobę prawną, w tym również przez bank. Przewidziane w art. 11 ust. 1 pkt 8 Pzp wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Pzp nie obejmuje zamówień, których przedmiotem są kredyty zaciągane przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach limitów zobowiązań określonych w uchwale budżetowej.

9. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom.

Wyłączenie może mieć zastosowanie wówczas, gdy dotyczy ściśle określonego zakresu usług, tj. usług o określonych kodach CPV, i tylko wówczas, gdy jest udzielane wykonawcy będącemu organizacją albo zrzeszeniem (stowarzyszeniem) o charakterze niekomercyjnym. Zgodnie z dyrektywą, jej przepisy nie powinny mieć zastosowania do niektórych usług ratownictwa, gdy są one wykonywane przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym, gdyż trudno byłoby zachować szczególny charakter takich organizacji, gdyby usługodawców trzeba by było wybierać zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywie. Niemniej jednak wyłączenia tego nie należy stosować szerzej niż jest to absolutnie konieczne (motyw 28 do dyrektywy klasycznej). W ślad za dyrektywami w art. 11 ust. 1 pkt 9 Pzp wyliczono usługi objęte wyłączeniem, wskazując na usługi o kodach:

1) 75250000-3 – Usługi straży pożarnej oraz ratownicze,
2) 75251000-0 – Usługi straży pożarnej,
3) 75251100-1 – Usługi służb pożarniczych,
4) 75251110-4 – Usługi ochrony przeciwpożarowej,
5) 75251120-7 – Usługi ochrony przeciwpożarowej lasów,

6) 75252000-7 – Służby ratownicze (w wersji ang.: rescue services – usługi ratownictwa – przyp. wł.),
7) 75222000-8 – Usługi obrony cywilnej,
8) 98113100-9 – Usługi w zakresie bezpieczeństwa jądrowego,
9) 85143000-3 – Usługi ambulatoryjne (w wersji ang.: ambulance services – usługi pogotowia ratunkowego – przyp. wł.).

Usług transportu sanitarnego pacjentów nie objęto wyłączeniem, nawet gdyby były świadczone przez organizację non profit. Podlegają one szczególnemu reżimowi przewidzianemu dla usług społecznych i innych szczególnych usług. W związku z tym, jeżeli świadczenie usług transportu sanitarnego stanowi jedynie element zamówienia, zastosowanie mają przepisy dotyczące zamówień mieszanych.

10. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem. Zasady organizacji i funkcjonowania regularnego przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym realizowanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w strefie transgranicznej, w transporcie drogowym, kolejowym, innym szynowym, linowym, linowo-terenowym, morskim oraz w żegludze śródlądowej określa ustawa o publicznym transporcie zbiorowym. Wybór operatora następuje zgodnie z art. 19 tej ustawy. Organizator dokonuje tego wyboru w trybie Pzp albo ustawy o umowie koncesji, albo określonym w art. 22 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Pzp nie ma jednak zastosowania do usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem na podst. art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp.

11. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są dostawy uprawnień do emisji gazów cieplarnianych i innych substancji. Zgodnie z motywem 23

do dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady[68] handel przydziałami emisji powinien tworzyć część wszechstronnego oraz spójnego pakietu polityk oraz środków wprowadzonych w życie w Państwach Członkowskich oraz na poziomie wspólnotowym. Zgodnie z art. 3 lit. a dyrektywy 2003/87/WE przez pozwolenie należy rozumieć pozwolenie na emitowanie jednej tony równoważnika ditlenku węgla przez określony okres czasu, które jest ważne jedynie do celów spełniania wymogów dyrektywy i może być przenoszone zgodnie z przepisami dyrektywy. Stosownie do art. 19 tej dyrektywy państwa członkowskie zapewniają ustanowienie i utrzymania rejestru w celu zapewnienia należytego uwzględnienia wydania, posiadania, przenoszenia oraz anulowania przydziałów. Mogą utrzymywać swoje rejestry w skonsolidowanym systemie, razem z jednym lub większą liczbą państw członkowskich. Rejestry są dostępne dla społeczeństwa oraz zawierają oddzielną księgowość w celu odnotowania przydziałów znajdujących się w posiadaniu każdej osoby, dla której oraz od której przydziały są wydawane lub przenoszone. W celu wykonania dyrektywy Komisja przyjmuje rozporządzenie zgodnie z procedurą określoną w art. 23 ust. 2 w odniesieniu do znormalizowanego oraz zabezpieczonego systemu rejestrów w formie elektronicznych baz danych zawierających wspólne elementy danych w celu prześledzenia wydania, posiadania, przeniesienia oraz anulowania przydziałów, w celu zapewnienia dostępu społeczeństwa oraz poufności we właściwy sposób oraz w celu zapewnienia, że nie istnieją przeniesienia niezgodne z zobowiązaniami wynikającymi

[68] Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE Dz. Urz. UE L 275 z 25.10.2003, s. 32.

z Protokołu z Kioto. Z powyższych postanowień dyrektywy wynika, że stosowanie przepisów z zakresu zamówień publicznych do przenoszenia uprawnień do emisji nie byłoby uzasadnione z uwagi na uwarunkowania proceduralne dotyczące handlu takimi uprawnieniami. W polskim prawie aktem wdrażającym postanowienia m.in. tej dyrektywy jest ustawa o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Ponadto zagadnienia te reguluje ustawa o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji, która w art. 19 wskazuje, iż obrót międzynarodowy jednostkami z Kioto następuje na podstawie umowy zawieranej między Rzecząpospolitą Polską a państwem uprawnionym lub upoważnionym przez to państwo podmiotem. Umowy te mogą być zawierane jako umowy międzynarodowe albo jako umowy cywilnoprawne. Zawarcie umowy cywilnoprawnej wymaga uzyskania zgody Rady Ministrów. Każda umowa cywilnoprawna, w terminie 14 dni od dnia jej zawarcia, jest przekazywana Radzie Ministrów do wiadomości.

12. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do umów z zakresu prawa pracy. Przepisów Pzp nie stosuje się do umów z zakresu prawa pracy. Pzp nie ogranicza zwolnienia z obowiązku stosowania Pzp wyłącznie do umów regulowanych przepisami Kp. Wśród umów objętych wyłączeniem z art. 11 ust. 2 pkt 1 Pzp będą takie umowy, jak: umowa o pracę (zawarte na czas nieoznaczony, oznaczony, na czas wykonywania określonej pracy, na okres próbny, o zastępstwo), umowa o zakazie konkurencji, umowa o pracę w celu przygotowania zawodowego. Ponadto wyłączeniem będą objęte tzw. kontrakty menadżerskie, ale tylko wówczas, gdy będą zawierane jako umowy o pracę, nie zaś umowy cywilnoprawne (szczególne wyłączenia dla tego typu kontraktów mogą przewidywać inne ustawy). Wyłączeniem nie będą bowiem objęte takie rodzaje zatrudnienia,

które są podejmowane w oparciu o umowy cywilnoprawne, np. umowy o dzieło czy umowy zlecenia.

13. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do umów koncesji na roboty budowlane oraz umowy koncesji na usługi. Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, ze względu na swoją specyfikę związaną w szczególności z przedmiotem tych umów i charakterem wynagrodzenia koncesjonariusza, są regulowane odrębną ustawą o umowie koncesji. Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

1) wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);
2) świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 1–3). Ustawa o umowie koncesji wdraża dyrektywę koncesyjną.

14. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do umów z ustawy o szkolnictwie wyższym. Wyłączenie stosowania Pzp do umów, o których mowa w art. 149 ust. 2 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce, odnosi się do tworzenia przez uczelnie wyższe spółek celowych. Na podstawie art. 149 ust. 1 tej ustawy uczelnia, w celu komercjalizacji pośredniej,

polegającej na obejmowaniu lub nabywaniu udziałów lub akcji w spółkach lub obejmowaniu warrantów subskrypcyjnych uprawniających do zapisu lub objęcia akcji w spółkach, w celu wdrożenia lub przygotowania do wdrożenia wyników działalności naukowej lub know-how związanego z tymi wynikami, może tworzyć wyłącznie jednoosobowe spółki kapitałowe, z zastrzeżeniem art. 150 ust. 1 tej ustawy (tworzenie spółek przez kilka uczelni albo przystąpienia do spółki utworzonej przez inną uczelnię), zwane spółkami celowymi. Na pokrycie kapitału zakładowego spółki celowej uczelnia może wnieść w całości albo w części wkład niepieniężny (aport) w postaci wyników działalności naukowej oraz know-how związanego z tymi wynikami. Spółkę celową tworzy rektor za zgodą senatu. Art. 11 ust. 2 pkt 3 Pzp daje podstawę do niestosowania Pzp do umów zawieranych przez uczelnię, na podstawie których uczelnia ta, powierza spółce celowej: zarządzanie prawami do wyników lub do know-how związanego z wynikami działalności naukowej (czyli celu utworzenia spółki), w zakresie komercjalizacji bezpośredniej oraz zarządzania infrastrukturą badawczą.

15. Wyłączenie stosowania Pzp w odniesieniu do zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem: procesu wypłat środków gwarantowanych, przymusowej restrukturyzacji albo umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych.

Wyłączenia przewidziane w art. 11 ust. 3 Pzp zostały ujęte w dwie grupy zamówień zawiązanych szeroko z przygotowaniem i przeprowadzeniem następujących działań:

1) procesu wypłat środków gwarantowanych, czyli środków deponenta objętych ochroną gwarancyjną do wysokości równowartości w złotych 100 000 euro, w szczególności wyłączeniem objęte są

usługi świadczone przez podmiot, z którym zostanie zawarta umowa o dokonanie wypłat środków gwarantowanych,

2) przymusowej restrukturyzacji albo umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych, zamówień, których przedmiotem jest: przeprowadzenie oszacowania, świadczenie usług doradztwa (w tym strategicznego, ekonomiczno-finansowego, podatkowego, prawnego i informatycznego), powierzenie przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu (zasadniczo bankowi) wykonywania pośrednictwa w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i 6 Prawa bankowego w imieniu i na rzecz banku w restrukturyzacji, oraz czynności związanych z działalnością prowadzoną przez firmę inwestycyjną w restrukturyzacji, w tym związanych z prowadzoną przez tę firmę działalnością maklerską.

16. Wyłączenie stosowania Pzp do zamówień dotyczących wytwarzania blankietów dokumentów publicznych, znaków akcyzy, znaków legalizacyjnych, nalepek kontrolnych, kart do głosowania i nakładek na karty do głosowania, znaków holograficznych, układu mikroprocesorowego.

Przez dokument publiczny ustawa o dokumentach publicznych rozumie dokument, który służy do identyfikacji osób, rzeczy lub potwierdza stan prawny lub prawa osób posługujących się takim dokumentem, zabezpieczony przed fałszerstwem oraz:

1) wytwarzany według wzoru określonego w przepisach prawa powszechnie obowiązującego albo
2) którego wzór graficzny i forma zostały zatwierdzone przez podmiot realizujący zadania publiczne uprawniony na podstawie odrębnych przepisów i który jest zgodny z wymogami dla blankietu

tego dokumentu określonymi w przepisach prawa powszechnie obowiązującego (art. 2 pkt 2 ustawy o dokumentach publicznych).

Wyłączenie z art. 11 ust. 4 Pzp dotyczy w pierwszym rzędzie wytwarzania blankietów dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o dokumentach publicznych, oraz ich personalizacji lub indywidualizacji. Przez blankiety dokumentów publicznych rozumie się przy tym, zgodnie z art. 2 pkt 1 tej ustawy, niespersonalizowane lub niezindywidualizowane dokumenty publiczne. Dokumenty publiczne, o których mowa, są zaliczane przez tę ustawę do kategorii pierwszej, czyli dokumentów najistotniejszych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa, których wytwarzanie odbywa się w sposób uwzględniający szczególne środki bezpieczeństwa. Wyłączone zostało stosowanie przepisów Pzp do zamówień dotyczących wytwarzania, personalizacji (naniesienie na blankiet dokumentu publicznego danych osoby, rzeczy lub innych charakterystycznych elementów przez uprawniony podmiot – art. 2 pkt 5 ustawy o dokumentach publicznych) i indywidualizacji (nadanie blankietowi dokumentu publicznego przez jego wytwórcę cech jednoznacznie wyróżniających go spośród blankietów dokumentów publicznych tego samego rodzaju – art. 2 pkt 4 ustawy o dokumentach publicznych). Wyłączenie dotyczy zatem zamówień w zakresie wytwarzania, personalizacji i indywidualizacji blankietów takich dokumentów, jak np. dowody osobiste, paszporty czy prawa jazdy. Ponadto wyłączenie odnosi się do zamówień dotyczących wytwarzania:

1) znaków akcyzy,
2) znaków legalizacyjnych i nalepek kontrolnych, o których mowa w Prawie o ruchu drogowym,
3) kart do głosowania i nakładek na karty do głosowania, o których mowa odpowiednio w art. 40 § 1 i art. 40a § 1 Kodeksu wyborczego oraz w art. 20 ustawy o referendum ogólnokrajowym,

4) znaków holograficznych umieszczanych na zaświadczeniach o prawie do głosowania, o których mowa w art. 32 § 1 Kodeksu wyborczego,
5) układu mikroprocesorowego z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o dokumentach publicznych, zawierających warstwę elektroniczną, zgodnie z ich przeznaczeniem.

Te pozostałe kategorie objęte wyłączeniem na podstawie art. 11 ust. 4 Pzp nie zaliczają się do dokumentów publicznych. Wyłączeniem z art. 11 ust. 3 Pzp zostało objęte wytwarzanie niezaliczających się do ani do dokumentów publicznych, ani do druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, ale mających znaczenie dla bezpieczeństwa: układu mikroprocesorowego z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych oraz znaków akcyzy.

17. Dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych o wartości mniejszej niż progi unijne Wyłączenie w zakresie zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, stanowi kontynuację wyłączenia znanego z Pzp2004. Zmieniła się natomiast jedna z przesłanek wyłączenia, w miejsce odniesienia do „produkcji seryjnej” (pojęcie to rozumiano jako technikę produkcyjną

polegającą na wytwarzaniu serii produktów w identyczny sposób) zostało bowiem wprowadzone odniesienie do „produkcji masowej" (pojęcie oznaczające produkcję dużej liczby identycznych wyrobów w sposób ciągły). W ten sposób wyłączenie to nawiązuje do przesłanki stosowania procedury negocjacji bez ogłoszenia określonej w dyrektywach, a także w art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp (negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki). Zatem dostawy lub usługi nabywane na podstawie wyłączenia nie mogą służyć osiągnięciu przez zamawiającego rentowności rynkowej (generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, bez względu na to, czy produkcja będzie miała charakter produkcji masowej, czy seryjnej. Taki wniosek wypływa zresztą z podstawowego celu, któremu ma służyć zamówienie, a więc przeznaczenia jego przedmiotu wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych.
W Pzp nie ma określenia znaczenia pojęć „prace badawcze", „prace eksperymentalne", „prace naukowe" i „prace rozwojowe", stąd należy sięgnąć do definicji legalnych w innych aktach prawnych. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce zawiera definicje pojęć „badania naukowe" i „prace rozwojowe, które znajdują swoje odniesienie do pojęć prac naukowych lub rozwojowych w rozumieniu art. 11 ust. 5 pkt 1 Pzp. Zgodnie z art. 4 ust. 2 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce badania naukowe są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne,
2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie

nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. Przydatne do lepszego rozumienia pojęć „prace badawcze" i „prace rozwojowe" są również definicje prac badawczych i rozwojowych ujęte w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości[69]. Zgodnie z definicją prac badawczych, którą posłużono się w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości MSR 38 *Wartości niematerialne*, **prace badawcze** są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej (paragraf 8 MSR 38). Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług oraz

[69] Załącznik do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3.11.2008 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 320 z 29.11.2008, s. 1)

4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 56 MSR 38).

Zgodnie z definicją przyjętą w paragrafie 8 MSR 38 **prace rozwojowe** są praktycznym zastosowaniem odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce przed rozpoczęciem produkcji seryjnej lub zastosowaniem. Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż oraz
4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 59 MSR 38).

W prawie europejskim występuje definicja „prac eksperymentalnych" w ramach definicji pojęcia „eksperymentalne prace rozwojowe". Zgodnie z rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 651/2014 **eksperymentalne prace rozwojowe** oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosownej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub

ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług. Eksperymentalne prace rozwojowe mogą obejmować opracowanie prototypów, demonstracje, opracowanie projektów pilotażowych, testowanie i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt zasadniczo nie jest jeszcze określony. Mogą obejmować opracowanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów komercyjnych, w przypadku gdy prototyp lub projekt pilotażowy z konieczności jest produktem końcowym do wykorzystania do celów komercyjnych, a jego produkcja jest zbyt kosztowna, aby służył on jedynie do demonstracji i walidacji. Eksperymentalne prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do istniejących produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, usług oraz innych operacji w toku, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń[70].
Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Pzp określone w art. 11 ust. 5 pkt 1 Pzp jest szersze niż wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp, które dotyczy tylko usług (bez względu na ich wartość). Przedmiotem wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 1 Pzp jest zaś dostawa lub usługa służąca wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, co oznacza, że sam zakup (urządzeń, produktów, praw itp.), jak i świadczenie usług nie może służyć innemu celowi ani też nie może

[70] Por. art. 2 pkt 86 rozporządzenia Komisji (UE) Nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014, s. 1)

być przeznaczone jednocześnie dla celu wymienionego w wyłączeniu, jak i innego celu. Nie jest zatem możliwe nabywanie na tej podstawie poza Pzp dostaw lub usług tzw. podwójnego zastosowania, czyli takich, których zastosowanie może być szersze niż cele wskazane w wyłączeniu, np. komputer nabywany na tej podstawie nie może być sprzętem, który może być wykorzystywany także dla innych celów u zamawiającego, np. odbierania poczty elektronicznej i innych zastosowań poza pracami badawczymi, eksperymentalnymi, naukowymi i rozwojowymi.

18. Dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej o wartości mniejszej niż progi unijne. Wyłączenie z art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp ogranicza się tylko do dostaw lub usług z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki, lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych.

Pojęcie działalności kulturalnej należy interpretować w świetle art. 1 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, który określa działalność kulturalną jako działalność polegającą na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Jako formy organizacyjne działalności kulturalnej wskazano w ustawie w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury (art. 2 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej). W konsekwencji należałoby przyjąć dla celów wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp, że zamawiane dostawy lub usługi muszą mieścić się w zakresie działalności polegającej na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Jednak aby

możliwe było wyłączenie stosowania Pzp, zamówienia na dostawy lub usługi z zakresu tak definiowanej działalności kulturalnej muszą dotyczyć wyłącznie organizacji wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej albo muszą być związane z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów.

W art. 5 ustawy o bibliotekach zdefiniowano materiały biblioteczne jako w szczególności: dokumenty zawierające utrwalony wyraz myśli ludzkiej, przeznaczone do rozpowszechniania, niezależnie od nośnika fizycznego i sposobu zapisu treści, a zwłaszcza: dokumenty graficzne (piśmiennicze, kartograficzne, ikonograficzne i muzyczne), dźwiękowe, wizualne, audiowizualne i elektroniczne.

Natomiast, stosownie do art. 21 ust. 1 i 1a ustawy o muzeach, muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność muzeum i wpisane do inwentarza muzealiów (stanowią one dobro narodowe), a w przypadku muzeum nieposiadającego osobowości prawnej muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność podmiotu, który utworzył muzeum, oraz wpisane do inwentarza muzealiów.

Ponadto wyłączenie obejmuje dostawy lub usługi z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych. Przez materiały archiwalne, zgodnie z art. 1 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach rozumie się materiały archiwalne wchodzące do narodowego zasobu archiwalnego, którymi są wszelkiego rodzaju akta i dokumenty, korespondencja, dokumentacja finansowa, techniczna i statystyczna, mapy i plany, fotografie, filmy i mikrofilmy, nagrania dźwiękowe i wideofonowe, dokumenty elektroniczne w rozumieniu przepisów ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących

zadania publiczne oraz inna dokumentacja, bez względu na sposób jej wytworzenia, mająca znaczenie jako źródło informacji o wartości historycznej o działalności Państwa Polskiego, jego poszczególnych organów i innych państwowych jednostek organizacyjnych oraz o jego stosunkach z innymi państwami, o rozwoju życia społecznego i gospodarczego, o działalności organizacji o charakterze politycznym, społecznym i gospodarczym, zawodowym i wyznaniowym, o organizacji i rozwoju nauki, kultury i sztuki, a także o działalności jednostek samorządu terytorialnego i innych samorządowych jednostek organizacyjnych – powstała w przeszłości i powstająca współcześnie. Natomiast, stosownie do art. 23 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, działalność archiwalna obejmuje gromadzenie, ewidencjonowanie, przechowywanie, opracowanie, zabezpieczenie i udostępnianie materiałów archiwalnych oraz prowadzenie działalności informacyjnej. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach działalność archiwalną w zakresie państwowego zasobu archiwalnego prowadzi państwowa sieć archiwalna, którą tworzą:

1) archiwa państwowe,
2) archiwa wyodrębnione,
3) archiwa zakładowe organów państwowych i innych państwowych jednostek organizacyjnych,
4) archiwa zakładowe organów jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych jednostek organizacyjnych.

Działalność archiwalną w zakresie państwowego zasobu archiwalnego prowadzą ponadto:

1) jednostki organizacyjne, które posiadają powierzony zasób archiwalny,

2) biblioteki i muzea, przechowujące materiały archiwalne, które wchodzą do państwowego zasobu archiwalnego, oraz gromadzące określone w art. 15 ust. 2 tej ustawy materiały archiwalne stanowiące państwowy zasób archiwalny:
   a. których organizatorem jest: minister lub kierownik urzędu centralnego, jednostka samorządu terytorialnego, państwowa jednostka organizacyjna,
   b. działające w państwowych jednostkach organizacyjnych i w samorządowych jednostkach organizacyjnych (art. 22 ust. 1 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach).

Okolicznością decydującą o braku możliwości skorzystania z wyłączenia, o którym mowa w art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp, jest skutek, który niosłoby ze sobą udzielenie zamówienia w postaci wyposażenia zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Ta okoliczność odnosi się w zasadzie tylko do dostaw, gdyż w przypadku usług kategoria środków trwałych zasadniczo nie ma znaczenia. Ponieważ Pzp nie zawiera definicji pojęcia środków trwałych, należy je interpretować zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy z o rachunkowości. Zgodnie z tą definicją, z zastrzeżeniem inwestycji, są to rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki. Zalicza się do nich w szczególności:

1) nieruchomości – w tym grunty, prawo użytkowania wieczystego gruntu, budowle i budynki, a także będące odrębną własnością lokale, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego oraz spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego,
2) maszyny, urządzenia, środki transportu i inne rzeczy,

3) ulepszenia w obcych środkach trwałych,
4) inwentarz żywy.

Środki trwałe oddane do używania na podstawie umowy najmu, dzierżawy lub leasingu zalicza się do aktywów trwałych jednej ze stron umowy, zgodnie z warunkami określonymi tą ustawą. W świetle definicji środków trwałych w sytuacji, gdy dostawy, które mają być pozyskane na skutek zamówienia, spełniają kryteria określone w ustawie o rachunkowości, tj. ich przewidywany okres ekonomicznej użyteczności jest dłuższy niż rok, są kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki, powinny zostać zakwalifikowane do środków trwałych.

Pojęcie bieżącej obsługi działalności nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w innych aktach prawnych. A zatem, kierując się wyżej przytoczonymi definicjami, można odnieść pojęcie środków trwałych przeznaczonych do bieżącej obsługi działalności do środków niemających bezpośredniego związku z działalnością kulturalną podmiotu, tj. środków służących jego administracyjnemu czy też organizacyjnemu funkcjonowaniu.

W konsekwencji należy uznać, że warunki określone w art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp spełniają przede wszystkim te zakupy książek, które przeznaczone są do realizacji misji bibliotek określonej w szczególności w art. 4 i 22 ustawy o bibliotekach, polegającej w szczególności na udostępnianiu zbiorów oraz prowadzeniu w tym zakresie działalności informacyjnej[71].

19. Zamówienia udzielane przez inne niż dostawcy audiowizualnych lub radiowych usług medialnych podmioty, których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, o wartości mniejszej niż progi

[71] M. Winiarz, *Proceduralne aspekty zamówień publicznych na książki*, „Finanse Komunalne" 2021 r., nr 1, s 55

unijne. Wyłączenie adresowane jest do wąskiej grupy zamawiających, niebędących dostawcami audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, których przedmiot działalności obejmuje produkcję i koprodukcję audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie. Warunkiem skorzystania z wyłączenia jest przy tym okoliczność przeznaczenia zamówień na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych, a zatem usług świadczonych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji audycją jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Programem jest zaś stosownie do art. 4 pkt 6 tej ustawy uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie. Usługą medialną, zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, jest natomiast usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy. Audiowizualną usługą medialną na żądanie jest usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez

podmiot dostarczający usługę (art. 4 pkt 6a ustawy o radiofonii i telewizji). Dostawcą usługi medialnej jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji).

20. Dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej o wartości mniejszej niż progi unijne. Wyłączenie stanowi niejako dopełnienie wyłączenia określonego w art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp, w którym stosowanie Pzp zostało wyłączone m.in. w zakresie dostaw lub usług z zakresu działalności kulturalnej związanej z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki, o ile zamówienie nie służy wyposażeniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Natomiast wyłączenie z art. 11 ust. 5 pkt. 4 Pzp odnosi się do węższego w stosunku do wyżej wskazanego zakresu zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej związane z gromadzeniem podręczników, materiałów edukacyjnych i ćwiczeniowych w bibliotekach szkolnych, a więc zamówień udzielanych zasadniczo przez podmioty prowadzające placówki szkolne. Z art. 170 Prawa oświatowego wynika, że działalnością oświatową jest prowadzenie szkoły lub placówki, zespołu, którym mogą być połączone szkoły publiczne, szkoły niepubliczne lub placówki, oraz innej formy wychowania przedszkolnego. Podręcznikiem, stosownie do art. 3 pkt 23 ustawy o systemie oświaty, jest podręcznik do zajęć z zakresu edukacji: polonistycznej, matematycznej, przyrodniczej i społecznej, podręcznik do zajęć z zakresu danego języka obcego nowożytnego, podręcznik do zajęć edukacyjnych z zakresu kształcenia ogólnego, w tym podręcznik przeznaczony do kształcenia specjalnego, dopuszczony do użytku szkolnego. Natomiast materiałem edukacyjnym

jest materiał do kształcenia ogólnego, w tym dostosowany do potrzeb edukacyjnych i możliwości psychofizycznych uczniów niepełnosprawnych, zastępujący lub uzupełniający podręcznik, umożliwiający realizację programu nauczania do danych zajęć edukacyjnych z zakresu kształcenia ogólnego, na danym etapie edukacyjnym; materiał do kształcenia zawodowego, w tym dostosowany do potrzeb edukacyjnych i możliwości psychofizycznych uczniów niepełnosprawnych, umożliwiający realizację programu nauczania zawodu – mający postać papierową lub elektroniczną, a materiałem ćwiczeniowym – materiał przeznaczony dla uczniów służący utrwalaniu przez nich wiadomości i umiejętności (art. 3 pkt 24 i 25 ustawy o systemie oświaty).

Podobnie jak w przypadku wyłączenia określonego w art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp brak jest możliwości skorzystania z wyłączenia określonego w art. 11 ust. 5 pkt 4 Pzp, jeżeli zamówienie służy wyposażeniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Pojęcie środków trwałych należy interpretować zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy o rachunkowości. W świetle definicji środków trwałych z tej ustawy, jeżeli przewidywany okres ekonomicznej użyteczności dostaw jest dłuższy niż rok, są kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki, powinny zostać zakwalifikowane do środków trwałych. Przez środki trwałe należy rozumieć, z zastrzeżeniem inwestycji, rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki. Zalicza się do nich w szczególności:

1) nieruchomości – w tym grunty, prawo użytkowania wieczystego gruntu, budowle i budynki, a także będące odrębną własnością

lokale, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego oraz spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego,

2) maszyny, urządzenia, środki transportu i inne rzeczy,
3) ulepszenia w obcych środkach trwałych,
4) inwentarz żywy.

Pojęcie bieżącej obsługi działalności nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w innych aktach prawnych. A zatem, kierując się wyżej przytoczonymi definicjami, można uznać, że wyłączenie nie będzie możliwe, jeżeli zamówienie służyć będzie wyposażeniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi działalności. Będą to środki niemające bezpośredniego związku z działalnością oświatową podmiotu, które służą wyłącznie jego administracyjnemu albo organizacyjnemu funkcjonowaniu.

21. Usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne o wartości mniejszej niż progi unijne. Ustawa o rewitalizacji kompleksowo reguluje kwestie rewitalizacji na terenach gminnych, wprowadzając m.in. obowiązki rewitalizacyjne do zadań własnych gminy. Wyłączone z obowiązku stosowania Pzp są zamówienia, które udzielane są przez gminę lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, a przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy albo w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji. Przedmiot tych zamówień może dotyczyć tylko usług lub robót budowlanych realizujących przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji oraz wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, o których mowa odpowiednio w rozdziałach 4 i 5 ustawy o rewitalizacji. Przepisy rozdziału 4 ustawy o rewitalizacji regulują gminny program rewitalizacji, który stanowi podstawę prowadzenia rewitalizacji. Przedsięwzięcia rewitalizacyjne powinny mieścić się

w kierunkach działań określonych w programie. Program zawiera również postanowienia dotyczące prawnych uwarunkowań realizacji programu, w tym w zakresie Specjalnej Strefy Rewitalizacji, koniecznych zmian w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz wykonania programu w części planistycznej za pomocą miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, w tym miejscowych planów rewitalizacji. Przedsięwzięcia rewitalizacyjne są formą działania podmiotów prowadzących rewitalizację i są ukierunkowane na wyprowadzenie obszaru rewitalizacji ze stanu kryzysowego. Mogą to być przedsięwzięcia służące realizacji celu publicznego lub przedsięwzięcia prywatne. Z uwagi na wielowątkowość i złożoność rewitalizacji jako procesu obejmującego wiele dziedzin wchodzących w zakres polityki publicznej przedsięwzięciem rewitalizacyjnym może być zarówno realizacja danej inwestycji (np. remont budynku), poprawa dostępności do infrastruktury technicznej na danym obszarze (np. wyposażenie dzielnicy w sieć ciepłowniczą), jak i program działań społecznych, edukacyjnych, kulturalnych. Zasada partycypacji społecznej wymaga, aby w działania rewitalizacyjne byli zaangażowani także interesariusze, a przed dokonaniem oceny wójt musi uzyskać opinię Komitetu Rewitalizacji. Regulacje rozdziału 5 ustawy o rewitalizacji dotyczą natomiast przypadków, w których w gminnym programie rewitalizacji wskazano na konieczność ustanowienia dla obszaru (lub podobszarów) rewitalizacji Specjalnej Strefy Rewitalizacji. Strefa, ustanawiana w drodze uchwały rady gminy stanowiącej akt prawa miejscowego, jest obszarem stosowania szczególnych norm prawnych z zakresu planowania przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, mieszkalnictwa, prawa podatkowego oraz cywilnego. Celem wprowadzenia tych rozwiązań jest zapewnienie sprawnej realizacji przedsięwzięć rewitalizacyjnych, podejmowanych w ścisłym związku z celami rewitalizacji.

Biorąc pod uwagę szczególny charakter rozwiązań obowiązujących w Strefie, czasowy zakres jej obowiązywania ograniczono do maksymalnie 10 lat, bez możliwości przedłużenia. Ustawa o rewitalizacji przewiduje szczególne zasady udzielania zamówień, które są wyłączone z obowiązku stosowania Pzp na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 5 Pzp – m.in. przedmiot zamówienia musi być związany z realizacją przedsięwzięć zawartych w gminnym programie rewitalizacji i realizowanych na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, zaś wartość zamówienia musi być mniejsza niż progi unijne. Ponadto zasadnicza część działalności wykonawcy powinna być wykonywana na obszarze rewitalizacji, a przedmiot zamówienia należeć powinien do działalności statutowej wykonawcy. W takim przypadku oprócz wyłączenia trybów przetargowych wskazano, że zamówienie udzielane ma być w sposób zapewniający przejrzystość oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie.

22. Usługi z zakresu leśnictwa o wartości mniejszej niż progi unijne. Wyłączeniu spod obowiązku stosowania Pzp podlega udzielenie zamówień z zakresu leśnictwa, których przedmiotem są usługi:

1) leśnictwa (77200000-2),
2) pozyskiwania drewna (77210000-5),
3) uboczne związane z pozyskiwaniem drewna (77211000-2),
4) cięcia drewna (77211100-3),
5) transportu dłużyc na lasów (77211200-4),
6) selekcji drzew (77211300-5),
7) wycinania drzew (77211400-6),
8) pielęgnacji drzew (77211500-7),
9) sadzenia drzew (77211600-8),
10) impregnacji drewna (77220000-8),
11) doraźne dotyczące leśnictwa (77230000-1),

12) gospodarki leśnej (77231000-8),
13) zwalczania szkodników leśnych (77231200-0),
14) zalesiania (77231600-4),
15) rozszerzania lasów (77231700-5).

Wyłączenie ma swoje uzasadnienie w specyfice prac z zakresu gospodarki leśnej, wymagających zaangażowania wykonawców lokalnych, często z uwagi na interwencyjny charakter tych prac.

23. Zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne udzielane w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe.

Wyłączenie z art. 11 ust. 5 pkt 7 Pzp odnosi się do szczególnego rodzaju zamówień udzielanych w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe, o których mowa w art. 5 ustawy o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa. Jednostki wojskowe, o których mowa w art. 5 tej ustawy, są to jednostki wojskowe, w stosunku do których zostało wydane postanowienie o ich użyciu poza granicami państwa. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy o użyciu jednostek wojskowych poza granicami państwa postanawia Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, na wniosek:

1) Rady Ministrów w sytuacjach, gdy użycie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa oznacza obecność jednostek wojskowych poza granicami państwa w celu udziału w konflikcie zbrojnym lub dla wzmocnienia sił państwa albo państw sojuszniczych albo misji pokojowej,
2) Prezesa Rady Ministrów, gdy użycie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa oznacza obecność jednostek wojskowych poza granicami państwa w celu udziału w akcji zapobieżenia aktom terroryzmu lub ich skutkom.

Zgodnie z art. 2 ustawy o współpracy rozwojowej przez współpracę rozwojową rozumie się ogół działań podejmowanych przez organy administracji rządowej w celu udzielania państwom rozwijającym się lub ich społeczeństwom, zgodnie z zasadą solidarności międzynarodowej:

1) pomocy rozwojowej polegającej w szczególności na:
   a. promowaniu i wspieraniu rozwoju demokracji i społeczeństwa obywatelskiego, w tym rozwoju parlamentaryzmu, zasad dobrego rządzenia i przestrzegania praw człowieka,
   b. wspieraniu ich trwałego rozwoju społeczno-gospodarczego, podejmowaniu działań zmierzających do redukcji ubóstwa i poprawy stanu zdrowia ludności oraz podnoszenia poziomu wykształcenia i kwalifikacji zawodowych ludności;
2) pomocy humanitarnej polegającej w szczególności na zapewnieniu pomocy, opieki i ochrony dla ludności, która została poszkodowana w wyniku konfliktów zbrojnych, klęsk żywiołowych lub innych kryzysów humanitarnych spowodowanych przez naturę lub człowieka.

Przez współpracę rozwojową rozumie się także działania edukacyjne na rzecz podniesienia świadomości i zrozumienia problemów globalnych oraz współzależności między państwami, zwane dalej „edukacją globalną". Zamówienia objęte wyłączeniem mają charakter podmiotowy i dotyczą wszystkich zamówień udzielanych przez jednostki wojskowe, o których mowa wyżej, w stosunku do których zostało wydane postanowienie o ich użyciu poza granicami Polski w ramach współpracy rozwojowej.

24. Zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne udzielane przywięziennym zakładom pracy. Wyłączeniem z art. 11 ust. 5 pkt 8 Pzp są objęte wszystkie zamówienia udzielane przywięziennym zakładom pracy albo przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego, albo przez jednostki organizacyjne podległe mu lub przez niego nadzorowane.

W ramach wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 8 Pzp zamówienia mogą być udzielane tym przywięziennym zakładom pracy, które są prowadzone jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej. Podmioty te muszą dodatkowo spełniać warunek prowadzenia działalności związanej z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, a zasadnicza część ich działalności musi dotyczyć zadań powierzonych im przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego albo przez jednostki organizacyjne podległe mu lub przez niego nadzorowane. Zgodnie z art. 11 ust. 6 Pzp do zasadniczej części działalności przywięziennego zakładu pracy, wlicza się działalność związaną z realizacją zamówień w związku ze społeczną i zawodową integracją osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych (o których mowa w Kodeksie karnym wykonawczym) mających trudności w integracji ze środowiskiem.

25. Zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne udzielane przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną. Wyłączenie z art. 11 ust. 5 pkt 9 Pzp związane jest ze szczególnymi uwarunkowaniami dotyczącymi funkcjonowania specjalnej strefy ekonomicznej. W art. 2 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych określono jako specjalną strefę ekonomiczną wyodrębnioną zgodnie z przepisami ustawy niezamieszkałą część terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, na terenie której może być prowadzona działalność gospodarcza na zasadach określonych ustawą. Zarządzającym specjalną strefą ekonomiczną może być wyłącznie spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa albo samorząd województwa posiada większość głosów, które mogą być oddane na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników (art. 6 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych). Zwolnienie z obowiązku stosowania Pzp przy udzielaniu zamówień na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 9 Pzp ma charakter podmiotowy. Odnosi

się do sytuacji, w której zarządzający specjalną strefą ekonomiczną jest podmiotem, o którym mowa w art. 4 pkt 3 Pzp – a więc podmiotem prawa publicznego. Biorąc pod uwagę szczególne uwarunkowania nałożone ustawą o specjalnych strefach ekonomicznych związane z uprawnieniami i zadaniami zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, trudno jednak wyobrazić sobie sytuację, w której zarządzający specjalną strefą ekonomiczną nie będzie posiadał takiego statusu.

Art. 12.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

1) zamówień lub konkursów:

a) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742) lub którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa lub

b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa

– w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI;

2) zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów

bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI.

2. Do udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, zamawiający może stosować przepisy ustawy w zakresie określonym w ocenie występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, o której mowa w art. 15. Zamawiający w oparciu o zasadę proporcjonalności w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie wskazuje zakres zastosowania przepisów ustawy w przypadku, o którym mowa w zdaniu pierwszym. W takiej sytuacji zamawiający nie może wyłączyć stosowania przepisów działów IX i XI.

1. Unijna geneza wyłączenia. Pierwowzorem wyłączenia przewidzianego w komentowanym przepisie jest regulacja art. 15 dyrektywy klasycznej i art. 24 dyrektywy sektorowej.

W myśl art. 15 ust. 3 dyrektywy klasycznej i art. 24 ust. 3 dyrektywy sektorowej, w przypadku gdy zamówienie i realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego lub konkurs zostały określone jako tajne lub muszą im towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim, niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania, pod warunkiem że dane państwo członkowskie stwierdziło, że nie można zagwarantować ochrony odnośnych podstawowych interesów za pomocą mniej inwazyjnych środków, takich jak nałożenie na wykonawców wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy klasycznej i art. 24 ust. 2 dyrektywy sektorowej unijne dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień publicznych i konkursów w stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki.
Przepisy Pzp muszą być interpretowane w świetle powyższych regulacji unijnych dyrektyw.

2. Zamówienia, którym nadano klauzulę. Przepis art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wyłącza spod zakresu zastosowania ustawy zamówienia, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji, w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI Pzp.
Co do zasady konieczność ustanowienia obowiązku dochowania poufności w żaden sposób nie wyklucza przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia[72]. Jednak w wyjątkowych przypadkach, kiedy nałożenie na wykonawców wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia czy nawet zastosowanie szczególnych regulacji w zakresie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa okazuje się niewystarczające dla ochrony poufnego charakteru informacji dotyczących zamówienia, uzasadnione może być wyłączenie stosowania przepisów Pzp.

[72] Zob. wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:20, pkt 52 oraz wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:530, pkt 30

3. Zamówienia, którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa. Na mocy przepisu art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp spod zakresu zastosowania ustawy wyłączone są również zamówienia, którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa, w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI Pzp.
Zasadniczo obowiązek dochowania szczególnych środków bezpieczeństwa w toku realizacji zamówienia w żaden sposób nie wyklucza przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie tego zamówienia. Co więcej, zdolność wykonawcy do zapewnienia przestrzegania wymaganych środków bezpieczeństwa może podlegać ocenie zamawiającego w toku konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia[73]. Niemniej jednak niekiedy szczególne środki bezpieczeństwa mogą uzasadniać odstąpienie od stosowania procedur udzielania zamówień publicznych[74]. Będzie to miało miejsce w wyjątkowych sytuacjach, gdy osiągnięcie zamierzonego celu nie będzie możliwe przy zastosowaniu mniej inwazyjnych środków, takich jak nałożenie na wykonawców wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia czy zastosowanie szczególnych regulacji dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

4. Istotny interes bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z przepisem art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp Pzp ponadto nie stosuje się, jeżeli wymaga

[73] Por. wyrok z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 *The Queen przeciwko Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd i Macfarlan Smith Ltd*, ECLI:EU:C:1995:84, pkt 49

[74] Zob. wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-252/01 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, ECLI:EU:C:2003:547, pkt 36

tego istotny interes bezpieczeństwa państwa. Podobnie jak w przypadku zamówień, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, i zamówień, którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, możliwość skorzystania z tego wyłączenia została ograniczona do przypadków, gdy w inny sposób, w szczególności poprzez zastosowanie przepisów regulujących procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nie można zagwarantować ochrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa.

Jak wskazała rzecznik generalna w swojej opinii w sprawie C-187/16 *Komisja przeciwko Austrii*[75], pojęcie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa jest pojęciem prawa unijnego, które należy interpretować w sposób autonomiczny. Obejmuje ono zarówno bezpieczeństwo zewnętrzne, jak również bezpieczeństwo wewnętrzne państw członkowskich[76]. Zarazem państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania w odniesieniu do definiowania jego podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa[77].

---

[75] Przedstawiona w dniu 20 lipca 2017 r. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott w sprawie C-187/16 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2017:578, pkt 46 i 47

[76] Zob. wyroki: z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board i Secretary of State for Defence*, ECLI:EU:C:1999:523, pkt 17; z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2000:2, pkt 17; podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni przeciwko ministre pour l'Industrie et l'Energie i in.*, ECLI:EU:C:1984:256, pkt 34–36; z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-367/89 *Postępowanie karne przeciwko Aimé Richardt i Les Accessoires Scientifiques SNC*, ECLI:EU:C:1991:376, pkt 22; z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-461/05 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Danii*, ECLI:EU:C:2009:783, pkt 51

[77] Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2003:248, pkt 58

Przyjąć należy, że z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia, gdy dotyczy ono w szczególności takich wartości jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa[78].

Jednocześnie pojęcia zarówno istotnego, jak i podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jako umożliwiające zastosowanie wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, muszą podlegać ścisłej wykładni[79].

5. Artykuł 346 ust. 1 lit. b TFUE. W ślad za art. 346 ust. 1 lit. b TFUE przepis art. 12 ust. 1 pkt 2 Pzp wyłącza spod zakresu stosowania ustawy również zamówienia dotyczące produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI Pzp. Przepis art. 346 TFUE stanowi szczególną normę derogacyjną, która wyłącza stosowanie przepisów prawa unijnego w odniesieniu do działań, jakie państwa członkowskie podejmują w zakresie ochrony informacji oraz produkcji i handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, mając

[78] Por. zachowująca aktualność opinia UZP: *Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa*, www.uzp.gov.pl.

[79] Wyrok z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, ECLI:EU:C:2012:324, pkt 35

na celu ochronę podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa[80]. Poprzednikiem przepisu art. 346 TFUE przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony, tj. przed dniem 1 grudnia 2009 r., był przepis art. 296 TWE. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Fiocchi munizioni* stwierdził, że „mechanizm ustanowiony w art. 296 ust. 1 lit. b) TWE ma na celu zachowanie swobody działania państw członkowskich w niektórych sprawach mających wpływ na obronność i bezpieczeństwo narodowe. Usytuowanie tego przepisu wśród postanowień ogólnych i końcowych świadczy o tym, że ma on, w odniesieniu do działań, które obejmuje, i na warunkach przez niego określonych, ogólny skutek, który może wpłynąć na wszystkie zwykłe przepisy prawne traktatu, w tym na przepisy dotyczące zasad konkurencji. Ponadto, stanowiąc, że nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie podjęło środki «uznane za konieczne» w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa, przepis art. 296 ust. 1 lit. b) TWE przyznaje państwom członkowskim szczególnie szeroki zakres uznania przy ocenie potrzeb otrzymujących taką ochronę"[81].

Jak to jednak ujął rzecznik generalny w swojej opinii w sprawie C-284/05 *Komisja przeciwko Finlandii*, „cień rzucany przez domniemaną uznaniowość przyznaną państwom członkowskim przez art. 296 TWE nie idzie w parze

[80] Zob. W. Sadowski, *Artykuł 346* [w:] A. Wróbel [red. nauk.] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, tom III, Warszawa 2012 r., s. 1083 i nast.

[81] Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2003:248, pkt 58

z lojalną integracją, której wymaga Europa"[82]. Dlatego też stosowanie wyłączenia przewidzianego w art. 346 TFUE wymaga zachowania równowagi pomiędzy interesami państw członkowskich w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa a fundamentalnymi zasadami i celami Unii Europejskiej.

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że przepisu art. 346 TFUE nie można interpretować w ten sposób, że przyznaje on państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od stosowania przepisów TFUE w sposób automatyczny przy powołaniu się na te interesy[83]. Taka wykładnia godziłaby w wiążący

---

[82] Opinia rzecznika generalnego Dámasa Ruiza-Jaraba Colomera przedstawiona w dniu 10 lutego 2009 r. w sprawach: C-284/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Finlandii*, C294/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Szwecji*, C372/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, C387/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, C409/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, C461/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Danii* i C-239/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:67, pkt 129

[83] Zob. wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-284/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Finlandii*, ECLI:EU:C:2009:778, pkt 47; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-294/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Szwecji*, ECLI:EU:C:2009:779, pkt 45; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-372/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:780, pkt 70; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-387/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:781, pkt 47; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-409/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Grecji*, ECLI:EU:C:2009:782, pkt 52; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-461/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Danii*, ECLI:EU:C:2009:783, pkt 53; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-239/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:784, pkt 48

charakter prawa unijnego i uniemożliwiałaby jego jednolite stosowanie[84].

W zakresie stosowania wyłączenia przewidzianego w art. 346 TFUE aktualność zachowuje *Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej w sprawie zastosowania artykułu 296 TWE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności*[85]. W tym *Komunikacie* Komisja dokonała podsumowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego omawianego wyłączenia traktatowego i sformułowała wytyczne dla zamawiających w zakresie ustalenia prawidłowego zasadności jego zastosowania. W ocenie Komisji jedynym sposobem na pogodzenie prerogatyw państw członkowskich w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z obowiązkami wynikającymi z prawa unijnego jest dokonywanie każdorazowo w konkretnym przypadku starannej zindywidualizowanej oceny zasadności zastosowania wyłączenia.

6. Proporcjonalność wyłączenia. Skorzystanie z omówionych wyżej wyłączeń jest uprawnione jedynie w zakresie, w jakim nie jest możliwie zagwarantowanie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa za pomocą mniej ograniczających środków. Takie mniej ograniczające środki mogą obejmować zastosowanie szczególnego reżimu udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

[84] Wyrok z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie C-222/84 *Marguerite Johnston przeciwko Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECLI:EU:C:1986:206, pkt 26; wyrok z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board i Secretary of State for Defence*, ECLI:EU:C:1999:523, pkt 16; wyrok z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2000:2, pkt 16; wyrok z dnia 11 marca 2003 r. w sprawie C-186/01 *Alexander Doryprzeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2003:146, pkt 31; wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:203, pkt 43

[85] {SEK(2006) 1554} {SEK(2006) 1555} /* COM/2006/0779 końcowy */ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0779

uregulowanego w dziale VI Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału proporcjonalność oznacza, że należy podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia zamierzonych celów; środki zastosowane do realizacji danego celu muszą być proporcjonalne do istoty danego celu, co oznacza, że środki te muszą być: odpowiednie (to znaczy takie, dzięki którym da się dany cel osiągnąć), konieczne (to znaczy takie, bez których osiągnięcie danego celu nie jest możliwe) i proporcjonalne *sensu stricto* (czyli takie, które w jak najmniejszym stopniu stanowią przeszkodę w osiągnięciu innych celów)[86].

7. Ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Mimo braku obowiązku stosowania przepisów Pzp w przypadku zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TFUE, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów Pzp regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może na zasadzie dobrowolności wskazać zakres zastosowania Pzp do udzielanego zamówienia objętego wyłączeniem.

Niezależnie od powyższego przepisy Pzp dotyczące środków ochrony prawnej (dział IX) i kontroli udzielania zamówień (dział XI) znajdują zawsze zastosowanie.

---

[86] Por. wyrok w sprawie C-157/06 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 31

Art. 13.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

1) w przypadkach, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 1, 3 i 6, ust. 2 pkt 1 i art. 12;

2) podlegających szczególnej procedurze:

a) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub takiego porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,

b) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,

c) organizacji międzynarodowej zakupującej do swoich celów lub do zamówień, które muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą;

3) w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa;

4) udzielanych do celów działalności wywiadowczej lub kontrwywiadowczej;

5) udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie

ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu;

6) **udzielanych w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, w tym zamówień na dostawy sprzętu innego niż wojskowy, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych, realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają ich udzielenia wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań;**

7) **udzielanych przez władze państwowe, regionalne lub lokalne władzom państwowym, regionalnym lub lokalnym innego państwa związanych z:**
   a) **dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu lub**
   b) **robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem, lub**
   c) **robotami budowlanymi i usługami wyłącznie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami;**

8) **których przedmiotem są usługi finansowe, z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.**

2. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 5, zamawiający po wszczęciu programu jest obowiązany informować Komisję Europejską o części wydatków na badania i rozwój dotyczących ogólnych kosztów programu współpracy, porozumieniu dotyczącym podziału kosztów oraz o planowanych zamówieniach dla każdego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, o ile są one przewidziane.

1. Odesłanie. Do zamówień w dziedzinach obronności bezpieczeństwa zastosowanie znajdują wyłączenia dotyczące usług arbitrażowych i pojednawczych (art. 11 ust. 1 pkt 1 Pzp), usług badawczych i rozwojowych (art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp), nabycia własności i innych praw do istniejących budynków i nieruchomości (art. 11 ust. 1 pkt 6 Pzp), umów z zakresu prawa pracy (art. 11 ust. 2 pkt 1 Pzp) oraz zamówień, o których mowa w art. 12 Pzp, tj. zamówień, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji lub którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa, zamówień wyłączonych z uwagi na istotny interes bezpieczeństwa państwa oraz zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TFUE, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych – w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI Pzp.

2. Zamówienia na usługi badawcze lub rozwojowe. W zakresie wyłączenia dotyczącego zamówień na usługi badawcze lub rozwojowe cennych wskazówek interpretacyjnych dostarcza nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca badań i rozwoju[87].

We wspomnianej nocie wyjaśniającej, w ślad za motywem 55 preambuły dyrektywy obronnej, Komisja podkreśla, że znaczenie badań i rozwoju

[87] *Guidance Note – Research and development* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 131 i nast.

w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uzasadnia maksymalną elastyczność procedur udzielania zamówień na dostawy i usługi. Zarazem Komisja przypomina, że wspomniana elastyczność procedur udzielania zamówień na badania i rozwój nie powinna utrudniać uczciwej konkurencji na dalszych etapach cyklu życia produktu, usługi czy roboty budowlanej. Co za tym idzie, zamówienia na badania i rozwój powinny obejmować działania jedynie do momentu, gdy możliwe jest dokonanie oceny dojrzałości nowych technologii. Na mocy art. 1 pkt 27 dyrektywy obronnej badania i rozwój zostały zatem zdefiniowane jako każda działalność dotycząca podstawowych badań, badań stosowanych i projektów eksperymentalnych, przy czym projekty eksperymentalne mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach. W motywie 13 preambuły dyrektywy obronnej doprecyzowano, że badania podstawowe obejmują prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie praktyczne. Badania stosowane obejmują również pierwotne prace podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy. Są one jednak przede wszystkim nastawione na konkretne praktyczne zastosowania lub realizację konkretnych celów. Rozwój eksperymentalny obejmuje prace oparte na istniejącej wiedzy uzyskanej w wyniku badań naukowych lub doświadczeń praktycznych w celu rozpoczęcia produkcji nowych materiałów, produktów lub urządzeń, stworzenia nowych procesów, systemów oraz usług bądź w celu znacznej poprawy istniejących już procesów, systemów i usług. W motywie 13 preambuły dyrektywy

obronnej wskazano również, że badania i rozwój nie obejmują produkcji i kwalifikacji prototypów przedprodukcyjnych, narzędzi i inżynierii przemysłowej, przemysłowego projektowania i produkcji.

Tym samym badania i rozwój, zgodnie z motywem 13 preambuły i przepisem art. 1 pkt 27 dyrektywy obronnej, powinny być rozumiane jako:

1) badania podstawowe, obejmujące prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie praktyczne,
2) badania stosowane, obejmujące pierwotne prace podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy nastawione na przede wszystkim konkretne praktyczne zastosowania lub realizację konkretnych celów

oraz

3) rozwój eksperymentalny, obejmujący prace oparte na istniejącej wiedzy uzyskanej w wyniku badań naukowych lub doświadczeń praktycznych w celu rozpoczęcia produkcji nowych materiałów, produktów lub urządzeń, stworzenia nowych procesów, systemów oraz usług bądź w celu znacznej poprawy istniejących już procesów, systemów i usług; projekty eksperymentalne mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach.

W konsekwencji opracowania prototypu, czyli wersji testowanej w celu zidentyfikowania ewentualnych problemów i ostatecznego zakwalifikowania procesów produkcyjnych przed ich rozpoczęciem, nie można będzie już uznać za działalność wchodzącą w zakres badań i rozwoju w rozumieniu tych przepisów. Etap badań i rozwój nie obejmuje zatem etapów produkcji i kwalifikacji prototypów przedprodukcyjnych,

narzędzi i inżynierii przemysłowej, przemysłowego projektowania i produkcji przemysłowej.

W świetle powyższych regulacji we wspomnianej nocie wyjaśniającej dotyczącej badań i rozwoju w brzmieniu nadanym wytycznymi dotyczącymi wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2019 r.[88,89] Komisja Europejska wskazuje, że badania i rozwój w rozumieniu dyrektywy obronnej powinny obejmować poziomy gotowości technologicznej (TRL) od 1 do 7, tj. badania podstawowe technologii (TRL1), technologiczne badania wykonalności (TRL 2-4), rozwój technologii (TRL 3-5) oraz prezentację technologii (TRL 6/7)[90].

W myśl art. 13 lit. j dyrektywy obronnej nie ma ona zastosowania do usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie zamawiającemu, na potrzeby jego własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający. Oznacza to, że omawianym wyłączeniem objęte są jedynie współfinansowane działania badawczo-rozwojowe, w przypadku których zamawiający i wykonawca dzielą koszty i korzyści. Unijny prawodawca dał temu jasny wyraz w motywie 34 preambuły dyrektywy obronnej, zgodnie z którym nie powinna ona obejmować współfinansowania

---

[88] Zawiadomienie Komisji w sprawie wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa 2009/81/WE w sprawie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) (2019/C 157/01) (Dz. Urz. UE C 157 z 8.05.2019, str. 1)

[89] Pkt 6 noty wyjaśniającej Komisji Europejskiej z 2010 r. dotyczącej badań i rozwoju w 2019 r. zastąpiła sekcja 3 wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

[90] Zob. opis poziomów gotowości technologicznej w ramach programu Horizon 2020 dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref//h2020/other/wp/2016_2017/annexes/h2020-wp1617-annex-g-trl_en.pdf; por. poziomy gotowości technologicznej Europejskiej Agencji Kosmicznej pod adresem: https://sci.esa.int/web/sci-ft/-/50124-technology-readiness-level

programów badawczych i rozwojowych. Wyłączeniem nie są zatem objęte zamówienia na usługi badawcze lub rozwojowe, które zamawiający finansuje samodzielnie i z których uzyskuje wszystkie korzyści. Jak wskazuje Komisja w omawianej nocie wyjaśniającej, w tym kontekście przez pojęcie korzyści należy rozumieć prawa własności intelektualnej oraz wszystkie prawa do wykorzystywania lub ujawniania pierwszoplanowych oraz (wbudowanych) drugoplanowych informacji związanych z wynikami badań przeprowadzonych w ramach danego zamówienia.

Należy raz jeszcze podkreślić, że omawiane wyłączenie obejmuje jedynie zamówienia na usługi badawcze lub rozwojowe, a zatem jedynie etap badań i rozwoju. Inaczej rzecz się ma w przypadku wyłączenia dotyczącego zamówień udzielanych w ramach programów współpracy opartych na badaniach i rozwoju. W ramach programów współpracy bowiem wyłączeniem objęte są nie tylko zamówienia na usługi badawcze lub rozwojowe, ale również zamówienia obejmujące kolejne etapy cyklu życia produktu (zob. komentarz do art. 13 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Na marginesie warto zauważyć, że wyłączenie obowiązku stosowania przepisów regulujących procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień na usługi badawcze lub rozwojowe to jedno z dostępnych zamawiającym ułatwień w zakresie badań i rozwoju. Inna możliwość to zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia do udzielenia zamówienia na usługi i dostawy do celów usług badawczych lub rozwojowych innych niż usługi badawcze lub rozwojowe objęte wyłączeniem, o którym była mowa (zob. komentarz do art. 414 ust. 2 pkt 1 Pzp), albo do udzielenia zamówienia, którego przedmiotem są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych, z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności

rynkowej lub zamortyzowanie kosztów badań i rozwoju (zob. komentarz do art. 414 ust. 2 pkt 5 Pzp).

3. Zamówienia podlegające szczególnej procedurze międzynarodowej.

Na mocy przepisu art. 13 ust. 1 pkt 2 Pzp spod zakresu stosowania ustawy wyłączone zostały:

1) zamówienia podlegające szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub takiego porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,
2) zamówienia podlegające szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania

oraz

3) zamówienia podlegające szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej zakupującej do swoich celów lub do zamówień, które muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą.

W motywie 26 preambuły dyrektywy obronnej wyjaśniono, że jej przepisów nie stosuje się w sytuacjach, w których zastosowanie znajdują szczególne zasady dotyczące udzielania zamówień wynikające z umów międzynarodowych lub też uzgodnień pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi. Stosowanie procedur udzielania zamówień w dyrektywie obronnej wykluczają również zasady stosowane w ramach pewnych uzgodnień odnoszące się do stacjonowania wojsk państwa członkowskiego w innym państwie

członkowskim lub w państwie trzecim lub stacjonowania wojsk z państwa trzeciego w państwie członkowskim. Dyrektywa obronna nie ma ponadto zastosowania do zamówień udzielanych przez organizacje międzynarodowe do celów własnych lub do zamówień, które muszą zostać udzielone przez państwo członkowskie zgodnie z zasadami szczególnymi dla tych organizacji. Wymienione kategorie zamówień zostały wyłączone spod zakresu zastosowania dyrektywy obronnej na mocy jej art. 12.

W nocie wyjaśniającej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[91] zmienionej wytycznymi dotyczącymi wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[92,93] Komisja Europejska zwróciła uwagę, że szczególne zasady udzielania zamówień, o których mowa w tych przepisach, należy interpretować ściśle. Pod tym pojęciem należy rozumieć **zespół odrębnych regulacji**, które dotyczą udzielania zamówień i które zawierają minimalny zestaw **podstawowych zasad i reguł postępowania o udzielenie zamówienia**. Oznacza to, że umowy i porozumienia, które nie ustanawiają takiego zestawu podstawowych regulacji w zakresie udzielania zamówień

---

[91] *Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 121 i nast.

[92] Zawiadomienie Komisji w sprawie wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa 2009/81/WE w sprawie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) (2019/C 157/01) (Dz. Urz. UE C 157 z 8.05.2019, str. 1)

[93] Sekcję 2.4 zatytułowaną „Zasady udzielania zamówień organizacji międzynarodowych" noty wyjaśniającej Komisji Europejskiej z 2010 r. dotyczącej wyłączeń szczególnych związanych z obronnością i bezpieczeństwem zastąpiła sekcja 4 Wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2019 r.

publicznych, nie stanowią podstawy do skorzystania z omawianego wyłączenia. Dyrektywa obronna nie określa żadnych szczególnych wymagań co do kształtu tych szczególnych procedur międzynarodowych. Niemniej jednak państwa członkowskie pozostają w tym zakresie związane postanowieniami prawa pierwotnego, w szczególności wynikającą z art. 4 ust. 3 TUE (dawniej art. 10 TWE) zasadą lojalnej współpracy, w myśl której na państwach członkowskich spoczywa obowiązek powstrzymania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii Europejskiej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości państwa członkowskie nie mogą poza unijnymi ramami instytucjonalnymi podejmować zobowiązań o charakterze międzynarodowym, które mogłyby naruszyć przepisy prawa unijnego lub zagrozić ich skuteczności[94].

Przepis art. 13 ust. 1 pkt 2 Pzp, w ślad za art. 12 dyrektywy obronnej, ustanawia **trzy wyjątki** od obowiązku stosowania przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych.

Pierwszy z tych wyjątków obejmuje zamówienia podlegające szczególnym procedurom na mocy umowy międzynarodowej lub porozumienia na szczeblu ministerialnym zawartych z jednym lub wieloma państwami trzecimi. Wyłączenie to ma charakter najbardziej ogólny. W odróżnieniu od przewidzianego w art. 9 pkt 1 lit. b Pzp analogicznego wyłączenia, które znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych i zamówień sektorowych, wyłączenie przewidziane w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp nie zawiera żadnego ograniczenia co do przedmiotu umowy czy porozumienia stanowiącego podstawę jego zastosowania. Tym samym umowa czy porozumienie stanowiące podstawę zastosowania omawianego

[94] Por. wyrok z dnia 31 marca 1971 r. w sprawie 22/70 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Radzie Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1971:32, pkt 22

wyłączenia może dotyczyć jakiegokolwiek zagadnienia z zakresu obronności lub bezpieczeństwa. Zarazem możliwość zastosowania tego wyłączenia została ograniczona do umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumień na szczeblu ministerialnym, zawartych z jednym lub wieloma państwami trzecimi. W konsekwencji wyłączenie przewidziane w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp nie będzie obejmowało umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumień na szczeblu ministerialnym, zawieranych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Jak to zostało wyżej wskazane, wyłączeniem będą objęte jedynie te umowy międzynarodowe lub porozumienia na szczeblu ministerialnym, które ustanawiają szczególną procedurę udzielania zamówień rozumianą jako zestaw podstawowych zasad i reguł rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Drugi z wyjątków uregulowanych w art. 13 ust. 1 pkt 2 Pzp obejmuje zamówienia podlegające szczególnym procedurom na mocy umowy międzynarodowej lub porozumienia na szczeblu ministerialnym dotyczących stacjonowania wojsk. Umowa międzynarodowa lub porozumienie na szczeblu ministerialnym stanowiące podstawę zastosowania omawianego wyłączenia może dotyczyć zarówno stacjonowania wojsk państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim lub w państwie trzecim, jak i stacjonowania wojsk państwa trzeciego w państwie członkowskim. Jednocześnie wyłączenie przewidziane w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, inaczej niż wyłączenie zawarte w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, oprócz umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumień na szczeblu ministerialnym, zawieranych z jednym lub wieloma państwami trzecimi, będzie obejmowało umowy międzynarodowe, których stroną jest

Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia na szczeblu ministerialnym, zawierane wyłącznie pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, o ile te umowy lub porozumienia będą dotyczyły stacjonowania wojsk. Możliwość zastosowania wyłączenia jest jednak ograniczona do umów i porozumień, które określają szczególną procedurę udzielania zamówień.

Trzecia kategoria wyjątków obejmuje, z jednej strony, zamówienia udzielane przez organizację międzynarodową zakupującą do swoich własnych celów oraz, z drugiej strony, zamówienia, które muszą być udzielone przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie ze szczególną procedurą organizacji międzynarodowej. W nocie wyjaśniającej Komisji Europejskiej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2010 r.[95] organizacja międzynarodowa została zdefiniowana jako „stała instytucja o odrębnej osobowości prawnej, ustanowiona w traktacie zawartym pomiędzy suwerennymi państwami lub organizacjami międzyrządowymi oraz posiadająca własne zasady oraz struktury organizacyjne". Z kolei w wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2019 r.[96] Komisja Europejska przytacza definicję Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ, zgodnie z którą organizacja międzynarodowa to organizacja ustanowiona

[95] *Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 121 i nast.

[96] Zawiadomienie Komisji w sprawie wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa 2009/81/WE w sprawie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) (2019/C 157/01) (Dz. Urz. UE C 157 z 8.05.2019, s. 1)

przez traktat lub inny instrument regulowany prawem międzynarodowym i posiadająca własną międzynarodową osobowość prawną[97].

Wyłączeniem przewidzianym w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp będą zatem objęte w pierwszym rzędzie zamówienia udzielane przez organizację międzynarodową we własnym imieniu i na własny rachunek. Jednocześnie przepis art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp doprecyzowuje, że zamówienia objęte wyłączeniem to zamówienia udzielane przez organizację międzynarodową do jej własnych celów. Tym samym pomiędzy udzielanym zamówieniem a celami i misją organizacji międzynarodowej powinien istnieć wyraźny związek. Nie oznacza to jednak, że zamówienia udzielane przez organizację międzynarodową bez wyraźnego związku z jej misją i celami będą podlegały regulacjom Pzp. Organizacje międzynarodowe nie należą bowiem do żadnej z kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów Pzp. Jako przykład zamówienia objętego omawianym wyłączeniem wskazać można zamówienia związane z zakupem i utrzymaniem floty samolotów wczesnego ostrzegania E-3A (*Airborne Warning and Control Systems* – AWACS) będącej własnością NATO i zarządzanej przez *NATO Airborne Early Warning and Control Programme Management Organisation* (NAPMO)[98].

Ponadto wyłączeniem przewidzianym w art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp będą objęte zamówienia, które muszą być udzielone przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie ze szczególną procedurą organizacji międzynarodowej. Może to dotyczyć przypadków, gdy Rzeczpospolita Polska będzie udzielała zamówienia w imieniu organizacji międzynarodowej. Może to również dotyczyć przypadków, gdy Rzeczpospolita Polska otrzyma

[97] Yearbook of the International Law Commission, 2011 r., tom II, część 2, s. 49

[98] Przykład za: B. Heuninckx, *Lurking at the Boundaries: Applicability of EU Law to Defence and Security Procurement*, (2010) 19 PPLR, s. 109

od organizacji międzynarodowej dofinansowanie na potrzeby udzielenia i zrealizowania danego zamówienia przy jednoczesnym zobowiązaniu Rzeczypospolitej Polskiej do stosowania szczególnych procedur organizacji międzynarodowej dotyczących udzielania zamówień publicznych.

4. Zamówienia, w przypadku których stosowanie ustawy skutkowałoby ujawnieniem tajemnicy. Spod zakresu zastosowania Pzp wyłączone są zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku których stosowanie przepisów Pzp zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa.

Przepis art. 13 ust. 1 pkt 3 Pzp potwierdza obowiązywanie na gruncie przepisów w dziedzinie zamówień publicznych zasady wyrażonej w art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE, zgodnie z którą żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami swojego bezpieczeństwa.

Jak wskazała rzecznik generalna w swojej opinii w sprawie C-187/16 *Komisja przeciwko Austrii*[99], pojęcie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa jest pojęciem prawa unijnego, które należy interpretować w sposób autonomiczny. Obejmuje ono zarówno bezpieczeństwo zewnętrzne, jak również bezpieczeństwo wewnętrzne państw członkowskich[100]. Zarazem państwom członkowskim przysługuje

---

[99] Przedstawiona w dniu 20 lipca 2017 r. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott w sprawie C-187/16 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2017:578, pkt 46 i 47

[100] Wyroki: z dnia 26 października 1999 r., Sirdar (C-273/97, EU:C:1999:523, pkt 17); z dnia 11 stycznia 2000 r., Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2, pkt 17); podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 1984 r., Campus Oil i in. (72/83, EU:C:1984:256, pkt 34–36); z dnia 4 października 1991 r., Richardt i „Les Accessoires Scientifiques" (C-367/89, EU:C:1991:376, pkt 22); z dnia 15 grudnia 2009 r., Komisja/Dania (C-461/05, EU:C:2009:783, pkt 51, zdanie pierwsze)

szeroki zakres uznania w odniesieniu do definiowania jego podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa[101]. Przyjąć należy, że z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia, gdy dotyczy ono w szczególności takich wartości jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa[102]. Jednocześnie należy pamiętać, że pojęcie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jako umożliwiające zastosowanie wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, musi podlegać ścisłej wykładni[103].

5. Zamówienia do celów działalności wywiadowczej i kontrwywiadowczej. Pzp nie znajduje zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych do celów działalności wywiadowczej lub kontrwywiadowczej.

W motywie 27 preambuły dyrektywy obronnej wskazano, że w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że nawet stosowanie do nich dyrektywy obronnej, mimo jej szczególnej natury, byłoby niewłaściwe. Dotyczy to zamówień udzielanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych, zdefiniowanych przez państwa członkowskie.

---

[101] Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2003 s. II-03951, ECLI:EU:T:2003:248, pkt 58

[102] Por. zachowująca aktualność opinia UZP: *Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa*, www.uzp.gov.pl

[103] Wyrok z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, ECLI:EU:C:2012:324, pkt 35

Jak zauważa Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[104], wyłączenie to opiera się na założeniu, że zamówienia związane z wywiadem są z definicji zbyt newralgiczne, by można ich udzielać w ramach przejrzystej i konkurencyjnej procedury. Omawianym wyłączeniem objęte będą zatem przypadki, w których inne instytucje publiczne udzielają zamówień służbom wywiadowczym na specjalne dostawy, usługi czy roboty budowlane (np. ochrona rządowych sieci teleinformatycznych), jak również przypadki, w których służby wywiadowcze udzielają zamówień do celów swoich działań wywiadowczych.

Jednocześnie we wspomnianej nocie wyjaśniającej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Komisja Europejska zwraca uwagę, że wyłączenie dotyczy jedynie zamówień **do celów działalności wywiadowczej**, a nie wszystkich zamówień na potrzeby służb wywiadowczych. W ocenie Komisji oznacza to, że nie wszystkie zakupy dokonywane przez służby wywiadowcze są koniecznie tak newralgiczne, żeby nie mogły być zastosowane zasady udzielania zamówień; co za tym idzie, wyłączenie obejmuje tylko te zakupy, które dokonywane są do celów działalności wywiadowczej[105].

Zgodnie z ogólną zasadą ścisłej interpretacji wyjątków wyłączenie to podlega wykładni zawężającej.

---

[104] *Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 121 i nast.

[105] Nota wyjaśniająca dotycząca wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, pkt 12 [w:] J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit*.

6. Programy współpracy. Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu.

Jak wskazano w motywie 28 preambuły dyrektywy obronnej, państwa członkowskie prowadzą często programy współpracy w celu wspólnego opracowania nowego sprzętu obronnego. Programy takie mają szczególne znaczenie, ponieważ pomagają one w opracowywaniu nowych technologii i wiążą się z wysokimi kosztami w dziedzinie badań i opracowywania złożonych systemów broni. Niektórymi z tych programów zarządzają organizacje międzynarodowe, a mianowicie *Organisation conjointe de coopération en matière d'armement* (OCCAR) i Organizacja Paktu Północnoatlantyckiego NATO (za pośrednictwem konkretnych agencji) lub agencje Unii, takie jak Europejska Agencja Obrony, która udziela zamówień w imieniu państw członkowskich. Dyrektywa obronna nie powinna mieć zastosowania do tego rodzaju umów. W przypadku innych podobnych programów współpracy zamówienia są udzielane przez instytucje (podmioty) zamawiające jednego państwa członkowskiego, także w imieniu jednego lub większej liczby państw członkowskich. Również w tych przypadkach dyrektywa obronna nie powinna mieć zastosowania. W nocie wyjaśniającej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[106] zmienionej wytycznymi dotyczącymi

[106] http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/

wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[107,108] Komisja Europejska zwraca uwagę, że to wyłączenie potwierdza szczególne znaczenie programów współpracy opartych na badaniach i rozwoju dla wzmocnienia europejskich zdolności wojskowych i ustanowienia silnej i konkurencyjnej europejskiej bazy technologiczno-przemysłowej sektora obronnego.

We wspomnianej nocie wyjaśniającej Komisja Europejska podkreśla, że jeżeli zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ma być objęte tym wyłączeniem, program współpracy, w ramach którego jest udzielane, musi opierać się na badaniach i rozwoju. Oznacza to, że program współpracy musi obejmować **etap badań i rozwoju**. Badania i rozwój powinny być, zgodnie z motywem 13 preambuły i przepisem art. 1 pkt 27 dyrektywy obronnej, rozumiane jako:

1) badania podstawowe, obejmujące prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie praktyczne,
2) badania stosowane, obejmujące pierwotne prace podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy nastawione na przede wszystkim konkretne praktyczne zastosowania lub realizację konkretnych celów

oraz

[107] Zawiadomienie Komisji w sprawie wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa 2009/81/WE w sprawie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) (2019/C 157/01) (Dz. Urz. UE C 157 z 8.05.2019, str. 1)

[108] Sekcję 3.3 zatytułowaną „Programy współpracy" noty wyjaśniającej Komisji Europejskiej z 2010 r. dotyczącej wyłączeń szczególnych związanych z obronnością i bezpieczeństwem zastąpiła sekcja 3 wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2019 r.

3) rozwój eksperymentalny, obejmujący prace oparte na istniejącej wiedzy uzyskanej w wyniku badań naukowych lub doświadczeń praktycznych w celu rozpoczęcia produkcji nowych materiałów, produktów lub urządzeń, stworzenia nowych procesów, systemów oraz usług bądź w celu znacznej poprawy istniejących już procesów, systemów i usług; projekty eksperymentalne mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach.

Co za tym idzie, opracowania prototypu, czyli wersji testowanej w celu znalezienia problemów i zakwalifikowania procesów produkcyjnych przed rozpoczęciem, nie można będzie już uznać za działalność wchodzącą w zakres badań i rozwoju w rozumieniu tych przepisów. Etap badań i rozwoju nie obejmuje zatem etapów produkcji i kwalifikacji prototypów przedprodukcyjnych, narzędzi i inżynierii przemysłowej, przemysłowego projektowania i produkcji przemysłowej.

Kolejnym warunkiem, od którego uzależniona jest możliwość zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 13 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest to, by celem programu współpracy było **opracowanie nowego produktu**. Nie jest zarazem wykluczone, że w pewnych okolicznościach omawianym wyłączeniem mogą być objęte zamówienia udzielane w ramach programu współpracy, którego celem jest ulepszenie istniejących produktów.

We wspomnianych wyżej wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa Komisja Europejska możliwość takiej wykładni uzasadnia celem tych przepisów, jakim jest uzyskanie wsparcia w opracowaniu nowych technologii i ponoszeniu wysokich kosztów związanych z badaniami i rozwojem w zakresie

złożonych systemów broni[109]. Jak wskazuje Komisja Europejska, omawiane wyłączenie może znaleźć zastosowanie, jeżeli taka modernizacja istniejących produktów będzie wiązała się z odpowiednio **istotnymi zmianami** lub **istotnymi ulepszeniami**. Na potrzeby oceny istotności zmian czy ulepszeń istniejących produktów Komisja Europejska sugeruje posłużenie się w szczególności następującymi kryteriami:

1) znaczące zmiany istniejącego sprzętu,
2) zakres nowych funkcji sprzętu,
3) zmiany strukturalne na poziomie platform[110].

Wyłączeniem dotyczącym programów współpracy, oprócz etapu badań i rozwoju w zakresie opracowania nowego produktu lub ulepszenia istniejących produktów, mogą być objęte **dalsze etapy** – całości lub części – cyklu życia tego nowego produktu, takie jak opracowanie prototypów przedprodukcyjnych, narzędzia i inżynieria przemysłowa, przemysłowe projektowanie i produkcja przemysłowa, a nawet **naprawy, konserwacja, utrzymanie, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie**. Możliwość objęcia zamówień udzielanych na kolejnych etapach cyklu życia produktu omawianym wyłączeniem jest jednak uzależniona od tego, czy te zamówienia mają być nadal udzielane w ramach programu współpracy. W przypadku gdy państwo członkowskie uczestniczyło w programie współpracy jedynie na etapie badań i rozwoju, zamówienia udzielane na kolejnych etapach cyklu życia produktu nie będą już objęte tym wyłączeniem[111].

---

[109] Zob. Zawiadomienie Komisji w sprawie wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa 2009/81/WE w sprawie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) (2019/C 157/01) (Dz. Urz. UE nr C 157 z 8.5.2019), pkt 3.2

[110] Ibidem

[111] Ibidem pkt 3.3

Jak to zostało wyżej wskazane, istotnym warunkiem, od którego uzależniona jest możliwość skorzystania z tego wyłączenia, jest udzielanie zamówień **w ramach programu współpracy**. Oznacza to, że zamówienia objęte wyłączeniem muszą być udzielane przez podmiot lub podmioty do tego celu wyznaczone na mocy porozumień dotyczących programu współpracy oraz muszą być udzielane zgodnie z zasadami i procedurami ustalonymi w treści tych porozumień. Możliwości skorzystania z omawianego wyłączenia nie stoi na przeszkodzie wielość i zróżnicowanie takich porozumień, obejmujących różne etapu programu współpracy, ani zmiany w składzie uczestniczących w programie współpracy państw członkowskich.

Niemniej jednak, aby skorzystanie z wyłączenia było możliwe, program współpracy stanowiący podstawę jego zastosowania musi być stale wspólnie prowadzony przez **przynajmniej dwa państwa członkowskie** Unii Europejskiej. Nie wyklucza to oczywiście udziału państw trzecich, pod warunkiem że w takim programie współpracy uczestniczą również co najmniej dwa państwa członkowskie. Wyłączeniem są bowiem objęte zarówno programy współpracy, w których uczestniczą wyłącznie państwa członkowskie, jak i programy współpracy z udziałem państw trzecich. Zarazem program objęty wyłączeniem musi opierać się na rzeczywistej współpracy. W wytycznych z 2019 r. Komisja Europejska zwraca uwagę, że udział w programie współpracy powinno się interpretować jako pojęcie oznaczające więcej niż tylko zakup wyposażenia. Powinno ono obejmować w szczególności proporcjonalny podział ryzyk oraz możliwości technicznych i finansowych, uczestnictwo w zarządzaniu programem oraz udział w procesie podejmowania decyzji dotyczących programu współpracy. Dalej Komisja Europejska wyjaśnia, że z uwagi na różnice między budżetami państw członkowskich w dziedzinie obrony oraz potrzeby ich sił zbrojnych,

wielkość poszczególnych wkładów na rzecz programów współpracy może się znacznie różnić. Dlatego też, zdaniem Komisji, ocena, czy program opiera się na koncepcji rzeczywiście opartej na współpracy, powinna koncentrować się na kooperacyjnym charakterze programu oraz na jakości uczestnictwa poszczególnych państw członkowskich, a nie na podejściu ilościowym[112].

W wielokrotnie przywoływanej nocie wyjaśniającej dotyczącej wyłączeń szczególnych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w brzmieniu nadanym wytycznymi dotyczącymi wspólnych zamówień Komisja Europejska nie wyklucza możliwości skorzystania z wyłączenia przez państwa członkowskie przystępujące do programu współpracy po zakończeniu etapu badań i rozwoju, na którymkolwiek z dalszych etapów cyklu życia produktu, o ile przystępujące państwo członkowskie staje się pełnoprawnym członkiem programu współpracy. Inaczej mówiąc, udział przystępującego na późniejszym etapie państwa członkowskiego musi mieć charakter rzeczywistego udziału, tj. w szczególności powinien obejmować proporcjonalny podział ryzyk oraz możliwości technicznych i finansowych, uczestnictwo w zarządzaniu programem współpracy oraz udział w procesie podejmowania decyzji dotyczących programu. Przystąpienie do programu współpracy nie może też służyć obejściu obowiązujących przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych[113]. Tylko w takim przypadku skorzystanie z wyłączenia będzie możliwe.

W przypadku programów współpracy objętych omawianym wyłączeniem, na mocy art. 13 ust. 2, zamawiający po wszczęciu programu jest obowiązany **informować Komisję Europejską**

[112]Ibidem pkt 3.5
[113]Ibidem pkt 3.6

o części wydatków na badania i rozwój dotyczących ogólnych kosztów programu współpracy, porozumieniu dotyczącym podziału kosztów oraz o planowanych zamówieniach dla każdego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, o ile są one przewidziane.
Komisja Europejska w wytycznych dotyczących wspólnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wskazuje, że powiadomienia można przesyłać pocztą albo drogą elektroniczną do DG GROW (dział G3). Adres poczty elektronicznej, na który należy przesyłać powiadomienia, to: GROW-DEFENCE@ec.europa.eu.
Adres pocztowy to:

European Commission
DG GROW/G3
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

Niemniej jednak z uwagi na fakt, że odpowiedzialność za problematykę udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przejęła Dyrekcja Generalna ds. Przemysłu Obronnego i Kosmosu (DG DEFIS), właściwym adresem poczty elektronicznej jest obecnie DEFIS-DEFENCE@ec.europa.eu.
Adres pocztowy to:

European Commission
DG DEFIS
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

7. Zamówienia udzielane w państwie trzecim. Spod zakresu zastosowania Pzp wyłączone są zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielane w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, w tym zamówienia na dostawy sprzętu innego niż wojskowy, roboty budowlane

lub usługi do celów logistycznych, realizowane podczas rozmieszczenia sił zbrojnych oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają ich udzielenia wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań. Zgodnie z motywem 29 preambuły dyrektywy obronnej, w przypadku gdy siły zbrojne lub siły bezpieczeństwa państw członkowskich prowadzą działania poza granicami Unii i gdy jest to podyktowane wymogami operacyjnymi, należy zezwolić instytucjom (podmiotom) zamawiającym, które znajdują się na terenie operacji, na niestosowanie przepisów tej dyrektywy, w przypadku gdy udzielają one zamówień wykonawcom mającym siedzibę w miejscu prowadzenia działań, łącznie z zakupami cywilnymi bezpośrednio powiązanymi z prowadzeniem tych operacji. Zakupy cywilne zostały zdefiniowane w art. 1 pkt 28 dyrektywy obronnej jako zamówienia niepodlegające zakresowi jej zastosowania obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych, co znalazło odzwierciedlenie w przepisie art. 13 ust. 1 pkt 6 Pzp.

8. Zamówienia udzielane przez rząd rządowi innego państwa członkowskiego. Ustawa nie znajduje zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych przez władze państwowe, regionalne lub lokalne władzom państwowym, regionalnym lub lokalnym innego państwa.

W wytycznych dotyczących udzielania zamówień międzyrządowych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (2016/C 450/01)[114] Komisja

[114] Zawiadomienie Komisji z dnia 30 listopada 2016 r. – Wytyczne dotyczące udzielania zamówień międzyrządowych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (art. 13 lit. f) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE) (2016/C 450/01) (Dz. Urz. UE C 450 z 2.12.2016, str. 1)

Europejska zauważa, że „międzyrządowe transakcje kupna-sprzedaży („G2G" z ang. *government to government*) są metodą umożliwiającą rządom zakup sprzętu obronnego, usług oraz robót budowlanych w zakresie obronności od innych rządów. Kupujący rząd nie kontaktuje się bezpośrednio z dostawcą sprzętu obronnego; zamiast tego sprzedaży dokonuje inny rząd, oferując sprzęt ze swoich zapasów lub po nabyciu sprzętu w tym celu. Transakcje G2G obejmują często między innymi serwisowanie produktów, obsługę techniczną, szkolenia i budowę infrastruktury.

Rządy mogą się zdecydować na zakup sprzętu wojskowego lub usług wojskowych od innego rządu z różnych powodów. W wielu przypadkach transakcje G2G umożliwiają »sprzedającym państwom członkowskim« zbycie nadwyżek sprzętu, a »kupującym państwom członkowskim« zakup zdolności obronnych po przystępnych cenach. Mogą być one zatem użytecznym narzędziem radzenia sobie z wyzwaniami związanymi z ograniczeniami budżetowymi i restrukturyzacją sił zbrojnych.

W pewnych okolicznościach transakcje G2G mogą być również najwłaściwszym lub nawet jedynym sposobem udzielenia zamówienia spełniającym szczególne wymogi dotyczące zdolności wojskowych, które są potrzebne do zapewnienia interoperacyjności lub »korzyści operacyjnej« sił zbrojnych państw członkowskich. Transakcje G2G mogą również umożliwiać szybkie zaspokajanie pilnych potrzeb operacyjnych".

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że pojęcie rządu w rozumieniu dyrektywy obronnej, zgodnie z art. 1 pkt 9 tej dyrektywy, obejmuje państwowe, regionalne lub lokalne władze państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa trzeciego. Natomiast przedmiot zamówienia objętego omawianym wyłączeniem dotyczącym zamówień międzyrządowych może należeć do każdej z kategorii definiujących przedmiot zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, tj.:

1) dostawy sprzętu wojskowego,
2) roboty budowlane, dostawy lub usługi **bezpośrednio związane** ze sprzętem wojskowym,
3) usługi do celów wojskowych,
4) roboty budowlane do celów wojskowych

oraz

5) dostawy sprzętu newralgicznego,
6) roboty budowlane, dostawy lub usługi **bezpośrednio związane** ze sprzętem newralgicznym,
7) usługi newralgiczne do celów bezpieczeństwa,
8) newralgiczne roboty budowlane do celów bezpieczeństwa.

Jednocześnie we wspomnianych wytycznych dotyczących zamówień międzyrządowych Komisja Europejska wskazuje, że zastosowanie omawianego wyłączenia powinno być każdorazowo poprzedzone zindywidualizowaną, szczegółową analizą, która wyraźnie wykaże, że udzielenie danego zamówienia innemu rządowi jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem spełniającym wymagania dotyczące zamówienia określone przez kupujący rząd. Analiza ta powinna w szczególności określić, czy konkurencja jest nieobecna lub niemożliwa, czy też przeciwnie, konkurencja wydaje się możliwa w przypadku danej umowy. Przy ocenianiu, czy konkurencja jest nieobecna lub niemożliwa, czy też przeciwnie, wydaje się możliwa, zamawiający może się zdecydować na ograniczenie swojej analizy do rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Analiza, o której mowa, powinna obejmować odpowiednie zbadanie rynku. W swoich wytycznych Komisja Europejska sugeruje opublikowanie w tym celu na stronie internetowej zamawiającego ogłoszenia wszczynającego wstępne konsultacje rynkowe, które umożliwią potencjalnym wykonawcom zaproponowanie najodpowiedniejszych rozwiązań spełniających

wymagania zamawiającego. Innym rozwiązaniem proponowanym przez Komisję Europejską w przywołanych wytycznych dotyczących zamówień międzyrządowych jest zamieszczenie informacji o planowanym zamówieniu w innym miejscu, takim jak Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, krajowy dziennik urzędowy, portal zamówień publicznych czy czasopismo branżowe. Takie ogłoszenie pozwoli zamawiającemu podjąć decyzję w oparciu o możliwie pełną znajomość rynku.

Jeżeli bezstronna ocena informacji zebranych na etapie przygotowywania zamówienia wykaże, że konkurencja na rynku w tym zakresie jest nieobecna lub niemożliwa, a udzielenie zamówienia międzyrządowego jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem, zamawiający będzie uprawniony do udzielenia zamówienia poza procedurami uregulowanymi Pzp. Decyzję o zawarciu umowy powinny poprzedzać negocjacje pomiędzy zainteresowanymi rządami. Ostateczny wybór powinien być oparty na obiektywnych kryteriach, takich jak jakość, cena, wartość techniczna, właściwości funkcjonalne, koszty użytkowania, koszty cyklu życia, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, termin dostarczenia, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne.

Jeżeli natomiast bezstronna ocena informacji zebranych przed przygotowywaniem postępowania o udzielenie zamówienia pokazuje, że co najmniej jeden unijny podmiot gospodarczy jest w stanie zapewnić bardziej opłacalne rozwiązanie niż oferowane w ramach transakcji G2G i brak jest obiektywnego uzasadnienia do udzielenia zamówienia sprzedającemu rządowi, zamawiający powinien rozpocząć postępowanie o udzielanie zamówienia w jednym z trybów uregulowanych przepisami Pzp.

9. Usługi finansowe. Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których przedmiotem są usługi finansowe. Jak wskazano bowiem w motywie 33 preambuły

dyrektywy obronnej, usługi finansowe, podobnie jak usługi arbitrażowe i pojednawcze, o których mowa w motywie 32 preambuły dyrektywy obronnej, są powierzane osobom lub podmiotom na warunkach, które nie są zgodne z regułami stosowania zasad dotyczących udzielania zamówień. Nie dotyczy to jednak usług ubezpieczeniowych, które nie są objęte omawianym wyłączeniem. Usługi ubezpieczeniowe zostały wymienione w załączniku I do dyrektywy obronnej jako tzw. usługi priorytetowe, które w pełni podlegają przepisom Pzp regulującym procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Art. 14.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiot zamówienia zawiera aspekty obronności i bezpieczeństwa, podlegających szczególnej procedurze:

1) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub takiego porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, i dotyczących robót budowlanych, dostaw lub usług przeznaczonych na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy,

2) na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,

3) stosowanej przez organizację międzynarodową

– jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, o których mowa w ust. 1:

1) finansowanych w całości przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;

2) finansowanych w ponad 50% przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

1. Zamówienia i konkursy zawierające aspekty obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 14 ust. 1 Pzp wyłącza spod zakresu zastosowania Pzp zamówienia i konkursy, których przedmiot zawiera aspekty obronności i bezpieczeństwa i które podlegają szczególnej procedurze międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą. W tym przypadku wyłączenie dotyczy zamówień, których nie można zakwalifikować jako zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ale które zawierają pewne elementy (aspekty) obronności i bezpieczeństwa.

2. Szczególne procedury międzynarodowe. Wyłączenie obejmuje zamówienia i konkursy podlegające szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub takiego porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,

dotyczących robót budowlanych, dostaw lub usług przeznaczonych na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy. Wyłączenie obejmuje również zamówienia i konkursy podlegające szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania. Wyłączenie obejmuje ponadto zamówienia i konkursy podlegające szczególnej procedurze stosowanej przez organizację międzynarodową.

3. Finansowanie w całości lub w przeważającej części. Dodatkowym warunkiem objęcia danego zamówienia lub konkursu omawianym wyłączeniem w przypadku zamówień i konkursów podlegających innej niż określona ustawą procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej jest finansowanie tego zamówienia lub konkursu przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą w całości. Natomiast w przypadku zamówień i konkursów finansowanych w przeważającej części (ponad 50%) przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą wyłączenie znajdzie zastosowanie, jeżeli uzgodniono zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej niż określona ustawą procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

Art. 15.

Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, tryb postępowania

w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia.

1. Delegacja do wydania rozporządzenia. Przepis art. 15 Pzp zawiera upoważnienie ustawowe dla Rady Ministrów do wydania – na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, działających w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki – rozporządzenia określającego

1) tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa,
2) sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu,
3) ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz
4) podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, a także
5) sposób określania zakresu stosowania przepisów ustawy do udzielenia zamówienia objętego wyłączeniem.

2. Wytyczne. Rada Ministrów, wydając takie rozporządzenie, ma kierować się, po pierwsze, koniecznością zapewnienia prawidłowego stosowania

przepisu art. 346 TFUE oraz, po drugie, potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia.

Rozdział 2
Zasady udzielania zamówień

Art. 16.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) **zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;**
2) **przejrzysty;**
3) **proporcjonalny.**

1. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Przepis art. 16 Pzp wyraża podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności wywodzą się wprost z dyrektyw unijnych transponowanych przez Pzp, tj. dyrektyw: klasycznej (art. 18 ust. 1), sektorowej (art. 36 ust. 1) oraz obronnej (art. 4). Zasady te wiążą się z kolei bezpośrednio z wywodzącymi się z TFUE zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Jak wskazują pkt 1 preambuły do dyrektyw klasycznej i sektorowej oraz pkt 15 preambuły do dyrektywy obronnej, procedury określone przepisami w zakresie udzielania zamówień mają służyć praktycznemu zastosowaniu zasad równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp. Obowiązek uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania.

2. Zasada zachowania uczciwej konkurencji. Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję m.in. poprzez: wykluczenie wykonawcy, który zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt Pzp), przez zapobieganie konfliktowi interesów (art. 56 ust. 1 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp) czy poprzez wykluczenie wykonawcy wcześniej zaangażowanego w przygotowanie postępowania, gdy nie można inaczej wyeliminować zakłócenia konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Mając na celu zachowanie tej zasady, zamawiający nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Dotychczasowe orzecznictwo i doktryna dają wiele przykładów naruszenia tej zasady, takich jak warunki udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia zawierający minimalne wymagania, które ograniczają udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom poza jednym konkretnym wykonawcą bądź nieliczną grupą wykonawców lub opis, który ogranicza udział w postępowaniu wszystkim innym wykonawcom

niż ci, którzy sprzedają produkty danej marki, zmiana zasad oceny w trakcie prowadzenia postępowania zmierzająca do uprzywilejowania lub pogorszenia pozycji konkretnych wykonawców.

3. Zasada równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców jest gwarantowana przez szereg przepisów Pzp, np. Pzp nakłada na zamawiającego obowiązki informacyjne dotyczące zamieszczania dokumentów zamówienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz informacji o decyzjach odnoszących się do postępowania, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mieli jednakową możliwość zapoznania się z tymi informacjami. Zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego[115]. Wyrazem niejednakowego traktowania wykonawców może być np. skrócenie czasu na złożenie wyjaśnień przez niektórych wykonawców, podczas gdy inni wykonawcy będący w tej samej sytuacji uzyskują więcej czasu na wyjaśnienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zasada równego

[115] Postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08, orzeczenia.uzp.gov.pl; Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt V Ca 3836/13, orzeczenia.uzp.gov.pl

traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców i gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców[116]. Nie jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców stawianie warunków udziału w postępowaniu, które preferują wykonawców z określonego kraju lub rejonu geograficznego[117]. Zasada ta powinna być respektowana na każdym etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania,

---

[116] Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r. sygn. akt V Ca 3065/13 orzeczenia.uzp.gov.pl; Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt V Ca 3836/13, orzeczenia.uzp.gov.pl.

[117] Wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1989:606. Trybunał orzekł o niezgodności z Traktatem warunku udziału w postępowaniu na rozbudowę systemów przetwarzania danych dla administracji publicznej, zgodnie z którym o zamówienie mogły ubiegać się tylko takie spółki, w których wszystkie lub większość udziałów lub akcji należało pośrednio lub bezpośrednio do państwa. Nie było przeszkody, aby o zamówienie mogły ubiegać się nie tylko firmy włoskie, ale także z innych państw członkowskich, przy czym chodziło tylko o taką sytuację, w której państwo włoskie posiada udziały lub akcje w wymaganej wysokości w spółkach mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Jak stwierdził Trybunał, zasada równego traktowania zabrania nie tylko stosowania dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale obejmuje także wszystkie inne formy dyskryminacji, które przez zastosowanie odpowiednich elementów różnicowania powodują w istocie taki sam skutek. Rząd włoski twierdził wprawdzie, że warunek ten jest konieczny w celu kontroli prawidłowego wykonania zamówienia i uwzględnienia zmian nieprzewidzianych na etapie udzielania tego zamówienia oraz jest uzasadniony potrzebą zagwarantowania poufności danych, gdyż tylko takie firmy mogą zagwarantować poufność uzyskanych informacji, ale Trybunał stwierdził, iż ten sam rezultat może być osiągnięty poprzez środki mniej ograniczające swobodę świadczenia usług: odpowiednie ukształtowanie postanowień umownych, gdy chodzi o prawidłowe wykonanie umowy i konieczne zmiany umowy, oraz przez np. obowiązek zachowania poufności nałożony na personel wykonawcy, za złamanie którego to obowiązku może grozić odpowiedzialność karna.

nie tylko przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, ale także przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji, kryteriów oceny ofert czy w trakcie oceny ofert. Oznacza to w szczególności konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty, lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty[118]. Przy czym nie narusza zasady równego traktowania wykonawców taki opis przedmiotu zamówienia, który ogranicza przedmiot zamówienia tylko do niektórych rozwiązań technologicznych funkcjonujących na rynku, pod warunkiem że takie ograniczenie nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

4. Zasada przejrzystości. Zasada przejrzystości, nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez

[118] Por. wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r. sygn. akt V Ca 3065/13, orzeczenia.uzp.gov.pl

Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza zaś, że motywy, którymi kieruje się zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmienne w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę[119]. Wyrazem zasady przejrzystości jest również to, że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców[120]. Wyrazem zasady przejrzystości są wszystkie określone w Pzp obowiązki informacyjne nałożone na zamawiającego dotyczące uzasadnienia podjętych przez niego czynności w zakresie oceny ofert (w szczególności art. 253 ust. 1 i 2 Pzp nakazujący przekazanie informacji o wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, o wykonawcach, którzy złożyli oferty, o punktacji przyznanej ofertom w ramach każdego kryterium oceny ofert oraz łącznej wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym). Zamawiający, realizując

[119]Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 554/17, orzeczenia.uzp.gov.pl

[120]Wyrok SO w Szczecinie, z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt VIII Ga 432/13, orzeczenia.uzp.gov.pl

zasadę przejrzystości poprzez przekazywanie informacji wymaganych przez Pzp, umożliwia korzystanie przez wykonawcę m.in. z prawa do posiadania pełnej wiedzy w zakresie tego, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, oceniając jego ofertę i inne oferty i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

5. Zasada proporcjonalności. W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu). Na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert itp. są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki:

1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący,
2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego,
3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz
4) czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

Nie jest zatem wystarczający np. sam związek warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, ale powinny być one odpowiednie i wystarczające do osiągnięcia celu, w jakim są stawiane. Stosowanie zasady proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wymiar praktyczny i wpływa korzystnie

na przebieg tego postępowania. Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego[121]. Z drugiej strony brak proporcjonalności np. w kształtowaniu kryterium selekcji, polegający na postawieniu wymagań wielokrotnie wyższych niż wynika to z potrzeb samego zamówienia, albo obciążenie wykonawcy nadmiernymi ryzykami w postanowieniach umowy może być przyczyną znacznie mniejszego zainteresowania wykonawców postępowaniem. Wpływ na liczbę wykonawców uczestniczących w postępowaniu mają przede wszystkim warunki udziału w postępowaniu (wymagania minimalne), które będą stawiane wykonawcom w celu zakwalifikowania ich do udziału w postępowaniu. Jeżeli te warunki nie są proporcjonalne do charakteru i zakresu zamówienia, powoduje to zmniejszenie zainteresowania udziałem w postępowaniu. Zwłaszcza w przypadku, gdy z analizy rynku wynika, że wykonaniem zamówienia mogą być zainteresowani mali i średni przedsiębiorcy, nie będzie zgodne z zasadą proporcjonalności formułowanie wielu i zbyt wysokich wymagań (zwłaszcza w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej), nie pozostających w odpowiednim stosunku (proporcji) do rzeczywistych potrzeb związanych z zabezpieczeniem właściwej realizacji zamówienia. Jeżeli z analizy rynku wynika, że wielu wykonawców działających w danej branży, którzy mogą być zainteresowani zamówieniem, spełnia lub może spełnić planowane przez zamawiającego wymagania, mogą być one zastosowane w postępowaniu, nie naruszając zasady proporcjonalności.

Art. 17.

[121] Gids Proportionaliteit (Przewodnik po zasadzie proporcjonalności), wyd. 3, Haga, luty 2021, https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/01/bijlage-3-gids-proportionaliteit

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) 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.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

1. Zasada efektywności w Pzp. Zasada efektywności wyraża się w obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (jeżeli są oczywiście możliwe do osiągnięcia). Tym samym zasada efektywności ma służyć przede wszystkim wdrożeniu podejścia strategicznego przy udzielaniu zamówień. Udzielanie zamówień publicznych nie powinno być jedynie wypełnieniem formalnych postanowień Pzp, ale przede wszystkim procesem gospodarczym, dlatego zasada efektywności w Pzp wzmacnia rolę planowania w procesie udzielania zamówienia.

Mimo że przepis art. 17 ust. 1 Pzp nie zawiera w swojej treści pojęcia „efektywności", a jedynie odnosi się do uzyskania „najlepszych efektów

zamówienia", jego treść nie pozostawia wątpliwości co do przyjęcia efektywności jako zasady przy udzielaniu zamówień publicznych. Zasada udzielania zamówienia wyrażona w art. 17 ust. 1 Pzp, która słusznie może być nazywana „zasadą efektywności", została ujęta w dwóch punktach wyrażających w istocie dwie niezależne reguły składające się na jedną zasadę. Pierwszy z punktów odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Zwraca to uwagę na etap planowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż udzielanie zamówienia jest generalnie uwarunkowane treścią decyzji i ustaleń podejmowanych na etapie przygotowania postępowania. Drugi z punktów odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia. A więc dotyczy uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający. Nie chodzi zatem tylko o pozytywny efekt podejmowanych przez zamawiającego działań (np. że planowany określony zakup został zrealizowany na wyższym poziomie jakościowym czy ilościowym od pierwotnie założonego), ale również o skuteczność w osiąganiu innych wcześniej postawionych celów, np. w zakresie oddziaływania zrealizowanego zamówienia na środowisko. Zasada efektywności ma zastosowanie zarówno do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne.

2. Zasada efektywności w kontekście koncepcji Value for Money (VfM). Normatywna treść art. 17 ust. 1 Pzp nawiązuje do art. 44

ust. 3 lit. a i b ustawy o finansach publicznych, która łączy dokonywanie wydatków publicznych z uzyskiwaniem najlepszych efektów z danych nakładów finansowych. Jakkolwiek w Pzp akcent nie jest położony na uzyskanie efektu wydatku jako takiego, ale na uzyskanie możliwie najlepszej jakości (wartości) zamówienia za środki finansowe przeznaczone na realizację zamówienia. Zasada efektywności zamówienia może być tłumaczona m.in. poprzez zakaz marnotrawienia pieniędzy podatników. Wydaje się odpowiadać funkcjonującej na rynku zamówieniowym koncepcji Value for Money (VfM). Koncepcja ta zasadza się na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele, a jednocześnie aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań w szczególności dotyczących jakości i ilości. W skrócie VfM jest opisywana jako równowaga kosztu, jakości oraz ilości. VfM jest kombinacją czterech elementów:

1) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie kosztów własnych związanych z organizacją postępowań,
2) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie ceny płaconej przez zamawiającego wykonawcy i innych kosztów ponoszonych przez zamawiającego związanych z realizacją zamówienia, w tym związanych z nabyciem, a następnie z użytkowaniem przedmiotu zamówienia,
3) wydajności, inaczej produktywności działań podejmowanych w związku z prowadzeniem postępowania oraz realizacją przedmiotu zamówienia oraz

4) efektywności rozumianej jako osiąganie pozytywnych, najlepszych z możliwych rezultatów ilościowych i jakościowych w ramach wcześniej założonych przez zamawiającego celów.

Celem tej koncepcji jest wybór takiej oferty, która przedstawia najbardziej optymalną relację ceny, kosztów cyklu życia i jakości oraz jej przydatności do osiągnięcia przez realizację zamówienia wcześniej założonych celów. W praktyce zamówień publicznych oznacza to w szczególności dążenie zamawiających do uzyskania możliwie najbardziej korzystnej relacji pomiędzy wartością (jakością) nabywanych przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych a ceną płaconą za nie lub kosztem, jaki będzie powiązany z nimi i będzie ponoszony przez zamawiającego, lub – w szerszym kontekście – przez społeczeństwo. Zasada ta powinna być stosowana jako całościowe, kierunkowe podejście do procesu planowania zamówienia, jego udzielania oraz nadzoru nad realizacją, w tym ewaluacją. W procesie udzielania zamówienia ma zastosowanie przede wszystkim do wyboru najkorzystniejszej oferty. Efektywność ekonomiczna nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych wyraża się w relacji pomiędzy wartością (jakością) nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych a ich ceną lub powiązanymi z nimi kosztami, chociaż zasada efektywności nie jest ograniczona tylko do efektywności ekonomicznej. Dążenie do maksymalizowania efektywności udzielanych zamówień publicznych może być postrzegane jako proces optymalizacji zakupów publicznych, wyrażający się m.in. w odnoszeniu efektywności zakupu nie tyle do samego momentu zapłaty za zamówienie, ile do całego okresu, w jakim zamawiający będzie korzystał z uzyskanego zamówienia (ew. będą korzystali z tego zamówieni inni użytkownicy). Na tle postrzegania zasady efektywności poprzez pryzmat optymalizacji

procesu zakupów publicznych, w szczególności ich efektywności ekonomicznej, może rodzić się pytanie o to, w jaki sposób pogodzić ją w odniesieniu do zamawiających publicznych, z udzielaniem zamówień zrównoważonych lub realizacją innych społecznie istotnych celów wynikających z celów organizacji i polityki własnej zamawiającego lub z realizacji różnych polityk państwa. Uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów w praktyce zakupów publicznych będzie oznaczać zatem nie tylko dążenie do uzyskania optymalnej jakości (wartości) zamówienia w stosunku do ceny, którą zapłaci zamawiający (ew. funkcjonalności i trwałości w stosunku do kosztu nabycia), oraz konieczność wykazania się dbałością o egzekwowanie postanowień umowy i jej ewaluację na etapie realizacji, ale niekiedy również – o ile charakter zamówienia na to pozwala – dążenie do uzyskania jak najlepszych efektów związanych z realizacją celów publicznych, które ma realizować dane zamówienie, niezwiązanych z pojęciem opłacalności. Takie podejście wymaga m. in. określenia już na etapie planowania zamówienia miary, która będzie stosowana dla celów ustalenia, czy pożądany efekt został osiągnięty, jak również przyjęcia metodologii przeliczania określonych efektów niematerialnych oczekiwanych przez zamawiającego, jak np. poprawa warunków zatrudnienia, poprawa komunikacji czy lepszy dostęp do usług na wartości pieniężne, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, jak każdy podmiot prowadzący gospodarkę finansową, udziela zamówień w ramach szerszego procesu planowania zakupów w jego organizacji, który obejmuje planowanie i strategię zakupową dostosowaną do celów, jakie sobie stawia, np. jako podmiot funkcjonujący w ramach administracji publicznej, w tym realizując inne cele publiczne. Praktyczne stosowanie zasady efektywności przy

udzielaniu zamówienia na konkretny przedmiot zamówienia i przy określonym budżecie będzie zatem często elementem szerszej strategii realizowanej przez zamawiającego i wcześniejszego planowania, w tym rozpoznania rynku właściwego dla udzielanego rodzaju i charakteru zamówienia. Na wybór sposobu udzielania zamówienia ma m.in. wpływ, czy jest to rynek, na którym jest duża konkurencja między wykonawcami, czy wykonania zamówienia mogłoby się podjąć zaledwie kilku wykonawców. To z kolei może determinować, czy np. zamawiający będzie dokonywał agregacji zamówienia i udzielał zamówień w częściach, czy zamówienia będą udzielane odrębnie; albo czy będzie lepszym rozwiązaniem udzielenie zamówienia wspólnie z innymi zamawiającymi, ponieważ istotne są również koszty, jakie zamawiający będzie ponosił w związku z obsługą zamówienia i z nadzorem nad realizacją zamówienia (np. koszty okresowego audytu systemu informatycznego, koszt zatrudnienia inspektora nadzoru w przypadku robót budowlanych, ew. koszt obsługi kredytu), ale także koszty, jakie pociągnie za sobą samo udzielenie zamówienia (np. z zakupem sprzętu laboratoryjnego często łączy się na późniejszym etapie zakup odczynników, nie wspominając o ewentualnych robotach budowlanych dostosowawczych oraz zużyciu energii elektrycznej). Dobór właściwego sposobu i narzędzi z Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego w celu osiągnięcia pożądanego efektu udzielenia zamówienia zależy również od tego, czy zamawiający dokonuje standardowego zakupu i ma gotową specyfikację techniczną, czy też jest otwarty na rynkowe rozwiązania techniczne, które wykonawcy mogą mu zaproponować i będzie korzystał z opisu funkcjonalnego zamówienia. Stosowanie zasady efektywności pociąga za sobą konieczność dostosowania udzielanego zamówienia nie tylko do aktualnych potrzeb zamawiającego, ale również

do dokumentów strategicznych obowiązujących zamawiającego i innych celów, które mają być osiągnięte przez udzielenie tego zamówienia.

3. Realizacja zasady efektywności przez zamawiającego. Poszczególne zasady udzielania zamówień publicznych znajdują swoje odzwierciedlenie w wielu przepisach Pzp. W przypadku zasady efektywności szczególną rolę odgrywają nowe instytucje wprowadzone Pzp. Efektywność przyszłego zamówienia ma gwarantować przede wszystkim rzetelne przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instrumentem wspomagającym zamawiającego w takich działaniach jest m.in. analiza potrzeb i wymagań (art. 83 Pzp), która pozwoli na wybór najlepszego sposobu realizacji zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego. Wstępne konsultacje rynkowe (art. 84 Pzp) dają z kolei możliwość lepszego poznania rynku wykonawców, dostępnych rozwiązań czy charakteru przyszłego zamówienia. Po wykonaniu umowy zamawiający, w przewidzianych ustawą okolicznościach, jest zobowiązany do sporządzenia raportu z realizacji zamówienia (art. 446 Pzp). Głównym celem raportu jest retrospektywne spojrzenie na cały przebieg procesu zakupowego od podjęcia pierwszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania aż po zrealizowanie zamówienia i dokonanie oceny realizacji zamówienia. Pozwoli to na wyciagnięcie wniosków z na przyszłość, których efektem powinno być lepsze przygotowanie się do kolejnego zamówienia.

4. Udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada, z której wynika, że zamawiającemu wolno jest udzielić zamówienia tylko temu wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, oznacza, iż zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego tylko z tym wykonawcą, który brał udział w prowadzonym przez niego postępowaniu. W konsekwencji

wykonawca, który uzyskał zamówienie publiczne, nie może z zasady dokonać legalnie cesji uzyskanego zamówienia na rzecz podmiotu trzeciego[122].

Zasada powyższa dotyczy wykonania świadczenia (zamówienia), do którego realizacji zobowiązał się wykonawca, biorąc udział w postępowaniu, nie stoi jednak na przeszkodzie dokonaniu przez wykonawcę cesji należnego wynagrodzenia w sytuacji określonej art. 509 § 1 Kc.

5. Bezstronność i obiektywizm. Pzp wymaga, by osoby zaangażowane w proces udzielania zamówienia publicznego po stronie zamawiającego zapewniały bezstronność i obiektywizm zarówno w przygotowaniu, jak i w trakcie prowadzonego postępowania. Zasada wykonywania czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm dotyczy osób, które występują po stronie zamawiającego. Chodzi tu nie tylko o pracowników zamawiającego wyznaczonych do wykonywania czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania, ale także o inne osoby zaangażowane przez zamawiającego do wykonywania takich czynności np. na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy, w szczególności o ekspertów zaproszonych do udziału w pracach komisji przetargowej, i o inne podmioty mające wpływ na przebieg oraz wynik postępowania. Zasada ta znajduje swój wyraz w wyrażonym w art. 56 ust. 1 Pzp obowiązku wyłączenia z udziału w postępowaniu osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego, mogących wpłynąć na wynik tego postępowania lub udzielających zamówienia, jeżeli po ich

[122] Por. wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt V CK 97/03, OSNC 2005/2/34 i wyrok SN z dnia z 27 czerwca 2003 r., sygn. akt IV CKN 302/2001

stronie występuje konflikt interesów (pozostają w takich relacjach lub są powiązani z wykonawcą w sposób, który może podważać ich obiektywizm i bezstronność w postępowaniu). Osoby te, zgodnie z art. 56 ust. 4 Pzp, muszą złożyć pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadczenie o istnieniu albo oświadczenie o braku istnienia okoliczności świadczących o konflikcie interesów. Przed odebraniem oświadczenia kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył on dokonywanie czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Obowiązek złożenia oświadczenia nie będzie natomiast dotyczył osób wykonujących czynności o charakterze pomocniczym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak np. czynności techniczno-organizacyjne, takie jak przyjmowanie korespondencji w biurze podawczym, niewywierające bezpośredniego wpływu na przebieg postępowania. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania (art. 56 ust. 7 Pzp). Czynnościami w postępowaniu będą czynności takie jak np. wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty itp. Mimo że zasada zachowania bezstronności i obiektywizmu dotyczy tylko osób występujących po stronie zamawiającego, warto pamiętać, że wystąpienie konfliktu interesów może prowadzić również do wystąpienia negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy. W sytuacji wystąpienia konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, jeżeli konfliktu

interesu nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób (art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Art. 18.

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. po z. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

5. Jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może nie ujawniać:

1) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b,

2) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2

– w zakresie dostaw lub usług, z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali,

widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane.

6. Zamawiający udostępnia dane osobowe, o których mowa w art. 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1, z późn. zm.[123]), zwanego dalej „rozporządzeniem 2016/679", w celu umożliwienia korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, do upływu terminu na ich wniesienie.

1. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności postępowania działa w okresie od wszczęcia do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarantuje transparentność tego postępowania zarówno w odniesieniu do czynności zamawiającego, jak i wykonawcy, gdyż każdy wykonawca, decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, godzi się jednocześnie na to, że dokumenty przez niego składane w postępowaniu i informacje o nim przekazywane

[123] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 127 z 23.05.2018, s. 2.

zamawiającemu (poza określonymi ustawowo wyjątkami) będą podlegały w określonym czasie ujawnieniu przez zamawiającego na wniosek osób zainteresowanych. Niektóre dane natomiast będą podlegały wręcz upublicznieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak informacje z otwarcia ofert czy informacje zamieszczane w oficjalnych publikatorach w DUUE i w BZP, np. w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia.

3. Realizacja zasady jawności. W trakcie prowadzonego postępowania zasada jawności wyraża się przede wszystkim poprzez prawo dostępu do protokołu postępowania oraz do tych załączników do protokołu, które na danym etapie postępowania mogą być udostępnione. Protokół jest jawny, a zamawiający ma obowiązek udostępnienia protokołu na wniosek (art. 74 ust. 1 Pzp). Obowiązek „prowadzenia" protokołu na bieżąco nie oznacza jednak prawa domagania się uzupełnienia informacji w nim zawartych przez podmiot występujący o dostęp do takiego protokołu. Ograniczenie dostępności załączników do protokołu wynika z potrzeby ochrony niektórych informacji dla celów równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dostęp do ofert z załącznikami jest możliwy niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia. Dostęp do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest możliwy od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków (art. 74 ust. 2 Pzp). Ponadto zasada jawności jest realizowana poprzez udostępnianie przez zamawiającego niezwłocznie po otwarciu ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także o cenach lub

kosztach zawartych w ofertach (art. 222 ust. 5 Pzp). Jedynie w przypadku ofert, które podlegają negocjacjom, zamawiający udostępnia te informacje niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania (art. 222 ust. 6 Pzp).

4. Tajemnica przedsiębiorstwa. Brak możliwości ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk stanowi jedną z sytuacji, o której mowa w art. 18 ust. 2 Pzp, uzasadniających ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest jednak odpowiednie zachowanie wykonawcy. Wykonawca, **wraz z przekazaniem** informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane, oraz musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp). W szczególności wykonawca powinien wykazać, że poczynionym przez niego zastrzeżeniem są objęte 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, a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (por. art. 11 ust. 2 znk). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z otwarcia ofert.

Informacje te z mocy ustawy podlegają ujawnieniu na stronie internetowej zamawiającego. Zamawiający informuje w ten sposób o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także o cenach lub kosztach zawartych w ofertach (art. 222 ust. 5 Pzp).

5. Zastrzeżenie przez zamawiającego poufnego charakteru informacji. Charakter zamówienia związany z koniecznością umożliwienia przez zamawiającego wykonawcom dostępu do informacji poufnych związanych z organizacją zamawiającego (w tym np. systemów bezpieczeństwa informatycznego, systemów zabezpieczenia i ochrony dostępu do siedziby zamawiającego, zasobów danych osobowych pracowników zamawiającego itp.) może wymagać zastrzeżenia przez zamawiającego w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu zachowania poufności w odniesieniu do niektórych informacji przekazywanych w toku postępowania. Wymóg ten kierowany jest do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu (art. 18 ust. 4 Pzp). Zastrzeżenie takich informacji jako poufnych może przekładać się, w zależności od charakteru ujawnianych przez zamawiającego informacji, na wymaganie dostarczenia przez wykonawcę określonych dokumentów służących zapewnieniu przez wykonawcę zachowania poufności informacji dostarczanych przez zamawiającego. Może też pociągać za sobą odpowiedzialność karną, cywilną czy finansową po stronie wykonawcy w przypadku ich nieuprawnionego ujawnienia.

6. Ograniczenie dostępu do danych osobowych. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, a więc tylko wówczas, gdy jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może zastosować przewidziane w art. 18 ust. 5 Pzp ograniczenia w dostępie do informacji

(zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i po jego zakończeniu) w odniesieniu do informacji z zakresu ochrony danych osobowych i łączących się z takimi informacjami odpowiednio informacji o wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Możliwość nieujawniania przez zamawiającego danych osobowych dotyczy sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki, ponieważ dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze i brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, a więc gdy udziela zamówienia w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Możliwość nieujawniania informacji o wysokości wynagrodzenia dotyczy natomiast przypadku, gdy zamawiający udziela zamówienia publicznego z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej, a więc w oparciu o przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przy czym te dwa przypadki możliwości ograniczenia dostępu do informacji odnoszą się wyłącznie do: dostaw lub usług, z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane. Uwzględniając powyższe, możliwość ograniczenia przez zamawiającego dostępu do danych osobowych i informacji na temat wynagrodzenia wykonawcy we wskazanych wyżej przypadkach udzielania zamówienia z wolnej ręki jest uwarunkowana uprzednim zastrzeżeniem przez wykonawcę zakazu udostępniania tych danych. Warto przy tym zauważyć, że definicję środków trwałych zawiera ustawa o rachunkowości. Oznacza to w szczególności, że materiały biblioteczne lub muzealia mogą zostać zaliczone do środków trwałych, gdy spełniają kryteria określone w definicji środków trwałych dotyczące przewidywanego okresu ekonomicznej użyteczności dłuższego niż rok, są kompletne i zdatne do użytku.

7. Wyjątek od zakazu udostępniania informacji. Przepisy RODO mają zastosowanie w państwach członkowskich Unii Europejskiej bezpośrednio, tzn. bez konieczności wdrażania przepisów tego rozporządzenia w prawie krajowym. Jednym z przepisów RODO jest art. 10 rozporządzenia stanowiący zasadę, zgodnie z którą przetwarzanie danych osobowych dotyczących wyroków skazujących oraz naruszeń prawa lub powiązanych środków bezpieczeństwa na podstawie art. 6 ust. 1 tego rozporządzenia jest możliwe wyłącznie pod nadzorem władz publicznych lub jeżeli przetwarzanie jest dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw i wolności osób, których dane dotyczą. Pzp, respektując tę zasadę, zezwala na przetwarzanie takich danych przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości korzystania z nich, przez co zabezpiecza prawa i wolności osób, których takie dane są przetwarzane w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursem. Dostęp do takich wrażliwych danych osobowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie na podstawie art. 18 ust. 6 Pzp jest możliwy

tylko dla określonego rodzaju podmiotów i tylko w określonym czasie. Na podstawie tego przepisu dostęp do danych o wyrokach skazujących, naruszeniach prawa i innych środkach bezpieczeństwa, które są przekazywane zamawiającemu przez wykonawców w ramach informacji z centralnych rejestrów karnych (w Polsce – z Krajowego Rejestru Karnego), albo takich danych przekazywanych przez wykonawców w ramach instytucji samooczyszczenia, mogą mieć tylko wykonawcy albo osoby przez nich upoważnione (pełnomocnicy). Dostęp do tych danych jest możliwy tylko w celu korzystania ze środków ochrony prawnej i tylko w czasie, w którym nie upłynął jeszcze termin na wnoszenie dopuszczonych przez Pzp środków ochrony prawnej, a korzystanie z takich danych jest uzasadnione. Z przepisu tego wynika, że dostępu do takich danych nie mają inne osoby niż wykonawcy, a po upływie terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej prawo przetwarzania, w tym wglądu do tych danych tracą nawet wykonawcy. Oczywiście na podstawie innej niż art. 18 ust. 6 Pzp dostęp do tych danych mają także osoby upoważnione przez zamawiającego do przetwarzania danych w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych lub konkursów, KIO, sądy rozpatrujące sprawy w ramach środków ochrony prawnej, a także służby państwowe przeprowadzające czynności kontrolne na podstawie przepisów szczególnych.

Art. 19.

1. Zamawiający może realizować obowiązki informacyjne, o których mowa w art. 13 ust. 1–3 rozporządzenia 2016/679, przez zamieszczenie wymaganych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Skorzystanie przez osobę, której dane osobowe dotyczą, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia, o którym

mowa w art. 16 rozporządzenia 2016/679, nie może skutkować zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia ani zmianą postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie niezgodnym z ustawą.

3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zgłoszenie żądania ograniczenia przetwarzania, o którym mowa w art. 18 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia tego postępowania.

4. Zamawiający informuje o ograniczeniach stosowania przepisów rozporządzenia 2016/679, o których mowa w ust. 2 i 3, w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osoby, której dane osobowe dotyczą.

5. Zamawiający przetwarza dane osobowe zebrane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zabezpieczenie przed ich bezprawnym rozpowszechnianiem.

1. Przetwarzanie danych osobowych przez zamawiających.
RODO od dnia 25 maja 2018 r. ma bezpośrednie zastosowanie w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Na podstawie przepisów tego rozporządzenia każdy administrator danych osobowych jest odpowiedzialny za przestrzeganie zasad przetwarzania danych osobowych (art. 5 ust. 2 RODO).
Zgodnie z art. 4 pkt 1 RODO „dane osobowe" oznaczają informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą"); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator

internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej.

Zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO „administrator" oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania.

Przez przetwarzanie danych osobowych rozumie się przy tym właściwie każdą czynność dotyczącą tych danych, w tym: ich pozyskiwanie, przechowywanie w systemach informatycznych, okazywanie do wglądu, przekazywanie podmiotom trzecim czy usuwanie z baz danych.

Na administratora danych został nałożony ogólny obowiązek wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby przetwarzanie przez niego danych osobowych odbywało się zgodnie z RODO przy uwzględnieniu charakteru, zakresu, kontekstu i celów przetwarzania oraz ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych o różnym prawdopodobieństwie i wadze (art. 24 ust. 1 RODO).

Przepisy RODO mają zastosowanie także do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i do konkursów. Cele i sposoby takiego przetwarzania danych osobowych w postępowaniach i konkursach są określone w prawie Unii Europejskiej oraz w Pzp, ale także w ustawie o ochronie danych osobowych, a zamawiający na mocy tych przepisów jest administratorem danych osobowych gromadzonych w postępowaniu. Ponieważ Pzp uprawnia zamawiających do powierzania podmiotom

trzecim prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w ich imieniu i na ich rzecz w ramach pomocniczych działań zakupowych (art. 37 ust. 3 pkt 4 Pzp), warto podkreślić, że zamawiający nie tracą na skutek takiego powierzenia statusu administratora danych osobowych w odniesieniu do postępowań, których prowadzenie powierzyli innym podmiotom, ale podmioty, którym zostało powierzone prowadzenie postępowań stają się odpowiedzialnymi za te dane podmiotami przetwarzającymi dane osobowe w imieniu administratora (art. 4 pkt 8 RODO).

Zamawiający administrują danymi osobowymi osób fizycznych w związku z tym, że są im te dane przekazywane na mocy Pzp przez wykonawców albo uczestników konkursu. Warto zauważyć, że prawną podstawą przetwarzania danych osobowych przez zamawiających dla celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów jest art. 6 ust. 1 lit c RODO, ponieważ przetwarzanie tych danych jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze. Zamawiający nie może pozyskiwać od wykonawców dokumentów i informacji w inny sposób niż na podstawie prawnej ściśle określonej w Pzp, czy to w związku ze składaniem przez wykonawców wniosków, ofert, prac konkursowych, czy w związku z żądaniem dopuszczonych przez Pzp dokumentów, czy w ramach domagania się wyjaśnień czy uzupełnień na podstawie określonej w przepisach Pzp. Bez znaczenia dla prawnej podstawy przetwarzania danych osobowych z art. 6 ust. 1 lit c RODO pozostaje ewentualne dostarczenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy niewymaganych przez zamawiającego informacji, w szczególności informacji zawierających dane osobowe, związanych z prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem. Zamawiający nadal jest uprawniony do przetwarzania tych danych

na wyżej wskazanej podstawie jako informacji przekazanych w związku z postępowaniem i dla celów tego postępowania. Do przetwarzania danych osobowych przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursach nie znajdzie przy tym zastosowania art. 21 RODO, który uprawnia osobę, której dane dotyczą do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania dotyczących jej danych osobowych. Przepis ten nie ma bowiem zastosowania w przypadku przetwarzania danych osobowych na podstawie przesłanki wskazanej w art. 6 ust. 1 lit. c RODO, tj. gdy przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze.

2. Ograniczenie obowiązku informacyjnego realizowanego na podstawie art. 13 RODO. Na administratorach danych osobowych, w tym na zamawiających, spoczywa szereg obowiązków informacyjnych wynikających z RODO. Jednym z tych obowiązków jest obowiązek przekazywania osobie, od której pozyskuje się dane osobowe (jej dotyczące), informacji dotyczących zarówno samego podmiotu, który stanie się administratorem jej danych osobowych, jak też podstawy i celu gromadzenia tych danych oraz informacji o prawach przysługujących tej osobie w związku z dysponowaniem jej danymi przez administratora danych. Szczegółowy wykaz tych informacji jest określony art. 13 RODO. Zamawiający byłby zobowiązany do przekazania informacji na podstawie art. 13 RODO, w sytuacji gdy oferta, wniosek, praca konkursowa lub inny dokument byłyby przekazywane przez wykonawcę będącego osobą fizyczną (w tym osobę fizyczną prowadzącą jednoosobowo działalność gospodarczą, wspólników spółki cywilnej, osoby fizyczne w ramach wspólnego ubiegania się o zamówienie itp.). Przepis art. 19 ust. 1 Pzp stanowi jednak ograniczenie w stosowaniu art. 13 RODO uzasadnione specyfiką zamówień publicznych i konkursów, które są

udzielane i realizowane w interesie publicznym, zgodnie z narzuconymi prawem zasadami. Ograniczenie polega na dostosowaniu sposobu realizacji uprawnień wynikających z art. 13 RODO do uwarunkowań wynikających ze stosowania Pzp i ma na celu, w interesie publicznym, zapobieganie nadmiernemu przedłużaniu czasu udzielania zamówienia czy przeprowadzania konkursu w związku z wykonywaniem obowiązku informacyjnego. Na podstawie tego przepisu zamawiający uzyskał uprawnienie w zakresie dotyczącym spełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 13 RODO, do zamieszczenia informacji wymaganych tym przepisem w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Dzięki temu jest zwolniony z obowiązku podjęcia czynności bezpośredniego przekazania tych informacji wykonawcy będącemu osobą fizyczną, po ustaleniu posiadania takich danych. W praktyce, gdy zamawiający skorzysta z art. 19 ust. 1 Pzp, wykonawca będący osobą fizyczną, zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zapoznając się z treścią ogłoszenia o zamówieniu lub z dokumentami zamówienia, aby podjąć decyzję o udziale w postępowaniu lub konkursie, będzie zapoznawał się również z treścią klauzuli informacyjnej z art. 13 RODO. Oznacza to, że obowiązek informacyjny z art. 13 RODO, będzie realizowany przy pomocy narzędzi i sposobów wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami. Warto też pamiętać, że na podstawie art. 13 ust. 4 RODO obowiązki informacyjne z art. 13 ust. 1–3 RODO nie mają zastosowania w zakresie, w jakim osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami.

3. Ograniczenie skutków skorzystania z uprawnienia z art. 16 RODO. Na podstawie art. 16 RODO osoba, której dane dotyczą, ma prawo żądania od administratora niezwłocznego sprostowania dotyczących jej danych osobowych, które są nieprawidłowe. Z uwzględnieniem

celów przetwarzania, osoba której dane dotyczą, ma prawo żądania uzupełnienia niekompletnych danych osobowych, w tym poprzez przedstawienie dodatkowego oświadczenia. Ograniczenie wprowadzane w art. 19 ust. 2 Pzp ma na celu zapobieżenie ewentualnym próbom wykorzystywania uprawnienia z art. 16 RODO do dokonywania zmian rzutujących na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 19 ust. 2 Pzp nie wyłącza korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 16 RODO, ale stanowi gwarancję dla postępowania, że np. sprostowanie danych osobowych wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, nie będzie skutkować zmianą wykonawcy ani że sprostowanie danych osobowych osoby wskazywanej przez wykonawcę w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji uprawnienia i posiadają odpowiednie uprawnienia, będzie skutkować uwzględnieniem spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu i udzieleniem mu zamówienia. Skorzystanie przez osobę, której dane osobowe dotyczą, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia, o którym mowa w art. 16 RODO, nie może skutkować również zmianą postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, np. w zakresie wskazania innego podmiotu trzeciego biorącego udział w realizacji zamówienia niż ten, który był wskazywany i weryfikowany na etapie prowadzonego postępowania.

Dopełnieniem regulacji z art. 19 ust. 2 Pzp jest art. 76 Pzp, który zastrzega, że skorzystanie przez osobę, której dane są przetwarzane przez zamawiającego, z uprawnienia z art. 16 RODO nie może naruszać integralności protokołu i załączników do protokołu. Ewentualne zmiany w danych osobowych są możliwe zatem technicznie jedynie poprzez dołączenie dodatkowych załączników

do protokołu. Informacja o ograniczeniu wynikającym z art. 19 ust. 2 Pzp musi być zamieszczona przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osoby, której dane osobowe dotyczą (art. 19 ust. 4 Pzp). Ten „inny sposób" może obejmować nie tylko bezpośrednie przekazanie takiej informacji w czasie negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale także np. telefonicznie, albo w inny sposób, który umożliwia uzyskanie potwierdzenia zapoznania się z tą informacją przez osobę, której dane osobowe przetwarza zamawiający. Ten wymóg odpowiada art. 23 ust. 2 lit. h RODO, który w przypadku wprowadzania ograniczenia w stosowaniu m.in. art. 18 RODO wymaga istnienia przepisu stanowiącego o prawie osób, których dane dotyczą, do uzyskania informacji o takich ograniczeniach. Czynności powiadamiania i generalnie informowania związane z ochroną danych osobowych nie są czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie są objęte np. obowiązkiem komunikacji elektronicznej, ale mają służyć potwierdzeniu wypełnienia przez zamawiającego jako administratora danych obowiązków nałożonych RODO i przepisami art. 19 Pzp.

4. Ograniczenie działania art. 18 RODO. Przepis art. 18 ust. 1 RODO uprawnia osobę fizyczną, której dane dotyczą, do żądania

od administratora ograniczenia przetwarzania jej danych[124]. Skutkiem takiego żądania jest albo wstrzymanie przetwarzania danych, albo możliwość ich przetwarzania tylko za wyraźną zgodą osoby zainteresowanej. Z uwagi na uwarunkowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w którym udział wykonawców w postępowaniu jest poddany zasadom równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu, takie żądanie mogłoby stanowić potencjalne zagrożenie naruszenia tych zasad, nie wspominając o ewentualnych konsekwencjach przedłużania się postępowań. W skrajnym przypadku obowiązek wstrzymania lub ograniczenia przetwarzania danych przez zamawiającego związany ze skierowaniem do zamawiającego żądania z art. 18 ust. 1 RODO mógłby prowadzić do paraliżu postępowania o udzielanie zamówienia publicznego z uwagi na powiązany z tym uprawnieniem obowiązek wstrzymania lub ograniczenia przetwarzania danych przez

[124] Art. 18 RODO: 1. Osoba, której dane dotyczą, ma prawo żądania od administratora ograniczenia przetwarzania w następujących przypadkach: a) osoba, której dane dotyczą, kwestionuje prawidłowość danych osobowych – na okres pozwalający administratorowi sprawdzić prawidłowość tych danych; b) przetwarzanie jest niezgodne z prawem, a osoba, której dane dotyczą, sprzeciwia się usunięciu danych osobowych, żądając w zamian ograniczenia ich wykorzystywania; c) administrator nie potrzebuje już danych osobowych do celów przetwarzania, ale są one potrzebne osobie, której dane dotyczą, do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń; d) osoba, której dane dotyczą, wniosła sprzeciw na mocy art. 21 ust. 1 wobec przetwarzania – do czasu stwierdzenia, czy prawnie uzasadnione podstawy po stronie administratora są nadrzędne wobec podstaw sprzeciwu osoby, której dane dotyczą. 2. Jeżeli na mocy ust. 1 przetwarzanie zostało ograniczone, takie dane osobowe można przetwarzać, z wyjątkiem przechowywania, wyłącznie za zgodą osoby, której dane dotyczą, lub w celu ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń, lub w celu ochrony praw innej osoby fizycznej lub prawnej, lub z uwagi na ważne względy interesu publicznego Unii lub państwa członkowskiego. 3. Przed uchyleniem ograniczenia przetwarzania administrator informuje o tym osobę, której dane dotyczą, która żądała ograniczenia na mocy ust. 1.

zamawiającego. Przy czym należy pamiętać, że z uprawnienia, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, mogą skorzystać nie tylko wykonawcy, którzy dostarczyli swoje dane osobowe bezpośrednio zamawiającemu, ale także wszystkie inne osoby, których dane osobowe przetwarza zamawiający w związku z postępowaniem (podwykonawcy, pełnomocnicy, osoby, których dane zostały zawarte w wykazach osób mających brać udział w realizacji zamówienia po stronie wykonawcy, i inne osoby, których dane osobowe znalazły się w dokumentach i informacjach przekazanych zamawiającemu). Poprzez wprowadzenie ograniczenia, o którym mowa w art. 19 ust. 3 Pzp, ze względu na interes publiczny zostało dokonane ograniczenie w zakresie działania art. 18 RODO do czasu zakończenia prowadzonego postępowania, co pozwoli na wyeliminowanie potencjalnego zagrożenia przedłużaniem lub wręcz wstrzymaniem czynności w postępowaniu na skutek skorzystania z tego uprawnienia przez osoby uprawnione. Ograniczenie to nie znosi zatem samego uprawnienia, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, ale w sposób proporcjonalny dostosowuje konsekwencje skorzystania z niego do celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja zmienia się po zakończeniu postępowania. Z art. 74 ust. 3 Pzp wynika, że w przypadku gdy zamawiający otrzyma zgłoszenie żądania, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, i spowoduje ono ograniczenie przetwarzania danych osobowych zawartych w protokole postępowania lub w załącznikach do tego protokołu, od dnia zakończenia postępowania nie udostępnia on tych danych, chyba że istnieją podstawy do przewarzania określone w art. 18 ust. 2 RODO, np. na podstawie zgody osoby zainteresowanej. Informacja o ograniczeniu wynikającym z art. 19 ust. 3 Pzp musi być zamieszczana

przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osoby, której dane osobowe dotyczą (art. 19 ust. 4 Pzp). Ten „inny sposób" może obejmować nie tylko bezpośrednie przekazanie takiej informacji w czasie negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale także telefonicznie albo w inny sposób, który umożliwia uzyskanie potwierdzenia zapoznania się z tą informacją przez osoby, których dane osobowe przetwarza zamawiający. Ten wymóg odpowiada art. 23 ust. 2 lit. h RODO, który w przypadku wprowadzania ograniczenia w stosowaniu m.in. art. 18 RODO wymaga istnienia przepisu stanowiącego o prawie osób, których dane dotyczą, do uzyskania informacji o takich ograniczeniach. Warto zaznaczyć, że czynności powiadamiania związane z ochroną danych osobowych nie są czynnościami w postępowaniu, a zatem nie są objęte np. obowiązkiem komunikacji elektronicznej, ale mają służyć potwierdzeniu wypełnienia przez zamawiającego jako administratora danych obowiązków nałożonych RODO i przepisami art. 19 Pzp.

5. Obowiązek zabezpieczenia danych osobowych przed bezprawnym rozpowszechnianiem. Przepis art. 19 ust. 5 Pzp nakazujący zastosowanie przez zamawiającego adekwatnych środków i zabezpieczeń w dostępie do danych osobowych zgromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by te dane osobowe nie były udostępnione osobom do tego nieuprawnionym wspiera przede wszystkim normę z art. 18 ust. 6 Pzp regulującą udostępnianie danych osobowych, o których mowa w art. 10 RODO (przetwarzanie danych dotyczących wyroków skazujących i czynów zabronionych) oraz w art. 74 ust. 4 Pzp, który wprowadza zakaz udostępniania danych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO (dane szczególnie wrażliwe, jak np. pochodzenie rasowe, dane biometryczne, dane dotyczące zdrowia).

Przepis art. 19 ust. 5 Pzp nie nakłada na zamawiających żadnych dodatkowych obowiązków poza wynikającymi z RODO, a zwłaszcza z art. 32 RODO. Wymaga on w szczególności, aby administrator danych z uwzględnieniem stanu wiedzy technicznej, kosztu wdrażania oraz charakteru, zakresu, kontekstu i celów przetwarzania danych, a także ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, wdrożył odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić stopień bezpieczeństwa odpowiadający temu ryzyku, w tym między innymi w stosownym przypadku: pseudonimizację i szyfrowanie danych osobowych; zdolność do ciągłego zapewnienia poufności, integralności, dostępności i odporności systemów i usług przetwarzania; zdolność do szybkiego przywrócenia dostępności danych osobowych i dostępu do nich w razie incydentu fizycznego lub technicznego; regularne testowanie, mierzenie i ocenianie skuteczności środków technicznych i organizacyjnych, mających zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania. Wywiązywanie się z tych obowiązków można wykazać między innymi poprzez stosowanie zatwierdzonego kodeksu postępowania, lub zatwierdzonego mechanizmu certyfikacji. Ponadto administrator musi podjąć działania w celu zapewnienia, by każda osoba fizyczna działająca z upoważnienia, która ma dostęp do danych osobowych, przetwarzała je wyłącznie na polecenie administratora, chyba że wymaga tego od niej prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego (jak np. w przypadku udostępniania dokumentacji postępowania organom kontroli nie jest stosowane upoważnienie do przetwarzania danych wystawiane przez zamawiającego jako administratora danych, gdyż podmiotom tym przysługuje dostęp na podstawie przepisów prawa).

Art. 20.

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.

3. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacjom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

4. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może sporządzać dokumenty oraz dokonywać niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności prowadzić negocjacje w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

1. Zasada pisemności prowadzenia postępowania. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pisemnie oznacza zastosowanie w tym postępowaniu takich środków przekazu, które zapewniają wyrażanie informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jest to konsekwencją przyjęcia w art. 7 pkt 16 Pzp definicji pojęcia „pisemność". Zasada pisemności stanowi wsparcie dla realizacji zasady przejrzystości postępowania, ale także dla pozostałych fundamentalnych

dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasad: zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Istotą jej jest zapewnienie możliwości prześledzenia i utrwalenia procesu udzielania zamówienia, co ma znaczenie nie tylko dla wykonawców i korzystania przez nich ze środków ochrony prawnej, ale również dla organów kontroli i samego zamawiającego, który może w ten sposób wykazać poprawność swoich działań. Pisemność odnosi się do informacji, które można odczytać i powielić, a nie tylko do informacji przekazywanych w postaci papierowej. Wyjątkiem od zasady pisemności jest komunikacja ustna dopuszczona w okolicznościach wymienionych w art. 61 ust. 2 Pzp. Przepis ten uznaje dopuszczalność komunikacji ustnej w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych, o ile treść takiej komunikacji ustnej jest udokumentowana.

Pojęcie pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza przekazywania dokumentów, oświadczeń i informacji wyłącznie w postaci papierowej, ale przede wszystkim w postaci elektronicznej ze względu na zasadę komunikacji elektronicznej przyjętej w Pzp (art. 61 ust. 1 Pzp). Pisemne oświadczenia i zawiadomienia, do których nawiązuje Pzp, są przekazywane z zasady w postaci elektronicznej (o ile inny sposób komunikacji, jak np. w postępowaniach w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa, nie jest dopuszczony samą ustawą). Przy czym trzeba pamiętać, że do środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z definicją, nie należy faks.

Zasada pisemności nie dotyczy wyłącznie komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, ale również dokumentowania przebiegu

postępowania przez zamawiającego, czyli sporządzania protokołu postępowania.

2. Zasada pisemności a forma pisemna. Nie należy utożsamiać zasady pisemności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z formą pisemną. W przypadkach, w których Pzp wymaga formy pisemnej, należy przez to rozumieć formę określoną art. 78 § 1 Kc zdanie pierwsze, zgodnie z którym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Warto zauważyć, że na gruncie Kc oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (por. art. 78^1 § 2 Kc), natomiast do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (por. art. 78^1 § 1 Kc).

3. Zasada prowadzenia postępowania w języku polskim. Zasada ta odnosi się do komunikacji w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, ale przede wszystkim do wytwarzania dokumentów zamówienia, w tym SWZ lub OPW, ogłoszenia, a także protokołu, zawiadomień, wyjaśnień i informacji sporządzanych przez zamawiającego. Zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim jest zgodna w tym zakresie z ustawą o języku polskim. Zgodnie z tą ustawą podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonują wszelkich czynności urzędowych oraz składają oświadczenia woli w języku polskim, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Zasada ta ma odpowiednie zastosowanie do oświadczeń woli, podań i innych pism składanych: konstytucyjnym organom państwa; organom jednostek samorządu terytorialnego i podległych im instytucjom w zakresie, w jakim wykonują

zadania publiczne; terenowym organom administracji publicznej; instytucjom powołanym do realizacji określonych zadań publicznych; organom, instytucjom i urzędom podległym konstytucyjnym organom państwa i terenowym organom administracji publicznej, powołanym w celu realizacji zadań tych organów, a także organów państwowych osób prawnych w zakresie, w jakim wykonują zadania publiczne; organom samorządu innego niż samorząd terytorialny oraz organom organizacji społecznych, zawodowych, spółdzielczych i innym podmiotom wykonującym zadania publiczne (art. 4 i 5 ustawy o języku polskim).

4. Wyjątki związane z prowadzeniem postępwania w języku polskim.

Wyjątki związane z prowadzeniem postępowania w języku polskim przewiduje art. 20 ust. 3 Pzp i art. 20 ust. 4 Pzp. Są one przewidziane dla uzasadnionych przypadków odstępstwa od posługiwania się językiem polskim zarówno w odniesieniu do dokumentów składanych przez wykonawców, jak i w odniesieniu do dokumentów sporządzanych przez zamawiającego. Odstępstwo w odniesieniu do dokumentów pozyskiwanych od wykonawcy jest możliwe pod warunkiem dopuszczenia takiej możliwości przez zamawiającego w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, o ile jest to uzasadnione okolicznościami, a więc np. prowadzeniem postępowania poza granicami Polski i udziałem w nim lokalnych wykonawców, specjalistycznej dokumentacji technicznej sporządzanej w języku obcym. Odstępstwo to dotyczyć może dopuszczenia złożenia przez wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacjom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Odstępstwo od zasady prowadzenia postępowania w języku polskim w odniesieniu do zamawiającego może również mieć miejsce tylko w uzasadnionych przypadkach, które zamawiający będzie w stanie racjonalnie uzasadnić, i może dotyczyć sporządzania dokumentów oraz dokonywania niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności prowadzenia negocjacji w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Jak się wydaje, również w tym przypadku, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, zamawiający powinien o takim odstępstwie poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Nie ma podstaw, by jednoznacznie przesądzić, które z języków należą do języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym. Światowa Organizacja Handlu (WTO) sporządza swoje dokumenty w językach angielskim, francuskim i hiszpańskim, ale statystycznie do najczęściej używanych języków w handlu zaliczają się także język niemiecki, chiński, arabski, portugalski czy niderlandzki. Stąd wydaje się, że wybór określonego języka (czy języków) obcych dla celów postępowania będzie uwarunkowany raczej okolicznościami danego zamówienia, w szczególności charakterem zamówienia, potencjalnie zainteresowaną grupą wykonawców oraz możliwościami zamawiającego w tym zakresie – bardziej niż statystykami użycia określonego języka w handlu międzynarodowym. W odniesieniu do wymagań stosowania języka polskiego określonych ustawą o języku polskim warto zauważyć, że sama ta ustawa wskazuje również na wyjątki. W szczególności nie wymagają opisu w języku polskim ostrzeżenia i informacje dla konsumentów wymagane na podstawie innych przepisów, instrukcje obsługi oraz informacje o właściwościach towarów, jeżeli są wyrażone w powszechnie zrozumiałej formie graficznej, ale jeżeli formie graficznej towarzyszy opis, to opis ten powinien być sporządzony

w języku polskim (art. 7a ust. 3 ustawy o języku polskim). Ponadto zasada stosowania języka polskiego przy wykonywaniu zadań publicznych nie dotyczy:

1) nazw własnych,
2) obcojęzycznych dzienników, czasopism, książek oraz programów komputerowych, z wyjątkiem ich opisów i instrukcji,
3) kształcenia i działalności naukowej w uczelniach, szkół i klas z obcym językiem wykładowym lub dwujęzycznych, nauczycielskich kolegiów języków obcych, nauczania innych przedmiotów oraz szkół doktorskich i działalności naukowej w innych podmiotach, jeżeli jest to zgodne z przepisami szczególnymi,
4) twórczości naukowej i artystycznej,
5) zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej,
6) znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczeń pochodzenia towarów i usług,
7) norm wprowadzanych w języku oryginału zgodnie z przepisami o normalizacji.

Rozdział 3
Polityka zakupowa państwa oraz plan postępowań o udzielenie zamówień

Art. 21.

1. Polityka zakupowa państwa określa priorytetowe działania Rzeczypospolitej Polskiej w obszarze zamówień publicznych, a także pożądany kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, który obejmuje w szczególności zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług, z uwzględnieniem:

1) aspektów normalizacyjnych;

2) kalkulacji kosztów w cyklu życia produktów;

3) społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców;

4) upowszechniania dobrych praktyk i narzędzi zakupowych;

5) stosowania aspektów społecznych i zdrowotnych.

2. W polityce zakupowej państwa, określając planowane działania administracji rządowej, uwzględnia się cele i kierunki określone w średniookresowej strategii rozwoju kraju.

3. Politykę zakupową państwa opracowuje się raz na 4 lata.

4. Politykę zakupową państwa przyjmuje Rada Ministrów, w drodze uchwały, na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki.

5. Minister właściwy do spraw gospodarki przygotowuje projekt polityki zakupowej państwa i koordynuje jej realizację.

1. Pojęcie polityki zakupowej państwa. Art 21 Pzp wprowadza podstawę prawną do stworzenia polityki zakupowej państwa. Jest to nowa instytucja w systemie zamówień publicznych, jakkolwiek w piśmiennictwie czy dyrektywach unijnych (m.in. motyw 121 dyrektywy klasycznej) można się spotkać ze zwrotami odwołującymi się do potrzeby realizowania przez zamówienia publiczne poszczególnych polityk, czy to związanych z wdrażaniem społecznych zamówień, zielonych zamówień, czy zamówień innowacyjnych. W założeniach ustawodawcy będzie ona narzędziem zsynchronizowanym z realizowaną polityką gospodarczą państwa.

2. Cele polityki. Dokument polityki zakupowej państwa ma charakter dokumentu strategicznego, w założeniach ustawodawcy kanalizującego zakupy na pożądane przez państwo kierunki. Jako szczególne kierunki ustawodawca wskazał działania zmierzające do zakupów innowacyjnych lub zrównoważonych. Zatem można stwierdzić, iż polityka zakupowa

państwa z jednej strony jest dokumentem planistycznym i zarządczym w skali całego państwa, próbującym wdrożyć inteligentny model zarządzania zakupami w ramach realizowanych zamówień publicznych z uwzględnieniem aspektów normalizacyjnych, środowiskowych (koszt cyklu życia produktu), społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw oraz upowszechnienia dobrych praktyk i narzędzi zakupowych. Z drugiej zaś strony ma stanowić wytyczną dla zamawiających, iż w najbliższym czasie państwo, realizując strategię swojego rozwoju, stawia na konkretne kierunki, tj. przykładowo na zakupy zamówień niskoemisyjnych, zakupy realizujące gospodarkę obiegu zamkniętego, zakupy opierające się na koszcie cyklu życia, itp.

3. Dokument polityki. Poza określeniem priorytetów państwa w obszarze zamówień publicznych oraz pożądanych kierunków działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień w polityce zakupowej powinny zostać określone również planowane działania administracji rządowej w tym zakresie.

4. Związek ze średniookresową strategią rozwoju kraju. Celem spójności polityki zakupowej państwa z planowanymi kierunkami rozwoju kraju ustawodawca wprowadził obowiązek uwzględnienia w polityce zakupowej państwa celów i kierunków określonych w średniookresowej strategii rozwoju kraju. Można zatem założyć, że średniookresowa strategia rozwoju kraju będzie każdorazowo dokumentem referencyjnym dla polityki zakupowej państwa.

5. Czas opracowania. Ustawodawca wskazał, że politykę opracowuje się raz na 4 lata. Wydaje się, że w przypadku konieczności zmiany lub zaktualizowania polityki nie ma przeszkód, by takiej aktualizacji lub zmiany dokonać.

6. Opracowanie pierwszej polityki. Zgodnie z art. 106 PwPzp politykę zakupową po raz pierwszy opracowuje się do dnia 31 grudnia 2021 r.

7. Podmiot odpowiedzialny za przygotowanie i koordynację realizacji polityki. Ustawodawca przewidział, że odpowiedzialnym za przygotowanie projektu polityki zakupowej a następnie za koordynację jej realizacji będzie minister właściwy do spraw gospodarki.

8. Status prawny polityki. W Pzp określono, że polityka ma status uchwały Rady Ministrów podejmowanej na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki.

Art. 22

Zamawiający, będący centralnym organem administracji rządowej, sporządza strategię zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych, zgodną z polityką zakupową państwa. W strategii określa się zamówienia o charakterze kluczowym dla realizacji polityki zakupowej państwa.

1. Obowiązek dla centralnych organów administracji rządowej. Przepis art. 22 Pzp jest skorelowany z nową instytucją zamówień publicznych, jaką jest polityka zakupowa państwa. W art. 22 Pzp ustawodawca przewidział dla zamawiających będących centralnym organem administracji rządowej obowiązek sporządzenia strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych. Opracowane przez zamawiającego strategie zarządzania powinny być zgodne z polityką zakupową.

2. Kategoria zakupowa. Przepis, nakładając na zamawiających przedmiotowy obowiązek, odnosi się do kategorii zakupowej, którą powinniśmy interpretować zgodnie z kodami CPV. W CPV kod numeryczny składa się w sumie z 9 cyfr i określa – od pierwszej do ostatniej cyfry – coraz bardziej doprecyzowywany przedmiot zakupu.

Ustawodawca dookreślił, że budowanie strategii zarządczych ma sięgać do poziomu kategorii, czyli pierwszych 5 cyfr w kodzie numerycznym[125].

3. Zamówienia kluczowe. W strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych obowiązkiem zamawiających będzie również określenie zamówień o charakterze kluczowym dla realizacji polityki zakupowej państwa.

Art. 23.

1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki, nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ, sporządzają plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Plan zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych, na zasadach określonych w dziale III w rozdziale 2, oraz na stronie internetowej zamawiającego.

2. W Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego plan postępowań o udzielenie zamówień mogą zamieszczać również zamawiający inni niż określeni w ust. 1.

3. Plan postępowań o udzielenie zamówień zawiera w szczególności informacje dotyczące:

1) przedmiotu zamówienia;
2) rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi;
3) przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia;
4) orientacyjnej wartości zamówienia;

[125] Dwie pierwsze cyfry kodu określają działy (XX000000-Y), trzy pierwsze cyfry określają grupy (XXX00000-Y), cztery pierwsze cyfry określają klasy (XXXX0000-Y), pięć pierwszych cyfr określa kategorie (XXXXX000-Y).

5) przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Zamawiający zapewnia aktualność planu postępowań o udzielenie zamówień. Aktualizację planu zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego.

5. Informacji o planie postępowań o udzielenie zamówień nie zamieszcza się, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona informacji niejawnych.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzór planu postępowań o udzielenie zamówień, kierując się potrzebą zapewnienia prawidłowości, przejrzystości i aktualności informacji zawartych w planie.

1. Podmioty zobowiązane. Zamawiający publiczni będący jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych oraz innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej są zobowiązani do sporządzania planów. Katalog podmiotowy jest zatem taki sam jak na gruncie Pzp2004. Podobnie jak to było uregulowane w Pzp2004, plan w obowiązkowych publikatorach mogą zamieszczać również zamawiający spoza obligatoryjnego katalogu.

2. Termin sporządzenia planu. Zamawiający publiczni są zobowiązani do sporządzenia planu postępowań o udzielenie zamówień w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ.

3. Publikatory. Obowiązkowe publikatory planu to strona internetowa **zamawiającego** i BZP. Ustawodawca doprecyzował też, że zamieszczenie planu w BZP następuje według reguł przewidzianych dla ogłoszeń dla

postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (dział III, rozdział 2 Pzp).

4. Zakres rzeczowy planu. Minimalny zakres rzeczowy planu powinien uwzględniać w szczególności informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi, przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia i przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Ten katalog informacji nie jest zamknięty. Warto rozważyć zamieszczanie w planie innych informacji różnicujących lub charakterystycznych dla danego zamówienia, a odróżniających je od innych podobnych zamówień (np. wymagana technika wykonania zamówienia).

5. Uprawnienie dla ministra właściwego do spraw gospodarki. Ustawodawca przewidział dla ministra właściwego do spraw gospodarki określenie, w drodze rozporządzenia, wzoru planu postępowań o udzielenie zamówień. Ustawodawca przewidział również, że opracowując ten wzór, minister powinien kierować się potrzebą zapewnienia prawidłowości, przejrzystości i aktualności informacji zawartych w planie.

6. Aktualność planu. Ustawodawca wprowadził nowy obowiązek polegający na konieczności zapewnienia przez zamawiających aktualności planów. Aktualizacje planów, analogicznie jak same plany, zamawiający zobowiązani są zamieścić w BZP i na swojej stronie internetowej.

7. Wartość dodana dla rynku zamówień publicznych. Obowiązek zamieszczania planu w BZP, powiązany z ustrukturyzowaniem i ujednoliceniem takiego planu oraz z obowiązkiem jego aktualizacji stanowi bardzo dobre narzędzie planistyczne dla wykonawców

i zamawiających. Wykonawcy w oparciu o analizy planów (które będą dostępne w jednym miejscu i filtrowane według odpowiednich kryteriów) będą mogli zbudować swoje strategie sprzedażowe. Podobnie zamawiający, analizując plany innych inwestorów, będą mogli sprawdzić, czy w tym samym czasie, na tym samym obszarze nie rywalizują o te same zasoby wykonawców z innymi zamawiającymi. I w oparciu o dokonane analizy zmienić lub nie swój plan zamówień.

8. Wyłączenie obowiązku zamieszczenia planu. Ustawodawca w Pzp ustanowił katalog sytuacji wyłączających obowiązek zamieszczenia planu. Obok przesłanki związanej z ochroną informacji niejawnych przewidziano dodatkową przesłankę dotyczącą istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Warto zwrócić uwagę, że odwołania do tego terminu występują również w innych przepisach Pzp, w szczególności w art. 12 czy art. 226 ust. 1 pkt 16. Dążąc do realizacji wytycznych interpretacyjnych tekstów prawniczych, koniecznym będzie zapewnienie jednolitego rozumienia i stosowania tego pojęcia na gruncie całego Pzp. Jednocześnie, jak wskazała rzecznik generalna w swojej opinii w sprawie C-187/16 *Komisja przeciwko Austrii*[126], pojęcie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa jest pojęciem prawa unijnego, które należy interpretować w sposób autonomiczny. Obejmuje ono zarówno bezpieczeństwo zewnętrzne, jak również bezpieczeństwo wewnętrzne

[126] Przedstawiona w dniu 20 lipca 2017 r. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott w sprawie C-187/16 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2017:578, pkt 46 i 47

państw członkowskich[127]. Zarazem państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania w odniesieniu do definiowania jego podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa[128].

Przyjąć należy, że z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia, gdy dotyczy ono w szczególności takich wartości, jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa[129].

Rozdział 4
Stosowanie przepisów ustawy do zamówień o charakterze mieszanym

Art. 24.

1. Jeżeli zamówienie jest podzielne na części oraz obejmuje równocześnie:

[127] Zob. wyroki: z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board i Secretary of State for Defence*, ECLI:EU:C:1999:523, pkt 17; z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2000:2, pkt 17; podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni przeciwko ministre pour l'Industrie et l'Energie i in.*, ECLI:EU:C:1984:256, pkt 34–36; z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-367/89 *Postępowanie karne przeciwko Aimé Richardt i Les Accessoires Scientifiques SNC*, ECLI:EU:C:1991:376, pkt 22; z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-461/05 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Danii*, ECLI:EU:C:2009:783, pkt 51

[128] Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2003 str. II-03951, ECLI:EU:T:2003:248, pkt 58

[129] Por. zachowująca aktualność opinia UZP: *Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa*, www.uzp.gov.pl

1) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych, lub

2) części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, oraz części, do których tych przepisów nie stosuje się

– zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia.

2. W przypadku udzielania zamówienia w częściach, do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części, z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1, 2 i 4.

3. W przypadku udzielania jednego zamówienia zamawiający:

1) może nie stosować przepisów ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje część, wobec której zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami;

2) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami;

3) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień sektorowych, w przypadku gdy:

a) zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a jej wartość jest równa lub przekracza progi unijne,

b) zamówienie obejmuje równocześnie część, o której mowa w lit. a, oraz część, do której mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

4) stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie część, do której mają zastosowanie te przepisy, oraz część, do której mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

5) jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie część, do której nie stosuje się przepisów ustawy, oraz część, do której mają zastosowanie jej przepisy, stosuje przepisy ustawy właściwe dla części, do której mają zastosowanie przepisy ustawy, niezależnie od wartości części, do której nie stosuje się przepisów ustawy.

4. Zamawiający, w przypadkach, o których mowa w ust. 3, nie może udzielić jednego zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

1. Cel przepisu. Art. 24 Pzp określa, na podstawie jakich przepisów udziela się **zamówień o charakterze mieszanym**, których dające się rozdzielić części podlegają **różnym reżimom Pzp**: zamówieniom klasycznym, sektorowym lub w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis reguluje również przypadki, w których dająca się wyodrębnić część zamówienia o charakterze mieszanym sama w sobie **nie wchodzi w zakres Pzp**, ponieważ mieści się w katalogu wyłączeń spod reżimu Pzp (art. 9–14, art. 363–366 i art. 394 Pzp), nie spełnia przesłanek konstytuujących zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 Pzp)[130], jej wartość nie osiąga progu stosowania Pzp (art. 2 ust. 1 Pzp), nie zachodzą wobec niej przesłanki

[130] Por. wyrok z 5 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias* (C-145/08) *i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis* (C-149/08), ECLI:UE:C:2010:247, w którym Trybunał zakwalifikował transakcję sprzedaży udziałów w spółce kapitałowej jako część zamówienia mieszanego.

stosowania Pzp przez zamawiających subsydiowanych (art. 6 Pzp) lub podlega reżimowi ustawy o umowie koncesji. Mówiąc o częściach zamówienia, ustawodawca ma na myśli różne części przedmiotu zamówienia, czyli poszczególne świadczenia lub rzadziej części jednego świadczenia.

Art. 24 Pzp wdraża art. 3 ust. 3 i 4, art. 16 ust. 2 i 3 dyrektywy klasycznej oraz art. 5 ust. 3 i 4, art. 25 ust. 1, 2 i 3 dyrektywy sektorowej. Wskazane przepisy obu dyrektyw regulują udzielanie zamówień mieszanych, których części podlegają różnym reżimom prawnym i są obiektywnie możliwe do rozdzielenia. Art. 5 dyrektywy sektorowej dodatkowo precyzuje, że ma on zastosowanie wyłącznie do zamówień mieszanych obejmujących taki sam rodzaj działalności. W przeciwieństwie do dyrektywy sektorowej polski ustawodawca nie przewidział *expressis verbis*, iż w przypadku gdy część zamówienia podlega reżimowi zamówień sektorowych, przepisy art. 24 Pzp znajdują zastosowanie do zamówień o charakterze mieszanym obejmujących taki sam rodzaj działalności. Nie było to jednak potrzebne. Zamówienia o charakterze mieszanym, które służą jednocześnie wykonywaniu kilku rodzajów działalności, z których co najmniej jeden jest działalnością sektorową, podlegają art. 26 Pzp. Zatem przepisy art. 24 Pzp nie dotyczą zamówień o charakterze mieszanym obejmujących więcej niż jeden rodzaj działalności, z których co najmniej jeden stanowi działalność sektorową. Ponieważ wniosek ten łatwo wydedukować, zamieszczanie specjalnej regulacji w tym zakresie było zbędne.

2. Wybór zamawiającego. W myśl art. 24 ust. 1 Pzp, jeżeli zamówienie o charakterze mieszanym, które podlega różnym reżimom prawnym, jest podzielne na części, zamawiający ma wybór pomiędzy udzieleniem zamówienia w częściach a udzieleniem jednego zamówienia. Przepis

przenosi art. 3 ust. 3 akapit 1 zdanie 1 i ust. 4 akapit pierwszy zdanie pierwsze dyrektywy klasycznej oraz art. 5 ust. 3 akapit 1 zdanie pierwsze i ust. 4 akapit pierwszy zdanie pierwsze dyrektywy sektorowej. Możliwość wyboru pomiędzy udzieleniem zamówienia w częściach a udzieleniem jednego zamówienia doznaje ograniczeń. Udzielenie jednego zamówienia nie może mieć na celu uniknięcia stosowania Pzp (art. 24 ust. 4 Pzp). Zwłaszcza włączenie do zamówienia elementów obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa powinno być uzasadnione obiektywnymi przyczynami (art. 24 ust. 3 pkt 1 i 2 Pzp), ponieważ skutkuje wyłączeniem zamówienia spod Pzp lub poddaniem go bardziej rozluźnionemu reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Z drugiej strony również udzielenie zamówienia w częściach musi być uzasadnione obiektywnymi przyczynami, jeżeli podział zamówienia prowadzi do obniżenia jego wartości i niestosowania przepisów Pzp (art. 29 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 *in fine* Pzp).

3. Podzielność zamówienia. W świetle motywu 11 dyrektywy klasycznej oraz motywu 13 dyrektywy sektorowej ustalenie, czy poszczególne części zamówienia można obiektywnie rozdzielić, powinno opierać na właściwym orzecznictwie TSUE. W świetle orzecznictwa TSUE zamówienie będzie podzielne, jeżeli poszczególne części zamówienia mogą **istnieć samodzielnie**; gdy zaś części tworzą **nierozerwalną całość**, zamówienie należy zakwalifikować jako niepodzielne[131]. Można założyć, że zamówienie jest podzielne, jeżeli części zamówienia są zwykle udzielane oddzielnie i ich połączenie w konkretnym przypadku nie jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami (szerzej zob. komentarz do art. 25).

[131] Wyrok z 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:664, pkt 28

4. Udzielanie zamówienia w częściach. Art. 24 ust. 2 Pzp przewiduje, że w przypadku udzielania zamówień o charakterze mieszanym w częściach do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części. Przepis służy wdrożeniu art. 3 ust. 4 akapit pierwszy zdanie drugie dyrektywy klasycznej oraz art. 5 ust. 4 akapit pierwszy zdanie drugie dyrektywy sektorowej, w myśl których w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części. Poszczególne części zamówienia będą więc udzielane na podstawie różnych przepisów Pzp: odpowiednio dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych. Z kolei do udzielania części zamówienia stanowiącej umowę koncesji będą mieć zastosowanie przepisy ustawy o umowie koncesji.

Wreszcie część zamówienia może nie być objęta ani przepisami Pzp, ani przepisami ustawy o umowie koncesji. Udzielenie takiego zamówienia częściowego nie podlega żadnym ustawowym regułom proceduralnym. Udzielenie zamówienia w częściach wymaga przeprowadzenia **odrębnego postępowania** na każdą część zamówienia. Nie jest udzieleniem zamówienia w częściach w rozumieniu art. 24 ust. 2 Pzp dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania. Potwierdza to art. 91 ust. 1 Pzp, który wyraźnie rozróżnia udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania.

5. Szacowanie wartości zamówienia udzielanego w częściach.
Z brzmienia art. 24 ust. 2 Pzp wynika, że przy udzielaniu zamówienia o charakterze mieszanym w częściach należy uwzględnić przepisy dotyczące szacowania wartości zamówień udzielanych w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Wartość poszczególnych części podlegających różnym reżimom prawnym określonym w Pzp podlega więc zsumowaniu (art. 30 ust. 1 i 2 Pzp), chyba że udzielenie odrębnych zamówień jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami (art. 29 ust. 2 Pzp).
6. Udzielanie jednego zamówienia. Art. 24 ust. 3 Pzp określa w pięciu punktach, jakie przepisy mają zastosowanie do udzielania jednego zamówienia o charakterze mieszanym podzielnego na części. Jak wynika z uzasadnienia do projektu Pzp, punkty zostały usystematyzowane według porządku pierwszeństwa (precedencji) zawartych w nich norm. Norma wyrażona we wcześniejszym punkcie ma pierwszeństwo przed normami wyrażonymi w dalszych punktach. Spełnienie warunków zastosowania wcześniejszego punktu wyłącza więc stosowanie kolejnych punktów. Udzielając jednego zamówienia o charakterze mieszanym, zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych. Jeżeli jednak połączenie części objętych różnymi reżimami prawnymi prowadzi do wyłączenia zamówienia spod Pzp, może rodzić to podejrzenie, że udzielenie jednego zamówienia miało na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy.
7. Jedno zamówienie z częścią objętą art. 12 ust. 1 Pzp. Art. 24 ust. 3 pkt 1 Pzp implementuje art. 3 ust. 3 akapit drugi i art. 16 ust. 2 akapit trzeci lit. a dyrektywy klasycznej oraz art. 5 ust. 3 akapit drugi i art. 25 ust. 2 akapit trzeci lit. a dyrektywy sektorowej, w myśl których w przypadku udzielenia jednego zamówienia, którego część jest objęta art. 346 TFUE, zamówienia można udzielić bez stosowania odpowiednio dyrektywy klasycznej lub dyrektywy sektorowej, pod warunkiem

że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

Zgodnie z art. 24 ust. 3 pkt 1 Pzp w przypadku udzielania jednego zamówienia zamawiający może nie stosować przepisów ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje część, wobec której zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1 Pzp, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

Art. 12 ust. 1 Pzp wyłącza spod reżimu Pzp zamówienia, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa i tylko w zakresie, w jakim ochrona tego interesu nie może być zagwarantowana w inny sposób, w szczególności przez zastosowanie reżimu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 395–430 Pzp). Wyłączenie dotyczy przede wszystkim zamówień, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi.

Art. 24 ust. 3 pkt 1 Pzp przyznaje zamawiającemu możliwość („może") niestosowania przepisów Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje część objętą art. 12 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma więc wybór pomiędzy udzieleniem takiego zamówienia mieszanego bez stosowania Pzp a stosowaniem Pzp. W tym drugim przypadku w grę wchodzi przede wszystkim stosowanie przepisów Pzp dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp).

Możliwość niestosowania przepisów Pzp istnieje pod warunkiem, że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione **obiektywnymi przyczynami** i że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie jest podejmowana **w celu wyłączenia** zamówienia spod stosowania Pzp (por. motyw 13 dyrektywy klasycznej i motyw 15 dyrektywy sektorowej).

Obiektywne przyczyny, które uzasadniają udzielenie jednego zamówienia, to niezależne od zamiaru stron umowy, by postrzegać poszczególne części umowy mieszanej jako całość, argumenty potwierdzające potrzebę zawarcia jednej umowy[132], takie jak wspólny cel lub wspólne zdarzenie łączące poszczególne elementy zamówienia[133]. Potrzeba udzielenia jednego zamówienia o charakterze mieszanym może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym (por. motyw 11 dyrektywy klasycznej oraz motyw 13 dyrektywy sektorowej). Przykładem obiektywnych przyczyn uzasadniających zawarcie jednej umowy może być zakup łodzi wraz z komponentami do nich specjalnie zaprojektowanymi lub zmodyfikowanymi do zastosowań w wojsku. Ciężar udowodnienia „obiektywnych przyczyn" spoczywa na zamawiającym.

8. Jedno zamówienie z częścią podlegającą reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp w przypadku udzielania jednego zamówienia zamawiający stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 395-430 Pzp), jeżeli zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Przepis służy wdrożeniu art. 3 ust. 3 akapit drugi i art. 16 ust. 2 akapit trzeci lit. b dyrektywy klasycznej art. 5 ust. 3 akapit drugi i art. 25 ust. 2 akapit trzeci lit. b dyrektywy sektorowej, według których w przypadku udzielenia jednego zamówienia, którego część jest objęta dyrektywą obronną, zamówienia można udzielić zgodnie z tą dyrektywą, pod

[132] Por. wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 *Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki*, ECLI:EU:C:2010:807, pkt 39–45

[133] Por. wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 *Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank*, ECLI:EU:C:2002:660, pkt 57

warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Pomiędzy art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp a wskazanymi przepisami obu dyrektyw zachodzi jednak zasadnicza różnica. Podczas gdy dyrektywy przyznają zamawiającemu możliwość („można") wyboru stosowania odpowiednio dyrektywy klasycznej albo dyrektywy sektorowej zamiast przepisów dyrektywy obronnej (por. motyw 13 dyrektywy klasycznej i motyw 15 dyrektywy sektorowej), polski ustawodawca **nakazał stosowanie** reżimu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Okoliczność ta nie może jednak stanowić podstawy zarzutu nieprawidłowej implementacji prawa europejskiego. Różnica ta jest wynikiem uwzględnienia art. 3 ust. 1 dyrektywy obronnej, który wyraźnie wskazuje, że zamówienia mieszane objęte zakresem stosowania dyrektywy obronnej i częściowo dyrektywy klasycznej lub dyrektywy sektorowej jest przyznawane zgodnie z dyrektywą obronną, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

Reżim zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się pod warunkiem, że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione **obiektywnymi przyczynami** (zob. komentarz do art. 24 Pzp) i że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie jest podejmowana **w celu wyłączenia** zamówienia spod reżimu zamówień klasycznych lub sektorowych (por. motyw 13 dyrektywy klasycznej i motyw 15 dyrektywy sektorowej).

9. Jedno zamówienie z częścią podlegającą reżimowi zamówień sektorowych. Art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp wdraża art. 5 ust. 4 akapit drugi i trzeci dyrektywy sektorowej. Z przepisów dyrektywy sektorowej wynika, że do udzielenia jednego zamówienia mieszanego obejmującego działalność sektorową stosuje się przepisy dyrektywy sektorowej, jeżeli

jedną część zamówienia stanowi zamówienie objęte dyrektywą sektorową, a drugą część – zamówienie nieobjęte tą dyrektywą; dotyczy to również przypadku, gdy część takiego zamówienia mieszanego to zamówienie objęte dyrektywą sektorową, a druga część to koncesja, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia stanowiącej zamówienie objęte dyrektywą sektorową osiąga próg stosowania tej dyrektywy.

Art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp dotyczy więc zamówień o charakterze mieszanym, których **różne części zamówienia służą wykonywaniu działalności sektorowej**, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, jednakże jedna z części, której wartość osiąga progi europejskie, podlega reżimowi zamówień sektorowych, a druga z części temu reżimowi nie podlega. Do takich zamówień mieszanych przepis nakazuje stosować przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień sektorowych (art. 362–394 Pzp).

Należy wyjaśnić, w jakich przypadkach część zamówienia, które w całości służy wykonywaniu jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, nie podlega reżimowi zamówień sektorowych. Będą to przypadki, gdy taka część jest zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 7 pkt 36 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp), umową koncesji (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 11 lit. b i c ustawy o umowie koncesji), mieści się w katalogu wyłączeń z art. 9–14, art. 363–366 i art. 394 Pzp, nie spełnia przesłanek konstytuujących zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 Pzp) lub jej wartość nie osiąga progu unijnego (art. 2 ust. 1 pkt 2 Pzp). Pierwszy przypadek objęty jest art. 24 ust. 3 pkt 3 lit. a Pzp tylko wtedy, gdy połączenie części zamówienia podlegającej reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z częścią zamówienia podlegającą reżimowi zamówień sektorowych nie jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami; w przeciwnym wypadku znajduje zastosowanie art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp jako przepis wcześniejszy.

Drugi przypadek reguluje art. 24 ust. 3 pkt 3 lit. b Pzp. Trzy ostatnie sytuacje mieszczą się w ramach art. 24 ust. 3 pkt 3 lit. a Pzp.
Przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień sektorowych stosuje się pod warunkiem, że wartość części zamówienia mieszanego, do której mają zastosowanie te przepisy, jest **równa lub przekracza progi unijne**. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp przez progi unijne należy w tym wypadku rozumieć kwoty wartości zamówień określone w art. 15 dyrektywy sektorowej, zaktualizowane w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej wydanych na podstawie art. 17 ust. 4 dyrektywy sektorowej, których osiągnięcie pociąga obowiązek stosowania tej dyrektywy. Wartość części zamówienia objętej reżimem zamówień sektorowych oblicza się oddzielnie od wartości pozostałej części.
Należy zwrócić uwagę, że art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp nie ma zastosowania do zamówień o charakterze mieszanym, w których jedna część podlega reżimowi zamówień sektorowych, natomiast druga – reżimowi zamówień klasycznych. Reżim prawny właściwy dla tego rodzaju zamówienia o charakterze mieszanym, które obejmują jednocześnie działalność sektorową oraz inny niż działalność sektorowa rodzaj działalności, określa się na podstawie art. 26 Pzp.

10. Jedno zamówienie z częścią stanowiącą umowę koncesji. W myśl art. 24 ust. 3 pkt 4 Pzp, jeżeli jedna część zamówienia podlega reżimowi ustawy o umowie koncesji, a druga reżimowi zamówień klasycznych, do całości zamówienia mają zastosowanie przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień klasycznych (art. 83–310 Pzp). Przepis przenosi art. 3 ust. 4 akapit trzeci dyrektywy klasycznej oraz art. 20 ust. 4 dyrektywy koncesyjnej. W przeciwieństwie jednak do wzorca europejskiego, który uzależnia stosowanie dyrektywy klasycznej od osiągnięcia przez szacunkową wartość części zamówienia, która podlega tej dyrektywie,

progu unijnego, art. 24 ust. 3 pkt 4 Pzp przewiduje stosowanie reżimu zamówień klasycznych bez względu na wartość części, która podlega temu reżimowi. Jest to konsekwencja tego, że przepisy Pzp stosuje się również do udzielania zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp).

11. Jedno zamówienie z częścią niepodlegającą Pzp. W świetle art. 24 ust. 3 pkt 5 Pzp, jeżeli do jednej części zamówienia nie stosuje się przepisów Pzp, a do drugiej mają zastosowanie te przepisy, do całości zamówienia stosuje się przepisy Pzp właściwe dla części, do której mają zastosowanie przepisy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia, jaką wartość ma część, do której nie stosuje się przepisów Pzp. Mówiąc o części zamówienia, do której nie stosuje się przepisów Pzp, należy mieć na myśli części zamówienia mieszczące się w katalogu wyłączeń z art. 9–14, art. 363–366 i art. 394 Pzp, niespełniające przesłanek konstytuujących zamówienie publiczne (art. 6 pkt 32 Pzp) lub których wartość nie osiąga progów stosowania Pzp (art. 2 ust. 1 Pzp). Z kolei część zamówienia, do której mają zastosowanie przepisy Pzp, to przede wszystkim część podlegająca reżimowi zamówień klasycznych. Przypadki, w których część zamówienia podlega reżimowi zamówień sektorowych, mieszczą się bowiem w ramach art. 24 ust. 3 pkt 3 lit. a Pzp. Natomiast do części zamówienia podlegających reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 24 ust. 3 pkt 5 Pzp może mieć zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy połączenie takiej części z częścią zamówienia niepodlegającą reżimowi Pzp nie jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami; w przeciwnym wypadku ma zastosowanie art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp.

12. Zakaz obejścia ustawy. Przepis art. 24 ust. 4 Pzp jasno stwierdza, że zamawiający nie może udzielić jednego zamówienia mieszanego w celu

uniknięcia stosowania przepisów Pzp. Przepis służy wdrożeniu art. 16 ust. 2 akapit czwarty dyrektyw klasycznej oraz art. 25 ust. 2 akapit 4 dyrektywy sektorowej. Przepisy obu dyrektyw odnoszą się do udzielania jednego zamówienia mieszanego, którego część objęta jest art. 346 TFUE lub przepisami dyrektywy obronnej. Zgodnie z art. 16 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy klasycznej oraz art. 25 ust. 2 akapit 4 dyrektywy sektorowej decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być podjęta w celu wyłączenia zamówienia spod właściwej dyrektywy lub dyrektywy obronnej. W odróżnieniu od przepisów obu dyrektyw art. 24 ust. 4 Pzp nie ogranicza zakazu łączenia zamówień w celu uniknięcia stosowania ustawy do udzielania jednego zamówienia mieszanego, którego część objęta jest wyłączeniem z art. 12 ust. 1 Pzp lub reżimem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Niemniej art. 24 ust. 4 Pzp jest doniosły praktycznie właśnie w przypadkach zamówień mieszanych, które obejmują aspekty obronności lub bezpieczeństwa. Uniknięcie stosowania przepisów Pzp ma miejsce nie tylko w przypadku **ominięcia reżimu Pzp**, ale również w przypadku **ominięcia reżimu zamówień klasycznych lub reżimu zamówień sektorowych** i poddania zamówienia mieszanego reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. To ostatnie wynika wprost z art. 396 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur określonych w ustawie łączyć innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Można założyć, że udzielenie jednego zamówienia mieszanego ma na celu uniknięcie stosowania Pzp, jeżeli zamawiający sztucznie połączył

zamówienia w jednym zamówieniu, bez żadnego związku wynikającego ze wspólnego celu lub zdarzenia[134].

Należy przypomnieć, że art. 24 ust. 2 *in fine* w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp zakazuje również dzielenia zamówienia mieszanego na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów Pzp, chyba że podział jest uzasadniony obiektywnymi przyczynami.

Art. 25.

1. Jeżeli zamówienie jest niepodzielne na części oraz obejmuje równocześnie elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych, lub elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, i do których tych przepisów nie stosuje się, do udzielenia tego zamówienia:

1) stosuje się przepisy właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia, z tym że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie elementy koncesji na usługi i zamówienia na dostawy, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z wartości danych usług lub dostaw jest wyższa;

2) nie stosuje się przepisów ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje elementy, w stosunku do których zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1;

3) stosuje się przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje elementy obronności i bezpieczeństwa.

---

[134] Por. wyrok z 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 *Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank*, ECLI:EU:C:2002:660, pkt 57

2. Zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych tworzy nierozerwalną całość.

1. Cel przepisu. Art. 25 Pzp określa, na podstawie jakich przepisów udziela się zamówień o charakterze mieszanym, które są **niepodzielne** na części i obejmują **elementy** podlegające **różnym reżimom Pzp**: zamówieniom klasycznym, sektorowym lub w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis reguluje również przypadki, w których niedający się wyodrębnić element zamówienia o charakterze mieszanym sam w sobie **nie wchodzi w zakres Pzp**, ponieważ np. mieści się w katalogu wyłączeń spod reżimu Pzp (art. 9–14, art. 363–366 i art. 394 Pzp), nie spełnia przesłanek konstytuujących zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 Pzp)[135], jego wartość nie osiąga progu stosowania Pzp (art. 2 ust. 1 Pzp), nie służy wykonywaniu jednego z rodzajów działalności sektorowej (art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 *a contrario* Pzp) lub podlega reżimowi ustawy o umowie koncesji. Przedmiot regulacji jest zatem inny niż w przypadku art. 24 Pzp, który dotyczy zamówień mieszanych podzielnych na części.
Art. 25 Pzp transponuje art. 3 ust. 3 i 6, art. 16 ust. 2 i 4 dyrektywy klasycznej, art. 5 ust. 3 i 5, art. 25 ust. 1 i 4 dyrektywy sektorowej oraz art. 20 ust. 5 akapit drugi dyrektywy koncesyjnej. Wskazane przepisy dyrektyw regulują udzielanie zamówień mieszanych, których części podlegają różnym reżimom prawnym i nie można ich obiektywnie rozdzielić. Art. 5 dyrektywy sektorowej dodatkowo precyzuje, że przepis

[135] Por. wyrok z dnia 5 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias* (C-145/08) *i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis* (C-149/08), ECLI:UE:C:2010:247, w którym Trybunał zakwalifikował transakcję sprzedaży udziałów w spółce kapitałowej jako część zamówienia mieszanego

ma zastosowanie wyłącznie do zamówień mieszanych obejmujących taki sam rodzaj działalności. Inaczej niż w dyrektywie sektorowej polski ustawodawca nie przewidział *expressis verbis*, iż w przypadku gdy element zamówienia podlega reżimowi zamówień sektorowych, przepisy art. 25 Pzp znajdują zastosowanie do zamówień mieszanych obejmujących taki sam rodzaj działalności. Nie było to jednak potrzebne, ponieważ taki wniosek można wywieść z art. 26 Pzp. Ponadto w polskim ujęciu posłużono się terminem „elementy" zamiast (jak w dyrektywie klasycznej i dyrektywie sektorowej) „części zamówienia". Chodziło wyłącznie o uwypuklenie niepodzielności zamówienia na części. Mówiąc o elementach zamówienia, ustawodawca ma na myśli poszczególne świadczenia wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.

2. Główny przedmiot zamówienia. Art. 25 Pzp ust. 1 pkt 1 Pzp wdraża art. 3 ust. 6 dyrektywy klasycznej, art. 25 ust. 5 dyrektywy sektorowej oraz art. 20 ust. 5 akapit drugi dyrektywy koncesyjnej.

Art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp ustanawia zasadę, zgodnie z którą w przypadku udzielania zamówienia o charakterze mieszanym, które jest niepodzielne na części, stosuje się przepisy właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy[136]. Pojęcie „główny

[136] Por. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:2008:102, pkt 49; wyrok z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie C-306/08 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECLI:UE:C:2011:347, pkt 91

przedmiot zamówienia" należy więc utożsamiać z głównym przedmiotem (głównymi świadczeniami stron) i celem planowanej umowy[137]. Cel umowy można określić jako intencję stron co do osiągnięcia pewnego stanu rzeczy. Jest to cel zindywidualizowany, dotyczący konkretnej umowy i znany obu stronom. W przypadku umów nazwanych, odpowiadających kodeksowym wzorcom, główny przedmiot i cel umowy będzie zwykle określany przez elementy przedmiotowo istotne określonej umowy *(essentialia negotii)*, obejmujące konstytutywne cechy umowy nazwanej. Należy jednak pamiętać, że każdy przypadek umowy wymaga indywidualnej kwalifikacji. Z kolei zobowiązania drugorzędne należy identyfikować ze **świadczeniami ubocznymi**. Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają[138]. Świadczenie uboczne nie ma dla wierzyciela samodzielnego celu gospodarczego; jest realizowane wyłącznie w celu spełnienia świadczenia głównego na optymalnych warunkach. Z tego powodu nie jest możliwe oddzielenie świadczenia ubocznego od świadczenia głównego. Przykładowo w umowie dzierżawy hotelu, która przewiduje wykonanie przez dzierżawcę robót budowlanych mających na celu podniesienie standardu obiektu, głównym przedmiotem umowy będzie z reguły oddanie dzierżawcy rzeczy do używania i pobierania pożytków, natomiast wykonanie robót budowlanych będzie na ogół kwalifikowane jako zobowiązanie drugorzędne[139]. Z kolei w umowie o wybudowanie obiektu

[137] Por. R. Szostak, *Przegląd projektowanych zmian w Prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne Doradca" 2016, nr 4, s. 28

[138] Por. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] E. Łętowska [red.], *System Prawa Prywatnego*, t. 5, Warszawa 2006 r., s. 185

[139] Por. wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA przeciwko Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria i Gran Casino de Las Palmas SA,* ECLI:EU:C:1994:155

budowlanego (zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego) i jego wynajęcie zasadnicze zobowiązanie wykonawcy stanowi wykonanie robót budowlanych w rozumieniu art. 7 pkt 21 *in fine* Pzp, podczas gdy oddanie zamawiającemu obiektu do używania ma charakter zobowiązania drugorzędnego i to niezależnie od kwot wynagrodzenia wykonawcy czy sposobu jego skalkulowania[140].

Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych **świadczeń**, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów[141].

3. Zamówienie obejmujące aspekty obronności lub bezpieczeństwa.

Art. 25 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp regulują przypadki udzielania zamówienia mieszanego, które jest niepodzielne na części i obejmuje aspekty obronności lub bezpieczeństwa. Przepisy te przewidują wyjątki od wyrażonej w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp zasady określania właściwego reżimu prawnego przez ustalenie, co jest głównym przedmiotem zamówienia.

Art. 25 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp transponuje art. 16 ust. 4 dyrektywy klasycznej i art. 25 ust. 4 dyrektywy sektorowej. Przepisy obu dyrektyw dotyczą zamówień mieszanych obejmujących ten sam rodzaj działalności, w których jeden lub więcej elementów objętych jest art. 346 TFUE lub dyrektywą obronną. W pierwszym przypadku zamówienie może, ale nie musi być udzielone bez zastosowania odpowiednio dyrektywy klasycznej lub dyrektywy sektorowej (a w konsekwencji poza reżimem zamówień publicznych), natomiast w drugim może, ale nie musi być udzielone

[140] Por. wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:664, pkt 53 i nast.

[141] Por. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej,* ECLI:EU:2008:102, pkt 49

zgodnie z dyrektywą obronną. Jeżeli zamówienie obejmuje zarówno elementy objęte art. 346 TFUE, jak i elementy objęte dyrektywą obronną, zamawiający może wybierać pomiędzy udzieleniem zamówienia poza reżimem zamówień publicznych, udzieleniem zamówienia zgodnie z dyrektywą obronną a udzieleniem zamówienia zgodnie z odpowiednio dyrektywą klasyczną lub dyrektywą sektorową. Niezmiennie warunkiem jest, aby zamówienie było obiektywnie niepodzielne.

Pomiędzy art. 25 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp a art. 16 ust. 4 dyrektywy klasycznej i art. 25 ust. 4 dyrektywy sektorowej zachodzą jednak różnice w treści. Po pierwsze, inaczej niż w dyrektywie klasycznej i dyrektywie sektorowej, polski ustawodawca w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp nie przewidział regulacji, zgodnie z którą zamawiający ma możliwość wyboru stosowania przepisów Pzp dotyczących udzielania odpowiednio zamówień klasycznych lub zamówień sektorowych zamiast niestosowania przepisów Pzp, jeżeli zamówienie mieszane obejmuje elementy, do których ma zastosowanie art. 12 ust. 1 Pzp. Przepis taki nie jest jednak konieczny. Art. 12 ust. 1 Pzp wymaga, aby decyzja o niestosowaniu przepisów Pzp została poprzedzona oceną, czy środek w postaci wyłączenia zamówienia spod reżimu Pzp jest odpowiedni (proporcjonalny) do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona podstawowych (istotnych) interesów bezpieczeństwa państwa, oraz że żaden mniej restrykcyjny środek, taki jak ustanowienie obowiązku zachowania poufności informacji przekazanych przez zamawiającego czy określenie szczególnie wysokich wymagań dotyczące kwalifikacji i rzetelności wykonawców, nie może zagwarantować ochrony tych interesów[142]. Przepis art. 12 ust. 1 Pzp można więc interpretować w ten sposób, że zamawiającemu pozostawiono pewien margines swobody,

[142] Por. wyrok z dnia 20 marca 2018 r. w sprawie C-187/16 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:1018:194

to znaczy że zamawiający zawsze może zastosować przepisy Pzp, jeżeli w wyniku oceny proporcjonalności środków uzna, iż zastosowanie tych przepisów nie jest przeszkodą w zapewnieniu ochrony podstawowego (istotnego) interesu bezpieczeństwa państwa. Nie budzi więc żadnej wątpliwości, że zamawiający ma możliwość przyznania zamówienia mieszanego, w którym występują elementy objęte art. 12 ust. 1 Pzp, zgodnie z procedurą dotyczącą udzielania odpowiednio zamówień klasycznych lub zamówień sektorowych, jeżeli tylko w ramach tych procedur da się zastosować środki gwarantujące ochronę takich interesów.
Po drugie, w przeciwieństwie do dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej, nie przewidziano w art. 25 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp *expressis verbis,* iż zamawiający ma możliwość wyboru stosowania reżimu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamiast niestosowania przepisów Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie elementy, do których ma zastosowanie art. 12 ust. 1 Pzp, oraz elementy, do których mają zastosowanie przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Również i w tym wypadku szczególny przepis można uznać za zbędny. Art. 12 ust. 1 Pzp wyraźnie podaje stosowanie reżimu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jako przykład mniej restrykcyjnego środka niż niestosowanie Pzp. Można zatem wywnioskować, że zamawiający ma możliwość poddania tego rodzaju zamówienia mieszanego reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli taki sposób ochrony podstawowych (istotnych) interesów bezpieczeństwa państwa będzie uznany za wystarczający.
Po trzecie, polski ustawodawca nie daje zamawiającemu możliwości wyboru stosowania reżimu odpowiednio zamówień klasycznych lub zamówień sektorowych zamiast reżimu zamówień w dziedzinach

obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje elementy objęte reżimem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W myśl art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp do tego rodzaju zamówień mieszanych należy stosować przepisy Pzp dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Różnica ta jest wynikiem uwzględnienia przy transpozycji art. 16 ust. 4 dyrektywy klasycznej i art. 25 ust. 4 dyrektywy sektorowej również art. 3 ust. 1 dyrektywy obronnej. Ten ostatni przepis, w przeciwieństwie do przepisów dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej, nie zakłada takiego wyboru, wyraźnie bowiem wskazuje, że zamówienie mieszane objęte zakresem stosowania dyrektywy obronnej i częściowo dyrektywy klasycznej lub dyrektywy sektorowej jest przyznawane zgodnie z dyrektywą obronną, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

4. Niepodzielność zamówienia. Ustawodawca, opierając się na orzecznictwie TSUE (zob. komentarz do art. 24 Pzp) oraz motywach dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej, objaśnił, kiedy zamówienie jest niepodzielne na części. Zgodnie z art. 25 ust. 2 Pzp zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów **technicznych**, **organizacyjnych** lub **ekonomicznych** tworzy **nierozerwalną całość**. Ustalenia, czy zamówienie jest podzielne na części, należy dokonywać dla indywidualnych przypadków (por. motyw 11 dyrektywy klasycznej oraz motyw 13 dyrektywy sektorowej). Dla kwalifikacji zamówienia jako niepodzielnego nie jest wystarczający sam zamiar zamawiającego co do traktowania poszczególnych elementów składających się na zamówienie o charakterze mieszanym jako niemożliwych do rozdzielenia; zamiar musi zostać poparty obiektywną argumentacją, która go uzasadnia i potwierdza konieczność udzielenia jednego

zamówienia[143]. Taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia może zaistnieć na przykład w przypadku budowy jednego budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez zamawiającego, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji – np. poprzez udostępnienie parkingu publicznego (por. motyw 11 dyrektywy klasycznej i motyw 13 dyrektywy sektorowej). Niepodzielność zamówienia mieszanego może także wynikać z konieczności zawarcia umowy z jednym wykonawcą, który posiada określone zdolności niezbędne do wykonania wszystkich części[144]. Przyjmuje się także, że zamówienie jest niepodzielne na części wtedy, gdy „udzielenie odrębnych zamówień na poszczególne części prowadziłoby do sytuacji, w której nie można byłoby rozstrzygnąć jednego postępowania bez rozstrzygnięcia drugiego lub ustalić przedmiotu i warunków jednego zamówienia bez rozstrzygnięcia drugiego"[145]. Niepodzielności zamówienia nie można sprowadzać do zagadnienia świadczenia niepodzielnego, czyli nieodpowiadającego cechom określonym w art. 379 § 2 Kc. Niepodzielność zamówienia odnosi się przede wszystkim do kilku nierozerwalnie powiązanych ze sobą świadczeń, z których każde może być podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 Kc.

Art. 26.

1. Jeżeli zamówienie służy jednocześnie wykonywaniu kilku rodzajów działalności, z których co najmniej jeden jest działalnością sektorową,

---

[143] Por. wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 *Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki,* ECLI:EU:C:2010:807, pkt 39;

[144] Wyrok z dnia 5 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias* (C-145/08) *i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis* (C-149/08), ECLI:UE:C:2010:247, pkt 51-54

[145] H. Talago-Sławoj, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016 r., s. 150

o której mowa w art. 5 ust. 4, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień w celu wykonywania poszczególnych rodzajów działalności lub jednego zamówienia.

2. Do udzielenia odrębnych zamówień stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na rodzaj działalności, któremu służy każde zamówienie.

3. Do udzielenia jednego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na rodzaj działalności, którego zasadniczo dotyczy zamówienie. Jeżeli zamówienie dotyczy równocześnie działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, oraz działalności obejmującej aspekty obronności i bezpieczeństwa, stosuje się odpowiednio przepisy art. 24 ust. 3 pkt 1 i 2.

4. Zamawiający, w przypadkach, o których mowa w ust. 3, nie może udzielić jednego zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

5. Jeżeli nie jest możliwe określenie, którego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy zamówienie, do udzielenia zamówienia stosuje się:

1) przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych, jeżeli do jednego z rodzajów działalności, którego to zamówienie dotyczy, mają zastosowanie te przepisy, a do drugiego przepisy dotyczące udzielania zamówień sektorowych;

2) przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień sektorowych, jeżeli zamówienie dotyczy równocześnie działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, oraz działalności, do której:

a) mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi albo

b) nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień klasycznych ani przepisy ustawy z dnia

21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

1. Cel przepisu. Art. 26 Pzp określa, podobnie jak art. 24 i art. 25 Pzp, na podstawie jakich przepisów udziela się zamówień mieszanych, które podlegają **różnym reżimom prawnym.** Jednak w przeciwieństwie do art. 24 i art. 25 Pzp podleganie różnym reżimom prawnym nie wynika z połączenia w jednym zamówieniu kilku przedmiotów (części) zamówienia objętych różnymi reżimami prawnymi, lecz jest konsekwencją tego, że jeden i ten sam przedmiot zamówienia służy wykonywaniu jednocześnie **kilku rodzajów działalności** objętych różnymi reżimami prawnymi. Ponadto warunkiem możliwości zastosowania przepisów art. 26 Pzp jest to, że co najmniej jeden z rodzajów działalności musi być koniecznie rodzajem działalności sektorowej, a z pozostałych co najmniej jeden innym rodzajem działalności sektorowej lub innym niż działalność sektorowa rodzajem działalności. Jeżeli natomiast zamówienie służy wykonywaniu tylko jednego rodzaju działalności, ale jedna z części zamówienia, której wartość osiąga progi europejskie, podlega reżimowi zamówień sektorowych, zaś druga z części nie, właściwy reżim prawny ustala się na podstawie art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp.

Art. 26 Pzp transponuje art. 6 i art. 26 dyrektywy sektorowej. Art. 6 dyrektywy sektorowej dotyczy „Zamówień obejmujących kilka rodzajów działalności", a art. 26 dyrektywy sektorowej „Zamówień obejmujących kilka rodzajów działalności oraz obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa".

2. Rodzaje działalności. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, jeżeli zamówienie służy jednocześnie wykonywaniu kilku rodzajów działalności, z których co najmniej jeden jest działalnością sektorową, o której mowa w art. 5

ust. 4, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień w celu wykonywania poszczególnych rodzajów działalności lub jednego zamówienia.

Działalnością sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4, jest działalność w zakresie gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej, usług transportowych, portów, przystani i portów lotniczych, usług pocztowych oraz wydobycia paliw. Działalność sektorowa dzieli się na różne rodzaje działalności, szczegółowo opisane w art. 5 ust. 4 Pzp. Innymi niż działalność sektorowa rodzajami działalności są rodzaje działalności objęte reżimem zamówień klasycznych, reżimem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, reżimem ustawy o umowie koncesji oraz wyłączone spod tych reżimów na podstawie art. 9–14 Pzp.

Przepis wdraża art. 6 ust. 1 akapit pierwszy zdanie pierwsze oraz art. 26 ust. 1 akapit pierwszy zdanie pierwsze dyrektywy sektorowej, zgodnie z którymi w przypadku zamówień, które mają dotyczyć kilku rodzajów działalności, podmioty zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień do celów każdego rodzaju działalności lub o udzieleniu jednego zamówienia. Regulacja dyrektywy sektorowej ma zatem zastosowanie zarówno w przypadku, gdy zamówienie dotyczy jednocześnie działalności sektorowej oraz innego lub innych niż działalność sektorowa rodzajów działalności, jak i w przypadku, gdy zamówienie obejmuje wyłącznie różne rodzaje działalności mieszczących się w obrębie działalności sektorowej. Jak wynika z motywu 16 dyrektywy sektorowej, przepisy dotyczące zamówień mieszanych udzielanych w celu spełnienia wymagań związanych z różnymi rodzajami działalności mają zastosowanie w przypadkach, gdy poszczególne rodzaje działalności podlegają ewentualnie różnym reżimom prawnym. Wszystkie rodzaje działalności

sektorowej wymienione w art. 5 ust. 4 Pzp podlegają reżimowi zamówień sektorowych. Należy jednak zaznaczyć, że trzy wyłączenia spod reżimu zamówień sektorowych zostały przewidziane tylko dla określonego lub określonych rodzajów działalności sektorowych.

Pierwszy przypadek dotyczy działalności sektorowej w zakresie energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej oraz wydobycia paliw. W myśl art. 364 ust. 1 Pzp zamawiający, którzy wykonują jeden z tych rodzajów działalności, nie stosują przepisów Pzp do udzielenia zamówień na dostawy energii oraz paliw do wytwarzania energii, a także zamówień na usługi przesyłania, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego.

Drugi przypadek odnosi się do działalności w sektorze gospodarki wodnej. Według art. 364 ust. 2 Pzp zamawiający prowadzący ten rodzaj działalności sektorowej są zwolnieni ze stosowania Pzp przy udzielaniu zamówień na dostawy wody.

Trzeci przypadek dotyczy działalności sektorowej, która zgodnie z opublikowaną decyzją Komisji Europejskiej została uznana za działalność prowadzoną na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony. W świetle art. 394 ust. 3 Pzp zamawiający wykonujący taki rodzaj działalności nie stosują Pzp do zamówień związanych z tą działalnością.

Każdy z tych rodzajów działalności sektorowej podlega więc odmiennemu reżimowi prawnemu w obrębie reżimu zamówień sektorowych.

W konsekwencji art. 26 Pzp służy również ustaleniu reżimu prawnego właściwego dla zamówienia o charakterze mieszanym, które obejmuje różne rodzaje działalności sektorowej, jeżeli w zakresie jednego z rodzajów działalności sektorowej zamówienie to podlega wyłączeniu na podstawie art. 364 ust. 1, 2 lub art. 394 ust. 3 Pzp, natomiast

w odniesieniu do innego rodzaju działalności sektorowej zamówienie to nie jest objęte odpowiednim wyłączeniem.

3. Wybór zamawiającego. Podobnie jak w art. 24 ust. 1 Pzp ustawodawca pozostawia zamawiającemu **wybór** pomiędzy **udzieleniem odrębnych zamówień** a **udzieleniem jednego zamówienia**. W przeciwieństwie jednak do art. 24 ust. 1 Pzp możliwość wyboru nie jest uzależniona od podzielności zamówienia na części. W tym wypadku podzielność zamówienia nie jest bowiem wynikiem połączenia ze sobą kilku przedmiotów zamówienia, tylko konsekwencją tego, że jeden i ten sam przedmiot zamówienia służy wykonywaniu kilku rodzajów działalności. Zamawiający może więc udzielić odrębnych zamówień, nawet jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych jedno zamówienie służące wykonywaniu kilku działalności tworzy nierozerwalną całość.

Przykładem może być zamówienie na zakup systemu teleinformatycznego do monitorowania przesyłek, który może posłużyć jednocześnie wykonywaniu działalności sektorowej w zakresie tradycyjnych usług pocztowych oraz wykonywaniu działalności w zakresie przesyłek kurierskich, zwolnionej spod reżimu zamówień sektorowych na podstawie art. 394 Pzp. W przypadku podjęcia decyzji o udzieleniu dwóch odrębnych zamówień przedmiotem pierwszego będzie zakup systemu teleinformatycznego, który zostanie wykorzystywany wyłącznie na potrzeby śledzenia tradycyjnych przesyłek pocztowych, natomiast przedmiotem drugiego – zakup systemu teleinformatycznego, który posłuży jedynie do monitorowania przesyłek kurierskich. Jeżeli natomiast zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, jego przedmiotem będzie zakup jednego systemu teleinformatycznego, który będzie wykorzystywany do śledzenia obu rodzaju przesyłek.

4. Udzielenie odrębnych zamówień. Zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp do udzielenia odrębnych zamówień stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na rodzaj działalności, któremu służy każde zamówienie. Przepis transponuje art. 6 ust. 1 akapit pierwszy zdanie drugie oraz art. 26 ust. 1 akapit pierwszy zdanie drugie dyrektywy sektorowej, w myśl których w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o udzieleniu odrębnych zamówień decyzję o tym, które przepisy mają zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych danego rodzaju zamówienia.

5. Udzielenie jednego zamówienia. Wedle art. 26 ust. 3 zd. 1 Pzp do udzielenia jednego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe ze względu na **rodzaj działalności, którego zasadniczo dotyczy zamówienie**. Przepis wdraża art. 6 ust. 2 dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym zamówienie obejmujące kilka rodzajów działalności podlega zasadom mającym zastosowanie do rodzaju działalności, którego to zamówienie zasadniczo dotyczy.

W motywie 16 dyrektywy sektorowej ustawodawca europejski objaśnił, że określenie działalności, której zamówienie zasadniczo dotyczy, może opierać się na **analizie wymagań**, jakie musi spełniać określone zamówienie, przeprowadzonej przez zamawiającego w celu oszacowania wartości zamówienia i sporządzenia dokumentów zamówienia. Z motywu tego wynika także, że w przypadku zamówienia obejmującego jeden przedmiot zamówienia ustalenia można dokonywać na podstawie oszacowania stopnia wykorzystania tego przedmiotu do celów poszczególnych rodzajów działalności. Przez rodzaj działalności, którego zasadniczo dotyczy zamówienie (**główny rodzaj działalności**), należy zatem rozumieć działalność, której potrzebom głównie służy zamówienie, nawet jeżeli

zamówienie dodatkowo zaspokaja potrzeby innej działalności[146]. Ustalenia głównego rodzaju działalności dokonuje się na innych zasadach, niż te, które obowiązują przy ustalaniu głównego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przy określaniu głównego rodzaju działalności nie analizuje się, co jest głównym zamawianym świadczeniem, tylko do celów jakiej działalności głównie wykorzystywane będzie zamawiane świadczenie. Oszacowania stopnia wykorzystania jednego przedmiotu zamówienia do celów poszczególnych rodzajów działalności należy dokonywać dla indywidualnych wypadków.

Art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp reguluje szczególny przypadek zamówień mieszanych, które dotyczą równocześnie działalności sektorowej oraz **działalności obejmującej aspekty obronności i bezpieczeństwa**. Przez „działalność obejmującą aspekty obronności i bezpieczeństwa" należy rozumieć działalność podlegającą reżimowi zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz działalność objętą art. 12 ust. 1 Pzp. W takim przypadku art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp nakazuje stosować odpowiednio przepisy art. 24 ust. 3 pkt 1 i 2 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 3 pkt 1 Pzp i z uwzględnieniem zachodzących różnic w przypadku udzielenia jednego zamówienia zamawiający może nie stosować przepisów Pzp, jeżeli zamówienie dotyczy działalności, wobec której zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1 Pzp, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Jeżeli natomiast zamówienie dotyczy działalności, do której mają zastosowanie przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający, w myśl art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp, stosuje te przepisy, pod warunkiem że udzielenie

[146] Por. A. Csaki, [w:] M. Müller-Wrede [red.], *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, s. 281

jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami.
W obu wypadkach nie ma zatem znaczenia, którego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy zamówienie.

6. Zakaz obejścia ustawy. Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 3, zamawiający nie może udzielić jednego zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Chodzi przede wszystkim o zakaz łączenia zamówień dotyczących działalności sektorowej z zamówieniami dotyczącymi działalność objętej reżimem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz art. 12 ust. 1 Pzp. Porównywalny zakaz obejścia Pzp zawiera art. 24 ust. 4 Pzp. Dlatego odpowiednio należy odnieść tu uwagi sformułowane wyżej w tezie 12 do art. 24 Pzp.

7. Niemożliwość określenia głównego rodzaju działalności. Art. 26 ust. 5 Pzp wyznacza przepisy mające zastosowanie w przypadkach, w których nie jest możliwe określenie, jakiego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy zamówienie. Przepis służy implementacji art. 6 ust. 3 dyrektywy sektorowej.
Ustawodawca europejski jako przykład braku możliwości ustalenia głównego rodzaju działalności podaje sytuację, w której niedostępne są informacje umożliwiające oszacowanie stopnia wykorzystania do celów poszczególnych rodzajów działalności pojedynczego, zamawianego urządzenia (motyw 16 dyrektywy sektorowej).
Co do zasady w takich wypadkach zastosowanie znajdują przepisy Pzp dotyczące **udzielania zamówień klasycznych**, jeżeli do jednego z rodzajów działalności, którego to zamówienie dotyczy, mają zastosowanie te przepisy, a do drugiego przepisy dotyczące udzielania zamówień sektorowych.

Jeżeli jednak zamówienie dotyczy jednocześnie działalności sektorowej oraz działalności, do której mają zastosowanie przepisy ustawy o umowie koncesji, albo działalności, do której nie mają zastosowania przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień klasycznych ani przepisy ustawy o umowie koncesji, stosuje się przepisy Pzp dotyczące **udzielania zamówień sektorowych**. Działalność, do której nie mają zastosowania przepisy Pzp dotyczące udzielania zamówień klasycznych ani przepisy ustawy o umowie koncesji, to działalność wyłączona spod reżimu Pzp lub ustawy o umowie koncesji, w tym również działalność sektorowa, która podlega wyłączeniu na podstawie art. 364 ust. 1, 2 lub art. 394 ust. 3 Pzp. Natomiast w sytuacji gdy zamówienie dotyczy jednocześnie działalności sektorowej oraz działalności, która podlega przepisom Pzp dotyczącym **udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** lub jest objęta wyłączeniem z **art. 12 ust. 1 Pzp**, właściwy reżim prawny określa się na podstawie art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp.

Art. 27.

1. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie:

1) usługi i dostawy lub

2) 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.

1. Cel przepisu. W zależności od tego, czy przedmiotem zamówienia są **usługi, dostawy lub roboty budowlane**, zastosowanie mogą znaleźć inne przepisy Pzp. Dotyczy to nie tylko przepisów określających wysokość

progów stosowania przepisów Pzp (innych dla robót budowlanych, a innych dla dostaw i usług), ale również przesłanek zastosowania trybów udzielenia zamówienia (por. np. art. 209 ust. 1 pkt 3, art. 214 ust. 1 pkt 7–10 Pzp), katalogu wyłączeń obowiązku stosowania ustawy (np. art. 11 ust. 1 pkt 1–3 Pzp) i wielu innych[147]. Ponieważ niejednokrotnie zamówienia łączą w sobie elementy dwóch lub trzech różnych rodzajów zamówień, często wyłania się problem zastosowania właściwych przepisów Pzp. W art. 27 Pzp zostały określone reguły kolizyjne, które umożliwiają właściwą kwalifikację takiego mieszanego zamówienia pod właściwy reżim prawny: zamówień na usługi, zamówień na dostawy, zamówień na roboty budowlane lub zamówień na usługi społeczne oraz inne szczególne usługi. Przepis art. 27 Pzp wdraża art. 3 ust. 1 akapit pierwszy i ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 5 ust. 1 akapit pierwszy i ust. 2 dyrektywy sektorowej. Przepisy obu dyrektyw mają zastosowanie do zamówień mieszanych, których przedmiotem są różne rodzaje zamówień, z których wszystkie są objęte zakresem **jednej i tej samej dyrektywy**.

W przeciwieństwie do obu dyrektyw w art. 27 Pzp nie przewidziano wyraźnie, że przepis nie ma zastosowania, gdy różne rodzaje zamówienia podlegają różnym reżimom prawnym: zamówieniom klasycznym, sektorowym, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub nie są objęte zakresem Pzp, ponieważ mieszczą się w katalogu wyłączeń spod reżimu Pzp (art. 9–14, art. 363–366 i art. 394 Pzp), nie spełniają przesłanek konstytuujących zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 Pzp), ich wartość nie osiąga progu stosowania Pzp (art. 2 ust. 1 Pzp) lub podlegają reżimowi ustawy o umowie koncesji. Nie było to jednak potrzebne. Do zamówień mieszanych obejmujących równocześnie elementy, które podlegają

[147] Por. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007 r., s. 97

reżimowi zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub nie wchodzą w zakres Pzp, znajdują zastosowanie art. 24–26 Pzp. Zatem art. 27 Pzp odnosi się do zamówień udzielanych w ramach tego samego reżimu prawnego, tzn. zamówienie jest w całości zamówieniem klasycznym, sektorowym albo w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a żaden jego element nie jest wyłączony z zakresu Pzp.

2. Zakaz obejścia ustawy. Kwalifikacja zamówienia mieszanego jako zamówienia na usługi, dostawy, roboty budowlane lub usługi społeczne i inne szczególne usługi jest istotna dla ustalenia właściwych progów unijnych określonych w art. 3 Pzp. Połączenie różnych rodzajów zamówień może więc, w pewnych okolicznościach (np. w przypadku połączenia usług z robotami budowalnymi lub usługami społecznymi oraz innymi szczególnymi usługami), prowadzić do niestosowania odpowiednich przepisów Pzp.

Jak wynika z motywu 8 dyrektywy klasycznej oraz motywu 10 dyrektywy sektorowej, celem dyrektywy nie jest przesądzenie o łącznym lub oddzielnym udzielaniu zamówień. Należy mieć jednak na względzie stanowisko TSUE, który wyklucza możliwość sztucznego łączenia różnych rodzajów zamówień, bez żadnego związku wynikającego ze wspólnego celu lub zdarzenia, wyłącznie w celu uniknięcia zastosowania przepisów dyrektyw[148]. Zamawiający nie może więc łączyć różnych rodzajów zamówień, jeżeli zamówienia są zwykle udzielane oddzielnie i ich połączenie w konkretnym przypadku nie jest uzasadnione obiektywnymi

[148] Por. wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 *Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank*, ECLI:EU:C:2002:660, pkt 57

przyczynami[149], a przy tym prowadzi do uniknięcia stosowania przepisów Pzp.

3. Określenie właściwych przepisów. Zgodnie z art. 27 ust. 1 Pzp jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówień o charakterze mieszanym, składających się z różnych rodzajów zamówień (roboty budowlane, usługi lub dostawy), mające zastosowanie przepisy powinny być określone jednolicie **według głównego przedmiotu zamówienia**. Jednak sposób ustalenia głównego przedmiotu zamówienia jest różny w zależności od tego, jakie rodzaje zamówień są połączone w jednym zamówieniu o charakterze mieszanym.

4. Roboty budowlane z usługami lub dostawami. Jeżeli zamówienie o charakterze mieszanym obok robót budowlanych obejmuje inne rodzaje zamówień, tj. usługi lub dostawy, główny przedmiot zamówienia określa się, stosując przede wszystkim kryteria jakościowe oraz uzupełniająco ilościowe (zob. komentarz do art. 25 Pzp). Zawarte tam uwagi można zrekapitulować następująco. Główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle **zasadniczych**, przeważających **zobowiązań**, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je **zobowiązaniom drugorzędnym**, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i cel umowy[150]. Pojęcie

[149] Por. A. Csaki, [w:] M. Müller-Wrede [red.], *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, s. 266; S. Hüttinger, [w:] M. Burgi, M. Dreher [red.], *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, t. 1, München 2017, beck-online, § 110 GWB, Nb. 26

[150] Por. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:2008:102, pkt 49; wyrok z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie C-306/08 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECLI:EU:C:2011:347, pkt 91

„główny przedmiot zamówienia" należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi. **Świadczenia uboczne** mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają. Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę **wartość** poszczególnych **świadczeń**, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów[151].

Odnośnie do kwalifikacji zamówień mieszanych obejmujących równocześnie **roboty budowlane oraz usługi**, ustawodawca europejski w motywie 8 dyrektywy klasycznej oraz motywie 10 dyrektywy sektorowej wyjaśnia, iż „Zamówienie należy uważać za zamówienie na roboty budowlane jedynie wówczas, gdy jego przedmiot obejmuje wykonywanie rodzajów działalności wymienionych w załączniku I, nawet jeśli zamówienie obejmuje również świadczenie innych usług niezbędnych do wykonywania tych rodzajów działalności. Zamówienia na usługi, zwłaszcza w zakresie usług zarządzania mieniem, mogą, w pewnych okolicznościach, obejmować roboty budowlane. Jednakże w zakresie, w jakim **roboty** takie **mają charakter uboczny** w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia na usługi jako zamówienia na roboty budowlane".

Natomiast odnośnie do kwalifikacji zamówienia mieszanego obejmującego **roboty budowlane i dostawy** art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy klasycznej oraz art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy sektorowej, a w ślad za nimi art. 7 pkt 9 Pzp stanowią, że zamówienie na dostawy może obejmować dodatkowo

[151] Por. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:2008:102, pkt 49

rozmieszczenie i instalację. Tym samym roboty budowlane związane z instalacją dostarczanego produktu, jako typowy przykład świadczenia ubocznego, zostały zakwalifikowane przez ustawodawcę jako element zamówienia na dostawy.

W świetle tego, co powiedziano powyżej w tezie 2, niedopuszczalne jest sztuczne połączenie robót budowlanych z usługami lub dostawami, bez żadnego związku wynikającego ze wspólnego celu lub zdarzenia, jeżeli prowadzi to do uniknięcia stosowania przepisów Pzp.

5. Dostawy z usługami. W przypadku gdy zamówienie obejmuje dostawy oraz usługi, zastosowanie znajduje art. 27 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi i dostawy, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa. Inaczej niż w przypadku zamówienia mieszanego, które obejmuje roboty budowlane, kryterium kwalifikacji głównego przedmiotu zamówienia odnosi się do szacunkowej wartości dostaw i usług zawartych w danym zamówieniu[152]. Do udzielenia zamówienia stosuje się zatem przepisy dotyczące przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

Art. 27 ust. 2 pkt 1 Pzp ma również zastosowanie w przypadku połączenia w jednym zamówieniu dostaw z usługami społecznymi oraz innymi szczególnymi usługami.

6. Usługi z usługami społecznymi oraz innymi szczególnymi usługami. Odstępstwo od zasady, że główny przedmiot zamówienia określa się przede wszystkim na podstawie kryterium jakościowego, obowiązuje

[152] Por. wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg*, ECLI:EU:C:2009:358, pkt 61

również w przypadku zamówień łączących w sobie elementy zamówienia na usługi z elementami zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi w rozumieniu art. 7 pkt 34 Pzp. W myśl art. 27 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi i usługi społeczne oraz inne szczególne usługi, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług jest wyższa.
W związku z tym należy wskazać na wyrok TSUE w sprawie *Felix Swoboda*[153], w którym Trybunał wyraźnie zaznaczył, że w przypadku jednego przedmiotu zamówienia, który obejmuje jednocześnie usługi priorytetowe i niepriorytetowe (obecnie: „usługi" oraz „usługi społeczne i inne szczególne usługi"), zamawiający nie ma obowiązku podziału zamówienia na odrębne części po to jedynie, aby usługi priorytetowe („usługi") zostały udzielone zgodnie ze wszystkimi wymaganiami dyrektyw. Jeżeli zatem szacunkowa wartość usług społecznych oraz innych szczególnych usług przewyższa wartość pozostałych usług, to również te ostatnie będą podlegały reżimowi zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi (art. 359-361 Pzp).

Rozdział 5
Szacowanie wartości zamówienia i konkursu

Art. 28.

Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.

[153] Wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 *Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank,* ECLI:EU:C:2002:660, pkt 55 i 56

1. Uwagi ogólne. Przepisy działu I rozdziału 5 Pzp, tj. art. 28–36 Pzp, regulują problematykę ustalania wartości zamówienia. Umiejscowienie tych przepisów w dziale I zatytułowanym „Przepisy ogólne" oznacza, że przepisy te mają zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień wymienionych w Pzp oraz do szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych (dział IV Pzp). Przepisy działu I rozdziału 5 znajdą też zastosowanie w przypadku, gdy od dokonania czynności ustalenia wartości zamówienia uzależniona jest ocena m.in., czy Pzp znajduje zastosowanie do udzielenia zamówienia (art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp) lub czy podmiot dokonujący zakupów jest zamawiającym w rozumieniu jej przepisów (art. 6 Pzp).

2. Funkcje wartości zamówienia. Ustalenie wartości zamówienia publicznego jest podstawową czynnością na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Czynność ta spełnia przede wszystkim funkcję proceduralną i weryfikacyjną dla przygotowywanego postępowania.

Najistotniejsza dla przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest funkcja proceduralna. Ustalona wartość zamówienia, będąca wynikiem oszacowania, określa zakres obowiązków proceduralnych po stronie zamawiającego i przesądza o zastosowaniu właściwej procedury udzielenia zamówienia. W szczególności od wartości zamówienia uzależnione jest miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu czy terminy na wykonanie czynności w postępowaniu. Jeżeli wadliwe ustalenie wartości zamówienia przyjmie postać kwalifikowaną, np. zamawiający na podstawie wadliwego oszacowania dokona wyboru procedury udzielenia zamówienia, do której nie był uprawniony, może to doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania.

Funkcja weryfikacyjna wartości zamówienia publicznego służy zapoznaniu się zamawiającego z realną wyceną przygotowywanego zamówienia publicznego. Skutkiem weryfikacji może być kontynuacja czynności, tj. wszczęcie przedmiotowego postępowania. Ustalenie wartości zamówienia może także skutkować rezygnacją z wszczęcia postępowania, jeżeli np. wartość zamówienia przekroczy założenia zamawiającego co do wyceny przedmiotu zakupu, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia wydatków.

3. Podstawa ustalenia wartości zamówienia. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia wartości zamówienia, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia oraz wskazując zakres przedmiotowy. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest więc całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich jego elementów, także ewentualnych świadczeń dodatkowych. W przypadku ustalania wartości na roboty budowlane konieczne będzie uwzględnienie także wartości niezbędnych usług i dostaw. W przypadku zamówień, w których przewidziana jest opcja – także wartość tej opcji. Szczegółowe zasady uwzględniania wartości świadczeń dodatkowych określono odpowiednio w art. 31–33 Pzp.

W ślad za art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej podstawą obliczenia wartości zamówienia jest całkowita przewidywana kwota należna za zrealizowanie przedmiotu zamówienia, bez podatku od towarów i usług (VAT). Wartość zamówienia wyrażona będzie zawsze w kwotach netto.

Ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością. Pojęcie należytej staranności występuje w art. 355 § 1 Kc, w którym wskazano, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a należytą staranność dłużnika

w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliżej cenie rynkowej tego zamówienia. Podsumowując, wartość zamówienia powinna być jak najbardziej zbliżona do ceny rynkowej tego zamówienia, w najszerszym przewidywanym jego zakresie (z uwzględnieniem potencjalnych opcji, świadczeń dodatkowych itp.) oraz być wyrażona w kwotach netto. Oznacza to w szczególności, że aby dokonać ustalenia wartości zamówienia, niezbędne jest wcześniejsze zdefiniowanie przedmiotu zamówienia.

4. Techniki ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy z należytą starannością. Ze względu na różnorodność zamówień i okoliczności, w jakich są udzielane, Pzp nie definiuje technicznych aspektów, jakimi powinien kierować się zamawiający, dokonując ustalenia wartości zamówienia. Zastosowanie odpowiednich technik jest jednak niezbędne, aby wykazać należytą staranność przy ustalaniu wartości zamówienia, a więc w uproszczeniu – jego rynkowej wyceny. W okolicznościach, gdy zamawiający posiada wystarczającą wiedzę lub kompetencję co do rzeczywistej wyceny przedmiotu zamówienia przez potencjalnych wykonawców, np. dysponuje pracownikiem posiadającym kompetencje z zakresu przedmiotu zamówienia, może oszacować tę wartość bezpośrednio i samodzielnie. W okolicznościach natomiast, gdy zamawiającemu nie jest znana rynkowa wycena przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający uważa za celowe i zasadne zweryfikowanie

własnych ustaleń, zamawiający może wystąpić o wsparcie w przedmiocie ustalenia wartości zamówienia do podmiotów trzecich. Dopuszczalne jest zwrócenie się przez zamawiającego do podmiotów profesjonalnych prowadzących działalność gospodarczą w przedmiocie zamówienia o przygotowanie kalkulacji cenowej, które może przybrać formę tzw. „zapytania cenowego" czy „rozeznania rynku". Niezależnie od możliwości bezpośredniego wystąpienia do podmiotów profesjonalnych zamawiający może dokonać takiego ustalenia, posiłkując się danymi zaczerpniętymi ze stron internetowych czy katalogów cenowych wykonawców lub producentów. Zamawiający może skorzystać także z innych możliwości, np. doświadczenia innych zamawiających prowadzących postępowanie w podobnym przedmiocie. Zamawiający może dowolnie stosować różne techniki ustalenia prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia, kierując się specyfiką danego zamówienia oraz koniecznością ustalenia jego rynkowej wyceny.

Za ustalenie wartości zamówienia odpowiedzialny jest zawsze zamawiający. Oznacza to, że zamawiający nie jest związany wyceną przedstawioną przez podmioty zewnętrzne, nie występuje tu także żaden automatyzm w ustalaniu wartości zamówienia, polegający np. na wyciągnięciu średniej z przygotowanych wycen przez różne podmioty profesjonalne lub zebranych na rynku informacji cenowych. Otrzymane kalkulacje, wyceny czy „oferty ramowe" mają zawsze charakter informacyjny i w zamierzeniu mają stanowić wyłącznie źródło informacji dla zamawiającego.

Zważywszy, że ustalenie wartości zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia, na zamawiającym ciążą obowiązki związane z pisemnym udokumentowaniem podstaw ustalenia wartości zamówienia.

Art. 29.

1. Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

2. Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

1. Zaniżanie wartości zamówienia lub konkursu, lub wybór sposobu obliczania wartości zamówienia. Art. 29 Pzp zakazuje zamawiającemu:

1) zaniżać wartość zamówienia lub konkursu, lub
2) wybierać sposób obliczania wartości zamówienia, jeśli następuje to w celu uniknięcia stosowania ustawy.

Zaniżanie wartości zamówienia jest efektem błędnego zastosowania technik ustalania szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, tj. zastosowania ich w taki sposób, że ustalona wartość zamówienia jest zaniżona względem wartości rynkowej. Sposób obliczania wartości zamówienia odpowiada natomiast metodom wykorzystywanym do obliczania wartości zamówienia, o czym stanowi także art. 5 ust. 3 zd. 1 dyrektywy klasycznej. Niektóre metody zostały przez ustawodawcę narzucone w art. 31–33 i 35 Pzp dla określonych zamówień. Wadliwy w świetle art. 29 ust. 1 Pzp jest wybór takiej metody, która:

1) nie prowadzi do ustalenia ceny rynkowej,
2) nie uwzględnia najszerszego zakresu zamówienia (opcji, zamówień dodatkowych itp.) lub
3) została zastosowana pomimo jednoznacznego nakazu ustawowego zastosowania innej metody.

Jeśli skutkiem jednej z powyższych okoliczności (zaniżenia wartości zamówienia lub wyboru nieprawidłowego sposobu jej obliczenia) będzie uniknięcie stosowania przepisów Pzp – takie działanie będzie niedozwolone.

Z uniknięciem stosowania przepisów Pzp mamy do czynienia zarówno wtedy, gdy zamawiający nie zastosuje ich wcale, jak i wtedy, gdy zastosuje przepisy łagodniejsze niż wynikałoby to z prawidłowo ustalonej wartości zamówienia. Efektem zaniżenia wartości zamówienia lub błędnego wyboru sposobu obliczania wartości zamówienia może być:

1) nieobjęcie zamówienia reżimem Pzp, pomimo iż prawidłowo ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę 130 000 złotych (dla zamówień klasycznych) lub wartość progów unijnych (dla zamówień sektorowych lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) albo
2) zastosowanie reżimu udzielania zamówień publicznych właściwych dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, pomimo iż prawidłowo ustalona wartość zamówienia jest równa lub przekracza równowartość progów unijnych.

Każde zaniżenie wartości zamówienia, które prowadzi do uniknięcia stosowania Pzp jako całości lub uniknięcia stosowania niektórych procedur Pzp, które powinny być zastosowane, jeśli wartość zostałaby ustalona prawidłowo, jest objęte zakazem z art. 29 ust. 1 Pzp.

2. Zamówienie w rozumieniu przepisów dotyczących ustalania wartości zamówienia. Pierwotną czynnością zamawiającego w zakresie udzielenia zamówienia jest zdefiniowanie jego przedmiotu. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia, uwzględniając w szczególności swoje potrzeby, a tym samym realizację swoich zadań, uwarunkowania finansowe i organizacyjne, a także regulacje zamówień publicznych

dotyczące rodzaju, przedmiotu zamówienia, w tym znamiona dostaw, usług lub robót budowlanych. Takie wieloaspektowe określenie przedmiotu zamówienia daje podstawę do ustalenia jego wartości. Ustawa Pzp oraz dyrektywa klasyczna nie konstytuują wyczerpująco zasad określających, które zamówienia są autonomiczne od innych i stanowią odrębne zamówienia. Część wytycznych pozwalających przesądzić, kiedy mamy do czynienia z zamówieniem autonomicznym, a kiedy zamówienie jest wyłącznie częścią większej całości, można odczytać w art. 30 Pzp.

3. Dopuszczalność dzielenia zamówienia na części. W świetle art. 29 ust. 2 Pzp podział zamówienia na części jest dopuszczalny, jeśli nie prowadzi do niestosowania Pzp. Pzp nie określa, z jakich względów zamawiający może zdecydować o dokonaniu podziału. Mogą to być względy organizacyjne, celowościowe, ekonomiczne lub inne. Nie jest zakazany sam podział zamówienia na części, ale taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przepisów Pzp albo przepisów właściwych dla zamówienia o określonej wartości. Oznacza to, że o ile zamawiający ma swobodę w dokonywaniu podziałów zamówienia, to nie może czynić tego z zamiarem unikania stosowania Pzp. Niebezpieczeństwo „unikania stosowania przepisów ustawy" dotyczyć może zasadniczo dwóch aspektów:

1) niestosowania ustawy (wszystkich przepisów Pzp) do udzielenia zamówienia lub choćby części Pzp pomimo obowiązku jej stosowania,
2) stosowania reżimu Pzp właściwego zamówieniom klasycznym o wartości mniejszej niż progi unijne, pomimo iż prawidłowo ustalona wartość zamówienia wskazywałaby na konieczność stosowania procedur jak dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej te progi.

Art. 30.

1. 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.

2. 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.

3. Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.

4. W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

1. Uwagi ogólne. Art. 30 ust. 1 i 2 Pzp wyznaczają reguły ustalania wartości zamówienia udzielanego w częściach lub z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Stanowi ona, że zamawiający, ustalając wartość zamówienia, zobowiązany jest uwzględnić łączny przedmiot takiego zamówienia także w sytuacji, gdy przedmiot ten jest podzielony

na kilka planowanych postępowań. Jeżeli zatem zamówienie będzie udzielane w ramach kilku postępowań, to do przeprowadzenia każdego z tych postępowań należy stosować procedury Pzp, takie same jakie stosowano by dla całości zamówienia (czyli gdyby zamawiający postanowił wszystkie postępowania scalić do jednego i udzielić zamówienia w jednym postępowaniu). Innymi słowy, do udzielania każdej z części zamówienia zamawiający stosuje takie same procedury Pzp, jakie zastosowałby gdyby udzielał całego zamówienia w ramach jednego postępowania. Przykładowo, w zamówieniu na dostawy o wartości 300 000 euro, podzielonym na 2 części o równej wartości, zamawiający, prowadząc każde z dwóch postępowań zmierzających do podpisania umów na każdą z części zamówienia, zobowiązany jest stosować procedury odpowiadające łącznej wartości 300 000 euro (dla każdej z części). Reguła ta stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 5 ust. 8 i 9 dyrektywy klasycznej. Dyrektywa klasyczna, a w ślad za nią Pzp, wprowadza przy tym wytyczne pozwalające przesądzić, które planowane postępowania składają się na jedno zamówienie. Punktem wyjścia do oceny, czy dane zamówienie w rozumieniu art. 28–30 Pzp „odpowiada" tylko jednemu postępowaniu (i stanowi autonomiczne, samodzielne zamówienie), czy też jest czymś więcej i jest udzielane w ramach kilku postępowań, jest ustalenie, czy takie zamówienie było (lub powinno zostać) przewidziane. Powyższa reguła dotyczy zamówień niezależnie od ich rodzaju (dostaw, usług lub robót budowlanych). Niezależnie od tego w przypadku dostaw dodatkową przesłanką jest podobieństwo dostawy, w przypadku zaś robót budowlanych konieczne jest uwzględnienie pojęcia obiektu budowlanego i pełnienie przez ten obiekt samodzielnych funkcji technicznych lub gospodarczych – jeśli roboty budowlane polegają na wykonaniu obiektu budowlanego.

2. Planowanie zamówienia. Jak wynika z treści art. 28 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Prawidłowe zdefiniowanie zamówienia wymaga rozpoznania zakresu potencjalnych zakupów, planowanych zamówień wieloletnich, dofinansowania zewnętrznego (np. ze środków UE) i wynikających z niego zakupów itp. Zdefiniowanie zamówienia stanowi pierwszą przesłankę, pod kątem której weryfikuje się, czy kilka postępowań powinno być traktowanych jako jedno zamówienie. Inaczej mówiąc, jeżeli zamawiający posiada lub powinien posiadać wiedzę o określonych postępowaniach i ich zakresie przedmiotowym, to takie postępowania składać się mogą na jedno zamówienie. Regułą ustalania wartości zamówienia z uwzględnieniem wszystkich jego części (stanowiących odrębne postępowania) objęte są te części, które zostały lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego, z zastrzeżeniem, że aby mówić o konieczności łącznego ustalenia wartości zamówienia, konieczne jest także wystąpienie innych przesłanek. Agregacji nie podlegają natomiast te postępowania, które pojawiają się następczo i nie były możliwe do przewidzenia (zaplanowania), pomimo dochowania należytej staranności. Wypełnienie przesłanki czasowej oznacza tyle, że zamawiający ma świadomość **jaki jest ogólny zakres zamówienia** (niezależnie od tego, z ilu elementów się ono składa) **i w jakiej perspektywie czasowej będzie ono udzielone**.

Objęcie planem lub możliwość przewidzenia danego zamówienia (na które składają się odrębne postępowania lub umowy) jest przesłanką istotną dla wszystkich rodzajów zamówień (dostaw, usług i robót budowlanych), ale nie jedyną.

3. Podobieństwo dostaw i tożsamość usług. Niewątpliwie nie wszystkie postępowania znane zamawiającemu na etapie planowania zamówień

powinny zostać potraktowane jako elementy jednego zamówienia. Istotne jest zbadanie innych przesłanek weryfikujących, czy istotnie mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach. Z art. 30 ust. 2 Pzp można wywieść, że łącznemu ustaleniu wartości podlegają podobne dostawy. W motywie 19 dyrektywy klasycznej wyjaśniono, że do celów szacowania progów pojęcie podobnych dostaw należy rozumieć jako produkty o identycznym lub podobnym przeznaczeniu – jak np. dostawy różnych rodzajów żywności lub różnych mebli biurowych. W tym samym motywie wyjaśniono dalej, że „zazwyczaj wykonawca działający w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu". Oznacza to, że przesłanka podobieństwa dostaw winna być rozumiana celowościowo i w sposób zobiektywizowany (dostawy podobne to takie, które mają identyczne lub podobne przeznaczenie, z zastrzeżeniem, że w tym motywie dyrektywy klasycznej mowa jest o podobnym przeznaczeniu różnych przedmiotów dostawy, a nie przeznaczeniu, jakie dla przedmiotu dostawy znajdzie zamawiający). Podsumowując, w przypadku dostaw łącznemu szacowaniu podlegają te dostawy, które były lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego i są przedmiotowo podobne. Zasada podobieństwa nie dotyczy natomiast usług, o których mowa w art. 30 Pzp. Przepisy Pzp i dyrektywy klasycznej nie nakazują łącznego szacowania podobnych usług. Ustalając wartość zamówienia na usługi, zamawiający odnosi się do konkretnej usługi, którą zamierza nabyć. W przypadku usług łącznemu szacowaniu podlegać będą zatem jednorodne usługi, jeśli zostały lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego.

4. Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane. Dyrektywa klasyczna w art. 5 ust. 8 nakazuje łączne szacowanie poszczególnych części składających się na zaplanowaną (przewidzianą) realizację obiektu

budowlanego. W podobny sposób należy zatem także odczytywać treść art. 30 ust. 1 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych. Wyznacznikiem obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia będzie zatem obiekt budowlany, jeżeli przedmiotem robót będzie wykonanie obiektu budowlanego (ewentualnie zaprojektowanie i wykonanie obiektu). Poprzez obiekt budowlany należy rozumieć zgodnie z art. 7 pkt 14 Pzp wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych. Obiektem może być zatem przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie za obiekt budowlany należy uznać także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. Wobec powyższego, szacując wartość zamówienia na roboty budowlane, niezbędne do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na takie zamierzenie[154].

[154] Wyrok ETS z dnia 5 października 2000 r. (C-16/98) w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej

Jeżeli natomiast roboty budowlane nie będą polegały na wykonaniu obiektu budowlanego, a będą polegały na wykonaniu albo zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych określonych w załączniku II do dyrektywy klasycznej w różnych obiektach, kryteriami służącymi do oceny, czy różne roboty budowlane stanowią jedno zamówienie, nie będą kryteria odnoszące się do gospodarczych lub technicznych funkcji „obiektu", gdyż różne roboty budowlane nie stanowią wykonania „obiektu budowlanego". Podstawowym kryterium pozwalającym na ustalenie, czy określone prace składają się na jedno zamówienie na roboty budowlane, czy też stanowią zamówienia odrębne, będzie przede wszystkim rodzaj planowanych prac budowlanych. Ponadto istotna dla oceny będzie okoliczność, czy dane zamówienia na roboty budowlane były możliwe do przewidzenia w tym samym czasie, czy wchodzą one w zakres jednego programu (projektu) unijnego lub krajowego (a zatem możliwość ich przewidzenia), czy podmiotem udzielającym był ten sam zamawiający. Odmienna lokalizacja realizowanych prac budowlanych nie przesądza o odrębnym ustalaniu wartości tych robót, a tym samym uznaniu, że każda z nich stanowi odrębne zamówienie. Szacując wartość zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 30 ust. 3 Pzp, zamawiający zobowiązany jest doliczyć wartość wszystkich usług i dostaw, które przekazuje wykonawcy w celu wykonywania tych robót. Do usług i dostaw, o których mowa w tym przepisie, nie wlicza się wartości dokumentacji dotyczącej robót budowlanych, np. dokumentacji projektowej, na podstawie której będą wykonywane roboty. Jeżeli natomiast dokumentacja projektowa, na podstawie której będą wykonywane roboty budowlane, nie stanowi elementu OPZ, a stanowić ma jeden z elementów zamówienia

do wykonania przez wykonawcę, w takiej sytuacji jej wartość winna być uwzględniona w wartości zamówienia.

5. Łagodniejszy reżim stosowania Pzp dla części zamówienia o określonej wartości. Przepis art. 30 ust. 4 Pzp transponuje art. 4 ust. 10 dyrektywy klasycznej oraz art. 16 ust. 10 dyrektywy sektorowej. Przepis może być stosowany do udzielania zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Przepis art. 30 ust. 4 Pzp znajduje zastosowanie do zamówień podzielonych na części. Przepis ten nie dopuszcza odstąpienia od reguły łącznego ustalania wartości zamówienia wszystkich części (postępowań), wskazuje natomiast, że niektóre części składające się na takie zamówienie mogą być procedowane według łagodniejszego reżimu Pzp niż wynikający z reguły łącznego szacowania wartości zamówienia. Przepis wymaga w tym celu spełnienia kumulatywnie dwóch przesłanek. Po pierwsze, wartość każdej z takich części (które mogą być procedowane w łagodniejszym reżimie Pzp) musi być mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych. Po drugie, łączna wartość takich części nie może przekraczać 20% wartości zamówienia ustalonej zgodnie z art. 28–30 Pzp. Skutkiem złagodzenia reżimu jest możliwość przeprowadzenia postępowania na niektóre części zamówienia według reżimu odpowiadającego wartości tej części, a nie wartości odpowiadającej łącznej wartości zamówienia. Przykładowo, w zamówieniu klasycznym na dostawy o wartości zamówienia 300 000 euro (a zatem wartości przekraczającej próg unijny dla zamówień klasycznych obligujący do zastosowania działu II Pzp), podzielonym na 5 części o równej wartości,

zamawiający, prowadząc poszczególne postępowania, będzie mógł według własnego uznania:

1) zastosować procedury udzielania zamówień z działu II (np. tryb przetargu nieograniczonego) dla każdej z części (art. 30 ust. 2 Pzp) tak jakby te części miały wartość 300 000 euro każda,
2) zastosować art. 30 ust. 2 i 4 Pzp, co będzie skutkowało tym, że do udzielenia jednej części zastosuje procedury odpowiadające wartości tej części, czyli 60 000 euro (a nie wartości całości), a pozostałe bez zmian – jakby miały wartość 300 000 euro każda.

Oznacza to, że jedna z części będzie prowadzona w oparciu o przepisy działu III (np. w trybie podstawowym), pozostałe zaś bez zmian według przepisów działu II. Powyższe będzie dopuszczalne, gdyż wartość zamówienia tej jednej części nie przekracza równowartości kwoty 80 000 euro i stanowi nie więcej niż 20% łącznej wartości zamówienia (60 000 euro z 300 000 euro to dokładnie 20%). Nie będzie natomiast możliwe w przedstawionym przykładzie zastosowanie tego rozwiązania w celu udzielenia w sposób uproszczony dwóch części zamówienia, każda po 60 000 euro. Łączna wartość tych części wynosiłaby bowiem 120 000 euro i stanowiła 40% wartości zamówienia, a zatem przekraczałaby dopuszczalną przepisem ust. 4 równowartość 20% wartości całości i maksymalną wartość bezwzględną pozwalającą na zastosowanie tego przepisu, tj. 80 000 euro. Przepis można stosować wielokrotnie dla danego zamówienia, do czasu gdy wartość części, z których każda nie może przekroczyć wskazanych w przepisie wartości dla dostaw, usług i robót budowlanych, nie osiągnie łącznie wartości 20% wartości całego zamówienia. Jeżeli wartość części, mogących być objętych łagodniejszym reżimem (spełniającymi przesłanki art. 30 ust. 4 Pzp), nie przekracza kwot z art. 2 ust. 1

pkt 1–4 Pzp, możliwe jest udzielenie tej części zamówienia poza procedurami przewidzianymi w Pzp.

Art. 31.

1. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c lub art. 415 ust. 2 pkt 6, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się także wartość tych zamówień.

2. Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.

3. Wartością partnerstwa innowacyjnego jest maksymalna wartość wszystkich działań w procesie badawczo-rozwojowym, które mają zostać przeprowadzone w ramach każdego z etapów planowanego partnerstwa, oraz wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa.

4. Jeżeli w dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym zamawiający przewiduje nagrody, ich wartość uwzględnia się w szacunkowej wartości zamówienia.

1. Uwzględnianie wartości zamówień podobnych i uzupełniających. Art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 388 pkt 2 lit. c Pzp odnoszą się do zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług i robót budowlanych. Przepisy art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp dotyczą zamówień z dziedzin obronności i bezpieczeństwa i posługują się terminologią zamówień uzupełniających na usługi i roboty budowlane. Wszystkie powyższe zamówienia udzielane są w trybie zamówienia z wolnej ręki. Kontynuują one zakres przedmiotowy dotychczasowych zamówień (co do zasady udzielanych w trybach konkurencyjnych).

W okolicznościach, gdy zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego (tego, którego kontynuacją będzie zamówienie udzielane w trybie z wolnej ręki), przewiduje ewentualne udzielenie zamówień polegających na: powtórzeniu podobnych (lub uzupełniających w zamówieniach z dziedzin obronności i bezpieczeństwa) usług lub robót budowlanych, obowiązany jest uwzględnić wartość powtórzonych usług lub robót budowlanych, w wartości zamówienia podstawowego. Jeżeli wartość zamówienia, uwzględniająca planowane powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych, wykaże konieczność zastosowania innego reżimu Pzp niż wynikałoby to z samej tylko wartości zamówienia podstawowego, wartością zamówienia w świetle art. 31 ust. 1 Pzp będzie wartość większa (uwzględniająca potencjalne zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w tym przepisie).

2. Opcje i wznowienia. Zamawiający przewidujący opcję lub wznowienie zobowiązany jest uwzględnić maksymalne wartości opcji i wznowienia. Za opcję uznaje się uprawnienie zamawiającego do rozszerzenia (lub zmniejszenia) zakresu zamówienia o wskazany w dokumentach zamówienia zakres. Wznowieniem zamówienia jest wykonywanie po raz kolejny tych samych dostaw lub usług przewidzianych w pierwotnej umowie. Wznowienia, podobnie jak opcje, nie wymagają zmiany umowy i dotyczą umów zawartych na czas określony, które zgodnie z warunkami w nich zawartymi na podstawie decyzji zamawiającego podlegają przedłużaniu na kolejny okres.

3. Ustalanie wartości partnerstwa innowacyjnego. Art. 31 ust. 3 Pzp dotyczy ustalania wartości partnerstwa innowacyjnego. Celem partnerstwa jest zaspokojenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane. W związku z powyższym dokonywanie ustalenia

wartości zamówienia na przedmiot, który – co do zasady – nie istnieje, może nastąpić tylko w znacznym przybliżeniu. Wymóg „należytej staranności" z treści z art. 28 Pzp będzie można uznać za spełniony, jeżeli zamawiający w sposób dostateczny określi wartość nakładów i przybliży wartość efektu partnerstwa. W świetle normy art. 31 ust. 3 Pzp wartością partnerstwa są także wszystkie dostawy, usługi i roboty budowlane, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa. Przepis art. 31 ust. 4 stanowi konsekwencje dokonania przez ustawodawcę modyfikacji przepisów dotyczących trybów partnerstwa innowacyjnego oraz dialogu konkurencyjnego. W celu zachęcenia wykonawców do częstszego brania udziału w postępowaniach toczących się w tych trybach przepisy dotyczące tych trybów przewidują możliwość wypłacania wykonawcom nagród. Wartość nagród uwzględnia się przy ustalaniu wartości zamówienia udzielanego w jednym z tych trybów.

Art. 32.

1. Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający przewiduje udzielić w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.

2. Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej.

3. Wartością konkursu jest wartość nagród oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu.

4. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia, wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody, oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu.

1. Wartość dynamicznego systemu zakupów i wartość umowy ramowej. Wartość dynamicznego systemu zakupów i wartość umowy ramowej musi uwzględniać maksymalną wartość wszystkich zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w ramach każdej z tych procedur. W zależności od ustalonej wartości zamawiający wybiera właściwe miejsce opublikowania ogłoszenia (DUUE lub BZP).

2. Wartość konkursu. Ustalenie wartości konkursu ma podobne znaczenie, co ustalenie wartości zamówienia publicznego. W zależności od ustalonej wartości konkursu zamawiający wybiera właściwe miejsce opublikowania ogłoszenia (DUUE lub BZP). Art. 32 ust. 3 Pzp dotyczy konkursu, o którym mowa w art. 326 pkt 1 Pzp (tj. konkursu, w którym wyłącznymi nagrodami są nagrody pieniężne lub rzeczowe), zaś ust. 4 – konkursu, w którym podstawową nagrodą jest zaproszenie do negocjacji w celu wykonania usługi (art. 326 pkt 2 Pzp). Wartość nagród dotyczy wszystkich nagród pieniężnych i rzeczowych (każdego przysporzenia finansowego dla uczestnika konkursu, który został w dowolny sposób nagrodzony, choćby jedynie za udział w konkursie) niezależnie od rodzaju konkursu (art. 326 pkt 1 i 2 Pzp). Wartość zamówienia, składająca się na wartość konkursu, odnosi się wyłącznie do zamówienia na usługę, która będzie przedmiotem negocjacji. Nie odnosi się natomiast do innych usług, dostaw i robót budowlanych, które mogą zaistnieć w następstwie wykonania takiej usługi. Niezależnie od uwzględnienia w wartości konkursu wartości nagród zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia także wartości zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu w rozumieniu art. 333 ust. 2 pkt 15 i 17 Pzp.

Art. 33.

1. W przypadku gdy zamawiający składa się z kilku jednostek organizacyjnych, całkowita wartość zamówienia jest ustalana dla wszystkich jednostek organizacyjnych łącznie.

2. Jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego, posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową.

1. Reguła łącznego ustalania wartości zamówień przez jednostki organizacyjne. Art. 33 Pzp dotyczy sposobu ustalania wartości zamówień przez zamawiających składających się co najmniej z dwóch wyodrębnionych jednostek organizacyjnych. Art. 33 ust. 1 Pzp wprowadza regułę, że jednostki organizacyjne zamawiającego powinny dokonywać łącznego ustalania wartości udzielanych przez siebie zamówień. Art. 33 ust. 2 Pzp określa wyjątek, który dopuszcza, aby jednostka organizacyjna ustalała wartość zamówienia odrębnie pod warunkiem, że posiada samodzielność finansową oraz udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością. Art. 33 Pzp, posługując się pojęciem „wyodrębnionej jednostki organizacyjnej" jako podmiotu upoważnionego do udzielania zamówień publicznych, nie kreuje odrębnej definicji zamawiającego. Zamawiającymi mogą być wyłącznie podmioty, o których mowa w art. 4–6 Pzp. Tym samym, nawet jeśli jednostka dokonuje ustalenia wartości zamówienia publicznego i wykonuje czynności techniczne w celu jego udzielenia, to zamawiającym w dalszym ciągu pozostaje podmiot, w ramach struktury którego została wydzielona. Podstawą strukturalnego

wyodrębnienia jednostki organizacyjnej może być ustawa, ale też akt o charakterze wewnętrznym. Jednostka organizacyjna co do zasady nie będzie posiadała osobowości prawnej.

2. Zamówienia związane z własną działalnością jednostki organizacyjnej zamawiającego. Poprzez „zamówienia związane z jej własną działalnością" należy rozumieć takie, które jej dotyczą i służą realizacji celów, do których została powołana. Co do zasady nie będzie za zamówienie związane z jej własną działalnością uznane zadanie jej powierzone np. w drodze wykonywania pomocniczych działań zakupowych w imieniu zamawiającego, z którego struktur została wyodrębniona. Posiadanie samodzielności finansowej to coś więcej niż przejawianie jakiejkolwiek odrębności finansowej. Jednostka samodzielna finansowo to taka, która posiada wyraźny zakres autonomii polegający w szczególności na:

1) uprawnieniu do projektowania (lub uchwalania) własnego planu finansowego,
2) uprawnieniu do dokonywania wydatków lub zaciągania zobowiązań,
3) prawie do autonomicznego pobierania środków z rachunków bankowych (własnych lub zamawiającego).

Przesądzenie, czy dana jednostka organizacyjna zamawiającego posiada samodzielność finansową i udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, może być dokonane tylko w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

Art. 34.

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

1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania

i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, z późn. zm.);

2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

2. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, metody i podstawy:

1) sporządzania kosztorysu inwestorskiego,

2) obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym

– uwzględniając dane techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wpływ na wartość zamówienia.

1. Uwagi ogólne. Przepis art. 34 Pzp określa podstawy ustalania wartości zamówienia polegającego na wykonaniu lub zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, opierając się na krajowym rozumieniu tych pojęć, tj. na podstawie Prawa budowlanego. Natomiast ogólne zasady ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane zostały określone w art. 30 ust. 1 Pzp.

2. Zakres regulacji art. 34. Art. 34 Pzp określa techniki i dokumenty, w oparciu o które należy dokonywać ustalenia wartości zamówienia

na roboty budowlane, jeśli roboty te są także robotami budowlanymi w rozumieniu Prawa budowlanego. Takimi podstawami do ustalania wartości zgodnie z przepisem są:

1) kosztorys inwestorski oraz
2) planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym.

W przypadku kosztorysu inwestorskiego nie ma on ustalonej definicji w Prawie budowlanym, natomiast w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, wydanym na podstawie art. 34 ust. 3 definiuje się ten dokument opisowo, wskazując jego sposób przygotowania oraz określając, jakie elementy obejmuje. Cytowane rozporządzenie w taki sam sposób określa planowane koszty prac projektowych oraz planowane kosztów robót budowlanych określone w zdefiniowanym w art. 103 ust. 3 Pzp dokumencie, jakim jest program funkcjonalno-użytkowy. Definicja robót budowlanych z art. 7 pkt 21 Pzp stanowi, że przez roboty budowlane należy rozumieć: wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia w sprawie CPV. Z powyższego wynika, że zakresem przedmiotowym pojęcia robót budowlanych w rozumieniu Pzp objęta jest szersza sfera działań, którym przysługuje przymiot „robót budowlanych", niż wynikałoby to z Prawa budowlanego. Typowym przykładem mogą być roboty budowlane polegające na „wynajmie sprzętu budowlanego i burzącego wraz z obsługą operatorską" (załącznik II do dyrektywy 2014/24/UE). W przypadku tego typu świadczenia stanowiącego robotę w rozumieniu dyrektywy klasycznej, ale nie w świetle polskiego prawa budowlanego, przepis art. 34 Pzp nie musi znaleźć

bezpośredniego zastosowania do ustalenia wartości szacunkowej takiej roboty. Art. 34 nie znajdzie także pełnego zastosowania do ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane składające się na obiekt budowlany, które udzielany jest w częściach.

3. Delegacja dla ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa. Przepis zawiera delegację dla ministra do wydania odpowiedniego rozporządzenia, w którym ustalone będzie znaczenie i zakres przedmiotowy pojęć użytych w treści przepisu, tj. kosztorysu inwestorskiego, planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych. Pojęcia oraz zakres przedmiotowy: programu funkcjonalno-użytkowego, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót określono w art. 103 Pzp i rozporządzeniu wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego określonego w tym przepisie.

Art. 35.

1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest:

1) **rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo**
2) **łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.**

2. Jeżeli zamówienia na dostawy na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu udziela się na czas:

1) nieoznaczony lub których okres obowiązywania nie może być oznaczony, wartością zamówienia jest wartość miesięczna pomnożona przez 48;

2) oznaczony:

a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,

b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi, których łączna cena nie może być określona, jest:

1) całkowita wartość zamówienia przez cały okres jego realizacji – w przypadku zamówień udzielanych na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy;

2) wartość miesięczna zamówienia pomnożona przez 48 – w przypadku zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy.

4. Jeżeli zamówienie obejmuje usługi:

1) bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia;

2) ubezpieczeniowe, wartością zamówienia jest należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;

3) projektowania, wartością zamówienia jest wynagrodzenie, opłaty, prowizje i inne podobne świadczenia.

1. Zamówienie na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie. Z zamówieniami na usługi lub dostawy powtarzające się będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy dane zamówienie powtarza się co pewien czas i nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy. W sytuacji gdy możliwość „skumulowania" istnieje, nie należy takich zamówień traktować jako zamówień na dostawy lub usługi powtarzające się.

2. Ustalanie wartości dostaw dotyczących dzierżawy, najmu lub leasingu. Przepis art. 35 ust. 2 Pzp wskazuje na metody ustalania wartości zamówienia na dostawy na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu. Jeżeli przewidywany czas trwania takiego zamówienia jest nieoznaczony lub których okres obowiązywania nie może być oznaczony, wartością zamówienia jest wartość miesięczna dostawy pomnożona przez 48. Dopuszczalność zawarcia umowy na czas nieoznaczony na dostawy określa art. 435 Pzp. W przypadku zamówień na dostawy dotyczących dzierżawy, najmu lub leasingu zawieranych na czas oznaczony, metoda ustalenia wartości zamówienia uzależniona jest od długości trwania dostawy

3. Ustalanie wartości zamówienia na niektóre usługi. Przepis ust. 3 znajduje zastosowanie do usług, których łączna cena nie może być określona. Przepis stanowi transpozycję art. 5 ust. 14 dyrektywy klasycznej dotyczącego zamówień publicznych na usługi, w przypadku których „nie określono łącznej ceny". Poza zakresem przepisu Pzp oraz dyrektywy znajduje się przyczyna niemożności ustalenia (lub nieokreślenia – jak w dyrektywie) łącznej ceny usług. Przyczyna nieustalenia łącznej ceny usługi winna mieć jednak charakter obiektywny, w szczególności wynikać ze specyfiki takiej usługi. Przepis stanowi, że w przypadku zamówień udzielanych na takie usługi na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy

podstawą ustalenia wartości będzie całkowita wartość zamówienia przez cały okres jego realizacji. W odniesieniu zaś do zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy podstawą ustalenia wartości będzie wartość miesięczna zamówienia pomnożona przez 48.

4. Szczególne reguły ustalania wartości zamówienia dla usług bankowych i innych usług finansowych, usług ubezpieczeniowych oraz usług projektowania. Przepis art. 35 ust. 4 Pzp dotyczy każdego zamówienia na usługi bankowe, inne usługi finansowe, usługi ubezpieczeniowe i usługi projektowania. W przypadku wystąpienia tych usług, ustalając wartość zamówienia, należy uwzględnić metodę ustalania wartości jednoznacznie ustaloną w przepisie. W przypadku wystąpienia usług bankowych lub innych usług finansowych, wartością zamówienia dla takich usług będą opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. W przypadku zatem umowy pożyczki do wartości zamówienia nie będzie wliczana wartość pożyczonego kapitału. Podobnie w przypadku wystąpienia usług ubezpieczeniowych wartością zamówienia będzie należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia, ale już nie suma gwarancyjna. Jeżeli zaś zamówienie będzie obejmowało także usługi projektowania, wartość zamówienia w zakresie projektowania będzie obejmowała wynagrodzenie [projektanta], ale także opłaty, prowizje i inne podobne świadczenia.

Art. 36.

1. Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania

o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań.

2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

1. Aktualność ustalonej wartości zamówienia. Przepis określa czas, w którym zamawiający może najwcześniej ustalić wartość zamówienia przed datą wszczęcia postępowania (czyli, zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp, datą przekazania albo zamieszczenia ogłoszenia lub datą przekazania zaproszenia do negocjacji albo do składania ofert). W przypadku zamówień na dostawy i usługi wartość zamówienia musi być ustalona nie wcześniej niż 3 miesiące przed datą wszczęcia postępowania, w przypadku robót budowlanych nie wcześniej niż 6 miesięcy.

2. Zmiana okoliczności. Przepis stanowi, że zmiana okoliczności faktycznych (np. radykalna zmiana cen rynkowych) wymusza na zamawiającym dokonanie oceny, czy ustalona wartość zamówienia w dalszym ciągu odpowiada cenom rynkowym. Jeśli na skutek ponownego dokonania ustalenia konieczna będzie zmiana wartości zamówienia – zamawiający określa aktualną wartość i w oparciu o nią wykonuje dalsze niezbędne czynności.

Rozdział 6
Zamawiający i wykonawcy

Oddział 1
Zamawiający

Art. 37.

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia oraz organizuje konkurs.

2. Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia lub organizację konkursu, w ramach pomocniczych działań zakupowych, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

3. Pomocnicze działania zakupowe polegają na zapewnieniu zamawiającemu wsparcia w związku z udzielaniem zamówienia lub organizacją konkursu, w szczególności przez:

1) zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych;

2) doradztwo dotyczące planowania, przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu;

3) przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia;

4) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego.

4. Podmioty, o których mowa w ust. 2, realizując pomocnicze działania zakupowe, o których mowa w ust. 3 pkt 4, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.

1. Zamawiający jako organizator procesu udzielania zamówienia publicznego. W art. 37 ust. 1 Pzp ustanowiono zasadę, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia oraz organizację konkursu odpowiada zamawiający, który co do zasady działa samodzielnie przy zaangażowaniu w ten proces własnych zasobów. To na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz organizacji konkursu zgodnie z przepisami Pzp. Zasada ta dotyczy wszystkich zamawiających bez względu na ich status prawny, sposób działania, wykonywane zadania i źródła finansowania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 pkt 31 Pzp zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej zobowiązana do stosowania Pzp. Rodzaje zamawiających określają przepisy art. 4, 5 i 6 Pzp (zamawiający publiczni, sektorowi oraz subsydiowani).
Zamawiający jest zobowiązany do podejmowania wszystkich niezbędnych działań do prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania zmierzających do skutecznego osiągnięcia celu, jakim jest zawarcie z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Pzp ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ponosi odpowiedzialność za wszystkie działania prowadzące do osiągnięcia tego celu. Działania te obejmują czynności podejmowane zarówno na etapie przygotowania postępowania (m.in. ustalenie wartości zamówienia, dokonanie analizy potrzeb i wymagań, powołanie komisji przetargowej, opracowanie dokumentów zamówienia, w tym określenie warunków jego realizacji w treści umowy łączącej go z potencjalnym wykonawcą), jak i w trakcie przeprowadzanego postępowania – po jego wszczęciu, aż do zakończenia z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz

postępowania ma pełne uprawnienie – w granicach określonych przepisami Pzp – do ustanawiania wymagań realizacji zamówienia w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć[155].

Z zasady wyrażonej w art. 37 ust. 1 Pzp wynika również uprawnienie zamawiającego do samodzielnego unieważnienia i powtórzenia uprzednio dokonanych czynności podjętych z naruszeniem przepisów Pzp w trakcie przeprowadzanego postępowania[156].

2. Kierownik zamawiającego. Zamawiający podejmuje swoje działania przez kierownika zamawiającego, którym w świetle art. 7 pkt 7 Pzp jest osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego. Definicja ta odsyła do przepisów określających status i regulujących organizację danego zamawiającego, przy czym pod uwagę brane są nie tylko przepisy ustaw i rozporządzeń, ale także aktów wewnętrznych, a w przypadku podmiotów prawa prywatnego – również umów. Kierownikiem zamawiającego, w zależności od przepisów ustrojowych dotyczących danego podmiotu (zamawiającego), jest osoba fizyczna (m.in.: dyrektor, prezes, kierownik jednostki), której powierzono kierowanie określoną strukturą organizacyjną, podmiotem czy instytucją, albo organ jednoosobowy (osoba powołana do pełnienia funkcji np. wójta, burmistrza, prezydenta, naczelnika), albo organ kolegialny (np. zarząd, rada). Odpowiedzialność kierownika zamawiającego za przygotowanie

[155] Zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO 358/19

[156] Zob. wyrok SO w Poznaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt X Ga 85/15, niepubl. oraz wyrok KIO z dnia 24 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1484/15

i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia wynika z art. 52 ust. 1 Pzp.

3. Powierzenie przez zamawiającego przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu. Przepis art. 37 ust. 2 Pzp stanowi upoważnienie zamawiającego do powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania lub organizacji konkursu własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Skorzystanie z tego uprawnienia nie powoduje utraty statusu zamawiającego. Przepisy Pzp nie określają szczegółowego zakresu czynności możliwych do powierzenia własnej jednostce lub osobie trzeciej, ani też w jaki sposób powinno nastąpić powierzenie wykonywania określonych czynności. Zamawiający powierza przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania w ramach pomocniczych działań zakupowych. Od autonomicznej decyzji kierownika zamawiającego zależy, czy wszystkie czynności wykona własnymi zasobami, czy też powierzy wszystkie lub tylko niektóre z nich innym osobom lub podmiotom, niepowiązanym organizacyjnie z zamawiającym w ramach pomocniczych działań zakupowych. Zamawiający może zatem powierzyć wszystkie działania związane z przygotowaniem postępowania oraz przeprowadzeniem postępowania. Możliwe jest także powierzenie zarówno całości procesu przygotowania postępowania, jak również jedynie niektórych czynności związanych z przygotowaniem postępowania, a następnie przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego. Zamawiający może też samodzielnie przygotować postępowanie, a przeprowadzenie postępowania w jego imieniu i na jego rzecz powierzyć innemu podmiotowi.

4. Podmioty świadczące pomocnicze działania zakupowe. Pomocnicze działania zakupowe, zgodnie z art. 37 ust. 2 Pzp, mogą być świadczone przez własną jednostkę organizacyjną zamawiającego lub osobę trzecią. Ponadto na podstawie art. 44 ust. 2 Pzp możliwość prowadzenia działalności w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych przysługuje centralnemu zamawiającemu.

Jednostkami organizacyjnymi zamawiającego są podmioty powołane przez zamawiającego w celu realizacji jego zadań, pod względem strukturalnym stanowiące część danego zamawiającego. Powierzenie pomocniczych działań zakupowych takim jednostkom następuje z reguły aktem prawa wewnętrznego i nie ma charakteru odpłatnego.

Osobami trzecimi mogą być podmioty prywatne świadczące usługi wsparcia zamawiającego w procesie zakupowym, niezależnie od ich statusu prawnego, tj. osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Powierzenie pomocniczych działań zakupowych osobom trzecim następuje najczęściej na podstawie umowy o charakterze odpłatnym lub dodatkowego pełnomocnictwa, co oznacza, że powinno zostać dokonane z zastosowaniem właściwych procedur przewidzianych w Pzp (zob. motyw 70 preambuły dyrektywy klasycznej).

5. Pomocnicze działania zakupowe. Treść art. 37 ust. 3 Pzp zawiera definicję pomocniczych działań zakupowych polegających na zapewnieniu zamawiającemu wsparcia w związku z udzielaniem zamówienia lub organizacją konkursu. Pojęcie pomocniczych działań zakupowych zostało zaczerpnięte z art. 2 dyrektywy klasycznej. Działania te polegają na zapewnieniu wsparcia dla czynności podejmowanych przez zamawiającego w procesie planowania, przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji

konkursu. Takie wsparcie może przybierać różnoraką formę. Przepis art. 37 ust. 3 Pzp precyzuje, że zapewnienie zamawiającemu wsparcia w związku z udzielaniem zamówienia lub organizacją konkursu polega w szczególności na zapewnieniu: infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych, doradztwie dotyczącym planowania, przygotowania lub przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursów, przygotowaniu postępowań o udzielenie zamówienia oraz przeprowadzeniu ich w imieniu i na rzecz zamawiającego. Kategoria pomocniczych działań zakupowych została określona szeroko. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności" oznacza, że katalog pomocniczych działań zakupowych określony w art. 37 ust. 3 Pzp ma charakter otwarty. Zamawiający może zatem powierzyć wskazanym podmiotom dokonanie wszystkich czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wchodzących w zakres pomocniczych zadań zakupowych lub tylko niektórych z nich. Tym samym zamawiający może powierzyć w całości etapy przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, jak również poszczególne czynności podejmowane w ramach tych etapów. Od decyzji zamawiającego zależy zakres czynności powierzonych własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Jak wynika z odesłania zawartego w treści art. 38 ust. 5 Pzp, pomocnicze działania zakupowe mogą być świadczone zarówno na rzecz pojedynczego zamawiającego, jak również dla zamawiających działających wspólnie na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp.

Informacja o powierzeniu przez zamawiającego innemu podmiotowi przeprowadzenia postępowania w imieniu i na jego rzecz powinna zostać zamieszczona odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

6. Zapewnienie infrastruktury technicznej. W zakres pomocniczych działań zakupowych wchodzi zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych. Infrastruktura techniczna obejmuje m.in.: urządzenia, sieci, infrastrukturę informatyczną, platformy zakupowe, narzędzia komunikacji elektronicznej umożliwiające w świetle art. 61 ust. 1 Pzp komunikację w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, niezbędne bądź pomocne w procedurze udzielania zamówień publicznych.

7. Usługi doradcze. Doradztwo w zakresie przeprowadzania lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu obejmuje szeroki zakres usług, jakie mogą być realizowane w ramach wspierania zamawiającego w związku z dokonywanym przez niego procesem zakupowym. Należą do nich m.in. usługi doradcze polegające na: udzielaniu porad prawnych, przygotowywaniu lub opiniowaniu projektów dokumentów zamówienia, udziale w prowadzonych negocjacjach lub wstępnych konsultacjach rynkowych. Usługi te mogą dotyczyć zarówno pojedynczych postępowań, przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań konkretnego zamówienia, jak również określonych kategorii postępowań czy też całego procesu zakupowego lub wdrażania elementów polityki zamówieniowej zamawiającego.

8. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

Za przygotowanie postępowania należy uznać dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania, między innymi określenie rodzaju zamówienia, ustalenie jego wartości, dokonanie analizy potrzeb i wymagań, przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych, wyboru trybu udzielenia zamówienia, opracowanie dokumentów zamówienia.

9. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Do pomocniczych działań zakupowych należy również przeprowadzenie postępowania w imieniu i na rzecz zamawiającego. W świetle art. 7 pkt 18 Pzp za postępowanie o udzielenie zamówienia należy uznać uporządkowany ciąg czynności dokonywanych po jego wszczęciu, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem. Za czynności dokonywane na etapie przeprowadzania postępowania należy zatem uznać wszystkie niezbędne czynności w trakcie postępowania zmierzające do udzielania zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy dojdzie do udzielenia zamówienia, czy do unieważnienia postępowania.

10. Pełnomocnicy zamawiającego. Przepis art. 37 ust. 4 Pzp stanowi, że w sytuacji powierzenia przez zamawiającego własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej realizacji pomocniczych działań zakupowych, polegających na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego, podmioty te działają jako pełnomocnicy zamawiającego. Oznacza to, że podjęte przez te podmioty działania są wiążące dla zamawiającego i są traktowane jako działania samego zamawiającego, o ile mieszczą się w granicach umocowania. Należy zaznaczyć, że w takim przypadku podmiot nadal posiada status zamawiającego, natomiast jednostka organizacyjna zamawiającego oraz osoba trzecia w wyniku powierzenia im przez zamawiającego przeprowadzenia postępowania w imieniu i na jego rzecz nie nabywają statusu zamawiającego. W tych okolicznościach zamawiający, nie zaś pełnomocnik, sporządza i przekazuje Prezesowi

UZP roczne sprawozdanie, w którym uwzględnia również informację o zamówieniach udzielonych w imieniu tego zamawiającego przez podmiot trzeci bądź jego własną jednostkę organizacyjną[157].
Po udzieleniu zamówienia publicznego na zamawiającym nadal będzie spoczywał wynikający z przepisów Pzp obowiązek dokonania takich czynności, jak np.: zamieszczenie ogłoszenia o ewentualnej zmianie umowy, zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy, przechowywanie dokumentacji postępowania.
Zakres czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzaniem postępowania, do których będą uprawnieni pełnomocnicy, określa treść dokumentu, z którego wynika ich upoważnienie do działania.
W sytuacji powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania obowiązek działania osoby trzeciej, która została ustanowiona pełnomocnikiem zamawiającego, wynika ze stosunku prawnego łączącego zamawiającego z tą osobą.

Art. 38.

1. Zamawiający mogą wspólnie przygotować lub przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia lub zorganizować konkurs, udzielić zamówienia, zawrzeć umowę ramową, ustanowić dynamiczny system zakupów lub udzielić zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, zamawiający zawierają porozumienie.

3. Zamawiający wspólnie przygotowujący lub przeprowadzający postępowanie o udzielenie zamówienia lub organizujący konkurs

[157] Zob. zachowująca aktualność opinia UZP: *Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych,* https://www.uzp.gov.pl

odpowiadają wspólnie za zgodność tego postępowania lub konkursu z ustawą, w tym również w przypadku gdy jeden zamawiający przygotowuje lub przeprowadza postępowanie w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających.

4. Jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs nie jest w całości przygotowywane i prowadzone lub organizowane w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających:

1) każdy zamawiający ponosi odpowiedzialność za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z ustawy w zakresie części postępowania lub konkursu, które przygotowuje i prowadzi lub organizuje w swoim imieniu i na swoją rzecz;

2) wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy w zakresie części postępowania lub konkursu, która jest przygotowywana i prowadzona lub organizowana w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających.

5. Do zamawiających, o których mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące zamawiającego.

1. Wspólne działania zamawiających. Przepis art. 38 ust. 1 Pzp stanowi materialnoprawną podstawę dla wspólnego przygotowania lub przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez dwóch lub więcej zamawiających. Ponadto uprawnia zamawiających do wspólnego organizowania konkursu, zawarcia umowy ramowej, ustanowienia dynamicznego systemu zakupów lub udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów. Możliwość skorzystania z prawa podejmowania działań wspólnie z innymi zamawiającymi nie jest uzależniona od spełnienia jakichkolwiek przesłanek, co oznacza, że zamawiający mogą podjąć taką decyzję, jeżeli

tylko uznają to za uzasadnione[158]. Przepisy Pzp nie wyłączają możliwości współpracy w stosunku do żadnej kategorii zamawiających. O podjęciu współpracy przesądzają najczęściej czynniki o charakterze ekonomicznym i związane z przedmiotem zamówienia.

2. Formy współpracy zamawiających. Współpraca zamawiających może przybrać różne formy i polegać m.in. na wspólnym przygotowaniu postępowania, wspólnym przeprowadzeniu postępowania albo przygotowaniu lub przeprowadzeniu postępowania przez jednego zamawiającego na rzecz wszystkich zamawiających. Kolejną formę współpracy może stanowić powierzenie jednemu z zamawiających przygotowania postępowania, a następnie przeprowadzenia postępowania w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających. W świetle art. 37 ust. 2 Pzp, który zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 5 Pzp będzie miał zastosowanie w omawianym przypadku, możliwość przeprowadzenia jak również przygotowania takiego postępowania w imieniu wszystkich zamawiających, może zostać powierzona przez zamawiających upoważnionemu przez nich pełnomocnikowi, będącemu osobą trzecią lub jednostką organizacyjną jednego z zamawiających.

Należy zaznaczyć, że w wyniku upoważnienia podmiotu trzeciego bądź jednego z zamawiających do przygotowania postępowania lub przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, tacy zamawiający nie tracą statusu „zamawiających". Udzielenie upoważnienia w takiej sytuacji ma bowiem jedynie uzasadnienie organizacyjne i służy uzyskaniu formalnej podstawy do wykonywania przez upoważniony podmiot lub jednego z zamawiających czynności związanych z przygotowaniem lub

[158] Zob. zachowująca w tym zakresie aktualność opinia UZP *Wspólne udzielanie zamówień art. 16 ustawy Pzp*, https://www.uzp.gov.pl

przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających.

3. Wspólne udzielanie zamówień przez kilku zamawiających a obowiązek sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych. W przypadku wyznaczenia przez zamawiających wspólnie przeprowadzających postępowanie i udzielających zamówienia spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz zamawiający ten działa w tym zakresie jako pełnomocnik (por. art. 37 ust. 4 Pzp). W przedstawionych okolicznościach obowiązek informowania o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu spoczywa wyłącznie na zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia wspólnego zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy postępowanie zostanie przeprowadzone przez wyznaczonego zamawiającego, ale umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia. Jeżeli jednak określony zamawiający jest upoważniony nie do zawarcia umowy, ale tylko do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie w swoim imieniu oraz w imieniu i na rzecz innych zamawiających w sytuacji, gdy przedmiotem postępowania są świadczenia podzielne (zamówienie udzielane w częściach), a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane są indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał zamawiający, obowiązek ujęcia w sprawozdaniu rocznym udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę[159].

[159] Zob. zachowująca aktualność Opinia UZP: *Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych,* https://www.uzp.gov.pl

4. Obowiązek określenia zasad współpracy. Jedynym formalnym warunkiem współdziałania ze sobą zamawiających jest nałożony w art. 38 ust. 2 Pzp obowiązek zawarcia przez nich porozumienia. Przepisy Pzp nie nakazują zawierania odrębnego porozumienia dotyczącego każdego konkretnego postępowania. Możliwe jest zatem zawarcie porozumienia o charakterze ramowym, mającego na celu przygotowywanie lub przeprowadzanie określonego rodzaju postępowań.

Pomimo braku wskazania w Pzp wymaganej treści i zakresu porozumienia zawieranego przez zamawiających należy wskazać, że powinno ono określać zasady współpracy oraz obowiązki stron.

Zamawiający powinni zatem określić w porozumieniu w szczególności kwestie dotyczące przedmiotu zamówienia i jego opisu, ustalenia wartości zamówienia, prowadzenia postępowania, wyznaczenia zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania, wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami porozumienia.

5. Zasady odpowiedzialności zamawiających działających wspólnie za zgodność z Pzp. Wspólne przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu nie zwalnia zamawiających z odpowiedzialności za jego przeprowadzenie. W przepisach art. 38 ust. 3 i 4 Pzp określone zostały zasady odpowiedzialności zamawiających w przypadku wspólnego przygotowywania lub przeprowadzania postępowania lub organizacji konkursu. Zamawiający odpowiadają wspólnie za zgodność postępowania lub konkursu z Pzp, w sytuacji przygotowania lub przeprowadzenia postępowania lub organizacji konkursu w całości dokonywanego przez nich zarówno wspólnie, jak również przez jednego z nich w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających. Oznacza to, że każdy zamawiający odpowiada za zgodność takiego postępowania lub

konkursu z Pzp niezależnie od zakresu swoich obowiązków. Również wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za zgodność z Pzp w zakresie części postępowania lub konkursu, która jest przygotowywana i prowadzona lub organizowana w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających w sytuacji, jeżeli postępowanie lub konkurs nie jest w całości przygotowywane i prowadzone lub organizowane w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających, tj. w przypadku ograniczenia współpracy do poszczególnych elementów.

Art. 39.

Prezes Rady Ministrów może, w drodze zarządzenia, wyznaczyć spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na rzecz tych organów lub jednostek, a także może określić sposób współdziałania z wyznaczonym zamawiającym.

1. Zamawiający wyznaczony dla organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. Przepis art. 39 Pzp stanowi upoważnienie dla Prezesa Rady Ministrów do wyznaczenia zamawiającego, a także do określenia sposobu współdziałania z takim zamawiającym przez organy administracji rządowej lub jednostki organizacyjne podległe tym organom lub przez nie nadzorowane. Wyznaczony w drodze zarządzenia zamawiający będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na ich rzecz.

Art. 40.

Minister kierujący działem administracji rządowej może, w drodze zarządzenia, wyznaczyć spośród podległych sobie jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także może określić sposób współdziałania z wyznaczonym zamawiającym.

1. Zamawiający wyznaczony dla jednostek organizacyjnych podległych ministrowi kierującemu działem administracji rządowej lub przez niego nadzorowanych. Przepis art. 40 Pzp stanowi upoważnienie dla ministra kierującego działem administracji rządowej do scentralizowania zakupów dokonywanych przez podległe mu lub przez niego nadzorowane jednostki organizacyjne. Wyznaczony w drodze zarządzenia zamawiający będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na ich rzecz. Minister kierujący działem administracji rządowej został umocowany do określenia zasad organizacyjnych takiego współdziałania zamawiających. Może w szczególności określić obowiązki zamawiających, na rzecz których działania podejmuje zamawiający wyznaczony przez ministra.

Art. 41.

Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć, spośród podległych sobie jednostek organizacyjnych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także może określić sposób współdziałania z wyznaczonym zamawiającym.

1. Zamawiający wyznaczony w ramach jednostki samorządu terytorialnego. Przepis art. 41 Pzp stanowi upoważnienie dla organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego do wyznaczenia zamawiającego właściwego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub udzielenia zamówienia na rzecz jednostek organizacyjnych danej jednostki samorządu terytorialnego, tj. jednostek podległych temu organowi wykonawczemu. Wójt, burmistrz, prezydent, zarząd powiatu lub zarząd województwa mogą również określić sposób współdziałania podległych sobie jednostek organizacyjnych z wyznaczonym zamawiającym.

Art. 42.

1. Zamawiający mogą wspólnie z zamawiającymi mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej przygotować lub przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia lub zorganizować konkurs, udzielić zamówienia, zawrzeć umowę ramową, ustanowić dynamiczny system zakupów lub udzielić zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, zamawiający zawierają porozumienie, w którym określają:

1) **obowiązki stron, ich podział i mające zastosowanie przepisy państw, w których zamawiający mają miejsce zamieszkania lub siedzibę,**
2) **organizację postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, udzielenia zamówienia, zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, w tym kwestie przygotowania i przeprowadzenia tego postępowania lub organizacji konkursu,**

podziału zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług oraz zawarcia umów

– o ile nie zostało to uregulowane w umowie międzynarodowej zawartej między Rzeczą-
pospolitą Polską a innymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

3. Podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy wskazuje się w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień lub organizowanych konkursów.

4. Zamawiający nie stosuje przepisów ustawy do czynności, o których mowa w ust. 1, jeżeli zastosowanie mają przepisy innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej.

1. Współpraca z zamawiającymi z innych państw Unii Europejskiej. Przepisy art. 42 Pzp przewidują możliwość współpracy zamawiających pochodzących z różnych państw członkowskich UE w analogicznym zakresie przewidzianym w stosunku do współpracy zamawiających krajowych, tj. umożliwiają wspólnie przygotować lub przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia lub zorganizować konkurs, udzielić zamówienia, zawrzeć umowę ramową, ustanowić dynamiczny system zakupów lub udzielić zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów. W takim przypadku zamawiający z różnych państw unijnych mają obowiązek zawarcia porozumienia określającego m.in. obowiązki stron, ich podział oraz dodatkowo wskazać, którego z państw członkowskich przepisy będą miały zastosowanie do udzielania tego rodzaju wspólnych zamówień. Obowiązek uregulowania w porozumieniu elementów porozumienia wyszczególnionych w art. 42 ust. 2 Pzp nie dotyczy sytuacji, jeżeli tego rodzaju niezbędne elementy współpracy

zostały uregulowane w umowie międzynarodowej zawartej pomiędzy Polską a państwami członkowskimi UE.

Przyjęty podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień lub organizowanych konkursów. W zakresie, w jakim mają zastosowanie przepisy innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, przepisy Pzp nie będą miały zastosowania.

Podobnie jak w przypadku wspólnego udzielania zamówień, współpraca z zamawiającymi z innych państw Unii Europejskiej może być stosowana w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Art. 43.

1. Zamawiający mogą, w drodze porozumienia, utworzyć wspólny podmiot z zamawiającymi mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, w szczególności europejskie ugrupowanie współpracy terytorialnej, o którym mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT) (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006, str. 19, z późn. zm.[160]).

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający, w drodze decyzji właściwego organu wspólnego podmiotu, wskazują przepisy, które będą miały zastosowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub do organizacji konkursu,

[160] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 303 oraz Dz. Urz. UE L 330 z 3.12.2016, str. 5.

zawierania umów ramowych oraz ustanawiania dynamicznego systemu zakupów przez wspólny podmiot, obowiązujące w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, w którym:

1) wspólny podmiot ma siedzibę albo

2) prowadzi swoją działalność.

3. Porozumienie, o którym mowa w ust. 1, może być zawarte na czas nieokreślony albo określony, w celu udzielenia określonego rodzaju zamówienia, jednego konkretnego zamówienia lub większej ich liczby.

1. Możliwość utworzenia wspólnego podmiotu z zamawiającymi z innych państw Unii Europejskiej. W art. 43 ust. 1 Pzp przewidziana została możliwość zawarcia przez zamawiających porozumienia, którego przedmiotem będzie utworzenie wspólnego podmiotu z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Przepis wskazuje, że tego typu współpraca może zostać przeprowadzona, w szczególności w ramach Europejskiego Ugrupowania Współpracy Terytorialnej (EUWT), co oznacza, że może również zostać przeprowadzona w innej niż w ramach EUWT formie. Zgodnie z przywołanym w art. 43 ust. 1 Pzp rozporządzeniem 1082/2006 celem EUWT jest ułatwianie i wspieranie współpracy terytorialnej, w tym co najmniej jednego z jej komponentów: współpracy transgranicznej, transnarodowej lub międzyregionalnej, między jego członkami, z myślą o wzmocnieniu spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej UE. Członkami EUWT mogą być m.in. przedsiębiorstwa publiczne lub podmioty prawa publicznego, czyli podmioty zobowiązane do stosowania dyrektywy. Utworzenie wspólnego podmiotu może nastąpić na czas nieokreślony lub określony, lub też może być ograniczone tylko

na potrzeby konkretnego zamówienia, konkretnych zamówień albo określonych rodzajów zamówień.
Możliwość jego utworzenia istnieje także w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Art. 44.

1. Centralnym zamawiającym jest zamawiający, który prowadzi stałą działalność w zakresie:

1) nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym lub

2) udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających.

2. Centralny zamawiający może prowadzić działalność w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych, o których mowa w art. 37 ust. 3.

3. Zamawiający, bez zastosowania ustawy, mogą:

1) nabywać produkty lub usługi od centralnego zamawiającego prowadzącego działalność, o której mowa w ust. 1 pkt 1;

2) w przypadku gdy centralny zamawiający prowadzi działalność, o której mowa w ust. 1 pkt 2, nabywać roboty budowlane, dostawy lub usługi:

a) w drodze zamówień udzielanych przez tego centralnego zamawiającego,

b) za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego,

c) na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego;

3) nabywać od centralnego zamawiającego odpłatne usługi w zakresie określonym w ust. 1 i 2.

4. Przepis ust. 3 stosuje się w przypadkach nabywania:

4) produktów lub usług w zakresie określonym w ust. 3 pkt 1 przez zamawiającego:

a) publicznego, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym,

b) sektorowego, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym,

c) publicznego lub zamawiającego sektorowego, udzielających zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym, zamawiającym sektorowym lub europejskim organem publicznym, o ile stosuje przepisy ustawy właściwe dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

5) robót budowlanych, dostaw lub usług w zakresie określonym w ust. 3 pkt 2 przez:

a) zamawiającego publicznego:

– w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub

– za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub

– na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego,

b) zamawiającego sektorowego:

– w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym lub

– za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub

– na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego,

c) zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, udzielających zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

– w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym, zamawiającym sektorowym lub europejskim organem publicznym, o ile stosuje przepisy ustawy właściwe dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub

– za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub

– na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego.

5. Centralny zamawiający odpowiada za zgodność z ustawą działalności, o której mowa w ust. 1.

6. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do centralnego zamawiającego.

1. Centralny zamawiający. W świetle przepisów art. 44 ust. 1 i 2 Pzp centralnym zamawiającym jest zamawiający, który prowadzi stałą działalność w zakresie:

1) nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym lub
2) udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających.

Określenie centralnego zamawiającego odpowiada uregulowaniom zawartym w dyrektywie klasycznej i sektorowej. Centralnym zamawiającym może być zatem jedynie zamawiający w rozumieniu Pzp, który jednocześnie spełnia dodatkowe kryteria dotyczące prowadzonej przez niego działalności.

Obszar działań centralnego zamawiającego obejmuje, poza dwoma kategoriami prowadzonej przez niego działalności wskazanymi w art. 44 ust. 1 Pzp, ewentualną działalność w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych. Zgodnie z art. 44 ust. 3 Pzp centralny zamawiający może bowiem prowadzić działalność w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych, o których mowa w art. 37 ust. 3 Pzp. Zasadniczym celem ukonstytuowania centralnego zamawiającego jest scentralizowanie działań zakupowych w celu profesjonalizacji procesu udzielania zamówień publicznych i zwiększenia ich efektywności i konkurencyjności. Centralny zamawiający świadczy usługi na rzecz zamawiających polegające na sprzedaży im produktów lub usług, udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy lub usługi na rzecz zamawiających, może on zawierać umowy ramowe, na podstawie których pozostali zamawiający będą uprawnieni do udzielania zamówień wykonawczych, oraz ustanawia dynamiczny system zakupów, z którego mogą korzystać inni zamawiający. Wykonując działania polegające na nabywaniu produktów lub usług z przeznaczeniem dla zamawiających, centralny zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, zawiera w jego wyniku umowę w sprawie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi. Zamawiający mogą w tym przypadku nabyć usługi lub dostawy zakupione przez centralnego zamawiającego bezpośrednio od niego na podstawie umowy z nim zawartej.

Nabywanie przez zamawiających dostaw, usług lub robót budowlanych na podstawie zawartych na ich rzecz umów ramowych poprzedza przeprowadzenie przez centralnego zamawiającego postępowania o zawarcie takich umów. Zamawiający mogą w ramach zawartej umowy ramowej udzielać zamówień realizacyjnych (zawierać umowy wykonawcze) na zasadach zawartych w umowie ramowej. Zamawiający mogą również dokonywać zamówień za pomocą dynamicznych systemów zakupów, które są obsługiwane przez centralnego zamawiającego. Zamawiających, którzy będą zawierać umowy wykonawcze z wykonawcami na podstawie umowy ramowej, wiążą w pełni postanowienia umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego. Zakres korzystania z umowy ramowej przez poszczególnych zamawiających może być przy tym uregulowany bardziej lub mniej szczegółowo w umowie ramowej.

W przypadku ustanowienia przez centralnego zamawiającego dynamicznego systemu zakupów (art. 316–324 Pzp) zamawiający mogą udzielać zamówień w jego ramach na zasadach określonych postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz opublikowanymi informacjami dotyczącymi dynamicznego systemu zakupów.

Zamawiający korzystający z umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub ustanowionego przez niego dynamicznego systemu zakupów ponoszą odpowiedzialność za czynności podejmowane w celu udzielenia zamówienia objętego odpowiednio umową ramową lub dynamicznym systemem zakupów.

Co do zasady sposób realizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku centralnego zamawiającego jest taki sam jak u zamawiających, którzy samodzielnie udzielają zamówień. W praktyce instytucja centralnego zamawiającego wykorzystywana jest najczęściej przy

zamówieniach w zakresie dostaw energii elektrycznej, paliw, komputerów, akcesoriów komputerowych, oprogramowania, mebli czy prasy oraz nabywaniu takich usług, jak telefonia stacjonarna i komórkowa, usługi dostępu do internetu, usługi ubezpieczeniowe czy szkoleniowe.
W świetle przepisów Pzp będzie to podmiot wyznaczony przez Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 47 Pzp lub przez ministra kierującego działem administracji rządowej na podstawie art. 48 ust. 1 Pzp lub powołany lub wyznaczony przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego na podstawie art. 49 Pzp.

2. Zwolnienie zamawiającego z obowiązku zastosowania Pzp do dokonywania określonych kategorii zakupów w przypadku korzystania z usług centralnego zamawiającego. W art. 44 ust. 3 Pzp znajdują się regulacje umożliwiające zamawiającemu nabywanie od centralnego zamawiającego z wyłączeniem stosowania Pzp:

1) produktów lub usług od centralnego zamawiającego, w przypadku prowadzenia przez centralnego zamawiającego działalności w zakresie nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym,
2) robót budowlanych, dostaw lub usług, w przypadku prowadzenia przez centralnego zamawiającego działalności w zakresie udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających – w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez centralnego zamawiającego oraz na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego,
3) usług w zakresie określonym w art. 44 ust. 1 i 2 Pzp (tj. w zakresie nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży

zamawiającym lub udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na rzecz zamawiających, jak też usług w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych).

Przesłanki wyłączenia obowiązku stosowania Pzp nie sprowadzają się do udzielenia zamówienia centralnemu zamawiającemu lub na podstawie procedur przez niego przeprowadzonych. Skorzystanie z usług centralnego zamawiającego nie może bowiem prowadzić do ominięcia procedur właściwych ze względu na rodzaj zamawiającego (publiczny lub sektorowy) oraz ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa). Dlatego też w art. 44 ust. 4 Pzp zawężono podstawy wyłączenia obowiązku stosowania ustawy do przypadków nabywania od centralnego zamawiającego:

1) produktów lub usług przez zamawiającego:
   a. publicznego, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym,
   b. sektorowego, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym,
   c. publicznego lub zamawiającego sektorowego, udzielających zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, od centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym, zamawiającym sektorowym lub europejskim organem publicznym, o ile stosuje przepisy Pzp właściwe dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
2) robót budowlanych, dostaw lub usług na podstawie udzielonych przez niego zamówień lub zawartych umów ramowych na rzecz zamawiających, przez:
   a. zamawiającego publicznego:

- w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub
- za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub
- na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego,

b. zamawiającego sektorowego:

- w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym lub
- za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub
- na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego,

c. zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, udzielających zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

- w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego, który jest zamawiającym publicznym, zamawiającym sektorowym lub europejskim organem publicznym, o ile stosuje przepisy Pzp właściwe dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub
- za pomocą dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez tego centralnego zamawiającego, lub
- na podstawie umowy ramowej zawartej przez tego centralnego zamawiającego.

3. Odpowiedzialność centralnego zamawiającego. Art. 44 ust. 5 Pzp stanowi, że centralny zamawiający odpowiada za zgodność z ustawą

działalności, o której mowa w art. 44 ust. 1 Pzp, tj. w zakresie stale prowadzonej przez niego działalności polegającej na nabywaniu produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym oraz udzielaniu zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających. Centralny zamawiający ponosi samodzielnie odpowiedzialność za zgodność z Pzp przeprowadzania przez siebie postępowań i konkursów oraz udzielanie zamówień. Do centralnego zamawiającego mają zastosowanie odpowiednio przepisy dotyczące zamawiającego (art. 44 ust. 6 Pzp), co oznacza, że, ponosi on odpowiedzialność z tytułu stosowania przepisów Pzp w jednakowym stopniu co indywidualny zamawiający.

Art. 45.

W przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów centralny zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, czy z obsługiwanego przez niego dynamicznego systemu zakupów będą mogli korzystać inni zamawiający.

1. Korzystanie z dynamicznego systemu zakupów przez wielu zamawiających. Art. 45 Pzp ustanawia obowiązek centralnego zamawiającego polegający na zamieszczaniu informacji w ogłoszeniu o zamówieniu o możliwości korzystania przez innych zamawiających z obsługiwanego przez niego dynamicznego systemu zakupów, w przypadku jego ustanowienia (dynamiczny system zakupów por. art. 316–326 Pzp).

Art. 46.

Zamawiający odpowiadają za zgodność z ustawą:

1) **przeprowadzanych przez siebie postępowań o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów**

obsługiwanym przez centralnego zamawiającego albo umową ramową zawartą przez centralnego zamawiającego;

2) wyboru wykonawców zamówień objętych umową ramową zawartą przez centralnego zamawiającego w przypadku, o którym mowa w art. 314 ust. 1 pkt 1 lub 2.

1. Odpowiedzialność zamawiających korzystających z usług centralnego zamawiającego.

W art. 46 Pzp określona została odpowiedzialność zamawiających za wypełnienie obowiązków wynikających z Pzp w zakresie części postępowania, którą przeprowadzają samodzielnie w wyniku usług świadczonych na ich rzecz przez centralnego zamawiającego.
W przypadku działalności centralnego zamawiającego polegającej na obsłudze dynamicznych systemów zakupów lub zawieraniu umów ramowych w imieniu i na rzecz zamawiających mają oni możliwość samodzielnego doboru wykonawców umów jednostkowych, która to czynność musi być dokonana przez nich zgodnie z przepisami Pzp. Zamawiający odpowiadają za zgodność z Pzp działań w zakresie przeprowadzania postępowań w celu udzielania zamówień w ramach dynamicznego systemu zakupów obsługiwanego przez centralnego zamawiającego albo na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego w przypadku przeprowadzania postępowania konkurencyjnego zgodnie z art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp lub wskazywania przez centralnego zamawiającego wykonawców zamówień na podstawie art. 314 ust.1 pkt 1 Pzp.

Art. 47.

Prezes Rady Ministrów może, w drodze zarządzenia, wyznaczyć centralnego zamawiającego spośród jednostek organizacyjnych

podległych organom administracji rządowej lub przez nie nadzorowanych, oraz polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego, a także może określić sposób współdziałania z centralnym zamawiającym.

1. Centralny zamawiający ustanowiony dla zamawiających z administracji rządowej. Przepis art. 47 Pzp stanowi, że podmiot, który będzie pełnił funkcję centralnego zamawiającego, może zostać wyznaczony na podstawie zarządzenia przez Prezesa Rady Ministrów spośród jednostek organizacyjnych podległych organom administracji rządowej lub przez nie nadzorowanych. Organy administracji rządowej to zarówno centralne, naczelne jak i terenowe organy, w szczególności Prezes Rady Ministrów, Rada Ministrów, jak i dowolny minister lub inny organ administracji rządowej. Centralnym zamawiającym może zostać zarówno jednostka sektora finansów publicznych, jak i każda inna jednostka organizacyjna podległa organowi administracji rządowej lub nadzorowana przez niego.

Prezes Rady Ministrów jest uprawniony do nakazania zamawiającym z administracji rządowej nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego oraz może określić sposób współdziałania z centralnym zamawiającym. Aktualnie

wyznaczonym przez Prezesa Rady Ministrów centralnym zamawiającym dla jednostek administracji rządowej jest Centrum Obsługi Administracji Rządowej[161].

Art. 48.

1. Minister kierujący działem administracji rządowej może, w drodze zarządzenia, wyznaczyć centralnego zamawiającego spośród podległych sobie jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, a także polecić tym jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego, a także może określić sposób współdziałania z centralnym zamawiającym.

2. Jednostka samorządu terytorialnego może nabywać określone rodzaje zamówień od centralnego zamawiającego wyznaczonego, w drodze zarządzenia, przez ministra kierującego działem administracji rządowej, lub od wykonawców wybranych przez takiego centralnego zamawiającego, oraz udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego.

3. Zasady współpracy w przypadku, o którym mowa w ust. 2, między jednostką samorządu terytorialnego a centralnym zamawiającym

[161] Zarządzenie Nr 249 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazania jednostek administracji rządowej zobowiązanych do nabywania zamówień od centralnego zamawiającego (M.P. poz. 1215)

określa porozumienie zawarte między ministrem kierującym działem administracji rządowej a jednostką samorządu terytorialnego.

1. Centralny zamawiający wyznaczony przez ministra kierującego działem administracji rządowej. Przepisy art. 48 Pzp stanowią uprawnienie do wyznaczenia centralnego zamawiającego przez ministra stojącego na czele danego resortu w podobny sposób, jak to ma miejsce w przypadku prerogatywy przysługującej Prezesowi Rady Ministrów określonej w art. 47 Pzp do wyznaczenia centralnego zamawiającego w drodze zarządzenia spośród podległych sobie jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych. Na podstawie tego przepisu organ wyznaczający centralnego zamawiającego ma prawo do nakazania tym jednostkom nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców przez niego wybranych wraz z możliwością określenia sposobu współdziałania z centralnym zamawiającym.

2. Możliwość nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego przez jednostkę samorządu terytorialnego. Jednostka samorządu terytorialnego po zawarciu porozumienia między ministrem kierującym działem administracji rządowej a tą jednostką, ustalającego zasady współpracy między tą jednostką a centralnym zamawiającym, może nabywać określone rodzaje zamówień od centralnego zamawiającego wyznaczonego, w drodze zarządzenia, przez ministra kierującego działem administracji rządowej, lub od wykonawców wybranych przez takiego centralnego zamawiającego, oraz udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego.

Art. 49.

Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć albo powołać centralnego zamawiającego, polecić podległym sobie jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego, w tym od centralnego zamawiającego, o którym mowa w art. 48 ust. 2, oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez danego centralnego zamawiającego, a także określić sposób współdziałania z tym centralnym zamawiającym.

1. Centralny zamawiający wyznaczony albo powołany przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Art. 49 Pzp przewiduje możliwość wyznaczenia albo powołania centralnego zamawiającego przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego, którym jest: na szczeblu gminy – wójt, burmistrz lub prezydent miasta, na szczeblu powiatu – zarząd powiatu, na szczeblu województwa – zarząd województwa. Akty ustanawiające centralnego zamawiającego powinny zawierać wskazanie podmiotu, który wykonuje zadania centralnego zamawiającego. Tam też powinno się znaleźć określenie zakresu działania centralnego zamawiającego (granice działania tego zamawiającego wyznaczają przepisy art. 44 Pzp, jednakże organ wykonawczy może zdecydować dodatkowo o ograniczeniu przedmiotowym, tj. do niektórych rodzajów zamówień, lub ograniczeniu co do czynności, np. z wyłączeniem pomocniczych działań zakupowych). Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego upoważniony jest do polecenia podległym sobie jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od takiego centralnego zamawiającego, w tym od centralnego zamawiającego

wyznaczonego przez ministra kierującego działem administracji rządowej na podstawie art. 48 Pzp oraz do określenia sposobu współdziałania podległych sobie jednostek z tym centralnym zamawiającym.

Art. 50.

1. Zamawiający może korzystać z usług centralnego zamawiającego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej w zakresie nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym.

2. Usługi centralnego zamawiającego, o którym mowa w ust. 1, podlegają przepisom o zamówieniach obowiązującym w tym państwie członkowskim, w którym znajduje się siedziba centralnego zamawiającego.

3. Do udzielania zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów, do udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej oraz do wyboru wykonawców zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, o którym mowa w ust. 1, stosuje się przepisy obowiązujące w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym siedzibę ma ten zamawiający.

1. Centralny zamawiający z innego państwa członkowskiego UE. Przepisy art. 51 Pzp umożliwiają krajowym zamawiającym korzystanie z usług centralnego zamawiającego posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim UE w zakresie prowadzonej przez niego działalności polegającej na nabywaniu produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym. Należy zauważyć, że korzystanie z usług centralnego zamawiającego z innego kraju członkowskiego UE ograniczone jest do nabywania produktów i usług. W takim przypadku usługi centralnego zamawiającego podlegają

przepisom obowiązującym w państwie członkowskim, w którym ma on siedzibę.
Zamawiający, który udziela zamówień objętych umową ramową przez centralnego zamawiającego z siedzibą w innym państwie członkowskim UE lub też objętych dynamicznym systemem zakupów ustanowionym przez takiego centralnego zamawiającego, do udzielenia zamówienia powinien zastosować przepisy tego kraju, w którym ma siedzibę.
Możliwe jest zatem wystąpienie sytuacji, w której procedura prowadząca do zawarcia umowy ramowej będzie regulowana prawem kraju, w którym siedzibę ma centralny zamawiający, a udzielenie zamówienia objętego taką umową będzie podlegać przepisom prawa krajowego.

Art. 51.

Zamawiający nie może udzielać zamówień i organizować konkursów wspólnie z zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, ani korzystać z możliwości nabywania usług i produktów od centralnego zamawiającego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, w celu unikania stosowania przepisów ustawy wdrażających prawo Unii Europejskiej.

1. Zakaz działań transgranicznych mających na celu unikanie stosowania przepisów Pzp. Art. 51 Pzp stanowi zakaz wspólnego udzielania zamówień i organizacji konkursów przez zamawiającego krajowego z zamawiającym z innego kraju UE (por. art. 42 ust. 1 Pzp), jak też nabywania produktów lub usług od centralnego zamawiającego z siedzibą w innym państwie członkowskim UE (por. art. 50 ust. 1 Pzp), jeżeli tego rodzaju działania miałyby na celu niestosowanie przepisów Pzp.

Art. 52.

1. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.

2. Osoby inne niż kierownik zamawiającego odpowiadają za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pracownikom zamawiającego, w formie pisemnej, wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym oddziale.

3. Jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu.

1. Pojęcie odpowiedzialności. W art. 52 Pzp określono osoby odpowiedzialne za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. „Odpowiedzialność" może być rozumiana na różne sposoby, jednak w art. 52 Pzp została użyta w konkretnym znaczeniu. Nie jest to wskazanie osoby ponoszącej odpowiedzialność w rozumieniu sankcyjnym, w szczególności nie należy jej utożsamiać z odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Podleganie sankcjom, w szczególności za naruszenie przepisów Pzp na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, może być dopiero skutkiem odpowiedzialności wynikającej z art. 52 Pzp i jest regulowane przepisami innymi niż Pzp. Jeśli ktoś jest odpowiedzialny za coś, jakąś sytuację lub czyjeś postępowanie, to ma obowiązek ich dopilnować i jest gotowy ponieść

konsekwencje, gdyby przebiegały niezgodnie z planem lub spowodowały coś złego[162], ma świadomość obowiązku (konieczności) odpowiadania za swoje czyny[163]. Zatem poprzez zdefiniowanie odpowiedzialności wskazano osoby, do obowiązków których należy – odpowiednio – zadbanie o prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania poprzez realizację zakazów i nakazów właściwych dla danego etapu postępowania albo wykonanie wskazanej czynności w postępowaniu.

2. Osoby odpowiedzialne. Odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została przypisana co do zasady kierownikowi zamawiającego (art. 52 ust. 1 Pzp). Art. 52 ust. 2 Pzp rozszerza jednak krąg podmiotów odpowiedzialnych o osoby inne niż kierownik zamawiającego w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Kierownikiem zamawiającego jest osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego (art. 7 pkt 7 Pzp). To kierownik zamawiającego ustanawia odpowiedzialność innych osób, powierzając im do wykonania czynności w postępowaniu lub czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Na podstawie art. 52 ust. 2 zd. 1 Pzp osoby inne niż kierownik zamawiającego odpowiadają za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia tylko w zakresie, w jakim

[162] Por. M. Bańko, *Inny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000, s. 1119

[163] W. Doroszewski [red.], *Słownik języka polskiego*, https: //sjp.pwn.pl/doroszewski/odpowiedzialny

powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Wskazać również należy na postanowienie art. 52 ust. 2 zd. 2 Pzp, dotyczące powierzenia przez kierownika zamawiającego wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności. W takim wypadku kierownik może powierzyć czynności konkretnej osobie – pracownikowi zamawiającego. Należy od tego odróżnić powierzanie czynności komisji przetargowej. Powierzenie czynności pracownikowi prowadzi w konsekwencji do ich realizacji przez konkretną osobę wskazaną przez kierownika powierzeniem. Natomiast powierzenie czynności komisji ma na celu realizację czynności przez zespól wieloosobowy, z czym w sposób naturalny wiąże się kolegialny sposób działania. Należy zatem odróżnić odpowiedzialność pracownika powstającą na podstawie art. 52 ust. 2 zd. 2 Pzp, gdzie wymagane jest zindywidualizowane powierzenie czynności konkretnej osobie od odpowiedzialności członka komisji przetargowej, który realizuje obowiązki powierzone komisji przetargowej – zespołowi doradczemu powołanemu przez kierownika w składzie co najmniej trzyosobowym.

3. Przedmiot powierzenia. Kierownik zamawiającego może powierzyć pracownikom zamawiającego wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym oddziale. Przedmiotem powierzenia jest więc wykonywanie czynności. W wyniku powierzenia pracownik zostaje umocowany do wykonywania czynności w imieniu zamawiającego. Czynności wykonane – decyzje podjęte – przez pracownika na podstawie powierzenia są skuteczne i wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców w postępowaniu. Pracownik taki działa w imieniu i na rzecz zamawiającego. Doniosłość takiego powierzenia potwierdza również wymóg dokonania powierzenia w formie pisemnej.

Od wykonania czynności należy odróżnić przygotowanie projektów, na podstawie których czynności wykonuje kierownik lub inna uprawniona osoba. Do przygotowywania takich projektów nie jest konieczne powierzenie czynności przez kierownika zamawiającego. Takie działania podejmowane są w ramach wykonywania obowiązków pracowniczych i w tym zakresie definiowana jest odpowiedzialność określonej osoby. Odpowiedzialność ponosi się za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Oznacza to, że w zakres tej odpowiedzialności nie wchodzi wykonanie czy zaniechanie czynności przed przygotowaniem i po przeprowadzeniu postępowania, niezależnie od ich związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego czy też wpływu na to postępowanie[164].

4. Czynności zastrzeżone dla kierownika. Kierownik zamawiającego może powierzyć pracownikom wykonywanie czynności dla niego zastrzeżonych. Ustawa Pzp nie definiuje wprawdzie literalnie czynności, które są dla kierownika zastrzeżone, jednak z art. 52 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie zasada, że to kierownik odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, co oznacza, że wszystkie czynności zamawiającego na obydwu etapach są właściwe dla kierownika, chyba że z przepisów ustawy wynika inaczej (np. czynności komisji przetargowej lub biegłego).

Definicyjne wyłączenie z postępowania czynności udzielenia zamówienia (art. 7 pkt 18 Pzp) skutkuje brakiem możliwości powierzenia tej czynności pracownikom na zasadach określonych w art. 52 ust. 2 Pzp. Powyższe nie wyłącza możliwości umocowania do dokonania czynności zawarcia

[164] Por. M. Winiarz, *Podmiotowe ograniczenia zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] M. Smaga, M. Winiarz [red.], *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzie prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, Kraków 2013

umowy na zasadach wynikających odpowiednio z właściwych dla każdego zamawiającego przepisów ustrojowych lub na podstawie przepisów Kc.

5. Forma powierzenia. Kierownik zamawiającego dokonuje powierzenia w formie pisemnej. Dla zachowania pisemnej formy powierzenia konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego powierzenia (arg. z art. 78 § 1 Kc). Z takim oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej równoważne jest oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej (art. 78^1 § 2 Kc). Zatem dla zachowania formy przewidzianej w art. 52 ust. 2 Pzp oświadczenie woli w zakresie powierzenia może być złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (arg. z art. 78^1 § 1 Kc). Warto podkreślić, iż ustawodawca nie przewidział rygoru nieważności dla pisemnej formy powierzenia.

Art. 53.

1. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zwaną dalej „komisją przetargową".

2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową.

3. Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań.

1. Powołanie komisji przetargowej. Kierownik zamawiającego ma obowiązek powołać komisję przetargową, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne. W przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, kierownik zamawiającego

może powołać komisję przetargową. Odwołanie w art. 53 Pzp do wartości zamówienia, wskazuje, że jakkolwiek decyzję o powołaniu komisji przetargowej można rozpatrywać w kategoriach zarządczych, to funkcjonowanie komisji odnosi się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego rolą kierownika zamawiającego jest zapewnienie, aby postępowanie o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne prowadzone było przy udziale komisji, niezależnie od stałego czy doraźnego jej charakteru.

2. Wyjątki od obowiązku powołania komisji. W niektórych ustawowo określonych przypadkach kierownik zamawiającego nie musi powoływać komisji przetargowej, nawet gdy wartość zamówienia, zgodnie z zasadą określoną w ust. 1 komentowanego przepisu, obligowałaby go do jej powołania. Zgodnie z art. 215 ust. 1 Pzp zamawiający może odstąpić od stosowania art. 53–55 Pzp w przypadku zamówień udzielanych z wolnej ręki na podstawie art. 214:

1) ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 2, 4, 9 i 10;
2) pkt 5, w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach;
3) pkt 1 lit. a, których przedmiotem są:
   a. dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
   b. dostawy gazu z sieci gazowej,
   c. dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
   d. usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

Przepisy dotyczące komisji przetargowej nie mają również zastosowania do przygotowania i przeprowadzenia konkursu (art. 328 ust. 1 Pzp). Obowiązek powołania komisji przetargowej nie dotyczy również postępowań o udzielenie zamówienia sektorowego (art. 393 ust. 5 Pzp).

3. Stała i doraźna komisja przetargowa. Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań. Komisja stała powoływana jest do udziału we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. Komisja doraźna może być powoływana w związku z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia albo w odniesieniu do określonej kategorii postępowań wyodrębnionych przedmiotowo, wartościowo czy też w odniesieniu do określonych trybów udzielania zamówień. Decyzja w tym zakresie należy do kierownika zamawiającego.

Art. 54.

1. Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powoływanym do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, oraz do dokonywania innych, powierzonych przez kierownika zamawiającego, czynności w postępowaniu lub związanych z przygotowaniem postępowania.

2. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert oraz propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Zespół pomocniczy kierownika zamawiającego. W art. 54 ust. 1 Pzp jednoznacznie określono charakter komisji przetargowej. Jest to zespół pomocniczy kierownika zamawiającego. Powołanie komisji nie ma wpływu na ukształtowanie odpowiedzialności kierownika zamawiającego.

To kierownik, zgodnie z art. 52 ust. 1 Pzp, pozostaje odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a komisja wypełnia wobec kierownika czynności pomocnicze. Aktualne pozostaje również prawo kierownika do powierzenia wykonania czynności pracownikowi zamawiającego (art. 52 ust. 2 Pzp). W tym kontekście należy postrzegać rolę komisji przetargowej. Na kierowniku – odpowiednio pracowniku zamawiającego – spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość postępowania, a komisja pełni wobec nich rolę służebną. W rozumieniu zarządczym to kierownik – odpowiednio pracownik – zamawiającego podejmuje wszelkie decyzje związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, opierając je na wynikach pracy komisji przetargowej.

2. Charakter komisji przetargowej. Komisja jako zespół pomocniczy nie została umocowana ani do podejmowania decyzji w imieniu zamawiającego, ani też do jego reprezentowania wobec wykonawców w toku przygotowania lub przeprowadzenia postępowania. Dlatego też Komisja wyniki swoich prac przedstawia kierownikowi zamawiającego (albo pracownikowi zamawiającego, któremu kierownik powierzył wykonywanie określonych czynności), który na ich podstawie dokonuje czynności w postępowaniu. Wskazuje na to jednoznaczne brzmienie art. 54 ust. 2, z którego wynika, że Komisja przedstawia propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania. Kierownik zamawiającego – odpowiednio pracownik, któremu powierzono wykonywanie czynności – nie jest związany propozycją Komisji, a sposób postępowania w sytuacji, gdy kierownik stoi na innym stanowisku niż wynika to z propozycji komisji, jest uzależniony od decyzji kierownika wyrażanej najczęściej w uregulowaniach wewnętrznych zamawiającego.

3. Zakres obowiązków komisji. Komisja przetargowa ma służyć pomocą kierownikowi zamawiającego. Odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania nie oznacza obowiązku osobistego wykonywania czynności przez kierownika, poza tym najczęściej jest to ze względów oczywistych niemożliwe, także w sytuacji gdy kierownik nie chce powierzyć wykonywania czynności pracownikom zamawiającego. Kierownik zamawiającego, powołując i ustalając zakres zadań komisji przetargowej, powierza jej ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, a może powierzyć także inne czynności w postępowaniu lub związane z przygotowaniem postępowania. Wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert oraz propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia komisja przedstawia kierownikowi zamawiającego.

Art. 55.

1. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego.

2. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech członków.

3. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

4. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik

zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych.

1. Członkowie komisji przetargowej. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech członków, których powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego. Powołanie dokonywane jest w formie przyjętej u zamawiającego dla regulacji wewnętrznych. W praktyce jest to najczęściej forma pisemna, choć taka nie jest wymagana przepisami Pzp. Określenie składu komisji powinno być dokonane w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację jej członków, najczęściej ma formę wskazania imiennego. W zakresie określenia składu osobowego komisji przetargowej kierownik dysponuje stosunkowo dużym zakresem swobody. Ograniczeniem jest określona ustawowo minimalna liczba osób wchodzących w jej skład, a także konieczność dobrania osób, które zagwarantują prawidłowe merytorycznie przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Członkami komisji mogą być zarówno pracownicy zamawiającego, jak i osoby niebędące jego pracownikami.

2. Tryb pracy i zakres obowiązków członków komisji przetargowej. Kierownik zamawiającego określa organizację oraz tryb pracy komisji przetargowej. Komisja jest bowiem zespołem pomocniczym kierownika, a sposób zorganizowania jej pracy ma w pierwszym rzędzie służyć poprawnemu działaniu kierownika, a w konsekwencji minimalizować prawdopodobieństwo nielegalności działań w zakresie udzielania zamówień przez zamawiającego. W tym celu konieczne jest zapewnienie przede wszystkim sprawności działania komisji oraz przejrzystość jej prac. Kierownik, dbając w szczególności o przejrzystość postępowania, powinien ustalić zasady m.in. wyznaczania posiedzeń komisji, zawiadamiania o nich członków komisji, ustalania kworum, zasad głosowania, protokołowania

prac komisji, prowadzenia dokumentacji przetargowej czy uregulowań dotyczących udziału w pracach komisji osób spoza jej składu.

3. Zakres obowiązków członków komisji przetargowej. Zakres obowiązków członków komisji przetargowej określa kierownik zamawiającego. Należy jednak pamiętać, że wyznaczenie obowiązków członkom komisji nie jest tożsame z powierzeniem im czynności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, co wynika już z odrębnych podstaw uprawniających kierownika do dokonania tych czynności. Sposób ukształtowania tych obowiązków przez kierownika jest podporządkowany realizacji zadań przez komisję jako podmiot kolegialny. Przeciwne twierdzenie godziłoby w szczególności w sens powoływania zespołu o składzie co najmniej trzyosobowym, a także uniemożliwiało osiągnięcie pozytywnych efektów wymaganego przez ustawodawcę kolegialnego charakteru działań komisji. Nie należy zapominać, że kierownik zamawiającego dysponuje wynikającym z art. 52 ust. 2 zd. 2 Pzp prawem powierzenia czynności w postępowaniu oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania konkretnej osobie – pracownikowi zamawiającego.

4. Zakres odpowiedzialności członków komisji przetargowej. Konstytuując komisję przetargową, w tym jej zadania, skład i organizację, kierownik zamawiającego ma obowiązek zapewnić indywidualizację odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności. Należy pamiętać, że wskazana w art. 55 ust. 3 Pzp indywidualizacja odpowiedzialności odnosi się do członków podmiotu kolegialnego, jakim jest komisja przetargowa. Ta indywidualizacja odpowiedzialności może dotyczyć wyłącznie realizacji zadań nałożonych na komisję. Komisja przetargowa nie jest bowiem zbiorem osób mających do wykonania własne, indywidualne czynności, jest za to zespołem na który określone

obowiązki zostały nałożone. Stąd między innymi wymóg co najmniej trzyosobowego składu. Ustawodawca nie wymaga jednomyślności członków komisji i całkiem realna jest sytuacja, że przykładowo, jeden z członków komisji może być odmiennego zdania niż pozostali. Kolegialność komisji wymusza wypracowanie stanowiska najczęściej poprzez głosowanie i bez wątpienia za stanowisko komisji należy uznać zdanie większości jej członków, nawet gdyby w mniejszości pozostawała osoba, której kierownik przypisał spersonalizowaną odpowiedzialności w przedmiocie rozstrzygnięcia. Przyjęcie odmiennego stanowiska godziłoby w istotę komisji przetargowej jako podmiotu kolegialnego[165].

5. Przejrzystość prac komisji przetargowej. Obowiązek zapewnienia prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje przede wszystkim zgodność działań zamawiającego z przepisami Pzp, w szczególności zastosowanie zasad udzielania zamówień publicznych, do których zalicza się wskazana w art. 16 pkt 2 Pzp przejrzystość. Znaczenie tej zasady zostało podkreślone w art. 55 ust. 3 Pzp poprzez ustanowienie obowiązku kierownika zamawiającego zapewnienia przejrzystości prac komisji przetargowej. W tym kontekście jako jeden z podstawowych postulatów w zakresie przejrzystości postępowania jawi się zapewnienie zrozumiałej nie tylko dla profesjonalistów organizacji procesu zakupowego, szczególnie podziału zadań i odpowiedzialności.

6. Biegli. W art. 55 ust. 4 Pzp ustanowione zostało prawo kierownika zamawiającego do powołania biegłych, w sytuacji gdy dokonanie określonych czynności wymaga wiadomości specjalnych. Prawo takie przysługuje kierownikowi zarówno na etapie przygotowania, jak

[165] M. Winiarz, *Osoba wykonująca czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a komisja przetargowa*, „Finanse Komunalne" 2018, nr 4, s. 63

i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że biegli mogą być zaangażowani zarówno w przygotowanie warunków zamówienia czy też dokumentów zamówienia, jak i w czynności związane z weryfikacją podmiotową czy oceną ofert. Decyzja o powołaniu biegłego, w tym ocena jej zasadności, należy do kierownika zamawiającego niezależnie od tego, czy podejmowana jest z własnej inicjatywy, czy też na wniosek komisji przetargowej. Wiadomości specjalne, którymi ma dysponować biegły, mogą dotyczyć zarówno przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, a także aspektów proceduralnych postępowania.

Art. 56.

1. Kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów.

2. Konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby wymienione w ust. 1:

1) **ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;**
2) **pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;**

3) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

3. Kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517), zwanej dalej „Kodeksem karnym", o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

4. Osoby, o których mowa w ust. 1 i 3, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w ust. 2 lub 3. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której

powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

5. Oświadczenie o istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 2, składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

6. Oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 3, składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

7. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

1. Cel regulacji. Art. 56 Pzp wyróżnia dwie podstawy wyłączenia osób występujących po stronie zamawiającego z wykonywania czynności w postępowaniu, tj. wystąpienie konfliktu interesów oraz utrata wiarygodności potwierdzona prawomocnym skazaniem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja służy realizacji zasady udzielania zamówień określonej w art. 17 ust. 3 Pzp, tj. wykonywania czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Obowiązek zapobiegania, rozpoznawania i likwidowania konfliktu interesów nakłada na zamawiających art. 24 dyrektywy klasycznej. Celem tych działań jest zapobieganie zakłóceniom konkurencji i zapewnienie równego traktowania

wszystkich wykonawców. Motyw 16 preambuły dyrektywy klasycznej wskazuje, że „instytucje zamawiające powinny wykorzystywać wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia wynikającym z konfliktów interesów".

2. Osoby podlegające wyłączeniu z postępowania z uwagi na wystąpienie po ich stronie konfliktu interesów. Art. 56 ust. 1 Pzp określa kategorię osób po stronie zamawiającego podlegających wyłączeniu z dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wystąpienie po ich stronie konfliktu interesów. Należą do nich osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania pełniące funkcję kierownika zamawiającego lub osoby, którym kierownik zamawiającego powierzył wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w postępowaniu, członkowie komisji przetargowej oraz inne osoby. Będą nimi pracownicy zamawiającego oraz osoby zatrudnione przez zamawiającego na podstawie umów cywilnoprawnych oraz biegli powołani na podstawie art. 55 ust. 4 Pzp. Poza wyżej wymienionymi osobami wyłączeniu z uwagi na konflikt interesów będą podlegały osoby mogące wpłynąć na wynik przeprowadzanego postępowania, w szczególności poprzez dokonywanie takich czynności, które prowadzą do możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę, z którym osoby te są powiązane, jak i zwiększają szanse danego wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Z uwagi na konflikt interesów wyłączeniu z postępowania podlegają również osoby udzielające zamówienia, tj. zawierające umowę w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek ten, inaczej niż w art. 17 Pzp2004, został wyraźnie wyartykułowany

3. Rodzaj czynności. Czynnościami związanymi z przeprowadzeniem postępowania w świetle zamieszczonej w art. 7 pkt 18 Pzp definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są czynności wykonywane od momentu wszczęcia postępowania do jego zakończenia zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Należą do nich w szczególności czynności, takie jak: udzielanie wyjaśnień treści dokumentów zamówienia, badanie wniosków lub ofert, negocjacje, ocena podmiotowa wykonawców, odrzucenie wniosków lub ofert, wybór najkorzystniejszej oferty czy też unieważnienie postępowania. Wyłączenie z uwagi na konflikt interesów nie dotyczy osób wykonujących czynności przed wszczęciem postępowania, związanych z jego przygotowaniem, jeżeli osoby te następnie nie wykonują żadnych czynności po wszczęciu postępowania. Czynnościami takimi są w szczególności: ustalanie wartości szacunkowej zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, ustalenie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert. Przepis art. 56 ust. 1 Pzp nie dotyczy co do zasady osób, które dokonują czynności (niebędące czynnościami w postępowaniu) o charakterze techniczno-organizacyjnym, które wprost nie wywierają wpływu na przebieg samej procedury zamówienia publicznego, np. pracowników sekretariatu odbierających korespondencję czy pracowników zamawiającego zamieszczających informacje na temat postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

4. Pojęcie konfliktu interesów. Pzp wprowadza pojęcie konfliktu interesów, które zostało zdefiniowane w art. 24 dyrektywy klasycznej i art. 42 dyrektywy sektorowej. W myśl tego przepisu pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie

personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Definicja ta obejmuje zarówno rzeczywisty, jak i postrzegany konflikt interesów, tj. dotyczący sytuacji, w których obecnie nie występują żadne powiązania osób działających po stronie zamawiającego z wykonawcami, ale mogą być postrzegane jako osoby stronnicze ze względu na związki z przeszłości albo ze względu na niezachowywanie reguł równego traktowania wykonawców[166]. Konsekwencją wprowadzenia pojęcia konfliktu interesów określonego przez ustawodawcę unijnego jest konieczność wyłączenia osób z wykonywania czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko z powodu rzeczywistego, ale również postrzeganego konfliktu interesów.

5. Wystąpienie konfliktu interesów. Konflikt interesów może wystąpić po stronie osób określonych w art. 56 ust. 1 Pzp w przypadku zaistnienia okoliczności ściśle określonych w ust. 2 tego artykułu.

Zgodnie z art. 56 ust. 2 pkt 1 Pzp pierwszą przesłankę wystąpienia konfliktu interesów stanowi ubieganie się o udzielenie zamówienia przez osoby określone w art. 56 ust. 1 Pzp.

Pozostałe przesłanki odnoszą się do stosunków osób występujących w postępowaniu po stronie zamawiającego z wykonawcami, a przesłanka z art. 56 ust. 2 pkt 2 Pzp dodatkowo również do zastępców prawnych

[166] Por. M. Wnuk, A. Sawicki, *Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik*, Warszawa 2017, s. 23

lub członków organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia.
Stąd też celem stwierdzenia występowania konfliktu interesów niezbędna jest identyfikacja wykonawców w danym postępowaniu. Dopiero ustalenie kręgu wykonawców pozwala bowiem na stwierdzenie istnienia opisanych relacji między wykonawcami a osobami określonymi w art. 56 ust. 1 Pzp. Do ujawnienia wykonawcy w danym postępowaniu będzie prowadziło już samo wystąpienie z wnioskiem do zamawiającego o wyjaśnienie dokumentów zamówienia, w przypadku skorzystania z tego uprawnienia. Wszyscy uczestniczący w postępowaniu wykonawcy będą znani po otwarciu złożonych przez nich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.
Art. 56 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi, że konflikt interesów występuje, gdy osoby określone w art. 56 ust. 1 Pzp pozostają w bliskich relacjach (w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli) z wykonawcą ubiegającym się o dane zamówienie lub osobą występującą po stronie takiego wykonawcy. Zgodnie z przepisami Kc pokrewieństwo w linii prostej występuje u osób, z których jedna pochodzi od drugiej. Krewnymi w linii bocznej są osoby, które pochodzą od wspólnego przodka, a nie są krewnymi w linii prostej. Źródłem powinowactwa jest stosunek rodzinny powstały w następstwie zawarcia małżeństwa. Stosunek powinowactwa istnieje między jednym z małżonków a krewnymi w linii prostej oraz bocznej jego współmałżonka. Linie i stopnie powinowactwa określa się analogicznie do linii i stopni pokrewieństwa (np. brat żony jest spowinowacony z jej mężem w drugim stopniu linii bocznej). Natomiast przez przysposobienie powstaje między

przysposabiającym a przysposobionym taki stosunek jak między rodzicami a dziećmi.

Przepis wśród określonych w nim relacji osobistych zawiera nowe pojęcie „wspólne pożycie", które w świetle stanowiska Sądu Najwyższego[167] rozumiane jest jako stabilna relacja dwóch osób oparta na więziach duchowych, gospodarczych i fizycznych.

Kolejną przesłanką powstania konfliktu interesów jest zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 3 Pzp sytuacja, gdy osoby występujące w postępowaniu po stronie zamawiającego w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą ubiegającym się o dane zamówienie, jak również otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ostatnią przesłankę powstania konfliktu interesów po stronie osób określonych w art. 56 ust 1 Pzp stanowi zgodnie z art. 56 ust. 2 pkt 4 Pzp pozostawanie przez te osoby z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. Stosunek prawny, o którym mowa w przywołanym przepisie, istnieje, gdy pomiędzy co najmniej dwoma osobami zachodzi zależność w postaci wzajemnych uprawnień i obowiązków, wyznaczana przez określoną normę prawną, która to zależność zachodzi wówczas, gdy jeden podmiot jest uprawniony, a drugi zobowiązany. Przykładami stosunków faktycznych mogą być natomiast stosunki przyjaźni,

[167] Zob. uchwała SN z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt I KZP 20/15

koleżeństwa, znajomości itp. W świetle przepisów Pzp samo pozostawanie pracownika zamawiającego lub innej zatrudnionej przez niego osoby w stosunku prawnym lub faktycznym z wykonawcą zamówienia nie musi prowadzić do ziszczenia się tej przesłanki. Czynnikiem koniecznym, który musi wystąpić, aby uznać ten warunek za spełniony, jest okoliczność, iż charakter stosunku prawnego lub faktycznego może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób[168]. W stanowisku wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą[169] przy ocenie spełnienia tego rodzaju przesłanek, występują zarówno aspekty o charakterze subiektywnym, jak i obiektywnym. Element subiektywny wynika z faktu, że oświadczenie składa konkretna osoba wykonująca czynności w postępowaniu, w określonej sytuacji, czasie i przy określonym poziomie świadomości.

Należy zauważyć, że wystąpienie uzasadnionej wątpliwości co do bezstronności[170] lub niezależności tych osób jest ograniczone w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, natomiast odnosi się nie tylko do rzeczywistego konfliktu interesów (faktycznego braku bezstronności i obiektywizmu), jak również do postrzeganego konfliktu interesów[171], tj. sytuacji, która z zewnątrz może być postrzegana jako rodząca ich stronniczość. Wskazane w przepisie wystąpienie stronniczości lub zależności jest powiązane z posiadaniem przez osobę bezpośredniego

[168] Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do badania konfliktu interesów*, https://www.uzp.gov.pl

[169] Zob. uchwała KIO z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO/KD 58/15

[170] W sprawie korelacji rodzinnych i biznesowych oraz istnienia uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. akt WA 10/14

[171] M. Wnuk, A. Sawicki, *Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik,* Warszawa 2017, s. 14

lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu danego postępowania.

6. Osoby podlegające wyłączeniu z uwagi na prawomocne skazanie za określone przestępstwa. Osobami po stronie zamawiającego podlegającymi wyłączeniu z postępowania, poza sytuacjami związanymi z wystąpieniem po ich stronie konfliktu interesu, są osoby, które utraciły wiarygodność z uwagi na skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Przesłanka ta obejmuje analogiczny krąg osób jak te podlegające wyłączeniu z uwagi na konflikt interesów, tj. dotyczy osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania. Osoby te podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 Kk, o ile nie nastąpiło zatarcie skazania. Katalog przestępstw obejmuje zatem określone w Kk: łapownictwo pełniącego funkcję publiczną, przekupstwo, płatną protekcję bierną i czynną, łapownictwo wyborcze, przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, mieniu oraz obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym oraz na podstawie określonych w ustawie o sporcie dwóch rodzajów odpowiedzialności karnej, a mianowicie za przyjmowanie lub żądanie korzyści albo jej obietnicy oraz za pośrednictwo w ustaleniu określonego wyniku zawodów sportowych.

7. Obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu albo braku istnienia okoliczności powodujących konieczność wyłączenia z postępowania. Przepis art. 56 ust. 4 Pzp stanowi obowiązek złożenia

w formie pisemnej pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia o istnieniu albo braku istnienia obu kategorii okoliczności powodujących konieczność wyłączenia z postępowania osób występujących po stronie zamawiającego. W celu weryfikacji, czy dana osoba podlega wyłączeniu, obowiązek złożenia powyższego oświadczenia w zakresie okoliczności wskazanych odpowiednio w art. 56 ust. 2 lub 3 Pzp ciąży zarówno na osobach podlegających wyłączeniu z postępowania z uwagi na możliwość wystąpienia po ich stronie konfliktu interesów, jak również na osobach podlegających wyłączeniu z uwagi na utratę wiarygodności stwierdzoną prawomocnym skazaniem za enumeratywnie wyliczone przestępstwa. Na kierowniku zamawiającego lub osobie, której zostały powierzone czynności w postępowaniu, spoczywa obowiązek uprzedzenia (w dowolnej formie) osób składających powyższe oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Przy składaniu oświadczenia przez kierownika zamawiającego lub osobę, której zostały powierzone czynności w postępowaniu zachodzi domniemanie świadomości tego rodzaju odpowiedzialności.

8. Moment składania oświadczenia o istnieniu albo braku istnienia okoliczności powodujących konieczność wyłączenia z postępowania.

Moment złożenia oświadczenia dotyczącego konfliktu interesów jest uzależniony od jego istnienia czy też braku, a co za tym idzie – od treści składanego oświadczenia. W świetle art. 56 ust. 5 Pzp obowiązek złożenia oświadczenia o występowaniu konfliktu interesów istnieje niezwłocznie po powzięciu wiadomości o okoliczności kwalifikującej jego powstanie. Od momentu wykonywania czynności związanych z przeprowadzaniem postępowania do momentu złożenia oświadczenia o występowaniu konfliktu interesów istnieje domniemanie, że wobec

osób występujących po stronie zamawiającego nie zachodzi żadna z okoliczności wymienionych w art. 56 ust. 2 Pzp. Brak istnienia konfliktu interesów zostaje potwierdzony złożeniem oświadczenia potwierdzającego ten stan, które składne jest nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenie konfliktu interesów i wyłączenie osoby z dokonywania czynności w postępowaniu z uwagi na istnienie okoliczności wymienionych w art. 56 ust. 2 Pzp powinno nastąpić niezwłocznie po ustaleniu kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z reguły będzie to moment otwarcia ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niemniej jednak już samo złożenie przez wykonawcę, z którym występuje konflikt interesów, wniosku o udzielenie wyjaśnień treści SWZ powoduje konieczność złożenia oświadczenia o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 56 ust. 6 Pzp obowiązek złożenia przez osoby występujące po stronie zamawiającego oświadczenia o istnieniu lub braku okoliczności określonych w art. 56 ust. 3 Pzp (dotyczących prawomocnego skazania za wskazane przestępstwa) istnieje przed rozpoczęciem wykonywania przez takie osoby czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Należy uznać, że w stosunku do osoby jedynie udzielającej zamówienia w imieniu zamawiającego, która nie wykonywała czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania, obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku okoliczności określonych w art. 56 ust. 3 Pzp istnieje przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Forma oświadczenia. Oświadczenia składa się w formie pisemnej. Dla zachowania pisemnej formy konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na oświadczeniu (arg. z art. 78 § 1 Kc). Z takim oświadczeniem

złożonym w formie pisemnej równoważne jest oświadczenie złożone w formie elektronicznej (art. 78^1 § 2 Kc). Zatem dla zachowania formy przewidzianej w art. 56 ust. 4 Pzp oświadczenie woli w zakresie powierzenia może być złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (arg. z art. 78^1 § 1 Kc).

10. Sankcje za brak złożenia lub złożenie nieprawdziwego oświadczenia. Niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 56 ust. 4 Pzp, stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony w art. 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności. W przypadku zamówień realizowanych ze środków publicznych w ramach projektów objętych współfinansowaniem konsekwencje związane z brakiem złożenia powyższego oświadczenia skutkują nałożeniem korekty według taryfikatora w stawce 100%.

Złożenie oświadczenia niezgodnego z prawdą podlega sankcji w postaci odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego zeznania na podstawie art. 233 § 1 Kk zagrożonej karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

11. Obowiązek powtórzenia czynności w postępowaniu jako skutek wyłączenia z postępowania osoby po stronie zamawiającego. Artykuł 56 ust. 7 Pzp stanowi obowiązek powtórzenia czynności w postępowaniu podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Moment powtórzenia czynności w postępowaniu niezależny jest od faktu powzięcia przez osobę podlegającą wyłączeniu wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wyłączenia. Należy zauważyć, że obowiązkowi powtórzenia podlegają nie tylko czynności wykonywane przez tę osobę samodzielnie, ale również czynności dokonane przez komisję przetargową, w pracach której osoba podlegająca

wyłączeniu brała udział[172]. Jedynie w przypadku braku możliwości powtórzenia dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu czynności mających wpływ na wynik postępowania będzie zachodziła przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W każdym innym przypadku zamawiający ma obowiązek powtórzenia powyżej opisanych czynności.

12. Zastosowanie przepisów art. 56 Pzp. W przypadku przeprowadzania konkursu przepis art. 56 Pzp znajduje odpowiednie zastosowanie do osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego, w tym do członków sądu konkursowego powoływanych przez kierownika zamawiającego. Ponadto zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy, jeżeli przewidzi taką możliwość w dokumentach zamówienia.

Oddział 2
Wykonawcy

Art. 57.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) **nie podlegają wykluczeniu;**
2) **spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.**

[172] Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do badania konfliktu interesów*, https://www.uzp.gov.pl

1. Uwagi ogólne. Regulacja Pzp opiera się na zasadzie jak najbardziej otwartego dostępu do rynku zamówień publicznych. Większa liczba wykonawców zwiększa konkurencję, stwarzając zamawiającym szansę uzyskania korzystniejszej oferty. Zasada otwartego dostępu do zamówień publicznych nie może być jednak pojmowana absolutnie. Konieczna ochrona interesu publicznego wymaga, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy rzetelni oraz dający gwarancję należytej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego[173]. Dlatego według dyspozycji art. 57 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

2. Wykluczenie. Z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu wykonawca, w stosunku do którego zachodzi podstawa wykluczenia o charakterze obligatoryjnym określona w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub wskazana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia podstawa wykluczenia o charakterze fakultatywnym określona w art. 109 ust. 1 Pzp. Pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawca nie podlega jednak wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął środki w celu „samooczyszczenia", które są wystarczające do wykazania jego rzetelności (art. 110 ust. 2 i 3 Pzp). Ponadto w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający może, co do zasady, odstąpić od wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp).

[173] Por. R. Szostak, *O niektórych warunkach ubiegania się o zamówienie publiczne po nowelizacji ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 3, s. 3.

3. Warunki udziału w postępowaniu. W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są kształtowane przez samego zamawiającego z uwzględnieniem jego potrzeb. Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 112 ust. 2 Pzp warunki mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej (zob. komentarz do art. 112 Pzp).

4. Wykonawca. Wykonawcą jest każda osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca 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). O udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się zarówno podmiot prywatny, jak i publiczny. Zgodnie z orzecznictwem TSUE prawo krajowe nie może zabraniać podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego (np. fundacjom o celu niezarobkowym) udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego na określone usługi, jeżeli podmioty takie są uprawnione do oferowania takich usług na rynku[174].

5. Zamówienia zastrzeżone. Wyjątek od zasady, że o zamówienie publiczne może ubiegać się każda osoba lub jednostka organizacyjna, która nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, przewiduje art. 94 ust. 1 Pzp, według którego zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Art. 58.

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

[174] Por. wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, pkt 47–49; z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-219/19 *Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti i Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)*, ECLI:EU:C:2020:470, pkt 20–23

4. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

1. Uwagi ogólne. Przepis art. 58 ust. 1 Pzp wyraźnie wskazuje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Łączenie się wykonawców w grupy w celu złożenia wspólnej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu umożliwia w szczególności małym przedsiębiorcom pozyskanie zamówienia, którego nie byliby w stanie uzyskać lub wykonać jako pojedynczy wykonawcy.
Art. 58 Pzp wdraża art. 19 ust. 2 akapit pierwszy i trzeci dyrektywy klasycznej, art. 37 ust. 2 akapit pierwszy i trzeci dyrektywy sektorowej oraz art. 5 ust. 2 dyrektywy obronnej.
2. Formy prawne grup wykonawców. Pzp pozostawia wykonawcom swobodę odnośnie do zasad tworzenia takich grup i zastrzega, że zamawiający nie mogą wymagać, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali określoną formę prawną (art. 58 ust. 3 Pzp). Wykonawcy mogą zawiązać grupę jedynie w celu ubiegania się o udzielenie im konkretnego zamówienia publicznego. Mogą to być również porozumienia zawarte wcześniej, cechujące się stałym charakterem, takie jak spółka cywilna do prowadzenia stałej działalności. Stosownie do art. 59 Pzp, jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego, kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Z przepisu tego nie wynika, aby zamawiający miał prawo wpływać na charakter stosunku łączącego współwykonawców. Należy jednak zauważyć, że Pzp przewiduje jako zasadę ustawową odpowiedzialność solidarną wykonawców za wykonanie umowy (art. 445 ust. 1 Pzp). Wyjątkowo w przypadku zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego konsorcjanci ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyłącznie w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami (art. 445 ust. 2 Pzp). W tym ostatnim przypadku zamawiającemu nie wolno żądać, aby umowa zawarta między współwykonawcami przewidywała odpowiedzialność solidarną konsorcjantów.

3. Konsorcjum a spółka cywilna. Zawarta przez wykonawców umowa mająca stanowić podstawę do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, zwana popularnie „umową konsorcjum", jest umową cywilnoprawną zbliżoną do umowy spółki, skoro jej przedmiotem jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (por. art. 860 § 1 Kc). Nie ma jednak podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od treści umowy i zawarcia w niej cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej[175].

4. Wykonawcy ubiegający się wspólnie. Każdy z członków konsorcjum lub każdy wspólnik spółki cywilnej jest wykonawcą. Umowa konsorcjum jest jedynie stosunkiem zobowiązaniowym. Również w sytuacji, gdy mamy do czynienia z umową spółki cywilnej, nie powstaje nowy podmiot,

[175] Por. postanowienie SN z 12 października 2018 r., V CZ 71/18, Legalis

a jedynie węzeł obligacyjny. Tak więc uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym nie jest konsorcjum ani lider konsorcjum czy też spółka cywilna zawiązana na tę okoliczność, lecz podmioty tworzące konsorcjum[176].

5. Zakaz składania wielu ofert. Według art. 218 ust. 1 Pzp każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Niedopuszczalna jest sytuacja, kiedy wykonawca składa jedną ofertę samodzielnie, drugą zaś – wspólnie z innymi wykonawcami. Dotyczy to również sytuacji, kiedy wykonawca ubiega się o zamówienie jako uczestnik dwóch konsorcjów. Zamawiający powinien obie oferty odrzucić ze względu na ich niezgodność z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp).

6. Obowiązek ustanowienia pełnomocnika. Stosownie do art. 58 ust. 2 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania współwykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest **obowiązkowe**, natomiast pełnomocnictwo do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest fakultatywne. Celem tego uregulowania jest ułatwienie komunikacji z takim wykonawcą. Pisma i zawiadomienia przekazane na adres pełnomocnika wywołują skutki dla wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną.

[176] Por. wyrok SA w Krakowie z 14 września 2018 r., I ACa 196/18, Legalis

Art. 58 ust. 2 Pzp nakłada na współwykonawców obowiązek ustanowienia pełnomocnika, ale nie wprowadza przymusu działania przez pełnomocnika.

Ustanowienie pełnomocnika może być dokonane w umowie konsorcjum lub w odrębnym dokumencie pełnomocnictwa.

Zamawiający powinien domagać się przedstawienia pełnomocnictwa przez wykonawców ubiegających się wspólnie. Pełnomocnictwo powinno być złożone wraz z **ofertą** lub **wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**. Niezłożenie pełnomocnictwa w przewidzianym terminie, w tym w terminie wyznaczonym w wezwaniu do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia (art. 128 ust. 1 Pzp), skutkuje odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp) lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp).

Obowiązek wyznaczenia przedstawiciela uprawnionego do reprezentacji współwykonawców w stosunkach z zamawiającym dotyczy również **spółki cywilnej**. Spółka cywilna, ze względu na swoją specyfikę, wymaga jednak szczególnego potraktowania w przypadku, gdy wskazanym przedstawicielem jest wspólnik. Ponieważ umocowanie do reprezentowania spółki cywilnej (czyli w istocie rzeczy do reprezentowania wszystkich wspólników) przez wspólnika wynika z przepisu ustawy (art. 866 Kc), wspólnik reprezentuje spółkę jako przedstawiciel ustawowy wszystkich wspólników, a nie jako pełnomocnik[177]. Dlatego w praktyce orzeczniczej przyjmuje się, że w przypadku spółki cywilnej dokumentami zastępującymi pełnomocnictwo mogą być umowa spółki lub uchwała wspólników, wskazująca jednego

[177] Por. wyrok SN z 13 października 2000 r., II CKN 298/00, LEX nr 52570

ze wspólników jako umocowanego do reprezentacji spółki (wszystkich wspólników)[178].

7. Wymagania związane z realizacją zamówienia. Zgodnie z art. 58 ust. 4 Pzp w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Przepis jest wzorowany na art. 19 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy klasycznej oraz art. 37 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy sektorowej.

Realizacja zamówień przez grupy wykonawców może wymagać ustanowienia warunków związanych z realizacją zamówienia, których nie ma potrzeby określać czy wymagać w przypadku pojedynczego wykonawcy. Wymagania związane z realizacją zamówienia, które powinny być uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu, mogą np. obejmować warunek wyznaczenia wspólnego przedstawicielstwa lub głównego partnera do celów realizacji zamówienia lub wymaganie wyznaczenia do realizacji zadań, z którymi wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia tego współwykonawcy, który dysponuje odpowiednimi zdolnościami (por. art. 117 Pzp).

8. Obowiązek równego traktowania. Jak już wcześniej wspomniano, grupa wykonawców jest sumą tworzących ją współwykonawców, a nie jednym wykonawcą. Dotyczy to w tym samym stopniu konsorcjum, co spółki cywilnej, która nie jest odrębnym od wspólników podmiotem prawa. Pomimo to grupę wykonawców należy traktować zasadniczo tak,

[178] Tak np. wyrok KIO z 12 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1214/19 i wyrok KIO z 12 września 2019 r., sygn. akt KIO 1670/19

jakby jej uczestnicy byli jednym wykonawcą. Obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na **równi** z wykonawcami występującymi samodzielnie podkreśla brzmienie art. 58 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Gdyby nie przepis art. 58 ust. 5 Pzp, każdy ze współwykonawców musiałby samodzielnie spełniać wszystkie wymagania stawiane uczestnikom postępowania. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu regułą jest, że wykonawców łącznie występujących w postępowaniu należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować ich potencjały. Tylko wówczas, gdy konieczna jest indywidualna ocena poszczególnych współwykonawców, można odstąpić od tej reguły[179]. Ma to miejsce np. w przypadkach, o których mowa w art. 117 ust. 1–3 Pzp, gdy zamawiający lub sama ustawa określa szczególny sposób spełniania przez współwykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Art. 59.

Jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

1. Cel przepisu. Żądanie kopii umowy regulującej współpracę współwykonawców służy przede wszystkim weryfikacji, czy podział zadań pomiędzy współwykonawcami zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez każdego z nich zasobów i gwarantuje należyte

[179] Por. J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 4, s. 112

wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto w przypadku zamówienia udzielanego w trybie partnerstwa innowacyjnego zamawiający powinien wiedzieć, jakie są umowne powiązania współwykonawców, ponieważ ponoszą oni odpowiedzialność za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z łączącą ich umową (art. 445 ust. 2 Pzp).

2. Weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu. Umowa regulująca współpracę współwykonawców stanowi gwarancję ich współdziałania w toku realizacji zamówienia, zapewniając tym samym, że będzie ono należycie wykonane, pomimo że poszczególni wykonawcy nie spełniają wszystkich warunków udziału w postępowaniu[180]. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Określone w umowie konsorcjum zasady współpracy powinny zatem gwarantować, że zdolności poszczególnych członków konsorcjum będą przekazywane pomiędzy nimi lub członek dysponujący określonymi zdolnościami spełni świadczenie, do którego spełnienia te zdolności są wymagane. Przykładowo, jeżeli jeden z konsorcjantów wykazał spełnienie warunku dysponowania koparkami, z umowy konsorcjum powinno wynikać, że ten właśnie konsorcjant wykonana roboty wymagające użycia koparek lub udostępni koparki temu partnerowi, który te roboty wykona.

[180] Por. J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 4, s. 112

Art. 60.

Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi;

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

1. Cel przepisu. Art. 60 Pzp wprowadza ograniczenia dopuszczalności przekazywania zdolności pomiędzy współwykonawcami. Przewiduje możliwość wymagania przez zamawiającego, aby dla niektórych rodzajów zamówień określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samych poszczególnych współwykonawców. Ograniczenie takie powinno zostać jednak wyraźnie przewidziane w warunkach zamówienia[181].

Przepis jest wzorowany na art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

2. Ograniczenie polegania na zdolnościach współwykonawców. Przepis art. 60 Pzp wskazuje na możliwość zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wynika stąd, że zamawiający może wymagać, aby kluczowe zadania były wykonywane nie przez wszystkich, ale tylko przez jednego lub kilku współwykonawców, którzy np. posiadają szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki zarządzania jakością itp. W takim wypadku brak jest możliwości powołania się na uprawnienia, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub

[181] Por. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 33

doświadczenie tych współwykonawców, którzy nie wykonają kluczowych zadań, do realizacji których te zdolności są wymagane.
Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych współwykonawców kluczowych zadań jest skuteczne pod warunkiem zawarcia informacji o takim obowiązku w SWZ (art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp) lub OPW (art. 156 ust. 2 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp).

Rozdział 7
Komunikacja zamawiającego z wykonawcami

Art. 61.

1. Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

2. Komunikacja ustna dopuszczalna jest w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych, o ile jej treść jest udokumentowana.

1. Komunikacja pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami. Komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w Pzp. Tym samym art. 61 Pzp nie dotyczy komunikacji wewnątrz instytucji zamawiających,

zgodnie z zasadą wyrażoną w motywie 52 do preambuły dyrektywy klasycznej oraz motywie 63 do preambuły dyrektywy sektorowej. Obowiązkową elektroniczną komunikacją objęte są również postępowania o wartości mniejszej niż progi unijne.

Komunikacja z użyciem środków komunikacji elektronicznej dotyczy czynności w postępowaniu obejmujących w szczególności:

1) składanie ofert,
2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, opracowań studialnych oraz prac konkursowych,
4) wymianę informacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą,
5) przekazywanie dokumentów lub oświadczeń pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

W Pzp wpisano wprost, że elektronizacja dotyczy nie tylko postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również konkursu, w którym niezbędne będzie składanie opracowań studialnych i prac konkursowych przez uczestników konkursu w sposób zanonimizowany dla sądu konkursowego w taki sposób, żeby uniemożliwić identyfikację uczestnika konkursu przed rozstrzygnięciem konkursu.

2. Elektronizacja komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wejście w życie Pzp oznacza pełną elektronizację komunikacji w postępowaniu pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, z wyjątkami określonymi w Pzp. Zgodnie z art. 20 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się pisemnie. Jak rozumieć pisemność, rozstrzyga z kolei przyjęta w art. 7 pkt 16 Pzp definicja tego pojęcia. Chodzi zatem o sposób wyrażenia informacji w postaci elektronicznej, a tylko w wyjątkowych przypadkach w postaci papierowej. Należy przy tym zwrócić uwagę, że Pzp zastrzega dla niektórych

dokumentów składanych w postępowaniu w postaci elektronicznej, aby były opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku tzw. postępowań krajowych dopuszcza również podpis zaufany lub podpis osobisty. Wszystkie dokumenty, zarówno te z podpisem elektronicznym, jak i te bez podpisu są dokumentami elektronicznymi, które muszą być przesyłane z użyciem środków komunikacji elektronicznej, Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej odsyła do definicji dokumentu elektronicznego zawartej w rozporządzeniu eIDAS. Zgodnie z art. 3 pkt 35 rozporządzenia eIDAS dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

Objęcie całego procesu komunikacji w procesie udzielania zamówienia publicznego obowiązkiem elektronizacyjnym pozwoli zamawiającym ustandaryzować proces związany chociażby z udostępnianiem zainteresowanym dokumentacji postępowania za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Elektronizacja nie ogranicza elektronicznej komunikacji wyłącznie do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lecz dotyczy całego procesu komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Środki komunikacji elektronicznej. Definicja środków komunikacji elektronicznej z art. 7 pkt 23 Pzp odsyła do definicji określonej w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zgodnie z którą przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.

Definicja ta jest spójna z postanowieniami dyrektywy klasycznej oraz dyrektywy sektorowej (w rozumieniu art. 2 pkt 19 dyrektywy klasycznej oraz art. 2 pkt 15 dyrektywy sektorowej „środki elektroniczne" oznaczają sprzęt elektroniczny do przetwarzania (w tym także kompresji cyfrowej) i przechowywania danych, które są przesyłane, przekazywane i odbierane za pomocą przewodów, fal radiowych, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych).

Szczególny rodzaj komunikacji elektronicznej stanowi natomiast proces składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, dla którego wymagana jest forma elektroniczna, czyli postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań krajowych dopuszczona jest również postać elektroniczna opatrzona podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

4. Komunikacja elektroniczna dla ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a komunikacja dla wymiany informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń. Biorąc pod uwagę definicję oraz wymagania, jakie muszą spełniać w postępowaniu lub konkursie środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których odbywa się odbiór dokumentów elektronicznych zawierających oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 Pzp, oraz prace konkursowe, tj. zachowujących integralność, autentyczność, nienaruszalność danych i ich poufność, do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, jakich środków komunikacji elektronicznej można użyć do wymiany innych dokumentów niż oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie między zamawiającym a wykonawcą. W takim przypadku komunikacja może odbywać się przy użyciu innych narzędzi aniżeli takie, które zachowują wymagania określone w art. 68 Pzp oraz § 11 ust. 1

rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, w tym za pośrednictwem poczty elektronicznej. Zauważyć przy tym należy, iż poczta elektroniczna nie spełnia wymagań określonych w art. 68 Pzp, tj. nie posiada cech takich jak:

1) integralność, która polega na realizacji przez system swoich funkcji w nienaruszony sposób, który jest wolny od nieautoryzowanej manipulacji, omyłkowej lub intencjonalnej; w aspekcie ofert i wniosków stanowi brak możliwości nieuprawnionych modyfikacji danych zawartych w ofercie lub wniosku,
2) autentyczność, polegająca na zapewnieniu, że tożsamość danej osoby, która wykonuje określone operacje w systemie, jest taka sama jak deklarowana, co daje gwarancję, że treść ofert i wniosków pochodzi od wskazanego wykonawcy lub uczestnika konkursu,
3) nienaruszalność danych, czyli ochrona danych przed ich nieautoryzowanym zmodyfikowaniem,
4) poufność danych w systemie, dająca gwarancję, że tylko osoby upoważnione, mające dostęp do danych ze względu na zakres swoich obowiązków służbowych, mają możliwość wykonywania na nich operacji.

Tym samym poczta elektroniczna może zostać użyta do wymiany informacji, przekazywania dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, ale nie może zostać użyta do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3 Pzp, oraz prac konkursowych, gdyż nie wypełnia wymagań stawianych w art. 68 Pzp.

5. Obowiązek zapewnienia narzędzi do elektronicznej komunikacji.

Istotnym zagadnieniem dotyczącym narzędzi do elektronicznej komunikacji jest odpowiedź na pytanie, po czyjej stronie leży obowiązek

zapewnienia tych narzędzi. Zgodnie z Pzp, gospodarz postępowania zobowiązany jest korzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu. Korzystając natomiast z narzędzi, które nie są ogólnie dostępne, zamawiający zobowiązany jest zapewnić wykonawcom bezpłatny dostęp do takich narzędzi.

6. Komunikacja ustna. Pzp dopuszcza komunikację ustną w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do informacji, które nie są istotne. Ustawodawca od strony negatywnej definiuje, co należy rozumieć przez informacje nieistotne, wskazując, że nie dotyczą one ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych. Art. 61 Pzp w pełni przenosi postanowienia art. 22 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 40 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

Możliwość wystąpienia komunikacji ustnej w toku negocjacji bądź dialogu dotyczy zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne udzielanych w trybie: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i partnerstwa innowacyjnego. W postępowaniach właściwych dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający będzie mógł skorzystać z komunikacji ustnej w negocjacjach prowadzonych w trybie podstawowym (wariant 2 i 3 – art. 275 pkt 2 i 3 Pzp), partnerstwie innowacyjnym, negocjacjach bez ogłoszenia, zamówieniu z wolnej ręki.

Pzp wymaga od zamawiającego utrwalenia treści, które zostały przekazane ustnie – na piśmie, w formie protokołu, notatki, streszczeń głównych elementów rozmowy, nagrania audio czy video bądź w innej formie pozwalającej na uznanie jej za dokument.
Komunikacja ustna jest dopuszczalna na gruncie Pzp również na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. przy prowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych w celu zdobycia wiedzy niezbędnej do właściwego przygotowania postępowania. W takim przypadku kontakt z wykonawcami może być jedyną drogą do uzyskania niezbędnej wiedzy. W celu przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 84 Pzp, zamawiający zamieszcza informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie na stronie internetowej zamawiającego. Oznacza to, że zamawiający ma dużą swobodę w kwestii sposobu prowadzenia konsultacji. Ma jednak obowiązek zapewnić uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie uczestników konsultacji, a także przyszłych wykonawców i ich rozwiązań oraz zasady przejrzystości. Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może korzystać z wiedzy i doświadczeń ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Ustawodawca nie wskazał sposobu, w jaki zamawiający ma się komunikować podczas konsultacji, tym samym dopuszczalny jest kontakt w formie ustnej, tym bardziej że dyspozycja art. 61 Pzp odnosi się do prowadzenia postępowania, nie zaś przygotowania postępowania. Z uwagi na korelację dyspozycji art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp ze wstępnymi konsultacjami rynkowymi, stanowiącej o obligatoryjnej przesłance wykluczenia wykonawcy w okolicznościach zakłócenia konkurencji związanych z tymi konsultacjami, zamawiający powinni dokumentować

wcześniej pozyskane informacje od wykonawców zgodnie z dyspozycją art. 79 ust. 1 Pzp.

Art. 62.

Ilekroć w niniejszym rozdziale jest mowa o ofercie, należy przez to rozumieć również ofertę wstępną, ofertę podlegającą negocjacjom, ofertę ostateczną, ofertę dodatkową, ofertę wariantową oraz ofertę częściową.

1. Definicja oferty na potrzeby komunikacji elektronicznej.

Ustawodawca w odniesieniu do obowiązku użycia środków komunikacji elektronicznej doprecyzował, że komunikacja z użyciem środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie, dotyczy zarówno oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacjom przewidzianych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, partnerstwie innowacyjnym, a także oferty ostatecznej przewidzianej w trybie podstawowym oraz negocjacji z ogłoszeniem, jak również ofert dodatkowych, tych o których mowa w art. 248 ust. 3 Pzp oraz przewidzianych w trybie podstawowym (art. 275 pkt 2 Pzp), ofert wariantowych oraz ofert częściowych.

Tym samym, przesyłanie ofert, o których mowa w art. 62 Pzp, następuje z użyciem systemu teleinformatycznego stosowanego do elektronicznej komunikacji pozwalającego na spełnienie wymagań określonych w załączniku nr IV do dyrektywy klasycznej czy w załączniku V do dyrektywy sektorowej w zakresie wymagań dotyczących narzędzi i urządzeń do elektronicznego

odbioru ofert[182]. Do wymagań tych należy w szczególności określenie dokładnego czasu i daty odbioru ofert, zapewnienie, aby przed upływem określonych terminów nikt nie uzyskał dostępu do ofert, z wyjątkiem osób uprawnionych do ustalenia lub zmiany terminu otwarcia tych przesłanych plików. Ponadto pliki otrzymane i otwarte zgodnie z określonymi zasadami rozliczalności muszą pozostać dostępne wyłącznie dla osób uprawnionych do zapoznania się z nimi. Wymagania te są transponowane w rozporządzeniu w sprawie środków komunikacji elektronicznej.

W zależności od systemu teleinformatycznego, w którym prowadzone będzie postępowanie lub konkurs, można będzie się spodziewać różnych rozwiązań funkcjonalnych związanych z zabezpieczaniem dokumentów elektronicznych zawierających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 Pzp, oferty oraz prace konkursowe przed ich otwarciem. Niemniej jednak obowiązkiem zamawiającego będzie skorzystanie z takiego narzędzia, które zapewni odpowiednie zabezpieczenie tych dokumentów elektronicznych w taki sposób, aby nie można było zapoznać się z ich treścią przed upływem terminu ich otwarcia.

Art. 63.

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie

[182] Dyrektywa obronna w załączniku VIII wskazuje wymagania dotyczące urządzeń do elektronicznego składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert, jeżeli zamawiający dopuści komunikację elektroniczną, a w szczególności elektroniczne składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 395 ust. 2 Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów działu I rozdziału 7 w zakresie, w jakim przewidują obowiązek komunikacji z wykonawcą wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.

2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

1. Forma składanych ofert. Ustawodawca określił, że oferty pod rygorem nieważności składa się w formie elektronicznej. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne obok formy elektronicznej dopuszczona została również postać elektroniczna opatrzona podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

2. Pisemność, forma pisemna, forma elektroniczna. Definicja pisemności jest uregulowana w art. 7 pkt 16 Pzp. Przez pisemność 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.

Natomiast formę pisemną należy zdefiniować poprzez odesłanie z art. 8 ust. 1 Pzp do stosowania Kc w zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych. Z art. 78 § 1 zd. pierwsze Kc wynika zatem, że dla zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarczy złożenie

własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W art. 78^1 § 1 Kc określono odrębnie formę elektroniczną czynności prawnej, stanowiąc, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go **kwalifikowanym podpisem elektronicznym**.
Ustawodawca przesądził w Kc o odrębności elektronicznej formy czynności prawnej od pisemnej.

3. Ekwiwalentność formy pisemnej i elektronicznej. Ustawodawca zrównał złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej ze złożeniem oświadczenia woli w formie pisemnej (art. 78^1 § 2 Kc).
Na uwagę jednak zasługuje fakt, że ekwiwalentność formy pisemnej i elektronicznej nie ma charakteru wzajemnego, Kc nie zrównuje oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z oświadczeniem woli złożonym w formie elektronicznej.

4. Podpis w elektronicznej komunikacji. Do dokumentów innych niż określone w art. 63 Pzp nie ma obowiązku stosowania rodzajów podpisu wymienionych w art. 63 Pzp pod rygorem nieważności. Cała prowadzona po stronie zamawiającego dokumentacja postępowania i dokumenty, takie jak protokół z postępowania, wezwania do uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów, nie wymagają określonej kwalifikowanej formy.
Zgodnie z art. 73 Kc zastrzeżenie formy elektronicznej w ustawie powoduje nieważność czynności dokonanej bez zachowania zastrzeżonej formy tylko i wyłącznie wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Pod rygorem nieważności w formie elektronicznej w postępowaniach dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się więc oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosek stosowany w zamówieniach sektorowych, o którym mowa w art 371 ust 3 Pzp oraz JEDZ.

W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne dla ofert i wniosków oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa art 125 ust. 1 Pzp, również wprowadzono rygor nieważności w zakresie formy ich złożenia. Zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp złożenie następuje pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (dokument w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

5. Nieważność czynności prawnej. Dokonanie czynności bez zachowania wymogu formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności stanowi wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem (nieważność bezwzględna). Tym samym niepodpisanie oferty lub wniosku w wymaganej formie lub nieprawidłowe złożenie podpisu pod ofertą lub wnioskiem spowoduje w konsekwencji, że odpowiednio oferta lub wniosek podlegają odrzuceniu na podst. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Żeby złożenie oferty lub wniosku mogło być uznane za skuteczne, wymaga od wykonawcy przekazania zamawiającemu pliku (dokumentu elektronicznego) zawierającego ofertę wraz z właściwym podpisem elektronicznym, który został złożony przed zaszyfrowaniem oferty. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy będzie to podpis wewnętrzny, czy zewnętrzy. Dopuszczalne jest również, aby wykonawca przekazał zamawiającemu swoją ofertę w tzw. „paczce" dokumentów elektronicznych (tj. w skompresowanym archiwum dokumentów elektronicznych, które najczęściej zapisane jest w formacie ZIP) wraz z właściwym podpisem elektronicznym dołączonym jako plik podpisu do „paczki" dokumentów elektronicznych przed jej zaszyfrowaniem. Powyższe jest zgodne z § 8 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej,

który stanowi, że w przypadku przekazywania w postępowaniu lub konkursie dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Podpisy elektroniczne bowiem stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i paczek dokumentów elektronicznych. Właściwy podpis elektroniczny, którym opatrzono paczkę dokumentów elektronicznych, obejmuje łącznie cały zbiór dokumentów w niej zawartych. Złożenie podpisu pod paczką, jak i pod każdym dokumentem z osobna daje taki sam efekt, tj. dokument elektroniczny jest opatrzony podpisem elektronicznym. Zatem dokument elektroniczny stanowiący element archiwum podpisanego właściwym podpisem elektronicznym jest podpisany tym podpisem. Podpis elektroniczny bowiem dotyczy danych zawartych w dokumentach elektronicznych, a nie fizycznie samego dokumentu. Zaznaczyć przy tym należy, iż weryfikacja podpisu elektronicznego złożonego pod paczką skompresowanych plików oraz jego powiązania z konkretnym dokumentem elektronicznym zawartym w paczce będzie możliwa tylko w przypadku, gdy zamawiający będzie posiadał dostęp do całego podpisanego archiwum.

6. Kwalifikowany podpis elektroniczny. Zgodnie z rozporządzeniem eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia

do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Zgodnie z tym rozporządzeniem zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi:

1) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu,
2) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego,
3) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą,
4) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

7. Podpis zaufany. Podpisanie dokumentu elektronicznie za pomocą podpisu zaufanego jest dostępne dla użytkownika posiadającego profil zaufany. Profil zaufany jest podpisem potwierdzającym tożsamość w kontaktach on-line z urzędami i załatwieniu sprawy poprzez np. ePUAP, obywatel.gov.pl, PUE ZUS, praca.gov.pl – czyli na platformach urzędowych. Podpis zaufany, potwierdzony profilem zaufanym, zastępuje w kontaktach z podmiotami publicznymi podpis własnoręczny.

8. Podpis osobisty. Podpis osobisty to rodzaj zaawansowanego podpisu elektronicznego. Prawdziwość danych posiadacza podpisu potwierdza certyfikat podpisu osobistego, zawierający imię (imiona), nazwisko, obywatelstwo oraz numer PESEL.

Podpis osobisty wywołuje dla podmiotu publicznego taki sam skutek prawny jak podpis własnoręczny. Podpis osobisty może być wykorzystywany również w kontaktach z podmiotami innymi niż publiczne, ale tylko jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę. Podpis osobisty może służyć m.in. do podpisu dokumentów elektronicznych wysyłanych do urzędu.

Art. 64.

Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2021 r. poz. 670), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu.

1. Środki komunikacji elektronicznej. Zgodnie z motywem 53 dyrektywy klasycznej oraz motywem 64 dyrektywy sektorowej zamawiający powinni, z wyjątkiem pewnych określonych sytuacji, stosować elektroniczne środki komunikacji, które umożliwiają wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu lub konkursie w sposób nieograniczony narzędziami stosowanymi w procedurze. Narzędzia te mają być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT (technologiami informacyjno-komunikacyjnymi) będącymi w powszechnym użyciu. Środki komunikacji elektronicznej zgodnie z ustawą o świadczeniu usług drogą elektroniczną to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczta elektroniczna.

2. Strona internetowa prowadzonego postępowania. Pzp rozróżnia stronę internetową prowadzonego postępowania od strony internetowej

zamawiającego. Strona internetowa prowadzonego postępowania to miejsce, w którym zamawiający będzie prowadził postępowanie. To poprzez tę stronę będą składane oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, które będą musiały być przekazane do zamawiającego poprzez system teleinformatyczny. Innymi słowy strona prowadzonego postępowania to system teleinformatyczny, który umożliwi elektroniczną komunikację pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Takie narzędzie musi być niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne.

3. Narzędzia niedyskryminujące. Niedyskryminujący charakter środków komunikacji elektronicznej to w znacznej części neutralność technologiczna – zgodność z zasadą równego traktowania technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań.

Ponadto stosowanie takich środków komunikacji powinno również uwzględniać dostępność dla osób niepełnosprawnych, tj. m.in. strona prowadzonego postępowania musi spełniać wytyczne dotyczące dostępności stron internetowych WCAG (ang. Web Content Accessibility Guidelines).

4. Narzędzia ogólnie dostępne. Zgodnie z art 64 Pzp zamawiający ma zapewnić w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narzędzia do elektronicznej komunikacji, które są ogólnie dostępne. Niemniej jednak ustawodawca przyjął, że w wyjątkowych sytuacjach wskazanych w Pzp zamawiający może skorzystać z innych narzędzi aniżeli te, które są ogólnie dostępne. W takich

przypadkach to na zamawiającym spoczywa obowiązek, aby udostępnił takie narzędzia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i wskazał w dokumentach zamówienia, gdzie można do nich uzyskać dostęp lub skąd je pobrać.

Obecnie na polskim rynku funkcjonuje szereg narzędzi informatycznych udostępniających funkcjonalności niezbędne do zapewnienia pełnej elektronicznej komunikacji w postępowaniu.

To na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia narzędzia do elektronicznej komunikacji. Zamawiający ma zapewnić narzędzia, które są ogólnie dostępne, czyli narzędzia, które nie wymagają po stronie wykonawcy poczynienia szczególnych działań w celu złożenia ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający może dokonać wyboru w odniesieniu do narzędzi, z jakich będzie korzystał, i mogą to być narzędzia udostępnione przez Prezesa UZP, własne narzędzia zamawiającego lub narzędzia dostępne komercyjnie na rynku.

5. Narzędzia zapewniające interoperacyjność. Ustawodawca wskazał również, że **narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej** muszą być interoperacyjne. Zgodnie z ustawą o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne przez interoperacyjność należy rozumieć zdolność różnych podmiotów oraz używanych przez nie systemów teleinformatycznych i rejestrów publicznych do współdziałania na rzecz osiągnięcia wzajemnie korzystnych i uzgodnionych celów, z uwzględnieniem współdzielenia informacji i wiedzy przez wspierane przez nie procesy biznesowe realizowane za pomocą wymiany danych za pośrednictwem wykorzystywanych przez te podmioty systemów teleinformatycznych.

Art. 65.

1. Zamawiający może odstąpić od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, jeżeli:

1) z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia, użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;

2) aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są one objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego;

3) użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego;

4) zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;

5) jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej;

6) jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego;

7) zamówienie jest udzielane lub konkurs jest organizowany przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1854) w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014, str. 73), oraz wartość tego zamówienia lub konkursu jest mniejsza niż progi unijne[183].

8) zamówienie jest udzielane lub konkurs jest organizowany przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. poz. 464) w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014, str. 73),

[183] Dodany przez art. 2 pkt 11 lit. a ustawy z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2275), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.; w tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany, o której mowa w odnośniku 184

oraz wartość tego zamówienia lub konkursu jest mniejsza niż progi unijne[184].

2. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, z uwagi na wystąpienie jednej z okoliczności, o której mowa w ust. 1, w szczególności w odniesieniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, oferty, pracy konkursowej albo ich części, podmiotowego środka dowodowego lub przedmiotowego środka dowodowego, można je przekazać, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041 i 2320), osobiście lub za pośrednictwem posłańca.

3. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, z uwagi na wystąpienie jednej z okoliczności, o której mowa w ust. 1, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3, oferty lub ich części składa się zgodnie z wyborem zamawiającego, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej lub w formie lub postaci, o której mowa w art. 63.

4. Zamawiający opisuje w protokole postępowania powody odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej.

1. Odstępstwa od użycia środków komunikacji elektronicznej. Art. 65 Pzp określa wyjątek od zasady stosowania komunikacji elektronicznej w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu. Zamawiający może odstąpić od użycia środków komunikacji

[184] Ze zmianą wprowadzoną przez art. 73 pkt 1 ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. poz. 464), która wejdzie w życie z dniem 16 czerwca 2021 r.

elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności, o której mowa w art. 65 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie mają swobody co do możliwości odstąpienia od elektronicznej komunikacji w okolicznościach innych niż wskazane w art. 65 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że w przepisie tym został określony zamknięty katalog przesłanek odstąpienia.

Zgodnie z art. 65 ust. 2 Pzp w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z uwagi na wystąpienie jednej z okoliczności wskazanych w ust. 1, wniosek, ofertę, pracę konkursową albo ich część, podmiotowe lub przedmiotowe środki dowodowe i in. można przekazać, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu Prawa pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca. Jednakże w przypadku wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosku o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców w zamówieniach sektorowych, ofert lub ich części przewidziany został szczególny rygor. Zgodnie z art. 65 ust. 3 Pzp dokumenty te składa się zgodnie z wyborem zamawiającego, pod rygorem nieważności w formie pisemnej, tj. opatrzone własnoręcznym podpisem osób upoważnionych do ich reprezentacji, bądź też w przypadku wyboru postaci elektronicznej opatrzone odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 63 ust. 1 Pzp), a w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne obok kwalifikowanego podpisu elektronicznego dla ważności oferty dopuszczona jest również możliwość skorzystania przez wykonawców z podpisu zaufanego lub podpisu osobistego (art. 63 ust. 2 Pzp).

Zastosowanie tej wyjątkowej regulacji może dotyczyć części oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, ale także przedmiotowych czy podmiotowych środków dowodowych. Tym samym zamawiający powinien zbadać, w jakim zakresie i w stosunku do jakich elementów komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą możliwe będzie odstąpienie od elektronicznej komunikacji.
Założeniem komentowanego przepisu jest – z jednej strony – aby obowiązek stosowania komunikacji elektronicznej nie ograniczał dostępu do ubiegania się o zamówienie z uwagi na konieczność korzystania z elektronicznych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne, z drugiej zaś strony – aby wyłączenie komunikacji elektronicznej ograniczało się jedynie do niezbędnego zakresu.

2. Przesłanki odstąpienia od użycia środków komunikacji elektronicznej. Biorąc powyższe pod uwagę, ustawodawca wskazuje zamawiającym, w jakich okolicznościach nie mają obowiązku stosowania elektronicznej komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Oczywiście obowiązkiem zamawiającego jest wyczerpujące opisanie (w protokole postępowania) powodów skorzystania z wyjątkowych rozwiązań.

2.1. Specyficzny charakter zamówienia. Przesłanka określona w art. 65 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczy przypadku, kiedy zamawiający z uwagi na specyficzny charakter zamówienia nie może skorzystać z dostępnych narzędzi i środków komunikacji elektronicznej do tego, żeby w prawidłowy sposób przeprowadzić postępowanie lub konkurs z użyciem środków komunikacji elektronicznej i zachowaniem pełnej dostępności dla wykonawców lub uczestników konkursu do postępowania lub konkursu. Użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane

za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji. Wyspecjalizowany charakter musi odnosić się bezpośrednio do tych elementów komunikacji, które muszą w ramach postępowania być obsłużone za pośrednictwem standardowych narzędzi do elektronicznej komunikacji. Oznacza to, że elementy oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie muszą zawierać specyficzne elementy związane z przedmiotem zamówienia lub konkursu, które nie są możliwe do przekazania za pośrednictwem ogólnie dostępnych narzędzi lub do których obsłużenia wymagana jest specjalistyczna aplikacja.

2.2. Specyficzny format plików. Zgodnie z art. 65 ust 1 pkt 2 Pzp zamawiający może odstąpić od obowiązku komunikacji za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, jeżeli do złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie wymagane jest skorzystanie z takich aplikacji do obsługi formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, lub wymagany jest zakup specjalistycznych licencji do takich aplikacji po stronie wykonawcy. Jeżeli zamawiający takich licencji nie może udostępnić do wykorzystania przez wykonawcę lub uczestnika konkursu, wówczas może odstąpić od zasady elektronicznej komunikacji w niezbędnym zakresie.

2.3. Specjalistyczny sprzęt biurowy. Przypadek określony w art. 65 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczy trudności w dostępie do urządzeń lub narzędzi po stronie zamawiającego w celu skutecznego przeprowadzenia postępowania lub konkursu. Dyrektywa klasyczna oraz dyrektywa sektorowa wskazuje drukarki szerokoformatowe jako przykład wykorzystania specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest ogólnie dostępny dla instytucji zamawiających. Tym samym, żeby uniknąć konieczności dokonania zakupu narzędzi wyłącznie na potrzeby postępowania, zamawiający może odstąpić od komunikacji elektronicznej na rzecz składania ofert w formie papierowej.

2.4. Próbki, których nie można przekazać drogą elektroniczną. Przesłanka określona w art. 65 ust 1 pkt 4 Pzp uwzględnia sytuacje, że w niektórych postępowaniach o udzielenie zamówienia dokumenty zamówienia mogą wymagać przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, którego nie można przekazać zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W takich sytuacjach model lub próbka powinny być przekazane zamawiającemu za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca.

2.5. Bezpieczeństwo środków komunikacji elektronicznej. Co do zasady pierwszeństwo ma zawsze elektroniczna komunikacja w postępowaniu, niemniej jednak mogą pojawić się przypadki związane z bezpieczeństwem środków komunikacji elektronicznej lub szczególnie wrażliwymi danymi. W takim przypadku działania podejmowane w ogólnie dostępnym systemie teleinformatycznym mogą zagrozić naruszeniem bezpieczeństwa zarówno systemu, jak i danych. W takiej sytuacji można odstąpić od wymagania komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 65 ust. 1 pkt. 5 Pzp).

2.6. Ochrona informacji szczególnie wrażliwych. Zgodnie z art. 65 ust 1 pkt 6 Pzp, w sytuacji gdy przedmiotem oferty są informacje szczególnie wrażliwe, a narzędzia komunikacji elektronicznej nie zapewniają zachowania wystarczającego bezpieczeństwa dla zachowania ich ochrony, zamawiający może skorzystać z udostępnionych przez niego narzędzi do elektronicznej komunikacji lub odstąpić od użycia środków komunikacji elektronicznej.

2.7. Zamówienie jest udzielane lub konkurs jest organizowany przez placówkę zagraniczną. Z uwagi na funkcjonowanie części placówek zagranicznych w innych realiach gospodarczych, rozwojowych, związanych m.in. z dostępnością do różnych technologii i rozwiązań

cyfrowych, barier związanych np. z możliwością podpisywania ofert w formie lub postaci wymaganej w art. 63 Pzp, ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia przez te podmioty od obowiązku użycia środków komunikacji elektronicznej. W związku z tym uproszczenie procedury w odniesieniu do zakupów dokonywanych przez placówki zagraniczne znajduje odzwierciedlenie nie tylko w art. 305 Pzp, ale również w możliwości odstąpienia od obowiązku komunikacji w postępowaniu lub konkursie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 65 ust. 1 pkt. 7 Pzp). Należy przy tym podkreślić, że ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej na podstawie art. 65 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale wyłącznie w odniesieniu do zamówienia lub konkursu, którego wartość jest mniejsza niż progi unijne.

3. Zakres odstąpienia. W ślad za dyrektywą klasyczną oraz dyrektywą sektorową zamawiający może skorzystać z odstępstw tylko w niezbędnym zakresie. W zależności od okoliczności odstąpienie od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej może dotyczyć całości postępowania albo tylko jego niektórych etapów. Odstępstwo takie może przykładowo dotyczyć etapu składania ofert. W takim przypadku na pozostałych etapach postępowania, np. wyjaśniania czy uzupełniania dokumentów, obowiązkowe pozostaje użycie środków komunikacji elektronicznej. Należy doprecyzować, że w przypadku gdy jest to konieczne z przyczyn technicznych, zamawiający powinni mieć możliwość określenia górnego limitu rozmiaru plików, które można przekazywać.

Decyzja o rezygnacji z elektronicznej komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie należy do kompetencji zamawiającego i obowiązkiem zamawiającego jest określenie w treści dokumentów zamówienia, np. w SWZ informacji

o skorzystaniu z jednej z przesłanek pozwalających na odstąpienie od tego wymogu. Niemniej jednak zamawiający przy skorzystaniu z odstępstw od elektronicznej formy komunikacji opisuje w protokole postępowania powody odstąpienia.

Art. 66.

1. Zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, jeżeli:

1) od dnia opublikowania ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub od dnia wysłania dokumentu wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, oferuje wykonawcom lub uczestnikom konkursu nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, do alternatywnych narzędzi, urządzeń lub formatów plików, umożliwiających złożenie ofert lub prac konkursowych;

2) zapewnia, że wykonawcy lub uczestnicy konkursu nieposiadający dostępu do takich narzędzi, urządzeń lub formatów plików ani niemający możliwości jego uzyskania, o ile brak dostępu nie wynika z przyczyn dotyczących wykonawcy, będą mogli – w terminie umożliwiającym wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – mieć do nich dostęp dzięki zastosowaniu tymczasowych narzędzi uwierzytelniania bezpłatnie udostępnionych im pod wskazanym przez zamawiającego adresem strony internetowej;

3) udostępnia wykonawcom lub uczestnikom konkursu alternatywną ścieżkę elektronicznego składania ofert lub prac konkursowych.

2. Zamawiający podaje adres strony internetowej, na której są dostępne narzędzia, urządzenia lub formaty plików, o których mowa w ust. 1 pkt 1, w ogłoszeniu lub dokumencie wszczynającym postępowanie.

1. Używanie narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne. Przepis art. 66 ust. 1 Pzp wprowadza przesłanki, w przypadku których zamawiający do komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie może wymagać od wykonawców lub uczestników konkursu korzystania z narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne. Komentowany przepis stanowi zatem wyjątek od wprowadzonego w art. 64 Pzp obowiązku posługiwania się przez zamawiającego narzędziami i środkami komunikacji elektronicznej, które m.in. muszą być ogólnie dostępne dla wykonawców lub uczestników konkursu.

2. Przesłanki używania niedostępnych narzędzi. Przepis wylicza enumeratywnie sytuacje, w których zamawiający może wprowadzić wymóg posługiwania się przez wykonawców lub uczestników konkursu narzędziami, urządzeniami lub formatami plików, które nie są ogólnie dostępne. Omawiane przesłanki należy stosować alternatywnie, zatem zaistnienie choćby jednej z wymienionych w przepisie okoliczności uprawnia zamawiającego do postawienia wymogu korzystania przez wykonawców ze szczególnych narzędzi.

Po pierwsze możliwe jest to, gdy zamawiający od chwili wszczęcia postępowania lub konkursu zapewnia wykonawcom lub uczestnikom konkursu **nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do alternatywnych narzędzi, urządzeń lub formatów plików, umożliwiających złożenie ofert lub prac konkursowych**. Zamawiający

zagwarantować musi zatem, aby korzystanie z tych narzędzi następowało bezpośrednio przez każdego z wykonawców lub uczestników konkursu w sposób nieograniczony (swobodny, nieuwarunkowany wymaganiami zamawiającego) oraz pełny (zapewniający dostęp do wszystkich niezbędnych narzędzi w celu złożenia ofert lub prac konkursowych) i nie wiązało się przy tym z dokonaniem zapłaty ani nie wywoływało negatywnych skutków z powodu ich wykorzystania dla wykonawców lub uczestników konkursu. Należy zauważyć, iż oferowane przez zamawiającego alternatywne narzędzia, urządzenia lub formaty plików mają jedynie zapewnić złożenie ofert lub prac konkursowych, nie jest zatem wymagane ich udostępnianie przez zamawiającego na dalszych etapach postępowania lub konkursu.

Po drugie, wymóg wprowadzony może być w przypadku, gdy zamawiający zapewnia **dostęp** wykonawcom lub uczestnikom konkursu, nieposiadającym dostępu lub możliwości jego uzyskania z przyczyn ich niedotyczących, do narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne **za pomocą tymczasowych narzędzi uwierzytelniania bezpłatnie udostępnionych** im pod wskazanym przez zamawiającego adresem strony internetowej. Kluczowe jest przy tym, aby termin udostępnienia tych środków umożliwiał wykonawcom lub uczestnikom konkursu wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Pojęciem narzędzi uwierzytelniania (tzw. *tokenów* – pojęcie użyte zostało w art. 22 ust. 5 lit. b dyrektywy klasycznej oraz art. 40 ust. 5 lit. b dyrektywy sektorowej, stanowiących odpowiednik implementacyjny komentowanego przepisu) określić można narzędzia elektroniczne generujące unikalne kody pozwalające na uwierzytelnienie wykonawcy lub uczestnika konkursu, za pomocą których zainteresowane wzięciem udziału w postępowaniu podmioty bezpłatnie uzyskać mogą niezbędne

narzędzia, urządzenia lub formaty plików, które nie są ogólnie dostępne. Należy zauważyć, iż jest to rozwiązanie o charakterze tymczasowym, co podkreślił ustawodawca. Należy przy tym pamiętać, iż brak dostępu do narzędzi lub brak możliwości uzyskania dostępu nie mogą wynikać z przyczyn dotyczących wykonawcy. Wykonawca (lub uczestnik konkursu) zobowiązany jest bowiem do dołożenia należytej staranności, aby uzyskać dostęp do odpowiednich narzędzi, urządzeń lub formatów plików. Dopiero w przypadku gdy pomimo starań wykonawca (lub uczestnik konkursu) nie uzyska dostępu w terminie umożliwiającym mu wzięcie udziału w postępowaniu z przyczyn obiektywnych, zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia dostępu do potrzebnych narzędzi za pomocą narzędzi uwierzytelniania. Przykładowo zatem wykonawca (lub uczestnik konkursu) nie może sprzeciwiać się wprowadzeniu przez zamawiającego wymogu używania określonych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne, powołując się przy tym na brak potrzeby uzyskania do nich dostępu ze względu na fakt wykorzystywania innych wystarczających środków komunikacji.

Po trzecie, odstąpienie od ogólnodostępnych środków jest dopuszczalne, gdy zamawiający udostępnia wykonawcom lub uczestnikom konkursu również **alternatywną ścieżkę elektronicznego składania ofert lub prac konkursowych.** Oznacza to, iż zamawiający obok wprowadzenia wymogu użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, może wprowadzić inną ścieżkę komunikacji elektronicznej. Alternatywna ścieżka komunikacji odnosi się – podobnie jak w przesłance opisanej w art. 66 ust. 1 pkt 1 Pzp – do etapu składania ofert lub prac konkursowych, w związku z czym zamawiający na dalszych etapach prowadzenia postępowania lub konkursu nie jest zobowiązany do udostępnienia alternatywnej ścieżki komunikacji.

3. Zakaz dyskryminacji. Należy pamiętać, iż odstąpienie przez zamawiającego od używania narzędzi, urządzeń lub formatów plików o charakterze ogólnie dostępnym, nie może w żadnym wypadku przyczyniać się do dyskryminacji wykonawców lub uczestników konkursu ani ograniczać ich dostępu do udziału w postępowaniu lub konkursie.
4. Informacja o dostępie. Zamawiający zobowiązany jest wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie wszczynającym postępowanie **adres strony internetowej**, na której dostępne dla wykonawców lub uczestników konkursu będą alternatywne narzędzia, urządzenia lub formaty plików, umożliwiające złożenie ofert lub prac konkursowych. Wskazany w art. 66 ust. 2 Pzp obowiązek odnosi się zatem tylko do przypadku opisanego w art. 66 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Art. 67.

Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

1. Informacje o środkach komunikacji elektronicznej. W ogłoszeniu lub dokumencie zamówienia rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs zamawiający zobowiązany jest do poinformowania wykonawców lub uczestników konkursu o środkach komunikacji elektronicznej, za pomocą których odbywać się będzie komunikacja w postępowaniu lub konkursie. Ponadto zamawiający musi w tym miejscu zamieścić również **informacje o wymaganiach**

technicznych i organizacyjnych dotyczących sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Konsekwencją niedostosowania się przez wykonawcę lub uczestnika konkursu do wymagań technicznych i organizacyjnych przy składaniu ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie jest odrzucenie odpowiednio oferty lub wniosku.

Art. 68.

Przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, oraz prac konkursowych odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

1. Standardy przekazywania ofert i wniosków. W art. 68 Pzp ustawodawca dokonuje wyodrębnienia kluczowych etapów postępowania lub konkursu celem zapewnienia im najwyższego poziomu bezpieczeństwa wymaganego dla środków komunikacji elektronicznej. Są nimi:

1) składanie ofert,
2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie,
3) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców w zamówieniach sektorowych,
4) składanie prac konkursowych.

Dla zachowania bezpieczeństwa wymiany i przechowywania informacji podczas ich składania wymaga się, aby środki komunikacji elektronicznej służące tym celom zapewniały jednocześnie:

1) **integralność** – brak możliwości nieuprawnionych modyfikacji danych zawartych w ofercie lub wniosku oraz pracy konkursowej,
2) **autentyczność** – gwarancję, że treść ofert lub wniosków oraz prac konkursowych pochodzi od wskazanego wykonawcy lub uczestnika konkursu,
3) **nienaruszalność danych i ich poufności** – brak możliwości ingerencji w treść ofert lub wniosków i prac konkursowych oraz zapewnienie nieudostępniania i niewyjawiania danych w nich zawartych podmiotom nieuprawnionym,
4) **możliwość zapoznania się z treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.**

Tym samym odróżnia się wskazane etapy od innych, niewymagających aż tak rygorystycznego poziomu bezpieczeństwa, dla których wystarczającym będzie choćby komunikacja za pomocą poczty elektronicznej.

Art. 69.

1. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów zamawiający może wymagać sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne.

2. Zamawiający zapewnia wykonawcom lub uczestnikom konkursu możliwość skorzystania z alternatywnego środka dostępu do narzędzi, o których mowa w ust. 1.

1. Wprowadzenie. Rozważając kwestie modelowania danych o obiektach budowlanych (ang. building information modeling, BIM), należy zauważyć, że nie istnieje jedna uzgodniona definicja BIM czy narzędzi typu BIM. Wydaje się, że szeroko rozumiane modelowanie informacji o obiektach budowlanych należy postrzegać jako elektroniczne gromadzenie i zarządzanie jak największą ilością danych o tych obiektach, a następnie efektywne ich przetwarzanie na potrzeby każdego etapu cyklu życia obiektu, w tym jego projektowania, budowania, jak i późniejszego eksploatowania i zarządzania nim. Celem takiej organizacji i zarządzania informacją budowlaną jest przede wszystkim racjonalizacja i optymalizacja procesów budowlanych.

Według *BIM Standard PL*[185] metodyka BIM pozwala lepiej szacować ryzyka związane z inwestycją budowlaną, istotnie je zmniejszać, przyczyniając się do realizacji lepszych technicznie i efektywniejszych ekonomicznie obiektów budowlanych. Osiąga się to dzięki zastosowaniu elektronicznych narzędzi modelowania danych budowlanych (programów komputerowych) i jednoczesnemu zaprojektowaniu odpowiedniego procesu informacyjnego. Centralnym elementem procesu informacyjnego jest model informacyjny stanowiący wirtualną reprezentację realnej budowli i odzwierciedlający rzeczywiste cechy i właściwości takiej budowli, nazywany „cyfrowym bliźniakiem" (ang. digital twin). Model informacyjny będący bazą danych zawiera informacje o geometrii i położeniu, jak również m.in. o zachowaniu poszczególnych elementów, ich parametrach fizycznych, wzajemnych relacjach czy różnego rodzaju zależnościach między nimi. W związku

[185] Opracowanie *BIM Standard PL. Projekt zasad przygotowania i realizacji inwestycji kubaturowych w Polsce zgodny z normą PN-EN ISO 19650 i krajowym prawem budowlanym. Wersja dokumentu nr 2.0*. Warszawa, wrzesień 2020 r. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/43449/BIM-Standard-wersja-opublikowana-2.0.pdf (dostęp: 8 stycznia 2021)

z tym przedmiot zamówienia w inwestycjach budowlanych realizowanych z zastosowaniem metodyki BIM ma podwójny charakter – jest nim sam obiekt budowlany, jak i jego cyfrowy bliźniak, czyli model informacyjny, na którym wspólnie pracują wszystkie strony zaangażowane w inwestycję[186].

2. Przepisy europejskie. Pojęcie „narzędzia elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobne" pojawia się w dwóch z trzech przyjętych w 2014 r. dyrektywach europejskich regulujących udzielanie zamówień publicznych w Unii Europejskiej, tj. w dyrektywie klasycznej oraz w dyrektywie sektorowej. W art. 22 ust. 4 dyrektywy klasycznej stwierdzono, że w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane i konkursów państwa członkowskie mogą wymagać zastosowania szczególnych narzędzi elektronicznych, takich jak narzędzia elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobne. W takich przypadkach instytucje zamawiające muszą zaoferować alternatywne środki dostępu zgodnie z art. 22 ust. 5 dyrektywy klasycznej do czasu, gdy takie narzędzia staną się ogólnie dostępne w rozumieniu art. 22 ust. 1 akapit pierwszy, zdanie drugie tej dyrektywy. Analizując powyższy przepis dyrektywy, należy zauważyć, że w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane i konkursów państwa członkowskie UE mogą, ale nie muszą, poprzez swoją legislację krajową wprowadzić obowiązek zastosowania szczególnych narzędzi elektronicznych, takich jak narzędzia typu BIM lub podobne. Państwa członkowskie mogą również dopuścić stosowanie narzędzi typu BIM lub podobnych, zostawiając poszczególnym zamawiającym decyzję, czy będą oni wymagać w prowadzonych przez siebie inwestycjach zastosowania takich

[186] Ibidem

narzędzi, czy też nie. Jeżeli wymaga się zastosowania narzędzi typu BIM, a narzędzia tego typu nie są środkami ogólnie dostępnymi, wtedy zamawiający muszą zaoferować alternatywne środki dostępu do takich narzędzi do momentu, gdy staną się one ogólnie dostępne. Generalnie zastosowanie narzędzi typu BIM w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim nie może prowadzić do ograniczania konkurencji, jak również nie może naruszać innych zasad traktatowych. Narzędzia takie muszą być niedyskryminujące, interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu, nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Przepisy krajowe. Pzp transponuje przepisy dyrektyw dot. narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub narzędzi podobnych poprzez wprowadzenie możliwości wymagania przez poszczególnych zamawiających zastosowania takich narzędzi. Pzp nie wprowadza powszechnego obowiązku zastosowania narzędzi typu BIM w określonych rodzajach postępowań/inwestycji. Rozwiązania obligatoryjne w tym zakresie funkcjonują w niektórych państwach UE, w których narzędzia typu BIM stosuje się od dłuższego czasu i gdzie stały się one swego rodzaju standardem zarówno w inwestycjach prywatnych, jak i publicznych, jak np. w Wielkiej Brytanii czy krajach skandynawskich. Zgodnie z Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów poszczególni zamawiający, w zależności od swoich potrzeb, mają możliwość wymagania sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne. Podczas gdy ustawodawca wskazuje na możliwość wymagania narzędzi typu BIM na etapie składania ofert, który jest zasadniczym etapem, jeśli chodzi o zastosowanie

takich narzędzi, zamawiający może wymagać zastosowania takich narzędzi na innych (kolejnych) etapach procedury przetargowej, jak i w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazanie etapu składania ofert nie ogranicza zamawiających w ich swobodzie wymagania narzędzi typu BIM na innych etapach procedury i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sam etap składania ofert jest istotny, jeżeli chodzi o zademonstrowanie potencjału narzędzi typu BIM ze względu na możliwość stworzenia już na początku całego procesu modelu BIM obiektu i następnie wszechstronnego jego wykorzystania.

4. Ogólna dostępność narzędzi typu BIM. Zgodnie z przepisem art. 69 Pzp zamawiający może wymagać zastosowania narzędzi typu BIM, które nie są ogólnie dostępne i jak wskazuje ust. 2 tego artykułu, w takiej sytuacji zapewnia wykonawcom lub uczestnikom konkursu możliwość skorzystania z alternatywnego środka dostępu do takich narzędzi. W związku z powyższym zasadniczą kwestią, która wynika z przepisu, jest „ogólna dostępność" narzędzi typu BIM, ponieważ w przypadku braku takiej dostępności zamawiający zapewnia alternatywny środek dostępu do takich narzędzi.

W związku z powyższym należy rozważyć kwestię poziomu dostępności narzędzi typu BIM wśród (potencjalnych) wykonawców uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane lub konkursach.

Art. 70.

Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

1) sposób sporządzania oraz sposób przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, ofert, prac

konkursowych, oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, oraz innych informacji, oświadczeń lub dokumentów, przekazywanych w postępowaniu lub konkursie,

2) wymagania techniczne dla dokumentów elektronicznych zawierających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, oraz inne informacje, oświadczenia lub dokumenty, przekazywane w postępowaniu lub konkursie,

3) wymagania techniczne i organizacyjne użycia środków komunikacji elektronicznej służących do odbioru dokumentów elektronicznych, o których mowa w pkt 2

– mając na względzie wartość zamówienia lub konkursu, konieczność zapewnienia integralności i autentyczności danych oraz potrzebę zapewnienia konkurencji i sprawności postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, otwartego dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, a także bezpieczeństwa przetwarzanych danych.

1. Przepis wykonawczy. Na mocy zawartego w art. 70 Pzp upoważnienia w rozporządzeniu w sprawie środków komunikacji elektronicznej doprecyzowane zostały regulacje komunikacji zamawiającego z wykonawcami o charakterze technicznym. Zakresem rozporządzenia objęto szczegółowo: sposób sporządzania oraz sposób i tryb przekazywania dokumentów elektronicznych, a także wymagania techniczne dla tych dokumentów oraz wymagania techniczne dla środków

komunikacji elektronicznej, zapewniające odpowiednie standardy konkurencji, sprawności i bezpieczeństwa danych w postępowaniu lub konkursie. Rozporządzenie normuje również sytuacje, gdy zamawiający, na podstawie art. 65 ust. 1 lub art. 401 ust. 1 Pzp, w całości lub w części odstąpił od wymagania lub nie dopuścił użycia środków komunikacji elektronicznej.

Rozdział 8
Dokumentowanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia

Art. 71.

1. Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania.

2. Protokołu postępowania nie sporządza się w przypadku, gdy zamówienia udziela się na warunkach określonych w umowie ramowej zawartej z jednym wykonawcą lub z kilkoma wykonawcami, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Funkcja protokołu postępowania. Protokół postępowania jest dokumentem służącym w szczególności zapewnieniu przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W protokole zawarte powinny być wszystkie istotne informacje dotyczące tego postępowania, w szczególności uzasadnienie dla decyzji istotnych dla przebiegu postępowania. Protokół prowadzi zamawiający, dokumentując przebieg tego postępowania. Oznacza to, że obowiązek prowadzenia protokołu powstaje z chwilą wszczęcia postępowania, a kończy się z chwilą zakończenia tego postępowania, niezależnie od tego, że treść protokołu odnosi się także do informacji sprzed

wszczęcia postępowania, np. związanych z osobami zaangażowanymi w przygotowanie dokumentów zamówienia czy przebiegiem dialogu technicznego. Dokumentowanie przebiegu postępowania oznacza zarówno sporządzanie protokołu, jak i gromadzenie dokumentacji związanej z tym postępowaniem w postaci załączników do protokołu. Natomiast sporządzanie protokołu w toku postępowania oznacza, że protokół powinien być prowadzony w miarę możliwości na bieżąco, w tym uzupełniony o informacje dotyczące etapu sprzed wszczęcia postępowania.

2. Protokół a sposób komunikacji w postępowaniu. Obowiązek prowadzenia protokołu postępowania powstaje bez względu na przyjęty w tym postępowaniu sposób komunikowania się, a więc zarówno w przypadku, gdy postępowanie jest prowadzone przy zastosowaniu środków komunikacji elektronicznej, jak i wówczas, gdy zaistnieją wyjątki od obowiązku ich stosowania. Treść komunikacji ustnej między zamawiającym a wykonawcami, zwłaszcza przebieg negocjacji lub dialogu, powinna być udokumentowana (por. art. 61 ust. 2 Pzp), co oznacza, że informacje takie powinny stanowić załącznik do protokołu. Dokumentowanie komunikacji w postępowaniu powinno być prowadzone pisemnie, jakkolwiek nic nie stoi na przeszkodzie, aby było poparte dodatkowo nagraniem dźwiękowym, stanowiącym również załącznik do protokołu.

3. Postać protokołu. Pzp nie stawia określonych wymagań co do postaci, w jakiej protokół ma być prowadzony. Protokół nie jest elementem komunikacji zamawiającego z wykonawcami, więc nie jest objęty obowiązkiem elektronizacji. Protokół może być sporządzany zarówno w postaci papierowej, jak i elektronicznej albo przy połączeniu tych dwóch postaci.

4. Obowiązek sporządzania protokołu. Obowiązek sporządzania protokołu powstaje, jeżeli postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy Pzp, bez względu na tryb i bez względu na wartość takiego postępowania. Protokół sporządza się według wzorów określonych rozporządzeniem w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wydanym na podstawie art. 80 Pzp.

Art. 72.

1. Protokół postępowania zawiera co najmniej:

1) nazwę i adres zamawiającego;

2) wskazanie przedmiotu i wartości zamówienia;

3) informację o trybie udzielenia zamówienia i wskazanie okoliczności uzasadniających zastosowanie wybranego trybu, jeżeli przepisy ustawy przewidują przesłanki zastosowania tego trybu;

4) wartość umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów;

5) powody odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych;

6) wyniki badania i oceny ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z podaniem imion, nazwisk albo nazw wykonawców, numerów identyfikacji podatkowej (NIP) lub numerów identyfikacyjnych REGON;

7) powody unieważnienia postępowania;

8) informacje o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 i 3;

9) informacje o złożonych oświadczeniach, o których mowa w art. 56 ust. 4;

10) imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, a także imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani;

11) imiona i nazwiska członków komisji przetargowej i innych osób, które wykonywały czynności w prowadzonym postępowaniu;

12) uzasadnienie nadzwyczajnych okoliczności, o których mowa w art. 415 ust. 3 lub w art. 422 ust. 3, w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

13) uzasadnienie przekroczenia limitu 50% wartości zamówienia, o którym mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 lit. c, w przypadku zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

14) Zamawiający nie ma obowiązku podawania w protokole postępowania informacji, które zostały podane w ogłoszeniu o zamówieniu, pod warunkiem załączenia tego ogłoszenia do protokołu postępowania.

1. Treść protokołu. Protokół postępowania powinien zawierać istotne informacje dotyczące przebiegu postępowania. Treść protokołu jest determinowana przez odpowiedni wzór protokołu ustanowiony rozporządzeniem w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres informacji niezbędnych dla udokumentowania przebiegu postępowania został określony w art. 72 ust. 1 Pzp, ale protokół powinien zawierać

także inne informacje związane z postępowaniem, jeżeli miały one znaczenie dla jego przebiegu. Do informacji niezbędnych, wymaganych przez przepisy Pzp, należy określenie zamawiającego, przedmiotu zamówienia i jego wartości, tryb zastosowany do udzielenia zamówienia, a w przypadku konieczności spełnienia określonych ustawą przesłanek zastosowania trybu także uzasadnienie wskazujące na spełnienie przesłanki. Ponadto zgodnie z art. 65 ust. 4 Pzp protokół powinien zawierać wyjaśnienie przyczyn odstąpienia od zastosowania środków komunikacji elektronicznej, nie tylko, gdy takie odstąpienie nastąpiło w odniesieniu do ofert lub wniosków, ale także gdy miało to miejsce tylko w odniesieniu do niektórych środków dowodowych składanych przez wykonawców. W protokole postępowania powinny znaleźć się informacje z oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oceny ofert, wraz z danymi identyfikującymi wykonawców, których wnioski albo oferty podlegały ocenie. Nie jest to tylko imię i nazwisko albo nazwa wykonawcy, ale również numer identyfikacji podatkowej (NIP) lub numer identyfikacyjny REGON, dzięki czemu możliwe jest jednoznaczne określenie wykonawców. Protokół powinien również określić przyczyny unieważnienia postępowania, jeżeli została podjęta decyzja o unieważnieniu, a także imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, także imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Protokół postępowania powinien zawierać także informacje o złożeniu przez odpowiednie osoby (przykładowo członków komisji przetargowej, biegłych, itd.) oświadczeń z art. 56 ust. 4 Pzp. Ponadto w protokole powinny się znaleźć informacje

o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 i 3 Pzp (oraz – jeżeli dotyczy – o podjętych w związku z tym środkach zaradczych).

2. Informacje dodatkowe wynikające z rozporządzenia. Na podstawie art. 80 Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określa w drodze rozporządzenia w szczególności zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole postępowania. Zatem oprócz informacji, o których mowa w art. 72 ust. 1 i art. 73 ust. 2 Pzp, stosownie do § 3 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, protokół powinien zawierać dodatkowe informacje dotyczące m.in.:

1) środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 Pzp, tj. zaangażowania wykonawcy lub podmiotu z tej samej grupy kapitałowej w przygotowanie postępowania,
2) wszelkiego rodzaju ogłoszeń związanych z prowadzonym postępowaniem,
3) dokumentów zamówienia,
4) osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub osób mogących wpłynąć na wynik postępowania, w tym osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania oraz osób udzielających zamówienia,
5) podjętych środków zaradczych w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 i 3 Pzp, a zatem w przypadku wystąpienia konfliktu interesów oraz wyłączenia od dokonywania czynności osób po stronie zamawiającego z powodu skazania za przestępstwa określone w art. 56 ust. 3 Pzp,
6) zastosowania tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp,

7) sposobu i terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów,
8) otwarcia ofert,
9) zestawienia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów,
10) oceny spełniania kryteriów selekcji,
11) ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji,
12) negocjacji lub dialogu,
13) zatwierdzenia prac komisji przetargowej oraz osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania,
14) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania,
15) środków ochrony prawnej,
16) czynności nowych lub czynności powtórzonych w postępowaniu oraz ich zatwierdzenia,
17) udzielenia zamówienia,
18) załączników do protokołu postępowania,
19) uwag do protokołu postępowania,
20) osoby sporządzającej i podpisującej protokół postępowania,
21) kierownika zamawiającego zatwierdzającego protokół postępowania albo pracownika zamawiającego upoważnionego przez kierownika zamawiającego do zatwierdzenia protokołu postępowania.

3. **Możliwość pominięcia niektórych informacji.** W celu wyeliminowania konieczności powtarzania w protokole informacji, które zostały zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu (np. nazwa i adres zamawiającego, przedmiot postępowania, jego wartość, tryb udzielenia zamówienia),

istnieje możliwość zrezygnowania z podawania w protokole informacji z ogłoszenia. Warunkiem jest jedynie to, aby ogłoszenie o zamówieniu było załączone do protokołu postępowania. Załączenie ogłoszenia o zamówieniu do protokołu oznacza, że potrzebny jest odrębny dokument (w postaci papierowej lub elektronicznej), który będzie dołączony do protokołu. Funkcję taką spełni wydruk ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP albo wydruk ogłoszenia o zamówieniu ze strony TED, albo elektroniczne kopie tych dokumentów. Nie jest wystarczające podanie przez zamawiającego jedynie linku umożliwiającego przejrzenie treści ogłoszenia o zamówieniu np. w miejscu jego publikacji w BZP.

Art. 73.

1. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania.

2. Jeżeli przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono wstępne konsultacje rynkowe, informację o przeprowadzeniu tych konsultacji, o podmiotach, które w nich uczestniczyły, zamawiający podaje w protokole postępowania.

3. W przypadku zwrotu wykonawcom złożonych przez nich planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych i innych podobnych materiałów, informacja o zwrocie stanowi załącznik do protokołu postępowania.

1. Załączniki do protokołu. Protokół postępowania jako odrębny dokument tworzony przez zamawiającego jest podstawowym elementem

dokumentacji tego postępowania, natomiast wszystkie istotne dla przebiegu postępowania dokumenty wytworzone przez zamawiającego czy otrzymane od wykonawców albo w związku z postępowaniem stanowią załączniki do protokołu. W szczególności Pzp wskazuje, że załącznikami do protokołu są oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia UPUE oraz inne dokumenty i informacje przekazywane przez zamawiającego i wykonawców w związku z postępowaniem, a także umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z motywem 126 dyrektywy klasycznej możliwość prześledzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia prawidłowości tych postępowań, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw. Zamawiający powinni zatem przechowywać kopie zawartych umów, by móc udostępnić te dokumenty zainteresowanym osobom i podmiotom zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami o dostępie do dokumentów. Ponadto istotne elementy i decyzje w ramach poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia powinny być udokumentowane w protokole postępowania. Nie zawsze, z uwagi na ograniczenia techniczne, możliwe jest przechowywanie wraz z protokołem załączanych do ofert planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych i innych podobnych materiałów. Niemniej również te materiały stanowią załączniki do protokołu i z tej przyczyny do protokołu powinna być załączona informacja dotycząca tych materiałów, w tym dotycząca miejsca ich przechowywania. Konsekwentnie, w przypadku zwrotu takich materiałów wykonawcom, informacja o zwrocie powinna stanowić załącznik do protokołu postępowania. Pzp nie wymaga dołączania do protokołu postępowania żadnych dokumentów lub

informacji, które dotyczą czynności i działań podejmowanych na etapie przygotowania postępowania poza informacjami ze wstępnych konsultacji rynkowych i opiniami biegłych, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający załączył do protokołu także inne dokumenty.

Art. 74.

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

3. W przypadku gdy wniesienie żądania dotyczącego prawa, o którym mowa w art. 18 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, spowoduje ograniczenie przetwarzania danych osobowych zawartych w protokole postępowania lub załącznikach do tego protokołu, od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie udostępnia tych danych, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 18 ust. 2 rozporządzenia 2016/679.

4. Udostępnianie, o którym mowa w ust. 1 i 2, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których

mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w ust. 3 i art. 18 ust. 3–6, stosuje się odpowiednio.

1. Jawność protokołu. Jawność protokołu postępowania stanowi wyraz zasady jawności postępowania, o której jest mowa w art. 18 ust. 1 Pzp. Sformułowanie wyraźnej reguły statuującej jawność protokołu postępowania wynika m.in. z potrzeby zapewnienia możliwości dostępu do tego dokumentu nie tylko w trakcie postępowania, ale również po jego zakończeniu.

2. Ograniczenia w dostępie do protokołu. Dostęp do protokołu nie jest limitowany koniecznością wykazania się interesem prawnym oraz nie jest ograniczony tylko do wykonawców biorących udział w postępowaniu. Pzp nie przewiduje również czasowego ograniczenia dostępności protokołu, z wyjątkiem określonym w art. 74 ust. 3 Pzp związanym ze skorzystaniem z prawa, o którym mowa w art. 18 RODO, oraz poza dostępnością załączników do protokołu w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenia dostępności informacji z protokołu wynikają zatem z Pzp i dotyczą ochrony danych osobowych oraz innych sytuacji wyraźnie wskazanych w Pzp, zwłaszcza informacji, które mają charakter poufny, w tym informacji przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu. Ograniczenia te mają zastosowanie zarówno w odniesieniu do samego protokołu, jak i do załączników do protokołu.

3. Udostępnianie protokołu. Protokół postępowania powinien być udostępniany od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od tego, że zawartość protokołu z uwagi na jego bieżące prowadzenie w toku postępowania będzie

z oczywistych względów różna na poszczególnych etapach tego postępowania. Brak jest przy tym podstaw do uzupełniania protokołu przez zamawiającego na żądanie podmiotu wnioskującego o udostępnienie protokołu. Wprawdzie zamawiającego obciąża obowiązek bieżącego prowadzenia protokołu, ale nie tworzy on podstawy do roszczenia w zakresie uzupełnienia protokołu po stronie podmiotu wnioskującego o udostępnienie protokołu. Pzp nie tworzy również ograniczeń w sposobie udostępnienia protokołu. Dostęp do protokołu nie jest odpłatny, ale wymaga złożenia przez podmiot zainteresowany wniosku o umożliwienie mu takiego dostępu (art. 74 ust. 1 Pzp). Tryb wnioskowy w zakresie udostępniania protokołu pozwala zamawiającemu na właściwe zarządzanie dostępem do protokołu, dostosowanym także do uwarunkowań związanych z organizacją pracy zamawiającego, zwłaszcza jeżeli protokół jest prowadzony w postaci papierowej. Pozwala także na określenie zakresu zainteresowania podmiotu kierującego wniosek, np. w odniesieniu do załączników do protokołu. Przepisy dotyczące jawności protokołu i udostępniania załączników do protokołu, tj. w zakresie art. 74 ust. 1 i 2 Pzp, nie mają zastosowania do konkursów w odniesieniu do protokołu prac sądu konkursowego (art. 358 ust. 5 Pzp). Do konkursów ma natomiast odpowiednie zastosowanie art. 74 ust. 3 i 4 Pzp, a więc przepisy w zakresie ograniczeń w udostępnianiu informacji zawartych w protokole prac sądu konkursowego i załącznikach do tego protokołu.

4. Dostęp do załączników do protokołu. Załączniki do protokołu udostępnia się co do zasady po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo po unieważnieniu postępowania. Moment, od którego dostępne mogą być załączniki, jest zatem tożsamy z dniem, w którym wybór najkorzystniejszej oferty albo unieważnienie postępowania stały się „ostateczne", w szczególności z powodu upływu terminu

na wniesienie środków ochrony prawnej lub ostateczne rozstrzygnięcie odwołania. Wyjątek w odniesieniu do momentu dostępności załączników do protokołu Pzp czyni tylko w stosunku do ofert i załączników do ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dostępność ofert wraz z załącznikami następuje na wniosek, niezwłocznie po ich otwarciu. Nie dotyczy to ofert wstępnych i ofert składanych w trakcie negocjacji w postępowaniach prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 166 ust. 3 Pzp), a także ofert, które podlegały negocjacjom w postępowaniach poniżej progów unijnych, prowadzonych w trybie podstawowym w wariancie trzecim z negocjacjami z art. 275 pkt 3 Pzp (art. 291 ust. 2 Pzp) – ze względu na poufność tych ofert do czasu otwarcia ofert ostatecznych.

Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do udostępnienia ofert wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostepnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych. Podstawowym wyznacznikiem terminu udostępnienia pozostaje niezwłoczność, w tym w przypadkach złożenia wniosku o udostępnienie później niż w dniu otwarcia ofert.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są udostępniane wraz z załącznikami od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków.

Jednym z załączników do protokołu jest, zgodnie z art. 73 ust. 1 Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega udostępnieniu na takich samych zasadach jak wszystkie inne załączniki do protokołu, przy czym jej dostępność z oczywistych przyczyn nie jest możliwa od chwili

wyboru najkorzystniejszej oferty, tym bardziej od chwili unieważnienia postępowania. Dostęp do umowy na zasadach określonych Pzp obejmuje nie tylko sam tekst podstawowy umowy, ale także wszystkie załączniki do tej umowy, w tym także załączniki tworzone w trakcie realizacji umowy.

5. Sposób udostępniania protokołu i załączników do protokołu. W § 5 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został ustalony sposób udostępniania protokołu oraz załączników i zostały określone zasady dotyczące ich udostępniania. Protokół postępowania lub załączniki do protokołu postępowania udostępnia się zatem na wniosek, niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki), w oryginale lub kopii. Samo udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej bez względu na to, czy protokół jest prowadzony elektronicznie, czy w postaci papierowej. Rozporządzenie przewiduje jednak odstępstwa od zasady elektronicznego udostępniania protokołu i jego załączników. Zgodnie z § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe:

1) z przyczyn o charakterze technicznym,
2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych,
3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp,
4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

– zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę, wskazując, że udostępnienie, zgodnie z wyborem zamawiającego, może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu Prawa pocztowego lub za pośrednictwem posłańca.

Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania wnioskodawcy o zaistnieniu sytuacji uprawniającej do odstąpienia od stosowania środków komunikacji elektronicznej przy udostępnianiu protokołu lub załączników do protokołu, wskazując jednocześnie na wybrany przez siebie sposób ich udostępniania. Elektroniczny sposób udostępniania protokołu i załączników do tego protokołu odpowiada wprowadzaniu w Pzp pełnej (również w odniesieniu do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne) komunikacji elektronicznej między zamawiającym a wykonawcami, tzn. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

6. Ograniczenie udostępniania informacji z protokołu w związku z żądaniem z art. 18 ust. 1 RODO. Art 74 ust. 3 Pzp stanowi niejako kontynuację regulacji z art. 19 ust. 3 Pzp, która w odniesieniu do toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadza ograniczenie stosowania art. 18 RODO. Przepis art. 18 ust. 1 RODO uprawnia osobę fizyczną, której dane osobowe dotyczą, do żądania od administratora danych osobowych ograniczenia przetwarzania jej danych. Zgłoszenie takiego żądania skutkuje wstrzymaniem przetwarzania danych przez administratora albo możliwością ich przetwarzania tylko za wyraźną zgodą osoby zainteresowanej. Trzeba przy tym pamiętać, że z uprawnienia, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, mogą skorzystać nie tylko wykonawcy, którzy dostarczyli swoje dane osobowe bezpośrednio zamawiającemu,

ale także wszystkie inne osoby, których dane osobowe przetwarza zamawiający w związku z postępowaniem. Ponieważ w skrajnym przypadku obowiązek wstrzymania lub ograniczenia przetwarzania danych przez zamawiającego jako administratora danych osobowych związany ze skierowaniem do niego żądania na podstawie art. 18 ust. 1 RODO mógłby doprowadzić do paraliżu postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, ze względu na interes publiczny zostało dokonane ograniczenie w zakresie działania art. 18 ust. 1 RODO. Na podstawie art. 18 ust 2 RODO ten zakaz przetwarzania danych nie ma zastosowania w kilku określonych sytuacjach, np. gdy:

1) osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach (chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może sama uchylić tego zakazu),
2) przetwarzanie dotyczy danych osobowych w sposób oczywisty upublicznionych przez osobę, której dane dotyczą,
3) przetwarzanie jest niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewidują odpowiednie i konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą,
4) przetwarzanie jest niezbędne do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych zgodnie z art. 89 ust. 1 RODO, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa

do ochrony danych i przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą.

W Pzp takim przepisem prawa umożliwiającym czasowe ograniczenie zakazu przetwarzania danych osobowych w przypadku wystąpienia z żądaniem, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, jest art. 19 ust. 3 Pzp. Przepis ten skutkuje tym, że do czasu zakończenia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystąpienie z żądaniem, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, nie wstrzymuje przetwarzania danych osobowych, w tym ich udostępniania. Natomiast po zakończeniu postępowania sytuacja w zakresie ochrony danych osobowych zmienia się, ponieważ nie ma już celu publicznego dotyczącego przeprowadzenia postępowania, który wymaga ochrony. Art. 74 ust. 3 Pzp reguluje sytuację, w której zbiegają się dwa przeciwstawne uprawnienia – z jednej strony jest to prawo dostępu do informacji zawartych w protokole (zasada jawności protokołu z art. 74 ust. 1 Pzp), a z drugiej strony prawo ochrony danych osobowych w związku ze skorzystaniem przez osobę uprawnioną z art. 18 ust. 1 RODO – wskazując na pierwszeństwo ochrony danych osobowych nad zasadą jawności protokołu. W przypadku gdy zamawiający otrzyma zgłoszenie żądania, o którym mowa w art. 18 ust. 1 RODO, i skutkiem tego będzie konieczność zaprzestania przetwarzania danych zawartych w protokole postępowania lub w załącznikach do tego protokołu, od dnia zakończenia postępowania zamawiający nie udostępnia danych osobowych objętych zgłoszonym żądaniem. Jednak nie będzie konieczności zaprzestania przetwarzania danych osobowych w tym zakresie, jeżeli zaistnieje jedna z podstaw do przetwarzania określonych w art. 18 ust. 2 RODO, np. gdy zamawiający uzyska w tym zakresie zgodę osoby zainteresowanej. Działanie art. 19 ust. 3 Pzp może być ograniczone

w czasie i trwać do chwili podjęcia decyzji przez zamawiającego o udostępnieniu tych danych w związku z wyjaśnieniem sytuacji objętej żądaniem z art. 18 ust. 1 RODO, a więc do czasu sprawdzenia przez zamawiającego prawidłowości danych kwestionowanych przez osobę występującą z żądaniem. Ograniczenie dostępu do danych osobowych objętych żądaniem z art. 18 ust. 1 RODO może mieć jednak charakter długotrwały w dwóch pozostałych sytuacjach żądania ograniczenia przetwarzania danych na podstawie art. 18 ust. 1 RODO i mających zastosowanie do zamawiających, tj. do sytuacji, w której wprawdzie zamawiający ustalił, że przetwarzanie jest niezgodne z prawem, ale osoba, której dane dotyczą, sprzeciwia się usunięciu jej danych, żądając w zamian ograniczenia ich wykorzystywania, albo w sytuacji gdy zamawiający nie potrzebuje już danych osobowych do celów przetwarzania, ale są one potrzebne osobie, której dane dotyczą, do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń. Zamawiający powinien także pamiętać, że na podstawie art. 18 ust. 3 RODO przed uchyleniem ograniczenia przetwarzania danych powinien poinformować o tym osobę, której dane dotyczą i która żądała ograniczenia ich przetwarzania na podstawie art. 18 ust. 1 RODO.

7. Jawność danych osobowych zawartych w protokole postępowania i zakaz udostępniania danych szczególnie wrażliwych. Art. 9 ust. 1 RODO zabrania przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby. Ponieważ zamawiający administrują w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego danymi osobowymi osób fizycznych na tej

podstawie, że dane te zostały im przekazane w związku z wypełnianiem przez zamawiających zadań publicznych na podstawie przepisów Pzp, prawną podstawą przetwarzania danych osobowych przez zamawiających dla celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także po zakończeniu postępowań, z uwagi na wynikający z art. 78 Pzp obowiązek przechowywania protokołu i załączników do protokołu do czasu zakończenia wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest art. 6 ust. 1 lit c RODO. Przepis ten skutkuje uprawnieniem zamawiającego do przetwarzania danych osobowych uzyskanych w związku z prowadzonym postępowaniem z uwagi na to, że przetwarzanie przez niego takich danych jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na zamawiającym jako na administratorze danych osobowych. Ewentualne dostarczenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy informacji niewymaganych przez zamawiającego, ale składanych z związku z prowadzonym postępowaniem, w szczególności informacji zawierających dane osobowe, albo informacji uzasadnionych potrzebami postępowania, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, uprawnia zamawiającego do ich przetwarzania ze względu na ważny interes publiczny związany z celem przetwarzania takich informacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z uwagi na to, że przetwarzanie jest niezbędne dla celów archiwalnych. Niemniej w przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnie wrażliwych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, przetwarzanie tych danych musi być zawsze związane z zastosowaniem odpowiednich zabezpieczeń dla ochrony praw i wolności osoby, której dane dotyczą, i jest ściśle limitowane. Zabezpieczenia te w szczególności, jak wskazuje art. 89 ust. 1 RODO, polegają na wdrożeniu środków technicznych i organizacyjnych zapewniających poszanowanie zasady minimalizacji

danych. Środki te mogą obejmować pseudonimizację danych, o ile pozwala ona realizować powyższe cele przetwarzania danych. Zwłaszcza jeżeli jest to możliwe, dla celów związanych z przechowywaniem protokołu postępowania i załączników do protokołu postępowania, należy dążyć do takiego przetwarzania danych osobowych, które nie pozwala albo przestało pozwalać na zidentyfikowanie osoby, której dane dotyczą. O ile przetwarzanie danych szczególnie wrażliwych przez zamawiającego dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzasadnione ważnymi względami celu publicznego, w tym związanymi z archiwizacją danych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle udostępnianie tych danych przez zamawiającego osobom trzecim, w tym wykonawcom, zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i po jego zakończeniu nie znajduje uzasadnienia. W konsekwencji zamawiający, udostępniając protokół i załączniki do protokołu na wniosek, nie udostępnia danych osobowych i danych szczególnie wrażliwych, które w tym protokole się znalazły, np. anonimizując te dane. Przepis art. 74 ust. 4 Pzp oprócz zakazu udostępniania danych szczególnie wrażliwych formułuje generalną zasadę jawności i dostępu do wszystkich innych danych osobowych zawartych w protokole oraz w załącznikach do protokołu oraz w ogóle do wszystkich danych osobowych zawartych w dokumentach zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W stosunku do takich danych mogą jednak obowiązywać ograniczenia w dostępie wynikające z wystąpienia sytuacji określonej art. 18 ust. 1 RODO. Ponadto w dostępie do takich danych mogą występować ograniczenia wynikające z art. 18 ust. 3–6 Pzp oraz z art. 74 ust. 3 Pzp, związane z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, poufnym charakterem informacji przekazywanych przez zamawiającego wykonawcy, ochroną

prywatności wykonawców będących osobami fizycznymi w niektórych zamówieniach udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz związane z ochroną danych wrażliwych z art. 10 RODO, dotyczących skazań i czynów zabronionych. Dostęp do tych ostatnich informacji jest możliwy na podstawie art. 18 ust. 6 Pzp tylko do czasu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest on ograniczony tylko do wykonawców, którzy mogą skorzystać ze środków ochrony prawnej. Po zakończeniu postępowania dane te nie są dostępne nawet dla wykonawców.

Art. 75.

W przypadku korzystania przez osobę, której dane osobowe są przetwarzane przez zamawiającego, z uprawnienia, o którym mowa w art. 15 ust. 1–3 rozporządzenia 2016/679, zamawiający może żądać od osoby występującej z żądaniem wskazania dodatkowych informacji, mających na celu sprecyzowanie nazwy lub daty zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Dostęp do danych osobowych i prawo uzyskania potwierdzenia ich przetwarzania. Jednym z praw przysługujących osobie, której dane osobowe są przetwarzane przez zamawiającego, jest określone art. 15 RODO prawo dostępu do tych danych lub prawo uzyskania od zamawiającego potwierdzenia, czy przetwarza on dane osobowe jej dotyczące. W przypadku przetwarzania danych osobowych przez zamawiającego osobie, której dane są przetwarzane, przysługuje prawo do informacji:

1) o celach przetwarzania danych jej dotyczących,
2) kategoriach odnośnych danych osobowych,

3) o odbiorcach lub kategoriach odbiorców, którym dane osobowe zostały lub zostaną ujawnione, w szczególności o odbiorcach w państwach trzecich lub organizacjach międzynarodowych,
4) w miarę możliwości o planowanym okresie przechowywania danych osobowych, a gdy nie jest to możliwe, kryteria ustalania tego okresu,
5) o prawie do żądania od zamawiającego sprostowania, usunięcia lub ograniczenia przetwarzania danych osobowych dotyczącego osoby, której dane dotyczą, oraz o prawie do wniesienia sprzeciwu wobec takiego przetwarzania,
6) o prawie wniesienia skargi do organu nadzorczego,
7) jeżeli dane osobowe nie zostały zebrane od osoby, której dane dotyczą – wszelkie dostępne informacje o ich źródle,
8) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 4 RODO, oraz – przynajmniej w tych przypadkach – istotne informacje o zasadach podejmowania decyzji, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

Jeżeli dane osobowe są przekazywane do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, osoba, której dane dotyczą, ma prawo zostać poinformowana o odpowiednich zabezpieczeniach związanych z ich przekazaniem. Ponadto osoba, której dane dotyczą, ma prawo uzyskania kopii danych osobowych podlegających przetwarzaniu przez zamawiającego. Prawo zamawiającego do żądania od osoby występującej z żądaniem dotyczącym danych osobowych, informacji dodatkowych, mających na celu sprecyzowanie nazwy lub daty zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia ma na względzie wymiar porządkujący, ułatwiający odszukiwanie żądanych informacji. Zawarte w art. 75 Pzp dopowiedzenie, że informacje

dostarczane przez osobę występującą z żądaniem mają na celu m.in. sprecyzowanie daty zakończonego postępowania, nie oznacza, że prawo do wystąpienia przez zamawiającego o podanie dodatkowych informacji może dotyczyć tylko informacji o zakończonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie to ma wyłącznie wymiar kierunkowy co do informacji, których może domagać się zamawiający. W szczególności zamawiający ma prawo, ale też obowiązek ustalenia, czy osoba podająca się za uprawnioną na podstawie art. 15 ust. 1–3 RODO jest istotnie osobą, której żądane dane osobowe mogą być udostępnione. Przepis ten ma odpowiednie zastosowanie także na gruncie organizacji konkursu.

Art. 76.

Skorzystanie przez osobę, której dane osobowe są przetwarzane, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia danych osobowych, o którym mowa w art. 16 rozporządzenia 2016/679, nie może naruszać integralności protokołu postępowania oraz jego załączników.

1. Sprostowanie lub uzupełnienie danych. Na podstawie art. 16 RODO osoba, której dane osobowe dotyczą, ma prawo żądania od administratora danych osobowych niezwłocznego sprostowania dotyczących jej danych osobowych, które są nieprawidłowe oraz uzupełnienia niekompletnych danych osobowych, w szczególności poprzez przedstawienie dodatkowego oświadczenia. Przepis art. 76 stanowi dopełnienie regulacji z art. 19 ust. 2 Pzp. Zastrzeżenie wyrażone w art. 76 Pzp, że skorzystanie przez osobę, której dane są przetwarzane przez zamawiającego, z uprawnienia z art. 16 RODO nie może naruszać integralności protokołu postępowania i załączników do tego protokołu, oznacza, że zamawiający w przypadku uznania żądania nie może poprawiać ani dokumentu

protokołu, ani załączników do protokołu poprzez nanoszenie w nich w miejsce dotychczasowych innych danych (zgodnych z żądaniem osoby występującej w oparciu o art. 16 RODO). W przypadku gdy zamawiający uzna żądanie zmiany w zakresie danych osobowych za uzasadnione (zidentyfikuje osobę występującą z żądaniem jako tę, której dane przetwarza, i potwierdzi na podstawie właściwych dokumentów zasadność żądania), zmiana w protokole postępowania lub w załącznikach do protokołu jest możliwa tylko poprzez dołączenie do protokołu (albo odpowiednio do załącznika do protokołu) dodatkowego załącznika, zawierającego wprowadzaną do protokołu nową, poprawioną treść. Reguła wyrażona w art. 76 Pzp ma odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do postępowania konkursowego.

Art. 77.

1. Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały.

2. Zamawiający zwraca wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, na jego wniosek, złożone przez niego plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały, o ile nie stanowią one załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający może zwrócić złożone przez wykonawcę plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały, jeżeli wniosek, o którym mowa w ust. 1 i 2, nie został złożony w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienia postępowania.

1. Zwrot materiałów na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Pzp przewiduje dokonanie przez zamawiającego zwrotu wykonawcom dostarczonych przez nich w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów. Warunkiem dokonania zwrotu jest wystąpienie z wnioskiem o taki zwrot przez wykonawcę, który dostarczył te materiały i jest zarazem wykonawcą, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Nie jest przy tym istotne, czy wykonawca wystosuje taki wniosek po ostatecznym wyborze najkorzystniejszej oferty (kiedy nie jest już możliwe korzystanie ze środków ochrony prawnej w związku z wyborem albo wybór ten został ostatecznie potwierdzony przez instytucje rozpatrujące środki ochrony prawnej), czy też przed ostatecznym potwierdzeniem wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ zamawiający może dokonać takiego zwrotu dopiero wówczas, gdy ma pewność, że oferta wykonawcy nie została wybrana, a więc po wyborze najkorzystniejszej oferty, który stanowi podstawę do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (tj. ostatecznym wyborze najkorzystniejszej oferty). Wniosek o zwrot materiałów jest warunkiem koniecznym i zarazem jedynym, ponieważ zamawiający nie może odmówić wykonawcy zwrotu po otrzymaniu takiego wniosku. Warto zauważyć, że katalog materiałów, które są przedmiotem zwrotu na wniosek wykonawcy, zawiera takie materiały, które mogą być objęte ochroną z racji prawa autorskiego i praw pokrewnych.

2. Zwrot materiałów na wniosek wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W Pzp przewidziano możliwość zwrotu przez zamawiającego planów, projektów, rysunków, modeli,

próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów na wniosek wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jedynym zastrzeżeniem jest, by te materiały nie stanowiły załączników do umowy. Takie ujęcie wskazuje na możliwość zwrotu jedynie takich materiałów, które nie są potrzebne do określenia zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy, albo materiałów, których treść została włączona do umowy w inny sposób, nie jako załącznik do umowy.

3. Zwrot materiałów z inicjatywy zamawiającego. Pzp przewiduje również możliwość dokonania zwrotu planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z własnej inicjatywy przez zamawiającego. Jeżeli zatem postępowanie zakończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy (przy braku wniosku od wykonawcy w tym czasie o zwrot planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów), może dokonać zwrotu wykonawcom wszystkich wymienionych materiałów, z tym zastrzeżeniem, że wykonawcy, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, może dokonać zwrotu tylko tych materiałów, które nie stanowią załączników do umowy. Jeżeli natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zakończy się jego unieważnieniem, zamawiający po upływie 30 dni przy braku wniosku od wykonawców może dokonać zwrotu z własnej inicjatywy wszystkich wymienionych materiałów.

Warto zauważyć, iż celem tego przepisu jest ograniczenie kosztów związanych z magazynowaniem często dość znacznych objętościowo modeli czy próbek. Uprawnienie przyznane zamawiającemu pod

warunkiem „braku wniosku" nie oznacza przy tym, że dotyczy ono tylko takich sytuacji, w których nie wpłynął żaden wniosek o zwrot materiałów w okresie 30 dni od dnia zakończenia postępowania. Zamawiający jest uprawniony na podstawie art. 77 ust. 3 Pzp do zwrotu materiałów z własnej inicjatywy tym wykonawcom, którzy mimo uprawnienia nie wystąpili z wnioskiem o ich zwrot także w sytuacji, gdy inni wykonawcy skorzystali z uprawnienia do wystąpienia z takim wnioskiem.

4. Dokumentacja zwrotu. Należy przy tym pamiętać, że na podstawie art. 73 ust. 3 Pzp każdy zwrot wykonawcy takich materiałów, jak plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe – z własnej inicjatywy zamawiającego oraz na wniosek – musi być udokumentowany, a informacja o zwrocie stanowi załącznik do protokołu.

Art. 78.

1. Zamawiający przechowuje protokół postępowania wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.

2. W przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej udostępniane przez inny podmiot, zamawiający może powierzyć mu przechowywanie protokołu postępowania i załączników do tego protokołu w jego systemie teleinformatycznym, pod warunkiem przekazania zamawiającemu elektronicznej kopii wszystkich informacji i dokumentów związanych z takim postępowaniem.

3. Sposób przechowywania oraz przekazywania w przypadku, o którym mowa w ust. 2, umożliwia odczytanie przechowywanych i przekazywanych dokumentów.

4. Jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza 4 lata, zamawiający przechowuje protokół postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1. Przechowywanie protokołu. Okres 4 lat, przez który zamawiający ma obowiązek przechowywania protokołu postępowania wraz z załącznikami, rozpoczyna się od dnia zakończenia postępowania, a więc od dnia unieważnienia postępowania albo od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 254 Pzp). Nie ma przy tym zakazu przedłużania przechowywania protokołu wraz z załącznikami ponad okres 4 lat. Istotą przechowywania protokołu w sposób zapewniający jego nienaruszalność jest to, by był on przechowywany w taki sposób, aby nie było możliwe wprowadzanie w jego treści zmian. Nie chodzi o zaplombowanie protokołu lub wprowadzenie innych zabezpieczeń uniemożliwiających wgląd do protokołu chociażby z uwagi na jawność protokołu i konieczność udostępniania jego treści na żądanie. Pzp nie precyzuje, jakie środki mają służyć zapewnieniu nienaruszalności protokołu postępowania, ponieważ z racji tego, że protokół może być prowadzony zarówno w postaci papierowej, jak i w postaci elektronicznej środki te będą mogły mieć różny charakter, dostosowany do organizacji zamawiającego. Pzp nie nakazuje zamawiającemu przechowywania protokołu w jego siedzibie, jakkolwiek w wielu przypadkach jest to uzasadnione względami organizacyjnymi. Jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przy użyciu narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są udostępniane przez inny podmiot, np. w ramach usługi komercyjnego udostępniania platformy zakupowej, istnieje możliwość

powierzenia przechowywania protokołu postępowania i załączników do protokołu w systemie teleinformatycznym, w którym prowadzone było postępowanie (oczywiście dotyczy to tylko załączników w postaci elektronicznej). Warunkiem przechowywania protokołu z załącznikami przez podmiot trzeci jest jednak przekazanie przez ten podmiot zamawiającemu elektronicznej kopii wszystkich przechowywanych w ten sposób informacji i dokumentów związanych z postępowaniem. Ważne jest przy tym, by przekazana kopia dokumentacji była możliwa do odczytania przez zamawiającego. Ponieważ warunkiem koniecznym przekazania kopii dokumentacji jest możliwość jej odczytania przez zamawiającego, pliki zawarte w przekazywanej kopii dokumentacji nie tylko nie mogą być uszkodzone, ale muszą być przekazane w odpowiednich formatach umożliwiających odczytanie, przy zachowaniu kompletności dokumentacji. Przekazanie zamawiającemu kopii dokumentacji postępowania stanowi z jednej strony zabezpieczenie dla zamawiającego jako podmiotu odpowiedzialnego za przechowywanie protokołu postępowania wraz z załącznikami przez okres minimum 4 lat, a z drugiej strony stanowi ułatwienie w przypadku potrzeby okazania dokumentów postępowania, np. w przypadku kontroli. Z § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zamawiający powinien zapewnić przechowywanie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania i załączników do protokołu postępowania tak, aby przez cały okres jej przechowywania miał on bieżący dostęp do kompletnej dokumentacji. Ma to na celu nie tylko umożliwienie zamawiającemu niezwłocznego udostępnienia tej dokumentacji na wniosek, ale również umożliwienie odtworzenia, w sposób niebudzący wątpliwości,

chronologicznego ciągu czynności i zdarzeń związanych z danym postępowaniem, w tym istotnych czynności poprzedzających jego wszczęcie, a także czynności związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej.
Zamawiający jest zobowiązany do przechowywania protokołu postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy, jeżeli okres, na który umowa została zawarta przekracza 4 lata.
2. Przepisy archiwizacyjne. Przechowywanie protokołu postępowania wraz z załącznikami podlega we właściwym zakresie regulacjom ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach oraz odpowiednim aktom wykonawczym, a także przepisom wewnętrznym dotyczącym prowadzenia archiwum zakładowego. Jednak określone tymi przepisami zasady ogólne mają tylko wtedy zastosowanie, jeżeli przepisy Pzp (w tym art. 78 Pzp i art. 79 Pzp) nie stanowią inaczej. Regulacje Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy należy traktować w tym zakresie jako przepisy szczególne.

Art. 79.

1. Wszystkie dokumenty, w tym dokumenty elektroniczne składane lub wykorzystywane dla celów prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, a także przeprowadzanych wstępnych konsultacji rynkowych, stanowiące załączniki do protokołu postępowania, są przechowywane w oryginalnej postaci i formacie, w jakich zostały sporządzone lub przekazane.

2. Zamawiający dokumentuje wszystkie istotne czynności oraz inne istotne zdarzenia w postępowaniu w zakresie komunikacji z wykonawcami oraz innymi podmiotami, a także w związku z udostępnianiem protokołu postępowania.

1. Przechowywanie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania. Obowiązek przechowywania przez zamawiającego wszystkich dokumentów, w tym dokumentów elektronicznych składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wykorzystywanych dla celów prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiących załączniki do protokołu postępowania, w oryginalnej postaci i formacie, w jakich zostały sporządzone lub przekazane, ma służyć możliwie wiernemu udokumentowaniu wszelkich czynności podejmowanych w postępowaniu i na etapie jego przygotowania. Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zabezpieczenia protokołu przed jakąkolwiek ingerencją w treść tych dokumentów.

2. Dokumentowanie czynności i zdarzeń. Dokumentowanie wszystkich istotnych czynności oraz istotnych zdarzeń w postępowaniu w zakresie komunikacji z wykonawcami oraz innymi podmiotami, a także w związku z udostępnianiem protokołu postępowania, ma na celu zapewnienie przejrzystości postępowania i umożliwienie prześledzenia toku tego postępowania, a następnie dokumentowania zapewnienia przez zamawiającego jawności protokołu.

Z § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zamawiający ma obowiązek dokumentowania czynności i zdarzeń związanych z danym zamówieniem publicznym lub umową ramową w sposób uporządkowany tak, aby było możliwe odtworzenie chronologicznego przebiegu wszystkich etapów tego postępowania oraz istotnych czynności poprzedzających jego wszczęcie, a także czynności związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej.

Z art. 79 ust. 2 Pzp wynika również wyraźny obowiązek dokumentowania czynności udostępniania protokołu postępowania. Oznacza to przynajmniej odnotowanie informacji, komu i kiedy protokół wraz z załącznikami został udostępniony. Warto przypomnieć, że w odniesieniu do niektórych informacji dostęp jest ograniczony podmiotowo (możliwy tylko dla wykonawców lub ich przedstawicieli), co wymaga potwierdzenia tożsamości występującego o dostęp, a także czasowo – tylko do upływu terminu korzystania ze środków ochrony prawnej (por. art. 18 ust. 6 Pzp).

Art. 80.

Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, sposób:

1) **dokumentowania oraz przechowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wzory protokołów postępowania oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole postępowania, mając na względzie wartość zamówienia, tryb postępowania o udzielenie zamówienia lub procedurę;**
2) **oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu postępowania wraz z załącznikami, mając na względzie zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.**

1. Delegacja dla ministra właściwego do spraw gospodarki.
Rozporządzenie służy praktycznemu wdrożeniu sposobu udostępniania protokołu i załączników do protokołu – wdrożeniu procedury postępowania z dokumentacją przechowywaną i udostępnianą przez zamawiającego. W oparciu o delegację z art. 80 Pzp zostało wydane rozporządzenie w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.

2. **Wzory protokołów postępowania.** Rozporządzenie wydane na podstawie art. 80 Pzp, określa także wzory poszczególnych protokołów postępowania. Zgodnie z § 4 pkt 1 tego rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia lub zawarcie umowy ramowej w trybie:

1) przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia,
2) przetargu ograniczonego stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia,
3) negocjacji z ogłoszeniem albo sektorowych negocjacji z ogłoszeniem stanowi załącznik nr 3 do rozporządzenia,
4) dialogu konkurencyjnego stanowi załącznik nr 4 do rozporządzenia,
5) partnerstwa innowacyjnego stanowi załącznik nr 5 do rozporządzenia,
6) negocjacji bez ogłoszenia stanowi załącznik nr 6 do rozporządzenia,
7) zamówienia z wolnej ręki stanowi załącznik nr 7 do rozporządzenia,
8) podstawowym stanowi załącznik nr 8 do rozporządzenia.

Natomiast wzór protokołu postępowania w celu ustanowienia dynamicznego sytemu zakupów oraz postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów stanowi załącznik nr 9 do rozporządzenia.

Art. 81.

1. Zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu informację o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach, nie później niż w terminie 7 dni od dnia otwarcia odpowiednio ofert

lub ofert dodatkowych albo ofert wstępnych lub ofert ostatecznych albo unieważnienia postępowania.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres danych zawartych w informacji, o której mowa w ust. 1, jej wzór, sposób sporządzania oraz sposób i tryb jej przekazywania, w tym sposób liczenia terminu, o którym mowa w ust. 1, mając na względzie obowiązek Prezesa Urzędu dokonywania bieżącej analizy funkcjonowania systemu zamówień, w tym w szczególności w zakresie informacji dotyczących rodzajów zamawiających, rodzajów i wartości zamówień, liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert i trybów postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Obowiązek informowania Prezesa Urzędu w zakresie wniosków i ofert. Nowością w procesie udzielania zamówienia publicznego, wynikającą z art. 81 ust. 1 Pzp, jest obowiązek przekazywania przez zamawiającego Prezesowi Urzędu informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub o ofertach składanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten musi zostać zrealizowany nie później niż w terminie 7 dni od dnia otwarcia – odpowiednio – ofert lub ofert dodatkowych albo ofert wstępnych lub ofert ostatecznych, albo od dnia unieważnienia postępowania. Do przekazywania informacji na podstawie art. 81 ust. 1 Pzp są zobowiązani wszyscy zamawiający, udzielający zamówień na podstawie Pzp w związku z postępowaniami, w których są składane oferty, a więc z wyłączeniem zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki, bez względu na rodzaj udzielanego zamówienia. W przypadku gdy postępowanie jest

prowadzone w trybie konkurencyjnym w oparciu o przepisy Pzp, ale nie zostały złożone żadne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani żadne oferty, informacja nie jest przekazywana. Obowiązek przekazywania przez zamawiających informacji w oparciu o art. 81 ust. 1 Pzp pozwala na pozyskiwanie niezbędnych danych i ich bieżące przetwarzanie i analizowanie.

2. Rozporządzenie służące wypełnieniu obowiązku informowania Prezesa Urzędu. Zakres informacji objęty obowiązkiem wynikającym z art. 81 ust. 1 Pzp i tryb przekazania tych informacji określa minister właściwy do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia. Na podstawie art. 81 ust. 2 Pzp zostało wydane rozporządzenie w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.

Rozporządzenie określa w szczególności, jakie dane powinna zawierać informacja przekazywana Prezesowi Urzędu.

Art. 82.

1. Zamawiający sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach, zwane dalej „sprawozdaniem", w tym o zamówieniach wyłączonych na podstawie niniejszego działu rozdziału 1 oddziału 2, zamówieniach klasycznych, których wartość jest mniejsza niż 130 000 złotych, a także o zamówieniach sektorowych oraz zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

2. Sprawozdanie zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.

3. Zamawiający może skorygować sprawozdanie, jeżeli stwierdzi, że zawarte w nim informacje są nieaktualne lub niepoprawne.

4. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w sprawozdaniu, jego wzór, sposób przekazywania oraz sposób i tryb jego korygowania, mając na względzie wymagania dotyczące treści sprawozdania przekazywanego Komisji Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia prawidłowych i aktualnych informacji, w celu monitorowania systemu zamówień, a także zasadność wykorzystania środków komunikacji elektronicznej.

1. Obowiązek sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Na zamawiających ciąży obowiązek sporządzenia corocznie sprawozdania o zamówieniach udzielonych przez nich w ciągu poprzedniego roku kalendarzowego. Obowiązek ten dotyczy zamówień, które były udzielane na podstawie Pzp, ale także takich zamówień, które zostały udzielone poza reżimem stosowania ustawy z uwagi na ich wartość mniejszą niż 130 000 zł w odniesieniu do zamówień klasycznych, a mniejszą od progów unijnych w odniesieniu do zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (por. art. 2 ust. 1 Pzp). Ponadto obowiązkiem rocznego sprawozdania są objęte zamówienia, w stosunku do których na podstawie Pzp stosowanie ustawy zostało wyłączone. Warto zwrócić uwagę, że obowiązek sporządzania rocznego sprawozdania na podstawie art. 82 ust. 1 Pzp dotyczy udzielonych zamówień, nie zaś prowadzonych postępowań. Zamówienie podlega zatem ujęciu w sprawozdaniu w roku, w którym zostało udzielone, niezależnie od tego, kiedy zostało wszczęte postępowanie prowadzące do jego udzielenia i kiedy zamawiający dokonał zapłaty.

2. Termin przekazywania sprawozdania. Obowiązek przekazania sprawozdania Prezesowi Urzędu należy zrealizować do 1 marca roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.

3. Obowiązek sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych a wspólne udzielanie zamówień przez kilku zamawiających. W przypadku wyznaczenia przez zamawiających wspólnie przeprowadzających postępowanie i udzielających zamówienia spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz zamawiający ten, zgodnie z art. 37 ust. 4 Pzp, działa w tym zakresie jako pełnomocnik zamawiającego. W przedstawionych okolicznościach obowiązek informowania o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu spoczywa wyłącznie na zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia wspólnego zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy postępowanie zostanie przeprowadzone przez wyznaczonego zamawiającego, ale umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia. Jeżeli jednak określony zamawiający jest upoważniony nie do zawarcia umowy, ale tylko do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie w swoim imieniu oraz w imieniu i na rzecz innych zamawiających, w sytuacji gdy przedmiotem postępowania są świadczenia podzielne (zamówienie udzielane w częściach), a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane są indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał zamawiający, obowiązek ujęcia

w sprawozdaniu rocznym udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę[187].

4. Korekta sprawozdania. W przypadku gdy w przesłanym sprawozdaniu rocznym znajdą się nieaktualne lub niepoprawne informacje, zamawiający ma prawo dokonania korekty przesłanego sprawozdania. Uprawnienie do korekty sprawozdania nie jest ograniczone czasowo.

5. Zakres informacji zawartych w sprawozdaniu. Zakres i wzór sprawozdania, sposób jego przekazywania i korygowania określa rozporządzenie ministra właściwego do spraw gospodarki.

[187] Zob. zachowująca aktualność opinia UZP: *Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych,* https://www.uzp.gov.pl

DZIAŁ II
Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

Rozdział 1
Przygotowanie postępowania

Oddział 1
Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców

Art. 83.

1. Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:

1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;

2) rozeznanie rynku:

a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,

b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

3. Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:

1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b;
2) możliwość podziału zamówienia na części;
3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

4. Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5.

1. Uwaga ogólna. Omawiany przepis wprowadza do systemu zamówień publicznych nową instytucję – analizę potrzeb i wymagań. Jest to narzędzie zarządcze zamawiającego, które służy również realizacji zasady efektywności. Na etapie przygotowania postępowania stanowi zebranie informacji na temat potrzeb i wymagań zamawiającego, jakie mają być zaspokojone, i zarazem próbę odpowiedzi, jak te potrzeby i wymagania najlepiej, najskuteczniej i najefektywniej zaspokoić. Ponadto na etapie ewaluacji zamówienia lub na etapie przygotowania do kolejnego podobnego zamówienia wespół z raportem z realizacji zamówienia (art. 446 Pzp) stanowią cenne dokumenty pomocne przy planowaniu i realizacji kolejnych zamówień.

2. Podmioty zobowiązane. Pzp przewiduje, że do sporządzenia analizy potrzeb i wymagań zobowiązani są zamawiający publiczni, a więc zamawiający wymienieni w art. 4 Pzp. Równocześnie poprzez

usytuowanie przepisu w dziale II Pzp zatytułowanym „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne" analiza dotyczy tylko zamówień o takiej wartości. Nie ma przeszkód, by analiza była sporządzana fakultatywnie dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne lub przez innych zamawiających.

3. Zawartość analizy. Ustawodawca wskazał, że zamawiający, dokonując analizy potrzeb i wymagań, powinien uwzględnić rodzaj i wartość zamówienia. Analiza nie powinna zatem w sposób automatyczny powielać innych lub poprzednich analiz, ale powinna być zindywidualizowana ze względu na potrzebę, która ma być zaspokojona, wymagania z nią związane, ryzyka realizacyjne oraz specyficzne potrzeby zamawiającego. Ustawodawca nie przesądził zawartości analizy, wskazując jedynie na minimalny jej zakres. Podobnie ustawodawca nie przesądził, jak bardzo rozbudowana ma być analiza. W niektórych sytuacjach wystarczająca będzie prosta jednostronicowa analiza, w innym przypadku analiza NPV[1] (np. dla decyzji o zakupie czy najmie urządzeń drukujących), w innych zaś analiza wielokryterialna czy wręcz studia techniczno-finansowe (skomplikowane projekty infrastrukturalne). Nie ma żadnych przeszkód, by przy analizie wykorzystać informacje z innych dokumentów zarządczych, planistycznych czy projektowych (studia wykonalności). Nie ma też przeszkód, by analiza składała się z kilku odrębnych lub kilku przywołanych, referencyjnych dokumentów. Odnosząc się do zawartości merytorycznej analizy, należy wskazać, że dla zapewnienia jej minimalnej treści zamawiający powinien:

[1] Analiza Net Present Value (Wartość Bieżąca Netto)

1) zbadać możliwość zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych,
2) dokonać rozeznania rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,
3) wskazać możliwe warianty realizacji zamówienia albo wskazać, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia,
4) wskazać orientacyjną wartość zamówienia (a nie wartość zamówienia) dla każdego z wariantów z pkt 3,
5) wskazać możliwość podziału zamówienia na części,
6) wskazać przewidywany tryb udzielenia zamówienia,
7) wskazać możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia,
8) wskazać ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

Uwzględniając powyższe, dzięki analizie zamawiający powinien uzyskać niezbędne informacje do podjęcia decyzji, czy w ogóle zamówienie publiczne jest właściwym narzędziem do zaspokojenia jego potrzeby. Jeżeli uzyskana odpowiedź będzie pozytywna, to analiza ma następnie m.in. dać odpowiedzi, w jakim trybie przeprowadzić zamówienie, czy efektywne będzie jego podzielenie oraz czy w zamówieniu jest możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych. W analizie powinny być również wskazane ryzyka związane z samym postępowaniem i następnie realizacją zamówienia. W wyniku takiej analizy dla zaspokojenia niektórych potrzeb gminnych zasadnym może być np. rozważenie powołania komunalnej jednostki organizacyjnej lub ustanowienia partnerstwa publiczno-prywatnego, natomiast dla zaspokojenia danej potrzeby urzędu centralnego zasadnym może być udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga

po raz kolejny, że analiza jest dokumentem zarządczym zamawiającego i stopień jej szczegółowości zależeć będzie od konkretnej potrzeby i związanego z nią zamówienia. Dokument ma przede wszystkim służyć zamawiającemu.

4. Termin sporządzenia analizy. Ustawodawca, inaczej niż to ma miejsce przy szacowaniu wartości zamówienia, nie określił terminu na sporządzenie analizy. Jest to bardzo ważne, ponieważ przy studiach wykonalności, czy złożonych analizach dla skomplikowanych inwestycji dofinansowywanych ze środków unijnych, obejmujących czasem jeszcze zagadnienia środowiskowe czy zabytkowe, może się nie dać określić sztywnych ram czasowych takiej analizy. Ważne jest, by był to dokument aktualny i co do zasady przygotowany przed ustaleniem wartości zamówienia lub opisem przedmiotu zamówienia.

5. Odstąpienie od obowiązku sporządzenia analizy. W przypadku zachodzenia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę (art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp) lub w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp) można odstąpić od sporządzenia analizy. Uzasadnienie dla tego wyjątku wynika z samej jego istoty, tj. konieczności pilnego czy natychmiastowego udzielenia zamówienia. W takich sytuacjach jest oczywistym, że sporządzanie analizy nie powinno w żaden sposób opóźniać konieczności udzielenia zamówienia.

6. Uwagi końcowe. Ustawodawca nie przesądził, iż analiza stanowi część protokołu lub załącznik do protokołu z postępowania (zob. art. 72 i 73 Pzp), wobec czego do decyzji zamawiających pozostawiony został sposób przechowywania i procedowania ze sporządzoną analizą (z uwzględnieniem właściwych przepisów kancelaryjnych i archiwalnych).

Art. 84.

1. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia.

2. Zamawiający zamieszcza informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie na stronie internetowej zamawiającego.

3. Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że nie powoduje to zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

4. Zamawiający zamieszcza informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych w ogłoszeniu o zamówieniu.

1. Uwaga ogólna. Wstępne konsultacje rynkowe znajdują swój pierwowzór w dialogu technicznym określonym w Pzp2004. Zmiana nazewnictwa i pewne odrębności w stosunku do poprzedniej regulacji miały uwypuklić z jednej strony cel konsultacji, a z drugiej strony – podmioty, z którymi mają być prowadzone konsultacje, tj. uczestników rynku.

2. Cel wstępnych konsultacji rynkowych. W założeniu ustawodawcy może cel ten być co najmniej dwojaki. Z jednej strony może nim być holistyczne przygotowanie postępowania w każdym możliwym wariancie lub aspekcie (a nie jedynie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia,

SWZ lub warunków umowy). Z drugiej strony poinformowanie wykonawców bardziej szczegółowo (niż w planie zamówień) o planach i wymaganiach zamawiającego po to, by zainteresować wykonawców danym zamówieniem oraz zwrócić ich uwagę na dane zamówienie lub jego istotne elementy.

3. Obowiązek publikacji informacji o konsultacjach. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie na swojej stronie internetowej. Dla porządku należy również zauważyć, że ustawodawca wyraźnie zaznaczył w art. 84 ust. 1 Pzp, że konsultacje powinny być przeprowadzone przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Korzystanie z wiedzy podmiotów trzecich w trakcie konsultacji i po konsultacjach. Wobec tego, że konsultacje w praktyce będą dotyczyć raczej bardziej skomplikowanych czy innowacyjnych zamówień, zamawiający dla pełniejszego skorzystania z konsultacji powinni mieć również możliwość skorzystania z wiedzy eksperckiej. Dlatego ustawodawca przewidział, że zamawiający, prowadząc konsultacje, może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Podkreślić należy, iż ustawodawca, używając zwrotu „w szczególności", wskazał, że nie jest to zamknięty katalog rodzajów doradztwa (i podmiotów doradzających) dostępnych zamawiającym. Warto również podkreślić, iż ustawodawca przewiduje, że doradztwo to może być również następnie (kontynuacja wiedzy z etapu konsultacji) wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Warunkiem korzystania z tego doradztwa na następnych etapach jest niepowodowanie zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

5. Obowiązek informacyjny. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych w ogłoszeniu o zamówieniu.

6. Obowiązek dokumentacyjny w protokole postępowania. Zgodnie z art. 73 ust. 2 Pzp w przypadku przeprowadzenia przez zamawiającego wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający zobowiązany jest podać w protokole postępowania informację o przeprowadzeniu tych konsultacji oraz o podmiotach, które w nich uczestniczyły.

Art. 85.

1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy

możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

1. Uwaga ogólna. Art 85 Pzp jest wyrazem dbałości o to, by zaangażowanie jakiegokolwiek podmiotu w przygotowanie postępowania nie mogło zakłócić konkurencji, w szczególności żeby podmiot uczestniczący w tym przygotowaniu zdobytej wiedzy nie mógł wykorzystać jako przewagi konkurencyjnej dla siebie lub dla grupy kapitałowej, do której należy.

2. Zakres podmiotowy przepisu. Przepis dotyczy przede wszystkim wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienie, a uprzednio doradzali, lub w inny sposób byli zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, albo robiły to podmioty, które należą z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 tej ustawy przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Reasumując, przepis będzie dotyczył zarówno sytuacji, gdy wykonawca ubiegający się o dane zamówienie sam doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie tego postępowania, lub takie doradztwo lub zaangażowanie było udziałem podmiotu z grupy kapitałowej tego wykonawcy.

3. Zakres przedmiotowy przepisu. Zakres przedmiotowy art. 85 Pzp został oznaczony w sposób otwarty, odnoszący się zarówno do bezpośredniego doradztwa w zakresie przygotowania postępowania, ale też do innych sposobów zaangażowania w przygotowanie postępowania. Zaangażowanie może zatem dotyczyć przykładowo przygotowania lub doradztwa w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, ustalania wartości zamówienia lub przygotowania SWZ.

4. Obowiązek zamawiającego. W przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu tego postępowania, zamawiający zobowiązany jest podjąć odpowiednie działania gwarantujące, że udział tego wykonawcy nie zakłóci konkurencji. Ustawodawca nie określił zamkniętego katalogu środków, jakie powinien podjąć zamawiający w celu zabezpieczenia przed zakłóceniem konkurencji. Środki te powinny być zindywidualizowane odpowiednio do sytuacji i w praktyce będą uzależnione od skali zaangażowania wykonawcy, etapu w którym był zaangażowany, stopnia wykorzystania zaangażowania wykonawcy itp. W przepisie podano minimalny katalog środków, które powinien zastosować zamawiający, wskazując, że powinien on – po pierwsze – wyrównać wiedzę wszystkich wykonawców poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub innego podmiotu w przygotowanie postępowania. Po drugie – wobec tego, że informacje te mogą wpłynąć na pracochłonność przygotowania ofert, zamawiający powinien zapewnić, wykonawcom odpowiedni termin na złożenie ofert. Dodatkowym obowiązkiem zamawiającego w powyższym zakresie jest wskazanie w protokole postępowania środków, jakie przedsięwziął w celu zapobieżenia zakłóceniu konkurencji.

5. Wykluczenie wykonawcy. W sytuacji gdy zakłócenie konkurencji nie będzie mogło być wyeliminowane w inny sposób, zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu. Jednakże ustawodawca ten środek „wyrównania" konkurencji traktuje jako ostateczność i przed dokonaniem wykluczenia z tego powodu zamawiający zobowiązany jest umożliwić wykonawcy udowodnienie, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Oddział 2
Ogłoszenia

Art. 86.

Ogłoszenia, o których mowa w niniejszym dziale, przekazywane są przez zamawiającego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

1. Ogłoszenia jako przejaw zasady jawności. Art. 86 Pzp stanowi przejaw realizacji zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Publikacja ogłoszeń w oficjalnym publikatorze umożliwia zapoznanie się z ich treścią nieograniczonej liczbie wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia.

Przepis art. 86 Pzp określa podmiot przekazujący ogłoszenia do publikacji – zamawiającego, organ, do którego ogłoszenia są przekazywane – UPUE, a także oficjalny publikator, w którym przekazane przez zamawiającego ogłoszenia są publikowane – DUUE.

Ogłoszeniami, o których mowa w dziale II Pzp, do którego odwołuje się omawiany przepis, są:

1) wstępne ogłoszenie informacyjne,
2) ogłoszenie o zamówieniu,
3) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia,
4) ogłoszenie o profilu nabywcy,
5) sprostowanie (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia),
6) ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy).

Art. 87.

1. Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi 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 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.[2]).

2. Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE.

3. Zamawiający jest obowiązany udokumentować datę przekazania ogłoszenia, w szczególności przechowywać dowód przekazania tego ogłoszenia.

1. Formularze do publikacji ogłoszeń. Przepis art. 87 Pzp określa formę i sposób publikacji ogłoszeń przewidzianych dla postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, a więc na poziomie unijnym (publikację ogłoszeń na poziomie krajowym określają art. 269–272 Pzp).
Wzory standardowych formularzy ogłoszeń zostały określone w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń.
Formularze określone w tym rozporządzeniu służą zapewnieniu zgodności formy i treści ogłoszeń z wymogami prawnymi dyrektyw unijnych.

[2] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 172 z 05.07.2017, str. 36.

2. Rodzaje ogłoszeń. Art. 7 rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń ustanawia wykaz następujących standardowych formularzy, które znajdują zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne:

1) wstępne ogłoszenie informacyjne – załącznik I,
2) ogłoszenie o zamówieniu – załącznik II,
3) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – załącznik III,
4) ogłoszenie o profilu nabywcy – załącznik VIII,
5) sprostowanie – załącznik XI,
6) ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* – załącznik XII.

2.1. Wstępne ogłoszenie informacyjne – zakres informacji. Zob. komentarz do art. 89 Pzp**.**

2.2. Ogłoszenie o zamówieniu – zakres informacji. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu stanowi uzewnętrzniony wyraz woli zamawiającego udzielenia określonego zamówienia i zasadniczo ma charakter obligatoryjny.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, w związku z art. 130 ust. 1 pkt Pzp, ogłoszenia o zamówieniu są przekazywane UPUE w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i partnerstwa innowacyjnego oraz zasadniczo w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego.

Zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, które wszczął po postępowaniu uprzednio przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, w którym:

1) wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub
2) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub
3) zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp (tj. w sytuacji gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższały kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie zwiększył tej kwoty)

– jeżeli zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz
2) w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie
   a. art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18 Pzp (zob. art. 153 pkt 5 w zw. z art. 154 ust. 1 Pzp w przypadku negocjacji z ogłoszeniem oraz
   b. art. 153 pkt 5 w zw. z art. 154 ust. 1 w zw. z art. 170 Pzp w przypadku dialogu konkurencyjnego).

Ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać elementy niezbędne, wskazane w załączniku V część C dyrektywy klasycznej, tj.:

1) nazwę, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje;

2) adres e-mail lub adres internetowy, pod którym umożliwiony zostanie nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia; jeżeli nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp nie jest możliwy ze względów wymienionych w art. 53 ust. 1 akapit drugi i trzeci dyrektywy klasycznej, informacje o tym, gdzie można pozyskać dokumenty zamówienia;
3) rodzaj instytucji zamawiającej oraz główny rodzaj prowadzonej działalności;
4) w stosownych przypadkach wskazanie, czy instytucja zamawiająca jest centralną jednostką zakupującą bądź czy stosuje się jakąkolwiek inną formę wspólnego udzielania zamówień;
5) kody CPV; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części;
6) kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku zamówień na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku zamówień na dostawy i usługi; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części;
7) opis zamówienia: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i ilość lub wartość dostaw, charakter i zakres usług; jeżeli zamówienie podzielone jest na części, informacje podaje się dla każdej części; w stosownych przypadkach opis wszelkich opcji;
8) całkowity szacunkowy rząd wielkości umowy (umów) w sprawie zamówienia; w przypadku gdy zamówienie zostaje podzielone na części, informację tę podaje się dla każdej z nich;
9) dopuszczenie lub zakaz składania ofert wariantowych;

10) ramy czasowe realizacji dostaw, robót budowlanych lub usług oraz, w miarę możliwości, okres obowiązywania umowy:
    a. w przypadku umowy ramowej, wskazanie planowanego okresu obowiązywania umowy ramowej z podaniem, w stosownych przypadkach, uzasadnienia dla okresu przekraczającego cztery lata; w miarę możliwości, wskazanie wartości lub rzędu wielkości i częstotliwości udzielanych zamówień, liczby oraz, w stosownych przypadkach, proponowanej maksymalnej liczby uczestniczących wykonawców;
    b. w przypadku dynamicznego systemu zakupów, wskazanie planowanego okresu obowiązywania tego systemu; w miarę możliwości, wskazanie wartości lub rzędu wielkości i częstotliwości udzielanych zamówień;
11) warunki udziału, w tym:
    a. w stosownych przypadkach wskazanie, czy zamówienie publiczne zastrzeżone jest dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja ograniczona jest do programów zatrudnienia osób niepełnosprawnych;
    b. w stosownych przypadkach wskazanie, czy świadczenie usługi jest zastrzeżone przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi dla określonych zawodów; odniesienia do odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych;
    c. listę i krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów; wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja);

12) rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia; w stosownych przypadkach, powody zastosowania procedury przyspieszonej (w przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej i procedury konkurencyjnej z negocjacjami);
13) w stosownych przypadkach wskazanie, czy:
    a. stosuje się umowę ramową,
    b. stosuje się dynamiczny system zakupów,
    c. stosuje się aukcję elektroniczną (w przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami);
14) jeżeli zamówienie ma zostać podzielone na części, wskazanie, czy wykonawcy mogą składać oferty w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części; wskazanie wszelkich ewentualnych ograniczeń co do liczby części zamówienia, jakie mogą zostać przyznane jednemu oferentowi; w przypadku gdy zamówienie nie zostaje podzielone na części, wskazanie powodów takiej decyzji, chyba że informację tę podano w indywidualnym sprawozdaniu;
15) w przypadku procedury ograniczonej, procedury konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, o ile wskazano na możliwość ograniczenia liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, udziału w negocjacjach lub w dialogu: proponowaną minimalną i – w stosownych przypadkach – maksymalną liczbę kandydatów oraz obiektywne kryteria, które zostaną zastosowane w celu wyboru tych kandydatów;
16) w przypadku procedury konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, wskazanie,

w stosownych przypadkach, zastosowania procedury etapowej w celu stopniowego ograniczenia liczby negocjowanych ofert lub dyskutowanych rozwiązań;

17) w stosownych przypadkach, szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia;
18) kryteria stosowane na potrzeby udzielenia zamówienia lub zamówień; z wyjątkiem przypadków, gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę ustala się wyłącznie na podstawie ceny, kryteria związane z ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie oraz ich wagę wskazuje się, jeżeli nie zostało to podane w specyfikacjach lub, w przypadku procedury dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym;
19) termin odbioru ofert (procedura otwarta) lub wniosków o dopuszczenie do udziału (procedura ograniczona, procedura konkurencyjna z negocjacjami, dynamiczny system zakupów, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne);
20) adres, na który należy przesyłać oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału;
21) w przypadku procedur otwartych:
    a. przedział czasu, w którym oferent związany jest ofertą,
    b. datę, godzinę i miejsce otwarcia ofert,
    c. osoby upoważnione do obecności podczas otwarcia ofert;
22) język lub języki, w których należy sporządzać oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału;
23) w stosownych przypadkach wskazanie, czy:
    a. akceptowane jest elektroniczne składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału,
    b. stosowane będą elektroniczne zlecenia,

c. akceptowane będą elektroniczne faktury,
d. stosowane będą elektroniczne płatności;

24) informację, czy zamówienie jest związane z projektem lub programem finansowanym ze środków Unii;
25) nazwę i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, za procedury mediacyjne; dokładne informacje dotyczące terminów przewidzianych dla procedur odwoławczych lub, w razie potrzeby, nazwę, adres, numer telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje;
26) datę(-y) oraz odniesienie(-a) do wcześniejszych publikacji w DUUE, istotnych dla zamówienia (zamówień), którego(-ych) dotyczy ogłoszenie;
27) w przypadku zamówień powtarzających się – przewidywany termin publikacji kolejnych ogłoszeń;
28) datę wysłania ogłoszenia;
29) wskazanie, czy zamówienie jest objęte Porozumieniem GPA;
30) wszelkie inne istotne informacje.

2.3. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – zakres informacji.

Przepis art. 265 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania do publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia UPUE w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia zakończenia postępowania. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawiera informacje o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. W ogłoszeniu tym zamawiający może oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem

publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami (art. 265 ust. 2 Pzp).

Podkreślenia wymaga, że publikacja ogłoszenia o zamówieniu stanowi obowiązek zamawiającego, niezależnie od wybranego trybu udzielenia zamówienia, co sprzyja przejrzystości prowadzonych postępowań.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia powinno zawierać informacje określone w załączniku V część D do dyrektywy klasycznej, tj.:

1) nazwę, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje;
2) rodzaj instytucji zamawiającej oraz główny rodzaj prowadzonej działalności;
3) w stosownych przypadkach wskazanie, czy instytucja zamawiająca jest centralną jednostką zakupującą bądź czy stosuje się jakąkolwiek inną formę wspólnego udzielania zamówień;
4) kody CPV;
5) kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku zamówień na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku zamówień na dostawy i usługi;
6) opis zamówienia: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i ilość lub wartość dostaw, charakter i zakres usług; jeżeli zamówienie podzielone jest na części, informacje podaje się dla każdej części; w stosownych przypadkach opis wszelkich opcji;
7) rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia; w przypadku procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, uzasadnienie;

8) w stosownych przypadkach wskazanie, czy:
   a. zastosowana została umowa ramowa,
   b. zastosowany został dynamiczny system zakupów;
9) kryteria, o których mowa w art. 67 dyrektywy klasycznej, zastosowane w celu udzielenia zamówienia lub zamówień; w stosownych przypadkach wskazanie, czy przeprowadzona została aukcja elektroniczna (w przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami);
10) datę zawarcia umowy (umów) w sprawie zamówień publicznych lub umowy ramowej (umów ramowych) w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia lub o zawarciu takiej umowy (takich umów);
11) liczbę otrzymanych ofert w odniesieniu do każdego udzielonego zamówienia, w tym:
   a. liczbę ofert otrzymanych od wykonawców należących do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw,
   b. liczbę ofert otrzymanych z innego państwa członkowskiego lub państwa trzeciego,
   c. liczbę ofert otrzymanych drogą elektroniczną;
12) dla każdego udzielenia zamówienia: nazwę, adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy zwycięskiego oferenta (zwycięskich oferentów), w tym:
   a. informację, czy zwycięski oferent należy do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw,
   b. informację, czy zamówienie zostało udzielone grupie wykonawców (*joint venture*, konsorcjum lub innej grupie);

13) wartość zwycięskiej oferty (zwycięskich ofert) lub najdroższą ofertę i najtańszą ofertę wziętych pod uwagę przy udzielaniu zamówienia lub zamówień;
14) w stosownych przypadkach, dla każdego udzielenia zamówienia: wartość oraz procentową część zamówienia, jaka zostanie prawdopodobnie zlecona osobom trzecim;
15) informację, czy zamówienie jest związane z projektem lub programem finansowanym ze środków Unii;
16) nazwę i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, za procedury mediacyjne; dokładne informacje dotyczące terminu przewidzianego dla procedur odwoławczych lub, w razie potrzeby, nazwę, adres, numer telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje;
17) datę(-y) oraz odniesienie(-a) do wcześniejszych publikacji w DUUE, istotnych dla zamówienia (zamówień), którego(-ych) dotyczy ogłoszenie;
18) datę wysłania ogłoszenia;
19) wszelkie inne istotne informacje.

Warto wskazać, że na zamawiającym, który udzielił zamówienia *in house* w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, ciąży obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP, mimo wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne (zob. art. 216 ust. 3 Pzp).

2.4. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy – zakres informacji. W wykonaniu przepisów dyrektywy klasycznej na gruncie Pzp ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* jest ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, które

znajduje zastosowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 208 ust. 2 Pzp) oraz w trybie z wolnej ręki (art. 213 ust. 2 Pzp).
Przekazanie tego ogłoszenia do publikacji ma charakter fakultatywny, jednak jego zamieszczenie może przynieść zamawiającemu znaczące korzyści. Przede wszystkim umowa w sprawie zamówienia publicznego nie ulega unieważnieniu, gdy zamawiający udzielił zamówienia w tych dwóch trybach niekonkurencyjnych z naruszeniem Pzp i miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w DUUE (zob. art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ponadto w przypadku publikacji takiego ogłoszenia skróceniu ulegają terminy na wniesienie odwołania na zastosowanie przez zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu z wolnej ręki. W takim przypadku publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zwiększa kontrolę wykonawców nad prawidłowością zastosowania niekonkurencyjnych trybów przez zamawiającego, przez co może wpłynąć na zniwelowanie naruszeń przy ich zastosowaniu.
Z załącznika XII do rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń wynika, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy powinno zawierać informacje dotyczące:

1) zamawiającego,
2) przedmiotu zamówienia,
3) procedury,
4) udzielania zamówienia,
5) informacji uzupełniających,
6) uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

Na zamawiającym zamierzającym udzielić zamówienia *in house* w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp ciąży obowiązek

zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy na szczeblu krajowym – w BZP, mimo wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne (art. 216 ust. 1 Pzp). Wskazany obowiązek ma służyć wzmocnieniu przejrzystości procesu udzielania takich zamówień.

2.5. Ogłoszenie o profilu nabywcy – zakres informacji. Zob. komentarz do art. 89 Pzp.

2.6. Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji – zakres informacji. Zob. komentarz do art. 90 Pzp.

3. Sposób publikacji ogłoszeń. Zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy klasycznej.

Ustęp 3 załącznika VIII do dyrektywy klasycznej wskazuje, że format i procedury elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowione przez Komisję, są dostępne pod adresem internetowym: http://simap.europa.eu. Przekazanie ogłoszenia do publikacji polega na wypełnieniu przez zamawiającego interaktywnego właściwego formularza i następnie przesłania go za pomocą środków elektronicznych do UPUE, który wydaje DUUE.

Internetową wersją „Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej" poświęconą europejskim zamówieniom publicznym jest Tenders Electronic Daily (TED). TED umożliwia bezpłatny dostęp do ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w UE, w Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz w innych krajach. Ogłoszenia, które publikowane są od poniedziałku do piątku w TED, można przeglądać, przeszukiwać i sortować według kraju, regionu,

branży i innych kryteriów. Informacje o każdym dokumencie dotyczącym ogłoszenia o zamówieniach publicznych są publikowane w 24 językach urzędowych UE. Wszystkie informacje pochodzące od instytucji UE są publikowane we wszystkich tych językach[3].

4. Obowiązek dokumentacji. Art. 87 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek udokumentowania daty przekazania ogłoszenia, w szczególności przechowywania dowodu jego przekazania. Innymi słowy, zamawiający musi być w stanie udowodnić datę wysłania ogłoszeń.

UPUE przekazuje zamawiającemu potwierdzenie otrzymania ogłoszenia i opublikowania przesłanych informacji, podając datę takiej publikacji. Takie potwierdzenie stanowi dowód publikacji.

Nałożony na zamawiającego obowiązek udokumentowania daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu jest szczególnie istotny w kontekście ustalenia momentu wszczęcia postępowania oraz prawidłowego terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Data przekazania ogłoszenia o zamówieniu stanowi bowiem datę początkową, od której liczy się termin składania ofert w przetargu nieograniczonym (zob. art. 138 ust. 1 i 2 Pzp), termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym (art. 144 ust. 1 i 2 Pzp), w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 158 ust. 1 Pzp), w dialogu konkurencyjnym (art. 176 ust. 1 Pzp) oraz w partnerstwie innowacyjnym (art. 194 ust. 1 Pzp). Dowód przekazania ogłoszenia UPUE stanowi załącznik do protokołu postępowania (art. 73 ust. 1 Pzp).

[3] https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do?lang=pl (dostęp: 26 maja 2020 r.)

Art. 88.

1. Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

2. Zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w innym miejscu niż określone w ust. 1.

3. Udostępnienie ogłoszenia w miejscach, o których mowa w ust. 1 i 2, nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

4. Ogłoszenie udostępnione w miejscach, o których mowa w ust. 1 i 2:

1) **nie może zawierać innych informacji niż informacje zawarte w ogłoszeniu przekazanym do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;**
2) **zawiera datę przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.**

1. Udostępnienie ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Przepis art. 88 Pzp normuje kwestie udostępniania przez zamawiającego ogłoszeń w innych niż UPUE miejscach, co ma sprzyjać realizacji zasady jawności w prowadzonym postępowaniu. Dalsze artykuły zawierają regulacje szczególne dotyczące wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych, w tym ogłoszenia o profilu nabywcy (art. 89 Pzp) oraz sprostowania ogłoszenia o zamówieniu (art. 90 Pzp).

Art. 88 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu udostępnienie ogłoszenia również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, przy czym uprzednio ogłoszenie takie winno zostać opublikowane w oficjalnym publikatorze – DUUE.

Regulacja ta ma na celu umożliwienie wykonawcom dostępu do informacji związanych z prowadzonym postępowaniem w jednym miejscu – na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której publikowana jest również SWZ czy OPW.

2. Udostępnienie ogłoszenia w innych miejscach. Zgodnie z art. 88 ust. 2 Pzp zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w innym miejscu niż strona internetowa prowadzonego postępowania. W przeciwieństwie do udostępniania ogłoszeń na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamawiający nie ma takiego obowiązku, przepis ten ma bowiem charakter fakultatywny.

Przepis nie wskazuje miejsc udostępnienia ogłoszeń, więc w tym zakresie wybór należy do zamawiającego. Przykładowo, innym miejscem, gdzie dane ogłoszenie będzie mogło zostać przez zamawiającego udostępnione, może być jego siedziba czy też prasa o zasięgu lokalnym lub ogólnopolskim.

3. Kolejność udostępniania ogłoszeń. Zgodnie z art. 88 ust. 3 Pzp udostępnienie ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz w innych niż ta strona miejscach nie może nastąpić przed jego publikacją w DUUE, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia.

Przepis ten określa kolejność udostępniania ogłoszeń, przy czym ustawodawca przyznaje pierwszeństwo publikacji w oficjalnym publikatorze. Jako pierwsze ogłoszenie powinno zostać opublikowane

w DUUE, następnie zamawiający może je udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz w innych miejscach. Od tej zasady został wprowadzony wyjątek, w sytuacji gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia. W takim przypadku zamawiający może jako pierwsze upublicznić ogłoszenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania lub w innych miejscach.

4. Tożsamość informacji zawartych w ogłoszeniach i data publikacji w DUUE. Stosownie do art. 88 ust. 4 Pzp ogłoszenie udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania i w innych niż ta strona miejscach nie może zawierać informacji innych niż informacje zawarte w ogłoszeniu przekazanym do publikacji UPUE, jak również zawiera datę przekazania ogłoszenia do publikacji UPUE.

Z powyższej regulacji wynika, że ogłoszenie udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania i w innych miejscach musi zawierać te same informacje, co ogłoszenie opublikowane w DUUE. Wszyscy wykonawcy zainteresowani uzyskaniem danego zamówienia, niezależnie od źródła zapoznania się z ogłoszeniem, muszą posiadać informacje o zamówieniu tożsame z zawartymi w oficjalnym publikatorze, co ma zagwarantować równy dostęp do zamówienia.

Ponadto ogłoszenie udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania i w innych miejscach musi zawierać datę przekazania ogłoszenia do publikacji UPUE.

Art. 89.

1. Zamawiający może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na stronie internetowej zamawiającego

wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych.

2. Jeżeli wstępne ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane przez zamawiającego na stronie internetowej zamawiającego, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego (ogłoszenie o profilu nabywcy).

3. Wstępne ogłoszenie informacyjne nie może zostać zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego przed publikacją ogłoszenia o profilu nabywcy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

1. Publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Przedmiotem regulacji art. 89 Pzp jest wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych. Ogłoszenie to ma charakter fakultatywny, co oznacza, że jego zamieszczenie zależy od woli zamawiającego.

Podobnie jak plan postępowań zamieszczany na poziomie krajowym w BZP (zob. art. 23 Pzp), tak wstępne ogłoszenie informacyjne ma umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie zamierzeń zamawiającego co do przyszłych zamówień lub umów ramowych, jak również odpowiednie przygotowanie się do wzięcia w planowanych postępowaniach. Publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego ma na celu również zwiększenie konkurencyjności prowadzonych postępowań w terminie następnych 12 miesięcy.

Mimo fakultatywnego charakteru wstępnego ogłoszenia informacyjnego przekazanie go do publikacji wiąże się z pewnymi korzyściami dla zamawiającego na gruncie prowadzonego postępowania. Dzięki jego publikacji, oprócz zwiększenia grona wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, zamawiający może skrócić terminy składania ofert (art. 138 ust. 2 pkt 1 Pzp, art. 151 ust. 2 pkt 1 Pzp) lub ofert wstępnych (art. 162 ust. 2 pkt 1 Pzp).

Miejscem publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego jest DUUE lub strona internetowa zamawiającego.

2. Wstępne ogłoszenie informacyjne – zakres informacji. Wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych winno zawierać elementy niezbędne, wskazane w załączniku V część B dyrektywy klasycznej, tj.:

1) nazwę, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej oraz – jeśli są różne – biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje;
2) adres e-mail lub adres internetowy, pod którym umożliwiony zostanie nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia; jeżeli nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp nie jest możliwy ze względów wymienionych w art. 53 ust. 1 akapity drugi i trzeci dyrektywy klasycznej, informacje o tym, gdzie można pozyskać dokumenty zamówienia;
3) rodzaj instytucji zamawiającej oraz główny rodzaj prowadzonej działalności;

4) w stosownych przypadkach wskazanie, czy instytucja zamawiająca jest centralną jednostką zakupującą bądź czy stosowana jest lub może być stosowana jakakolwiek inna forma wspólnego udzielania zamówień;
5) kody CPV; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części;
6) kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku zamówień na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku zamówień na dostawy i usługi; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części;
7) krótki opis zamówienia: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i ilość lub wartość dostaw, charakter i zakres usług;
8) jeżeli ogłoszenie nie stanowi zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, przewidywaną datę (przewidywane daty) publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszeń o zamówieniach w odniesieniu do zamówienia (zamówień), o których mowa w przedmiotowym wstępnym ogłoszeniu informacyjnym;
9) datę wysłania ogłoszenia;
10) wszelkie inne istotne informacje;
11) wskazanie, czy zamówienie jest objęte Porozumieniem GPA.

Wstępne ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane w DUUE – TED zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej: http://simap.europa.eu.

3. Ogłoszenie o profilu nabywcy – zakres informacji. Zgodnie z art. 89 ust. 2 Pzp, jeżeli wstępne ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane przez zamawiającego na stronie internetowej zamawiającego, przekazuje on UPUE ogłoszenie o publikacji wstępnego ogłoszenia na stronie

internetowej zamawiającego (ogłoszenie o profilu nabywcy). Profilem nabywcy jest wyodrębnione dla zamówień miejsce na stronie internetowej zamawiającego.

Jeżeli wstępne ogłoszenie informacyjne jest publikowane przez zamawiającego na jego profilu nabywcy, przesyła on UPUE jedynie ogłoszenie o publikacji na swoim profilu nabywcy, zgodnie z załącznikiem VIII zawierającym wymagania dotyczące publikacji. Ogłoszenie o profilu nabywcy, przekazywane do UPUE, ma charakter wtórny wobec publikacji wstępnego ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego. Treść tego ogłoszenia jest uproszczona, jej celem jest bowiem odesłanie wykonawców do treści wstępnego ogłoszenia, umieszczonego na stronie internetowej zamawiającego, zawierającego szczegółowe informacje o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych.

Z załącznika VIII do rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń wynika, że ogłoszenie o profilu nabywcy zawiera dane dotyczące:

1) zamawiającego,
2) przedmiotu zamówienia,
3) informacji uzupełniających.

4. Zamieszczenie wstępnego ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego. Stosownie do treści art. 89 ust. 3 Pzp wstępne ogłoszenie informacyjne nie może zostać zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego przed publikacją ogłoszenia o profilu nabywcy w DUUE, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia.

Ustawodawca zastrzegł, że zamieszczenie przez zamawiającego wstępnego ogłoszenia informacyjnego na jego stronie internetowej nie może nastąpić

przed publikacją ogłoszenia o profilu nabywcy w DUUE. Z powyższego wynika, że publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego winna zostać poprzedzona publikacją ogłoszenia o profilu nabywcy w DUUE.
Od tej zasady został wprowadzony wyjątek, w sytuacji gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania ogłoszenia o profilu nabywcy. W takim przypadku zamawiający może jako pierwsze upublicznić wstępne ogłoszenie informacyjne na swojej stronie internetowej.

Art. 90.

1. Zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.

2. W przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

3. 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 na podstawie art. 256.

1. Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji – zakres informacji.
Przepis art. 90 Pzp daje zamawiającemu możliwość zmiany treści ogłoszenia poprzez przekazanie UPUE sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Sprostowanie jest zamieszczane w DUUE

zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej: http://simap.europa.eu.
Konieczność dokonania zmian ogłoszenia może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści ogłoszenia, zmiany SWZ (zob. art. 137 ust. 4 Pzp), wyjaśnień treści SWZ czy też uwzględnienia odwołania przez KIO.
Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu może mieć charakter nieistotny, niewymagający podjęcia przez zamawiającego dodatkowych czynności w postępowaniu, albo charakter istotny, który obliguje go do przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert (art. 90 ust. 2 Pzp) albo do unieważnienia postępowania (art. 90 ust. 3 Pzp).
Przepis art. 90 Pzp wprowadza dwie kategorie zmian ogłoszenia o zamówieniu: istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (art. 90 ust. 2 Pzp) oraz istotnie zmieniających charakter zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp).
Do zmian ogłoszenia stosuje się odpowiednio przepisy o miejscu i sposobie publikacji oraz o obowiązku dokumentowania zamieszczenia i publikacji ogłoszeń.
Z załącznika XI do rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń wynika, że ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji zawiera dane dotyczące:

1) zamawiającego,
2) przedmiotu zamówienia,
3) informacji uzupełniających,
4) zmian.

Jak wynika z treści formularza, przyczyną zmian w ogłoszeniu może być modyfikacja pierwotnej informacji podanej przez zamawiającego albo

okoliczność, że publikacja w DUUE jest niezgodna z pierwotną informacją przekazaną przez zamawiającego.

W ogłoszeniu tym należy precyzyjnie określić tekst podlegający poprawieniu w pierwotnym ogłoszeniu poprzez podanie numeru sekcji, numeru części oraz miejsca, w którym znajduje się tekst do modyfikacji w zmienianym ogłoszeniu (sekcja VII). W odpowiedniej rubryce formularza ogłoszenia należy wskazać również treść zmienianą („zamiast") oraz pożądaną treść po zmianie („powinno być").

2. Skutki istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. Z kolei art. 90 ust. 3 Pzp wskazuje, że 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 postępowanie na podstawie art. 256 Pzp.

Ustawodawca nie wskazuje w art. 90 ust. 2 Pzp katalogu zmian ogłoszenia kwalifikowanych jako zmiany istotne, których wprowadzenie skutkowałoby koniecznością przedłużenia terminu składania ofert. Bez wątpienia jednak zmianami istotnymi ogłoszenia o zamówieniu będą takie, które będą oddziaływać na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia, a więc np. dotyczące kryteriów oceny ofert czy też warunków udziału w postępowaniu. Zakwalifikowanie danej zmiany do kategorii istotnych wymaga każdorazowo oceny okoliczności konkretnego przypadku, a punktem odniesienia dla tej oceny winien być wpływ dokonanych

w ogłoszeniu ingerencji na sporządzenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Wprowadzenie do ogłoszenia zmiany istotnej dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert powoduje konieczność przedłużenia początkowo przewidzianego terminu ich składania o czas niezbędny na ich przygotowanie. Przepis ten nie precyzuje okresu, o jaki termin składania wniosków albo ofert należy przedłużyć, w związku z tym określenie tego okresu należy do kompetencji zamawiającego. Termin przedłużenia zamawiający ustala zatem w sposób uznaniowy, mając jednak na uwadze, aby był to czas niezbędny na przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

3. Istotna zmiana charakteru zamówienia. Z kolei zgodnie 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 na podstawie art. 256 Pzp. Istotna zmiana charakteru zamówienia może nastąpić wskutek znacznej zmiany zakresu zamówienia, przy czym może chodzić zarówno o zmniejszenie, jak i o zwiększenie tego zakresu. Przykładowo, zmiana taka może mieć miejsce w przypadku zastąpienia zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub wskutek zmiany rodzaju zamówienia (zob. motyw 109 preambuły dyrektywy klasycznej). Punktem odniesienia do oceny w tym zakresie jest charakter zamówienia pierwotnie określony przez zamawiającego. Katalog zmian istotnie zmieniających charakter zamówienia jest katalogiem otwartym, dlatego też kwalifikacja danej zmiany do tej kategorii będzie zależeć od okoliczności konkretnego przypadku.

W przypadku gdy wskutek zmiany ogłoszenia o zamówieniu dojdzie do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieni się jego zakres, zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 Pzp przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert (zob. komentarz do art. 256 Pzp). Ustawodawca przewidział zatem, że w takiej sytuacji warunki konkurencji nie są zachowane i konieczne jest wszczęcie nowego postępowania.

Oddział 3
Ustalenie niektórych warunków zamówienia

Art. 91.

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

2. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części.

3. Zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria

lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.

1. Podział zamówienia na części. Gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, zamawiający może – zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp – dokonać podziału zamówienia, udzielając go w częściach lub dopuszczając składanie ofert częściowych. O ile **udzielenie zamówienia w częściach** polega na prowadzeniu kilku odrębnych postępowań, o tyle w przypadku dopuszczenia możliwości składania **ofert częściowych** mamy do czynienia z podziałem zamówienia na części w ramach jednego postępowania. Zamówienie może być dzielone na części ze względu na miejsce w przestrzeni (np. podział zamówienia na zimowe utrzymanie dróg na odcinki dróg), czas wykonania (np. podział dostaw na partie produktów dostarczanych w różnych terminach), według ilości (np. podział dostaw na partie produktów dostarczanych w tych samych terminach) i rodzaju świadczenia (np. podział zamówienia na dostawy artykułów biurowych na grupy artykułów) lub specjalizacji zawodowych (np. podział zamówienia na obsługę prawną z zakresu zamówień publicznych, prawa spółek, prawa pracy itd.).
Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia mogą być dowolnie określane przez zamawiającego.
2. Niedokonanie podziału zamówienia na części. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Przepis oznacza, że

zamawiający ma obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału. Dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest zatem wyłącznie uprawnieniem zamawiającego, nie obowiązkiem – nawet jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Wykonawcom nie przysługuje żadne roszczenie o zastosowanie podziału na części, choć zaniechanie takiego podziału może być jednak podstawą do wniesienia odwołania. W przypadku gdy zamawiający zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie przyczyn decyzji zamawiającego. Przykładowo zamawiający mógłby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia (por. motyw 78 preambuły dyrektywy klasycznej).

3. Ograniczenie ofert częściowych. W świetle art. 91 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, wskazuje, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 15 Pzp oferta częściowa to oferta przewidująca, zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia.

Jeżeli zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w odniesieniu do **wszystkich części** zamówienia, wykonawca może, wedle własnego wyboru, złożyć oferty częściowe na jedną, kilka lub wszystkie części zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust 1 Pzp zamawiający może też wskazać,

czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Określając liczbę części zamówienia, na które ofertę może złożyć jeden wykonawca, zamawiający uzyskuje gwarancję, że jeden i ten sam wykonawca nie będzie wykonywał całości zamówienia. Powody takiego ograniczenia mogą być różne: od chęci uniknięcia ryzyka, że jeden wykonawca nie podoła realizacji tak dużego zamówienia, przez zabezpieczenie ciągłości dostaw na wypadek niewywiązywania się z umowy przez jednego z wykonawców, aż po ochronę konkurencji na rynku w dłuższym horyzoncie czasowym (por. motyw 79 preambuły dyrektywy klasycznej).

W przypadku złożenia oferty w odniesieniu do większej liczby części niż przewidziany przez zamawiającego limit, wszystkie oferty częściowe podlegają odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

4. Ograniczenie liczby części. Zgodnie z art. 91 ust. 3 Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji.

Ograniczenie części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, służy tym samym celom, co limitacja części zamówienia, na które ofertę może złożyć jeden wykonawca. Ma jednak nad nią tę przewagę, że zapewnia wyższą liczbę ofert składanych na jedną część, dzięki czemu zamawiający może udzielić zamówienia na poszczególne części na korzystniejszych warunkach. Natomiast wadą może być złożony proces oceny ofert, którego stopień skomplikowania wzrasta wraz z liczbą części oraz ofert przypadających na jedną część.

Przepis art. 91 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, musi zostać wskazana w **ogłoszeniu o zamówieniu**.

Według art. 91 ust. 4 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, określa w **dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady**, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie, w przypadku gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie. Warunek stosowania obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad oznacza, że kryteria lub zasady muszą być uzasadnione przedmiotem zamówienia i nie mogą prowadzić do faworyzowania lub dyskryminacji wykonawcy, jeżeli nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Obiektywnym i niedyskryminującym jest np. przyznawanie wykonawcy części według kryterium wartości części, na które złożył ofertę – wykonawca otrzyma większe części, natomiast mniejsze zostaną przyznane drugiemu w kolejności wykonawcy.

5. Związanie decyzją o udzielaniu zamówienia w częściach.

Zamawiający ma obowiązek poinformować o tym, czy dopuszcza składanie ofert częściowych w ogłoszeniu o zamówieniu. W świetle art. 137 ust. 7 Pzp raz podjęta w tej sprawie decyzja nie może być potem zmieniona, ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany charakteru zamówienia. Możliwość składania ofert częściowych często decyduje o zainteresowaniu wykonawców udziałem w postępowaniu, dlatego dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu zakłóciłoby warunki konkurencji (por. motyw

81 preambuły dyrektywy klasycznej). Dotyczy to również znacznej zmiany zakresu. Zamawiający może w takiej sytuacji jedynie unieważnić postępowanie na podstawie art. 256 Pzp, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania w dotychczasowej formule jest nieuzasadnione.

Art. 92.

1. Zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:

1) **minimalne wymagania dla oferty wariantowej, oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej;**
2) **kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej.**

1. Definicja oferty wariantowej. Na gruncie Pzp2004 ofertę wariantową definiowano jako ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.
W Pzp zrezygnowano z definiowania oferty wariantowej, poprzestając na określeniu, iż oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia. Rezygnacja z takiej definicji na gruncie Pzp nie pociąga jednak za sobą zmian merytorycznych. Uniknięto jedynie wątpliwości

związanych z niejasnym pojęciem „odmienny sposób wykonania zamówienia publicznego". Obecnie nie powinno ulegać wątpliwości, że „oferta wariantowa" oznacza **każdą odmienność** od warunków zamówienia, które dotyczą samego zamówienia, a nie postępowania o udzielenie zamówienia. Chodzi zwłaszcza o odstępstwo od warunków, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia lub projektowanych postanowień umowy.
W szczególności oferta wariantowa to oferta: przewidująca użycie odmiennych materiałów, zastosowanie innej technologii, równoważne czy pełniące te same funkcje wyposażenie prowadzące do osiągnięcia założonego celu.
Oferty wariantowe trzeba odróżnić od sytuacji określonej w art. 101 ust. 5 Pzp, tj. przypadków niezgodności przedmiotu zamówienia z określonymi normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych. Takie oferty nie będą traktowane jako oferty wariantowe, lecz jako oferty podstawowe, które zamawiający zawsze musi dopuścić, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.
2. Dopuszczenie albo wymaganie ofert wariantowych. Według art. 92 ust. 1 Pzp zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej.
Zgodnie z motywem 48 preambuły dyrektywy klasycznej, z uwagi na znaczenie innowacji, zamawiających należy zachęcać do jak najczęstszego dopuszczania ofert wariantowych. Wariantowy sposób wykonania zamówienia zapewnia niejednokrotnie korzystniejszą relację ceny do jakości. O dopuszczeniu ofert wariantowych decyduje swobodnie

zamawiający. Przy podejmowaniu decyzji należy jednak wziąć pod uwagę nie tylko zalety, ale również wady ofert wariantowych, zwłaszcza zwiększoną pracochłonność po stronie zamawiającego oraz wykonawcy. Dopuszczenie ofert wariantowych jest celowe, jeżeli zamawiający sam widzi pole dla rozwiązań alternatywnych lub zamówienie jest skierowane do rynku charakteryzującego się istotnym poziomem innowacyjności. Zamawiającemu wolno dopuścić oferty wariantowe, nawet jeżeli cena lub koszt jest jedynym kryterium oceny ofert.

Zamawiający może również nałożyć **obowiązek** złożenia oferty wariantowej, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę w tym przepisie terminem „wymagać". Jak wynika z wyjaśnień Komisji Europejskiej, zamawiającemu wolno wymagać nie tylko złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową, ale również złożenia oferty wariantowej zamiast oferty podstawowej[4]. Nie oznacza to jednak, że zamawiający może uchylić się od obowiązku wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia i poprzestać na samym wskazaniu minimalnych wymagań dla oferty wariantowej.

3. Informacja w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający zasadniczo informuje o możliwości lub obowiązku złożenia oferty wariantowej w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 92 ust. 1 Pzp). Od zasady tej ustawodawca przewidział wyjątek dla zamówień, w których ogłoszenie o zamówieniu nie jest wymagane – wówczas informacja o dopuszczeniu lub wymaganiu złożenia ofert wariantowych powinna być zawarta w dokumentach zamówienia.

[4] Por. Komisja Europejska, *Wytyczne dotyczące zamówień publicznych na innowacje*, 15.05.2018, C(2018) 3051 final, s. 41

4. Związek oferty wariantowej z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia.

Podobnie sformułowany warunek „związku z przedmiotem zamówienia" przewiduje art. 241 ust. 1 Pzp w odniesieniu do kryteriów oceny ofert. Stosując odpowiednio wskazówki zawarte w art. 241 ust. 2 Pzp, należy przyjąć, iż związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje, gdy alternatywne rozwiązanie dotyczy jakiegokolwiek aspektu robót budowlanych, dostaw, usług lub odnosi się do dowolnego etapu ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Rozwiązanie alternatywne może więc dotyczyć dowolnego etapu cyklu życia obiektu budowlanego, produktu lub usługi, nawet jeżeli czynnik ten nie będzie miał wpływu na właściwości samego przedmiotu zamówienia.

5. Minimalne wymagania. Jak wynika z art. 92 ust. 2 pkt 1 Pzp, oferta wariantowa musi spełniać minimalne wymagania, określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Nakaz określenia minimalnych wymagań zapewnia ochronę zasady równego traktowania i jawności postępowania oraz gwarantuje **porównywalność ofert**.

Minimalne wymagania nie muszą obejmować wszystkich szczegółów wykonania zamówienia, a takie wymaganie mogłoby nawet stać w sprzeczności z istotą oferty wariantowej. Powinny określać natomiast ogólny standard, w szczególności techniczny, i istotne cechy, którymi muszą charakteryzować się alternatywne rozwiązania. Z drugiej strony wymagania te muszą być na tyle precyzyjne i jednoznaczne, aby wykonawcy mogli wyrobić sobie jasny pogląd na temat ram rozwiązania

wariantowego, a także na tyle wyczerpujące, aby wynikały z nich wszystkie warunki i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty wariantowej w sposób zapewniający porównanie ofert.

Dopuszczenie oferty wariantowej na ogół nie jest niczym innym, jak uzupełnieniem opisu przedmiotu zamówienia sformułowanego przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi o wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności. Stąd minimalne wymagania z reguły będą polegały na wskazaniu wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Zamawiający może także sformułować minimalne wymagania, dokonując selektywnego wyboru wymagań mających zastosowanie do oferty podstawowej.

6. Wymagania dotyczące składania ofert wariantowych. W myśl art. 92 ust. 2 pkt 1 Pzp zamawiający musi określić w dokumentach zamówienia wymagania dotyczące składania ofert wariantowych, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej.

Chodzi o wymagania czysto formalne. Zamawiający może w szczególności żądać złożenia oferty wariantowej w postaci osobnego załącznika, wyjaśnień do oferty wariantowej lub dodatkowych przedmiotowych środków dowodowych.

7. Jedność kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 92 ust. 2 pkt 2 Pzp zamawiający ma obowiązek określenia w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej. Wymaganie **jedności** kryteriów oceny ofert dla oferty podstawowej oraz oferty wariantowej oznacza, że żadne z kryteriów nie może odnosić się wyłącznie do oferty podstawowej lub wyłącznie do oferty wariantowej. Nie wynika jednak z tego, że odmienności oferty wariantowej od oferty

podstawowej nie mogą dotyczyć cech uwzględnianych przy wartościującej ocenie ofert. Przeciwnie, kryteria oceny ofert powinny być tak dobrane, aby umożliwiały porównanie ofert wariantowych z ofertami podstawowymi w tych istotnych dla zmawiającego aspektach, które je od siebie różnią.

Art. 93.

1. W przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może:

1) wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo

2) wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo

3) dopuścić dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo

4) przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

2. Przez katalog elektroniczny, o którym mowa w ust. 1, należy rozumieć wykaz zamawianych produktów, robót budowlanych lub usług sporządzony przez wykonawcę zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz w formacie nadającym się do zautomatyzowanego przetwarzania danych. Katalog elektroniczny może w szczególności zawierać opisy i zdjęcia produktów, robót budowlanych lub usług oraz informacje o cenach.

3. Do ofert składanych w postaci katalogu elektronicznego mogą być załączone dokumenty lub oświadczenia uzupełniające ofertę.

4. Wykonawca sporządza katalog elektroniczny na potrzeby udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

5. Informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących przekazywania zamawiającemu katalogu elektronicznego podaje się w dokumentach zamówienia.

1. Definicja katalogu elektronicznego. W dyrektywie klasycznej nie ma wprost wyrażonej definicji katalogu elektronicznego. Ustawodawca europejski jedynie wyjaśnił, że katalogi elektroniczne stanowią format prezentacji i organizacji informacji w sposób wspólny dla wszystkich uczestniczących wykonawców i nadają się do przetwarzania elektronicznego. Jako przykład katalogu elektronicznego dyrektywa klasyczna podaje arkusz kalkulacyjny (por. motyw 68 preambuły dyrektywy klasycznej). W art. 93 ust. 2 Pzp zdefiniowano pojęcie katalogu elektronicznego. Zgodnie z tą definicją przez katalog elektroniczny należy rozumieć **wykaz** zamawianych produktów, robót budowlanych lub usług sporządzony przez wykonawcę zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz w formacie nadającym się do zautomatyzowanego przetwarzania danych. Katalog elektroniczny może w szczególności zawierać opisy i zdjęcia produktów, robót budowlanych lub usług oraz informacje o cenach.

Tak zdefiniowany katalog elektroniczny przypomina zatem pod względem struktury i postaci katalogi elektroniczne (witryny) sklepów internetowych. Podstawowa różnica polega na tym, że zamawiający sam wyznacza jego zawartość. Wskazuje, jakie świadczenia mają znaleźć się w wykazie. Świadczenia te powinny odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić porównywalność katalogów elektronicznych, zamawiający jest także uprawniony do określenia ich postaci (np. czy mają zawierać zdjęcia produktów). Ponadto zamawiający wskazuje elektroniczny format katalogu po to, żeby zapewnić kompatybilność składanego przez wykonawcę katalogu elektronicznego z systemem teleinformatycznym zamawiającego.

Katalog elektroniczny powinien zostać sporządzony w formacie nadającym się do zautomatyzowanego przetwarzania danych, a więc w postaci **ustrukturyzowanego dokumentu elektronicznego**.

2. Dopuszczalność stosowania katalogów elektronicznych. Zgodnie z art. 93 ust. 1 Pzp, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może:

1) wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo
2) wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo
3) dopuścić dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo
4) przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

Zamawiający mają prawo **wymagać** katalogów elektronicznych we wszystkich dostępnych trybach udzielania zamówień, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane. Jeżeli zamawiający wymaga złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego, wykonawca nie może złożyć tradycyjnej oferty. Podobnie jeżeli zamawiający wymaga dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, wykonawca nie może poprzestać na złożeniu samej tradycyjnej oferty. Zamawiający mogą

także **dopuścić** dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty bez ustanowienia takiego obowiązku. Zamawiający jest także uprawniony do żądania złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Żądanie złożenia ofert w formie katalogu elektronicznego będzie celowe przy zakupie produktów lub usług masowych o ustalonych standardach jakościowych, w przypadku których ocena spełnienia wymagań jest możliwa na podstawie danych technicznych zawartych w elektronicznym formularzu oraz ewentualnie katalogowej karcie produktu. Jeżeli natomiast przedmiot zamówienia ma odpowiadać indywidualnym wymaganiom zamawiającego, katalog elektroniczny powinien raczej posłużyć jako dodatek do oferty (np. w postaci arkusza kalkulacyjnego). W tym drugim wypadku szczegółowe dane techniczne będą zawarte w głównym dokumencie oferty.

3. Załączenie dodatkowych dokumentów. Ponieważ katalog elektroniczny ma postać ustrukturyzowanego dokumentu elektronicznego (formularza), zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp ofertom składanym w postaci katalogu elektronicznego mogą towarzyszyć inne dokumenty lub oświadczenia uzupełniające ofertę.

4. Warunek indywidualizacji katalogów elektronicznych. W myśl art. 93 ust. 4 Pzp katalog elektroniczny powinien być sporządzony przez wykonawcę na potrzeby udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zatem wykonawca nie może ograniczyć się do przesłania swojego ogólnego katalogu. Ma on obowiązek zindywidualizowania katalogu, a więc dostosowania swojego ogólnego katalogu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Dostosowanie takie gwarantuje, że katalog przesyłany w odpowiedzi na dane postępowanie o udzielenie

zamówienia będzie zawierał wyłącznie te produkty, roboty budowlane lub usługi, które w ocenie wykonawcy przeprowadzonej na podstawie dogłębnej analizy odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

5. Informacje o wymaganiach technicznych. Art. 93 ust. 5 Pzp precyzuje, że informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących przekazywania zamawiającemu katalogu elektronicznego podaje się w dokumentach zamówienia.

Katalogi elektroniczne muszą być zgodne ze specyfikacjami technicznymi i formatem ustalonym przez zamawiającego. Ustalone przez zamawiającego wymagania nie mogą być jednak dowolne, powinny być zgodne z przepisami Pzp dotyczącymi środków komunikacji elektronicznej. Oznacza to, że narzędzia i urządzenia wykorzystywane do tworzenia i składania katalogów elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą być niedyskryminacyjne, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami informatyczno-telekomunikacyjnymi będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia (art. 64 Pzp). Wyjątkowo zamawiający może, w razie potrzeby, wymagać zastosowania narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, pod warunkiem że zaoferują alternatywne środki dostępu (art. 66 Pzp).

Art. 94.

1. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały

zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:

1) **osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 573),**
2) **bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409, 2023, 2369 i 2400),**
3) **osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,**
4) **osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2020 r. poz. 821 oraz z 2021 r. poz. 159),**
5) **osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2021 r. poz. 53 i 472), mających trudności w integracji ze środowiskiem,**
6) **osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 685),**
7) **osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1876 i 2369 oraz z 2021 r. poz. 794 i 803),**
8) **osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony**

na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 322 i 2023),

9) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,

10) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823)

– pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1–10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających:

1) status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych;

2) procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 1, zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

1. Cel przepisu. Art. 94 Pzp reguluje zasady korzystania z tzw. zamówień zastrzeżonych. Wprowadzone dyrektywami unijnymi z 2004 r.[5] oraz utrzymane i zmodyfikowane odpowiednio dyrektywą klasyczną i sektorową zamówienia zastrzeżone mają na celu umożliwienie instytucjom zamawiającym uwzględnienia w udzielanych zamówieniach publicznych celu społecznego, jakim jest integracja społeczno-zawodowa osób niepełnosprawnych oraz innych osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak np. osoby bezrobotne, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Ustawodawca unijny dostrzegł rolę, jaką w procesie integracji osób marginalizowanych odgrywa praca i zatrudnienie i to, jak szczególną funkcję w tym procesie pełnią podmioty, których głównym celem działalności jest integracja społeczno-zawodowa tych osób, takie jak np. zakłady pracy chronionej. Jednocześnie zauważono, że z racji tego, iż ich działalność jest nakierowana głównie na cel społeczny, podmioty te mogą nie być zdolne konkurować na równych zasadach z podmiotami prowadzącymi działalność czysto komercyjną (zob. motyw 36 preambuły dyrektywy klasycznej oraz motyw 51 preambuły dyrektywy sektorowej). Z tego względu ustawodawca unijny zdecydował się przyznać państwom członkowskim uprawnienie do wprowadzenia w prawie krajowym przepisów umożliwiających instytucjom zamawiającym ograniczenie konkurencji w konkretnym postępowaniu do podmiotów posiadających określony

[5] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1)

profil działalności poprzez możliwość zastrzeżenia prawa ubiegania się o zamówienie wyłącznie dla zakładów pracy chronionej i wykonawców, których głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób marginalizowanych.

Art. 94 Pzp, realizując uprawnienie przyznane ustawodawcy krajowemu art. 19 dyrektywy klasycznej oraz art. 37 dyrektywy sektorowej, tworzy warunki dla szerszego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zakładów pracy chronionej oraz innych wykonawców realizujących cel integracyjny, należących do tzw. sektora ekonomii społecznej. Przepis umożliwia zamawiającym zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu wyłącznie dla podmiotów realizujących cel integracyjny, określa warunki, które muszą spełniać wykonawcy w celu zakwalifikowania ich do kręgu podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone, oraz katalog środków dowodowych, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w celu wykazania spełniania tych warunków.

2. Podmioty uprawnione do ubiegania się o zamówienia zastrzeżone. Art. 94 ust. 1 Pzp określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia zastrzeżone. Należą do nich:

1) zakłady pracy chronionej,
2) spółdzielnie socjalne,
3) inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

3. Zakłady pracy chronionej. Działalność zakładów pracy chronionej regulowana jest ustawą o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w związku z czym w celu

ustalenia, czy dany podmiot jest zakładem pracy chronionej i czy jest uprawniony do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone, należy się odwołać do kryteriów określonych w tej ustawie. Zgodnie z art. 28 ust. 1 tejże ustawy pracodawca prowadzący działalność gospodarczą przez okres co najmniej 12 miesięcy, zatrudniający nie mniej niż 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i osiągający wskaźniki zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w pkt 1, przez okres co najmniej 6 miesięcy, uzyskuje status pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej, jeżeli:

1) wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi:
   a. co najmniej 50%, a w tym co najmniej 20% ogółu zatrudnionych stanowią osoby zaliczone do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, albo
   b. co najmniej 30% niewidomych lub psychicznie chorych, albo upośledzonych umysłowo zaliczonych do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;
2) obiekty i pomieszczenia użytkowane przez zakład pracy:
   a. odpowiadają przepisom i zasadom bezpieczeństwa i higieny pracy,
   b. uwzględniają potrzeby osób niepełnosprawnych w zakresie przystosowania stanowisk pracy, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych i ciągów komunikacyjnych oraz spełniają wymagania dostępności do nich, a także
3) jest zapewniona doraźna i specjalistyczna opieka medyczna, poradnictwo i usługi rehabilitacyjne;
4) wystąpi z wnioskiem o przyznanie statusu pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej.

4. Spółdzielnie socjalne. Z kolei zasady uzyskiwania statusu spółdzielni socjalnej oraz prowadzenia działalności przez te spółdzielnie zostały uregulowane w ustawie o spółdzielniach socjalnych. Zgodnie z art. 2 tej ustawy spółdzielnia socjalna jest wspólnym przedsiębiorstwem funkcjonującym w oparciu o osobistą pracę jej członków oraz pracowników, które działa na rzecz społecznej i zawodowej reintegracji członków oraz pracowników spółdzielni, będących jednocześnie osobami, o których mowa w art. 4 ust. 1 tej ustawy, tj.:

1) osobami bezrobotnymi, w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
2) osobami, o których mowa w art. 2 pkt 1a i 1b ustawy o zatrudnieniu socjalnym, tj. absolwentami centrum integracji społecznej lub absolwentami klubu integracji społecznej,
3) osobami niepełnosprawnymi, w rozumieniu ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
4) osobami do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadającymi status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia w rozumieniu ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
5) osobami, o których mowa w art. 49 pkt 7 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, tj. poszukującymi pracy niepozostającymi w zatrudnieniu lub niewykonującymi innej pracy zarobkowej opiekunami osoby niepełnosprawnej,
6) osobami poszukującymi pracy niepozostającymi w zatrudnieniu lub niewykonującymi innej pracy zarobkowej,
7) osobami usamodzielnianymi, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

Zgodnie z ustawą o spółdzielniach socjalnych przez reintegrację społeczną należy rozumieć działania mające na celu odbudowanie i podtrzymanie umiejętności uczestniczenia w życiu społeczności lokalnej i pełnienia ról społecznych w miejscu pracy, zamieszkania lub pobytu. Natomiast reintegracja zawodowa powinna być rozumiana jako działania mające na celu odbudowanie i podtrzymanie zdolności do samodzielnego świadczenia pracy na rynku pracy. Jednocześnie działania reintegracyjne nie powinny być wykonywane w ramach prowadzonej przez spółdzielnię socjalną działalności gospodarczej. Biorąc pod uwagę ustawowo określony zakres działalności spółdzielni socjalnych, należy uznać, że status spółdzielni socjalnej nierozerwalnie łączy się z prowadzeniem działalności, której głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych. Z tego względu w Pzp spółdzielnie socjalne, podobnie jak zakłady pracy chronionej, zostały wskazane wprost jako podmioty, których głównym celem działalności jest cel integracyjny.

5. Inni wykonawcy. Do ubiegania się o zamówienia zastrzeżone uprawnieni są także inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do celu integracyjnego przepis precyzuje, że ma on stanowić główny cel działalności wykonawcy lub jego wyodrębnionej organizacyjnie jednostki, która będzie realizowała zamówienie. Oznacza to, że nie musi to być jedyny cel działalności wykonawcy, ale działalność ukierunkowana na realizację celu integracyjnego musi być głównym obszarem jego działania. Jednocześnie należy podkreślić, że dla spełnienia tego warunku nie będzie wystarczające samo zatrudnianie osób marginalizowanych, w szczególności jeśli osoby te zostały zatrudnione

jedynie na potrzeby ubiegania się o zamówienie. Mimo że zatrudnienie jest jednym ze sposobów służących integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych, sam fakt ich zatrudniania nie świadczy jeszcze, że głównym celem działalności danego wykonawcy są działania integracyjne prowadzone na rzecz takich osób. Tym bardziej nie świadczy o tym zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na potrzeby danego zamówienia, które wskazywałoby raczej na to, że tego rodzaju kroki wykonawca podejmuje jedynie doraźnie, chcąc uzyskać zamówienie, a nie że jest to główny przedmiot jego działalności. Z uwagi na fakt, że przepis art. 94 Pzp umożliwia zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniu dla wykonawców o określonym profilu działalności, aby móc ubiegać się o takie zamówienie, wykonawca powinien być w stanie wykazać zamawiającemu, że jego działalność ukierunkowana jest głównie na integrację społeczną i zawodową osób marginalizowanych.

6. Katalog osób marginalizowanych. Art. 94 ust. 1 Pzp zawiera także katalog osób marginalizowanych, które wymagają wsparcia w ramach integracji społecznej i zawodowej. Lista obejmuje następujące kategorie osób, szczegółowo zdefiniowane we właściwych ustawach, do których odsyła ten przepis:

1) osoby niepełnosprawne,
2) osoby bezrobotne,
3) osoby poszukujące pracy, niepozostające w zatrudnieniu lub niewykonujące innej pracy zarobkowej,
4) osoby usamodzielniane,
5) osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych,
6) osoby z zaburzeniami psychicznymi,
7) osoby bezdomne,

8) osoby, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą,
9) osoby do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadające status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
10) osoby będące członkami mniejszości znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będące członkami mniejszości narodowych i etnicznych.

Katalog określony w art. 94 ust. 1 Pzp jest katalogiem otwartym, na co wskazuje zawarty w tym przepisie zwrot „w szczególności". Tym samym nie wyklucza on możliwości zarezerwowania prawa ubiegania się o zamówienie zastrzeżone również dla podmiotów, których głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób należących do innych grup znajdujących się w niekorzystnej sytuacji i wymagających wsparcia poprzez działania integracyjne. Jednocześnie należy podkreślić, że określenie kategorii osób, które zamawiający będzie wspierał w ramach konkretnego zamówienia publicznego, należy do zamawiającego. To zamawiający w zależności od zidentyfikowanych potrzeb społecznych oraz możliwości w danym zamówieniu decyduje, jakie grupy i w jakim zakresie będzie wspierał w tym zamówieniu. Zastrzegając udział podmiotów prowadzących działalność obejmującą społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nie musi zatem wskazywać całego katalogu osób wymienionych w treści art. 94 ust. 1 Pzp. Może wybrać jedną lub więcej kategorii osób spośród wskazanych w tym przepisie lub wybrać inną grupę osób, która nie została w nim wymieniona.

7. Zatrudnienie osób marginalizowanych. Dodatkowym warunkiem, który musi być spełniony, aby można było podmiot zakwalifikować do grona wykonawców uprawnionych do ubiegania

się o zamówienie zastrzeżone, jest zatrudnianie określonego odsetka osób marginalizowanych, których integracja społeczno-zawodowa jest głównym przedmiotem działalności takiego podmiotu. Odsetek ten powinien być nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie. Należy przy tym zwrócić uwagę na istotną zmianę w tym względzie wprowadzoną przez Pzp w stosunku do regulacji przewidzianych w Pzp2004, które przewidywały uprawnienie dla zamawiającego do określenia wymaganego poziomu zatrudnienia osób marginalizowanych, z zastrzeżeniem jednak, że nie mógł być on niższy niż 30%. Zamawiający mógł ustalić ten wymóg na wyższym poziomie, np. rezerwując możliwość udziału w postępowaniu dla wykonawców, którzy zatrudniają co najmniej 40% osób marginalizowanych, których integracja stanowi główny cel ich działalności. Art. 94 Pzp takiej możliwości zamawiającym nie daje. W konsekwencji o zamówienie zastrzeżone będą mogli ubiegać się wykonawcy zatrudniający 30% lub więcej osób marginalizowanych, natomiast zamawiający nie będzie już mógł samodzielnie podwyższyć wymaganego minimalnego poziomu zatrudnienia tych osób. Zmiana odzwierciedla brzmienie art. 19 dyrektywy klasycznej oraz art. 37 dyrektywy sektorowej. Uwzględnia ponadto problemy występujące przy udzielaniu zamówień zastrzeżonych, w przypadku których niejednokrotnie zamawiający zmuszeni byli do unieważniania postępowań z powodu braku ofert lub braku ofert spełniających wymogi określone przez zamawiającego. Ustalenie stałego odsetka osób marginalizowanych, których zatrudnianie jest wymagane, aby móc ubiegać się o zamówienie zastrzeżone, bez możliwości jego podwyższenia przez zamawiających może ułatwić wykonawcom spełnienie tego warunku, zwiększając tym

samym szanse zamawiających na uzyskanie ofert w postęp owaniu o udzielenie zamówienia zastrzeżonego.

8. Warunki uprawniające do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone.

Zamawiający, korzystając z możliwości zastrzeżenia zamówienia, nie może formułować warunków ograniczających prawo udziału w postępowaniu do określonego typu podmiotu wskazanego w art. 94 Pzp. Przepis ten wskazuje na możliwość zastrzeżenia prawa ubiegania się o zamówienie dla zakładów pracy chronionej, spółdzielni socjalnych oraz innych wykonawców, których głównym celem działalności jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych. Tym samym każdy z tych podmiotów będzie na równi uprawniony do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone, pod warunkiem że prowadzi działalność głównie w celu integracji osób z grupy lub grup marginalizowanych wskazanych przez zamawiającego, a poziom zatrudnienia tych osób w takim podmiocie wynosi co najmniej 30%.

Zamówienia zastrzeżone stanowią instrument skierowany do określonego, szczególnego typu wykonawców realizujących cel społeczny związany z integracją osób marginalizowanych. Wymogi odnoszące się do podmiotów, chcących ubiegać się o tego rodzaju zamówienia, mają na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi o określonym profilu działalności, realizującym ten cel. Nie służą natomiast weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i jako takie nie mogą być traktowane jako warunki udziału w postępowaniu. Z tego też powodu, a także aby rozwiać wątpliwości interpretacyjne występujące na gruncie przepisów Pzp2004, w Pzp przepisy dotyczące zamówień zastrzeżonych nie zostały umieszczone w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji do warunków określonych w art. 94 Pzp nie znajdują zastosowania reguły dotyczące polegania

na zasobach podmiotów trzecich oraz zasady łączenia potencjałów przez konsorcja. Tym samym wykonawcy ubiegający się o zamówienie zastrzeżone powinni samodzielnie spełniać warunki określone w art. 94 Pzp, tj. posiadać status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnej lub być innym wykonawcą, którego głównym celem działalności jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych wskazanych przez zamawiającego, oraz zatrudniać te osoby na poziomie nie niższym niż 30% ogółu zatrudnionych. Nie mogą w tym zakresie polegać na zasobach podmiotów trzecich. Na tej samej zasadzie warunki te powinny być spełnione odrębnie przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto ewentualne korzystanie przez wykonawcę z podwykonawstwa w zamówieniu zastrzeżonym nie może prowadzić do obejścia przez niego warunków uprawniających do ubiegania się o udzielenie zamówienia zastrzeżonego. Odmienne podejście do weryfikacji spełniania warunków określonych dla zamówień zastrzeżonych umożliwiłoby udzielenie zamówienia podmiotowi, który w rzeczywistości nie prowadzi działalności integracyjnej ani nie zatrudnia wymaganego odsetka osób marginalizowanych, tym samym byłoby sprzeczne z celem tej regulacji.

9. Środki dowodowe potwierdzające uprawnienie do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone. Pzp charakteryzuje się dużą elastycznością, jeśli chodzi o postępowanie ze środkami dowodowymi potwierdzającymi uprawnienie wykonawcy do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone, większość decyzji w tym zakresie pozostawiając zamawiającemu. Art. 94 ust. 2 Pzp wskazuje jedynie, jakiego rodzaju środków dowodowych zamawiający może żądać od wykonawców ubiegających się o zamówienie zastrzeżone. Jednocześnie sformułowanie użyte w tym przepisie „zamawiający może żądać" oznacza, że żądanie dokumentów

potwierdzających prawo do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone jest uprawnieniem zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać. Zatem to zamawiający decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zastrzeżonego będzie żądał od wykonawców dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę cel regulacji odnoszącej się do zamówień zastrzeżonych, wskazane jest żądanie od wykonawców stosownych dokumentów lub oświadczeń w celu zapewnienia, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi uprawnionemu do jego uzyskania.
Pzp nie precyzuje też, w którym momencie postępowania ani w jakiej formie powinny być żądane dokumenty lub oświadczenia, jeśli są wymagane przez zamawiającego, i czy należy ich żądać od wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, czy tylko od tego, którego oferta została oceniona najwyżej. Co do zasady również w tym względzie decyzje należą do zamawiającego. Niemniej jednak trzeba w tym kontekście zwrócić uwagę na brzmienie art. 125 ust. 2 Pzp, który w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne obliguje wykonawców do złożenia razem z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w rozporządzeniu o JEDZ. Wprawdzie oświadczenie to ma na celu wstępne potwierdzenie przez wykonawcę braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu i w stosownych wypadkach kryteriów selekcji, a warunki określone dla zamówienia zastrzeżonego nie mieszczą się w żadnej z wyżej wymienionych kategorii, jednakże formularz JEDZ zawiera w części II, w sekcji A, dotyczącej informacji na temat wykonawcy, rubrykę, w której zamieszcza się oświadczenie na potrzeby zamówień

zastrzeżonych dotyczące statusu wykonawcy. Uprawnione będzie zatem stwierdzenie, że w przypadku kiedy zamawiający żąda od wykonawcy przedłożenia środków dowodowych na potrzeby zamówień zastrzeżonych, w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne w pierwszej kolejności na potwierdzenie spełniania warunków uprawniających do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone powinien wymagać oświadczenia złożonego w odpowiedniej rubryce JEDZ.
W odróżnieniu od pozostałych zamówień, w zamówieniach zastrzeżonych to od zamawiającego zależy, czy poprzestanie on na żądaniu oświadczenia złożonego w JEDZ, czy przed udzieleniem zamówienia będzie wymagał od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, dokumentów potwierdzających informacje zawarte w tym oświadczeniu. Konsekwentnie, mimo że ustawa nie zobowiązuje zamawiających do stosowania zasad określonych w art. 127 Pzp do dokumentów wskazanych w art. 94 ust. 2 Pzp, zamawiający może – a wręcz byłoby to wskazane – stosować do dalszego postępowania zasady analogiczne do tych określonych w art. 127 Pzp. Tym samym może nie żądać dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków od wykonawcy, jeśli już je posiada lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, takich jak na przykład KRS.
Jeszcze większą swobodę w zakresie zasad przedkładania dokumentów, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp, mają zamawiający w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. To od zamawiającego zależy, czy w przypadku, w którym wymaga w takim zamówieniu przedłożenia stosownych oświadczeń lub dokumentów, poprzestanie na samym oświadczeniu, będzie żądał dokumentów lub oświadczeń od wszystkich wykonawców, czy będzie w pierwszej kolejności żądał

złożenia jedynie oświadczeń, a dokumentów potwierdzających tylko od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, czy też stosownych dokumentów i oświadczeń będzie wymagał dopiero na etapie przed udzieleniem zamówienia, tylko od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Do takich postępowań nie ma też zastosowania obowiązek składania oświadczenia na formularzu JEDZ. Biorąc pod uwagę, że zamówienia o wartości mniejsze niż progi unijne co do zasady powinny charakteryzować się mniejszym formalizmem, wskazane jest, aby zamawiający ustanowił w takim zamówieniu jak najprostsze zasady dotyczące przedkładania tych dokumentów, w tym m.in. aby korzystał z uproszczeń przewidzianych dla zamówień o wyższych wartościach, takich jak brak wymogu przedłożenia dokumentów, jeśli zamawiający już je posiada i są nadal aktualne lub jeśli stosowne informacje może samodzielnie pozyskać z ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, takich jak KRS.

Natomiast do dokumentów wskazanych w art. 94 ust. 2 Pzp, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zamówieniem o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, czy mniejszej niż progi unijne, w pełni znajduje zastosowanie art. 128 Pzp, zgodnie z którym „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie". Ofertę wykonawcy, który nie zastosował się do wezwania lub w przypadku którego przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków zamówienia zastrzeżonego, należy odrzucić odpowiednio na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W takim przypadku zamawiający

powinien wezwać do złożenia dokumentów następnego w kolejności wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej.
W odniesieniu do zakładów pracy chronionej Pzp umożliwia zamawiającemu żądanie od wykonawcy dokumentów lub oświadczeń potwierdzających jego status jako zakładu pracy chronionej oraz dokumentów potwierdzających procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp, wskazanych przez zamawiającego. Przepis nie określa konkretnego katalogu dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie tych warunków, pozostawiając w ten sposób pewną dowolność w zakresie żądanych przez zamawiającego środków dowodowych. Niemniej jednak w odniesieniu do zakładów pracy chronionej najwłaściwsze wydaje się odwołanie się do zasad uzyskiwania statusu zakładu pracy chronionej określonych w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Zgodnie z tą ustawą spełnianie warunków umożliwiających uzyskanie takiego statusu, w tym odpowiedniego poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych podlega weryfikacji przez właściwe instytucje i wiąże się z uzyskaniem odpowiedniej decyzji. Biorąc pod uwagę fakt, że ustawowo określony poziom zatrudnienia osób niepełnosprawnych wymagany do uzyskania statusu zakładu pracy chronionej jest wyższy niż poziom zatrudnienia wymagany art. 94 ust. 1 Pzp, warunek określony w Pzp zawsze będzie spełniony przez podmioty, które uzyskały status zakładu pracy chronionej. W związku z tym zarówno na potrzeby potwierdzenia statusu podmiotu ubiegającego się o udział w zamówieniu zastrzeżonym, jak również na potrzeby potwierdzenia odpowiedniego poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych u wykonawcy będącego zakładem pracy chronionej

właściwym dokumentem będzie decyzja o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej wydana przez właściwego wojewodę.
W pewnym zakresie podobnie wygląda sytuacja w przypadku spółdzielni socjalnych. Jak wspomniano powyżej, zakres ich działalności określony w ustawie o spółdzielniach socjalnych wyraźnie wskazuje na realizację celu integracyjnego w stosunku do wymienionych w tej ustawie osób marginalizowanych. Z tego względu w przypadku spółdzielni socjalnych, podobnie jak w przypadku zakładów pracy chronionej, Pzp umożliwia zamawiającym żądanie, na potwierdzenie prowadzenia działalności w celu integracji osób marginalizowanych, dokumentów lub oświadczeń potwierdzających posiadanie statusu spółdzielni socjalnej. Uzyskanie statusu spółdzielni socjalnej i wpis danego podmiotu do KRS jako spółdzielni socjalnej zgodnie z ustawą o spółdzielniach socjalnych poprzedzone są weryfikacją spełniania warunków określonych w tej ustawie. W celu uzyskania stosownego wpisu do KRS wymagane jest przedłożenie odpowiednich zaświadczeń i innych dokumentów potwierdzających spełnianie ustawowych warunków. Zatem w przypadku spółdzielni socjalnych właściwym dowodem potwierdzającym na potrzeby ubiegania się o zamówienie zastrzeżone prowadzenia działalności, której głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych, będzie wpis do KRS. Należy jednakże wziąć pod uwagę fakt, że KRS jest obecnie w pełni zelektronizowany, w związku z czym zamawiający nie musi w tym względzie żądać od wykonawcy odpisu z KRS. Na potrzeby udziału w postępowaniu wystarczające będzie żądanie od wykonawcy oświadczenia o posiadaniu statusu spółdzielni socjalnej, które zamawiający będzie mógł samodzielnie zweryfikować w systemie eKRS. Inaczej sytuacja wygląda w kwestii warunku odnoszącego się do minimalnego procentowego wskaźnika

zatrudnienia osób marginalizowanych. Zgodnie z ustawą o spółdzielniach socjalnych tego rodzaju podmioty zobowiązane są do zatrudniania określonej minimalnej liczby osób z grup marginalizowanych wskazanych w tej ustawie. Wymagany ustawą o spółdzielniach socjalnych odsetek osób marginalizowanych co do zasady mieści się we wskaźniku określonym w art. 94 ust. 1 Pzp. Jednakże w świetle zapisów art. 5 oraz art. 5a ustawy o spółdzielniach socjalnych możliwe są także sytuacje, w których ten minimalny poziom zatrudnienia nie będzie musiał być spełniony lub będzie mógł być spełniony dopiero po upływie 6 lub 12 miesięcy od uzyskania wpisu do KRS. Tym samym w przypadku spółdzielni socjalnych warunek minimalnego odsetka zatrudnienia osób marginalizowanych nie zawsze będzie spełniony lub może nie być spełniony w momencie ubiegania się o zamówienie. Z tego względu w odniesieniu do spółdzielni socjalnych, odmiennie niż w przypadku zakładów pracy chronionej, dowód potwierdzający status, tj. wpis do KRS, nie będzie wystarczającym środkiem potwierdzającym wymagany poziom zatrudnienia osób marginalizowanych i konieczne będzie wymaganie od wykonawcy innego dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego spełnianie tego warunku.

Jeszcze inaczej przedstawia się sytuacja innych wykonawców, których głównym celem działalności lub działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek jest społeczna i zawodowa integracja osób marginalizowanych. W ich przypadku zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających prowadzenie działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób marginalizowanych oraz dokumentów lub oświadczeń potwierdzających procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii osób wskazanych przez zamawiającego spośród grup wymienionych

w art. 94 ust. 1 Pzp. Również i w tym przypadku Pzp nie zawiera katalogu konkretnych dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie tych warunków. Oprócz zakładów pracy chronionej i spółdzielni socjalnych istnieją także inni wykonawcy, realizujący cel integracyjny. Są to m.in. Zakłady Aktywności Zawodowej (ZAZ), które zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych są wyodrębnionymi organizacyjnie i finansowo jednostkami tworzonymi przez gminy, powiaty oraz fundacje, stowarzyszenia lub inne organizacje społeczne, których statutowym zadaniem jest rehabilitacja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych. Do wykonawców realizujących cel integracyjny zaliczają się także działające na podstawie ustawy o zatrudnieniu socjalnym Centra Integracji Społecznej oraz Kluby Integracji Społecznej. W zależności od tego, w jaki sposób regulowana jest działalność tego rodzaju podmiotów, realizacja celu związanego ze społeczno-zawodową integracją osób z grup marginalizowanych może wynikać bezpośrednio z przepisów regulujących daną formę prawną prowadzenia działalności i w takim wypadku dla potwierdzenia spełniania tego warunku wystarczające będzie uzyskanie dokumentu potwierdzającego status danego podmiotu, np. decyzji właściwego organu lub odpowiedniego wpisu do właściwego rejestru, takiego jak np. KRS. W innych przypadkach realizacja celu integracyjnego może wynikać z postanowień aktów wewnętrznych regulujących działalność danego podmiotu, np. statutu lub umowy spółki. Od pozostałych wykonawców realizujących cel integracyjny zamawiający może także wymagać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających zatrudnianie wymaganego odsetka osób marginalizowanych. Nie będzie to konieczne, jeśli dla uzyskania określonego statusu dany podmiot będzie ustawowo zobowiązany

do zatrudniania odpowiedniej liczby osób marginalizowanych i jeśli zgodnie z właściwymi przepisami obowiązek ten jest weryfikowany na etapie przyznawania tego statusu przez właściwe instytucje. W takim wypadku wystarczającym dowodem będzie decyzja przyznająca status lub wpis do właściwego rejestru. W przeciwnym razie konieczne będzie przedstawienie przez wykonawcę innego dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego odpowiedni poziom zatrudnienia osób marginalizowanych.

W przypadku kiedy zamawiający, korzystając z uprawnienia przyznanego mu art. 94 ust. 2 Pzp, wymaga dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych dla zamówień zastrzeżonych, dla większej przejrzystości postępowania i klarowności stawianych wymogów, powinien w dokumentacji zamówienia wskazać, jakie dokumenty będzie akceptował. W sytuacji kiedy żąda dokumentu potwierdzającego status zakładu pracy chronionej, z uwagi na ustawowe wymagania i procedurę związaną z uzyskaniem tego statusu, dokumentem, który będzie akceptowany, jest – jak wskazano powyżej – decyzja właściwego wojewody, ewentualnie będący jej wynikiem wpis do właściwego rejestru. Podobnie w przypadku spółdzielni socjalnych dowodem na posiadanie takiego statusu będzie wpis do KRS. Natomiast w pozostałych przypadkach zamawiający niezależnie od tego, jakich dokumentów wymaga od wykonawców, powinien akceptować także inne równoważne środki dowodowe, które potwierdzają spełnianie warunków określonych dla zamówienia zastrzeżonego.

Art. 95.

1. Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane

z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320).

2. W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, określa w dokumentach zamówienia w szczególności:

1) **rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;**
2) **sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób;**
3) **uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.**

1. Cel przepisu. Art. 95 Pzp nakłada na zamawiających szczególne obowiązki związane z formułowaniem wymagań związanych z realizacją zamówienia. Przepis stanowi implementację art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 36 ust. 2 dyrektywy sektorowej, które zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia w prawie krajowym, aby przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków, m.in. w dziedzinie prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa pracy wymienionych we właściwych załącznikach do dyrektyw klasycznej i sektorowej.

Dla prawidłowej implementacji tego przepisu prawa unijnego wystarczające są uregulowania zawarte w przepisach krajowych właściwych dla poszczególnych dziedzin wymienionych w regulacji unijnej, w tym konkretnym przypadku – w przepisach prawa pracy. Niemniej jednak, ustawodawca krajowy, zważywszy na szczególny problem występujący na krajowym rynku pracy, który wpłynął również na praktyki stosowane w zamówieniach publicznych, zdecydował się na wprowadzenie tego rodzaju regulacji, aby wesprzeć działania mające na celu zwalczanie nieprawidłowych praktyk rynkowych polegających na nadużywaniu umów cywilnoprawnych w warunkach, w których zgodnie z Kp wymagane jest zawarcie umowy o pracę.

2. Wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Art. 95 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wymagania od wykonawców oraz podwykonawców, aby osoby wykonujące wskazane przez zmawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie stosunku pracy, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp.

Omawiany przepis, podobnie jak regulacja odnosząca się do zamówień zastrzeżonych, znalazł się w części ustawy odnoszącej się do ustalania niektórych warunków zamówienia, a nie w części dotyczącej kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Tym samym warunki postawione przez zamawiającego zgodnie z art. 95 Pzp weryfikowane są pod kątem oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia, a nie kwalifikacji podmiotowej wykonawców do udziału w postępowaniu.

Na mocy art. 95 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany zatem do postawienia wymogu dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane. Nie ma takiego obowiązku w przypadku dostaw,

co wynika głównie z charakteru tego rodzaju zamówień powodującego, że w większości przypadków świadczenia w ramach tego typu umów nie muszą polegać na wykonywaniu pracy w sposób określony w Kp. Wymaganie dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powinno odnosić się zarówno do wykonawcy, jak i podwykonawców, którym wykonawca powierza realizację części zamówienia. Sformułowania użytego w Pzp: „zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę" nie należy rozumieć jako alternatywy rozłącznej, umożliwiającej zamawiającemu postawienie stosownych wymagań – zgodnie z jego wyborem – tylko jednemu z tych podmiotów. Wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę będzie miało zastosowanie do obydwu z nich odpowiednio, w zakresie, w jakim osoby zaangażowane przez wykonawcę lub podwykonawcę do realizacji zamówienia wykonywać będą czynności wskazane przez zamawiającego. Podstawowym przesłaniem tego przepisu jest, aby na podstawie stosunku pracy wykonywane były wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, a nie określany poziom zatrudnienia u wykonawcy lub podwykonawcy. Przepis ten nie znajdzie natomiast zastosowania do osobistego wykonywania zamówienia przez osobę fizyczną, w tym również do przedsiębiorcy prowadzącego indywidualną działalność gospodarczą.

Zgodnie z dyspozycją art. 95 ust. 1 Pzp obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę i jego podwykonawców na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia ma zastosowanie do czynności wskazanych przez zamawiającego, jeśli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. Rodzi to po stronie zamawiającego obowiązek przeanalizowania, czy czynności, które będą wykonywane w ramach zamówienia, będą

miały charakter stosunku pracy, oraz obowiązek wyspecyfikowania tych czynności, które spełniają ten warunek. Art. 95 ust. 1 Pzp stanowi o czynnościach „wskazanych przez zamawiającego", co oznacza, iż zamawiający nie może zawrzeć jedynie ogólnej klauzuli zobowiązującej wykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w sposób określony w Kp. Określając, które czynności w zamówieniu publicznym powinny być wykonywane w ramach zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zamawiający powinien się oprzeć na definicji stosunku pracy, określonej w art. 22 § 1 Kp. Zgodnie z tym przepisem poprzez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Kodeksowa definicja stosunku pracy była przedmiotem analizy w wyrokach sądowych[6], które stanowią istotną wskazówkę pomagającą zidentyfikować cechy charakteryzujące umowy o pracę i wskazać czynności w zamówieniu, które podlegać będą obowiązkowi zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Na ich podstawie można wskazać następujące czynniki, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę, analizując, czy dana czynność ma cechy stosunku pracy:

1) czy ma ona charakter czynności wykonywanej w określonych godzinach i miejscu oraz warunkach podporządkowania określonym normom porządkowym (np. regulamin pracy), czy też czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu, oraz

[6] Zob. wyrok SN z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. akt I UK 68/05; wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt III AUa 1068/12; wyrok SA w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r., sygn. III AUa 490/16

2) czy ma być realizowana pod kierownictwem i zgodnie z poleceniami i konkretnymi wytycznymi wykonawcy, czy też osoba wykonująca tę czynność w ramach realizacji zamówienia będzie miała swobodę odnośnie organizacji swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu.

Jednocześnie zamawiający, formułując wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, nie powinien w ten sposób ograniczać konkurencji między wykonawcami. Oznacza to, że nie powinien wymagać od wykonawców zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących określone czynności w ramach realizacji zamówienia, jeśli co do zasady czynności te nie są wykonywane w sposób określony w Kp i świadczący o istnieniu stosunku pracy, mimo że są na rynku wykonawcy, którzy do tego rodzaju czynności zatrudniają pracowników na podstawie umowy o pracę. Innymi słowy, sam fakt, że są na rynku wykonawcy, którzy osoby wyznaczone do wykonywania określonych czynności zatrudniają na podstawie umowy o pracę, nie przesądza o tym, że mamy do czynienia ze stosunkiem pracy i że zamawiający będzie zobowiązany wymagać, aby osoby wskazane do wykonywania takich samych czynności w zamówieniu zatrudniane były na podstawie umowy o pracę. Przykładem mogą być czynności wykonywane przez architektów, które co do zasady wykonywane są w warunkach dużej swobody co do organizacji pracy, doboru stosowanych metod itd. Niemniej jednak istnieją biura architektoniczne, które organizują pracę w inny sposób i w związku z tym zatrudniają architektów na podstawie umowy o pracę. Nie zmienia to jednak faktu, że czynności wykonywane przez architektów zasadniczo nie spełniają warunków wymaganych do uznania ich za wykonywane w ramach stosunku pracy.

Jak już wskazano powyżej, zgodnie z art. 95 ust. 2 pkt 3 Pzp w dokumentach zamówienia należy określić także uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Podstawowym środkiem kontroli jest żądanie od wykonawcy stosownych dokumentów, na przykład tych wskazanych w art. 438 ust. 2 Pzp. Jednakże zamawiający może ustanowić również inne mechanizmy kontroli, w tym np. przewidzieć możliwość osobistej weryfikacji na miejscu przez pracowników zamawiającego, czy osoby faktycznie wykonujące wskazane czynności w ramach realizacji zamówienia zatrudnione są w oparciu o umowę o pracę. W przypadku wątpliwości co do właściwej podstawy zatrudnienia zamawiający może także zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. Istotnym elementem, pozwalającym zamawiającemu skutecznie egzekwować realizację postawionych przez niego wymagań, jest także określenie stosownych sankcji, jakie będzie mógł zastosować w przypadku braku spełnienia warunku dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Mogą one przybrać różne formy, np. kar umownych czy możliwości rozwiązania umowy z określonym terminem wypowiedzenia lub rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku powtarzających się naruszeń postanowień umownych. Przewidywane sankcje powinny jednak być proporcjonalne do wagi naruszenia oraz wyraźnie wskazywać, w jakich konkretnie okolicznościach zostaną zastosowane.

Art. 96.

1. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia.

2. Wymagania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) **zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego;**
2) **zatrudnienia:**
   a) **bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,**
   b) **osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,**
   c) **osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej,**
   d) **młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego,**
   e) **osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,**
   f) **innych osób niż określone w lit. a–e, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 176) lub we właściwych przepisach państw**

członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

g) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, zamawiający określa w dokumentach zamówienia liczbę i okres wymaganego zatrudnienia osób, których dotyczy ten wymóg.

4. W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, w dokumentach zamówienia określa w szczególności sposób dokumentowania spełniania przez wykonawcę tych wymagań, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę tych wymagań oraz sankcje z tytułu ich niespełnienia.

1. Cel przepisu. Art. 96 Pzp stanowi implementację art. 70 dyrektywy klasycznej i art. 87 dyrektywy sektorowej. Ustawodawca unijny uznał bowiem istotny potencjał zamówień publicznych w zakresie wspierania realizacji celów innych polityk, w tym przede wszystkim polityki ochrony środowiska, polityki społecznej czy też rozwoju innowacji. W konsekwencji w regulacjach unijnych z zakresu zamówień publicznych (początkowo w dyrektywach z 2004 r., następnie w dyrektywach przyjętych w 2014 r.) wprowadzono zapisy umożliwiające zamawiającym określenie szczególnych warunków odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia, obejmujących aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne czy związane z zatrudnieniem. Art. 96 Pzp stanowi tym samym jeden z instrumentów, z pomocą których zamawiający mogą stosować w swojej praktyce zakupowej tzw. zielone zamówienia czy społecznie odpowiedzialne

zamówienia publiczne. Mogą też stawiać wymagania w zakresie innowacyjności czy też inne wymogi, które są uzasadnione potrzebami konkretnego zamówienia. W odróżnieniu od regulacji przewidzianej w art. 95 Pzp norma określona w art. 96 Pzp ustanawia uprawnienie, a nie obowiązek dla zamawiających.

2. Katalog wymagań związanych z realizacją zamówienia. Art. 96 ust. 1 Pzp w sposób otwarty określa katalog wymagań dotyczących realizacji zamówienia, wymieniając jedynie przykładowo aspekty, które mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego. Należą do nich aspekty gospodarcze, społeczne, związane z zatrudnieniem, środowiskowe czy wymagania w zakresie innowacyjności, a także wymagania związane z zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy przez zamawiającego. Obejmują one bardzo szerokie spektrum warunków, które może sformułować zamawiający, począwszy od wymogu, aby określone produkty, które mają być dostarczone, zostały wyprodukowane bez użycia szkodliwych substancji lub żeby zostały wytworzone z surowców pochodzących z recyklingu, po wymóg zastosowania przy produkcji dostarczanych towarów zasad sprawiedliwego handlu. Warunki dotyczące realizacji zamówienia mogą służyć także wspieraniu działań podejmowanych w celu promowania równouprawnienia płci w pracy, większego uczestnictwa kobiet w rynku pracy oraz godzenia życia zawodowego i prywatnego. Mogą też być elementem wpierającym działania prowadzone na rzecz integracji społecznej i zawodowej osób należących do grup marginalizowanych. Należy jednakże wskazać, że zamawiający ma wprawdzie swobodę co do określenia rodzaju warunków dotyczących realizacji zamówienia, powinien jednak pamiętać o tym, że warunki te muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia rozumiany

jest w Pzp szeroko, obejmując wszystkie aspekty i wszystkie etapy cyklu życia produktu, usługi lub roboty budowlane, w tym proces ich wytwarzania czy utylizację (por. art. 241 ust. 2 Pzp). Wyklucza jednak możliwość stawiania warunków odnoszących się do ogólnej polityki firmy. Nie będzie zatem możliwe postawienie na podstawie art. 96 Pzp np. wymogu zobowiązującego wykonawcę do zatrudniania w firmie określonego odsetka osób marginalizowanych czy stosowania w swojej działalności określonych środków transportu charakteryzujących się niższą emisją szkodliwych gazów. Możliwe natomiast będzie wymaganie, aby do realizacji konkretnego zamówienia zatrudnione były osoby z grup marginalizowanych lub żeby zamówienie zostało zrealizowane z wykorzystaniem środków transportu bardziej przyjaznych środowisku. Art. 96 ust. 2 Pzp wskazuje konkretne wymagania, jakie może postawić zamawiający. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności" świadczy o tym, iż jest to katalog otwarty i nie wyklucza możliwości sformułowania innych warunków dotyczących realizacji zamówienia. Wymienione w tym przepisie warunki odnoszą się do zastosowania przy realizacji zamówienia określonych środków zarządzania środowiskowego oraz do zatrudnienia do realizacji zamówienia osób należących do określonych kategorii osób marginalizowanych. Znalazły się wśród nich m.in.: osoby bezrobotne, poszukujące pracy, niepozostające w zatrudnieniu lub niewykonujące innej pracy zarobkowej, osoby usamodzielniane, osoby młodociane, niepełnosprawne oraz inne osoby, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, do których należą: bezdomni realizujący indywidualny program wychodzenia z bezdomności, osoby długotrwale bezrobotne,

osoby uzależnione od alkoholu, uzależnione od narkotyków lub innych środków odurzających, chore psychicznie, zwalniane z zakładów karnych oraz uchodźcy realizujący indywidualny program integracji.
Odnosząc się do warunku dotyczącego zatrudnienia określonych kategorii osób marginalizowanych, należy zaznaczyć, że w przeciwieństwie do normy określonej w art. 95 Pzp, art. 96 Pzp nie wymaga, aby zatrudnienie przybrało formę zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w związku z czym zastosowanie znajdą unormowania zawarte w innych przepisach regulujących tę kwestię. Definicja pojęcia zatrudnienia zawarta jest w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. W świetle art. 2 ust. 1 pkt 43 tej ustawy zatrudnienie powinno być rozumiane jako wykonywanie pracy na podstawie stosunku pracy, stosunku służbowego oraz umowy o pracę nakładczą. Z kolei art. 2 Kp określa mianem pracownika osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Natomiast zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy inna praca zarobkowa oznacza wykonywanie pracy lub świadczenie usług na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym umowy agencyjnej, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub umowy o pomocy przy zbiorach w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu społecznym rolników albo wykonywanie pracy w okresie członkostwa w rolniczej spółdzielni produkcyjnej, spółdzielni kółek rolniczych lub spółdzielni usług rolniczych. Tym samym osoby, których zatrudnienia wymaga zamawiający na potrzeby danego zamówienia, mogą zostać zatrudnione zarówno na podstawie umowy o pracę, jak również w oparciu o inne formy zatrudnienia, takie jak umowy cywilnoprawne. Wyjątkiem jest sytuacja, w której osoby, których zatrudnienie jest wymagane do realizacji zamówienia na podstawie art. 96 Pzp, będą wykonywać czynności w sposób określony w art. 22 § 1 Kp.

W takim wypadku dodatkowo zastosowanie znajdzie art. 95 Pzp i osoby te powinny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

3. Obowiązki zamawiającego. Art. 96 ust. 3 i 4 Pzp określa obowiązki zamawiającego związane ze skorzystaniem z możliwości określenia szczególnych wymogów dotyczących realizacji zamówienia. Obowiązki te podzielono w przepisie na dwie grupy: odnoszące się do wymogu zatrudnienia osób z grup marginalizowanych oraz takie, które mają zastosowanie do wszystkich wymagań postawionych przez zamawiającego związanych z realizacją zamówienia, niezależnie od ich rodzaju.

W przypadku kiedy zamawiający wymaga od wykonawcy zatrudnienia do realizacji zamówienia osób marginalizowanych, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp zobowiązany jest określić w dokumentach zamówienia liczbę i okres wymaganego zatrudnienia osób, których dotyczy ten wymóg. Należy przy tym podkreślić, że z uwagi na fakt, iż warunki realizacji zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia, wymagany okres zatrudnienia wskazanych osób nie może przekraczać okresu realizacji zamówienia. Ponadto, mimo że zamawiający nie jest do tego zobowiązany na mocy Pzp, wskazane jest, aby dla zapewnienia ciągłości realizacji tego warunku przewidział w dokumentach zamówienia zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznego zatrudnienia innej osoby z grupy wskazanej przez zamawiającego w sytuacji rozwiązania umowy przez pracownika lub przez pracodawcę przed zakończeniem okresu, na jaki zatrudnienie jest wymagane.

Zgodnie z art. 96 ust. 4 Pzp w przypadku gdy zamawiający określa wymagania związane z realizacją zamówienia, niezależnie od tego, czy dotyczą one wymagań środowiskowych, gospodarczych, związanych z poufnym charakterem przekazywanych informacji, społecznych, w tym tych związanych z zatrudnieniem osób z grup marginalizowanych, czy

też innych wymagań, ma on obowiązek określenia w dokumentach zamówienia sposób dokumentowania spełniania przez wykonawcę tych wymagań, uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę tych wymagań oraz sankcji z tytułu ich niespełnienia. Przepis ma na celu zapewnienie skuteczności stawianych przez zamawiającego wymogów poprzez wskazanie na konieczność przewidzenia w dokumentacji zamówienia narzędzi, które umożliwią zamawiającemu skuteczne egzekwowanie na etapie realizacji zamówienia wywiązywania się przez wykonawców z postawionych wymogów. Zastosowany w tej regulacji zwrot „w szczególności" wskazuje, że jest to minimalny zakres kwestii, które zamawiający powinien uregulować w dokumentach zamówienia, co nie wyklucza określenia w nich również innych kwestii, istotnych z punktu widzenia realizacji postawionego przez zamawiającego warunku.

Przepis nie wskazuje na konkretną formę dokumentowania przez wykonawcę spełniania wymagań zamawiającego czy też na konkretne formy kontroli przez zamawiającego w zakresie wypełniania postawionych w postępowaniu warunków ani na szczególne sankcje, jakie mogą być zastosowane, pozostawiając ich określenie zamawiającemu, stosownie do postawionych w postępowaniu wymogów. Dokumenty potwierdzające realizację określonego przez zamawiającego warunku będą różne w zależności od tego, jakiego warunku dotyczą. Dla przykładu, na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego realizacji zamówienia z zastosowaniem określonych środków zarządzania środowiskowego właściwym dokumentem potwierdzającym spełnianie tego warunku może być dokument wskazujący na posiadanie przez wykonawcę wdrożonego systemu zarządzania środowiskowego. Nieco bardziej złożona będzie kwestia dokumentowania spełniania warunków odnoszących

się do zatrudnienia osób z grup marginalizowanych z uwagi na fakt, że niejednokrotnie dokumenty dotyczące tych osób zawierają dane, które w świetle ustawy o ochronie danych osobowych mają charakter danych wrażliwych i są objęte ograniczeniami dotyczącymi ich przetwarzania. Tym samym zgodnie z tą ustawą część dokumentów będzie musiała podlegać anonimizacji. W innych przypadkach zamawiający będzie się musiał oprzeć na oświadczeniach. Nie można bowiem żądać od wykonawców np. dokumentów potwierdzających status osób z niektórych grup osób marginalizowanych.

Zamawiający jest także zobowiązany do określenia w dokumentach zamówienia form kontroli, jakie będzie mógł zastosować na potrzeby weryfikacji, czy na etapie realizacji zamówienia wykonawca wypełnia warunki postawione przez zamawiającego. Podobnie jak w przypadku wymogu dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jednym ze środków umożliwiających zmawiającemu weryfikację spełniania postawionych wymagań są dokumenty wymagane od wykonawcy. Może on jednak ustanowić również inne formy weryfikacji zobowiązań wykonawcy, przewidując np. możliwość kontroli na miejscu przez pracowników zamawiającego lub przez inne osoby przez niego upoważnione. Zamawiający powinien także przewidzieć odpowiednie sankcje za niewypełnianie warunków postawionych przez zamawiającego. Mogą one obejmować takie środki jak kary umowne czy rozwiązanie umowy. Zastosowane środki powinny jednak być proporcjonalne do wagi naruszenia.

Mimo że Pzp nie zawiera bezpośredniego zobowiązania do zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego stosownych zapisów odzwierciedlających wymagania określone przez zamawiającego na podstawie art. 96 Pzp, możliwe formy dokumentowania i kontroli

spełniania tych wymagań oraz możliwe sankcje z tytułu niespełniania tych wymagań, zamawiający powinien odpowiednie postanowienia zawrzeć w umowie, aby zagwarantować sobie możliwość skutecznego egzekwowania ich spełniania przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia.

Art. 97.

1. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

2. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.

3. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

4. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

6. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

7. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

8. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

9. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

10. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2–4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

1. Definicja wadium. Pzp nie definiuje wadium. Legalną definicję wadium zawiera art. 704 § 1 Kc, stanowiąc, iż w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). W świetle tego przepisu wadium to określona suma pieniężna, od której zapłaty lub zabezpieczenia zapłaty uzależniony jest udział w aukcji lub przetargu (zastrzeżenie pod rygorem odrzucenia oferty)[7]. W zamówieniach publicznych wadium może być wymagane w przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym oraz w negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu

[7] Por. J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo kontraktów handlowych*, Warszawa 2007, s. 189

konkurencyjnym, partnerstwie innowacyjnym i negocjacjach bez ogłoszenia, a także w trybie podstawowym.

2. Funkcje i skutki wadium. W piśmiennictwie wskazuje się na następujące funkcje, jakie pełni wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego[8]:

1) funkcja prewencyjno-stymulująca i selekcyjna, wynikająca z faktu, iż wadium jako faktyczny warunek uczestnictwa w postępowaniu zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp) stanowi barierę finansową, zmuszającą wykonawcę do starannego i realistycznego ukształtowania swojej oferty tak, aby w wypadku jej przyjęcia liczył się z potrzebą zawarcia, a potem wykonania umowy na zaproponowanych warunkach,
2) funkcja zabezpieczająca roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp),
3) funkcja kompensacyjna – wadium stanowi surogat odszkodowania dla zamawiającego, jeżeli zwycięski wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp),
4) funkcja sankcyjna na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki (art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp).

3. Fakultatywny charakter wadium. Zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Pzp nie

[8] Por. R. Szostak, [w:] J. Sadowy [red.], *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 226 i nast.

przewiduje obowiązku żądania wadium. Zamawiający sam decyduje o tym, czy zażąda od wykonawców wniesienia wadium. Jeżeli jednak skorzysta z takiej możliwości, musi przestrzegać przepisów art. 97 i 98 Pzp, w tym dotyczących wysokości wadium, jego form i zasad zwrotu.

4. Kwota wadium. Zamawiający określa **konkretną kwotę wadium** w SWZ oraz, jeżeli dotyczy, w OPW. Według art. 97 ust. 2 Pzp kwota wadium nie może być większa niż **3% wartości zamówienia** dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

W niektórych przypadkach, gdy przepisy ustawy nakazują sumować wartości zamówień, określenie maksymalnej kwoty wadium w stosunku procentowanym do łącznej wartości zamówienia nie byłoby właściwe.

I tak zgodnie z art. 97 ust. 3 Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie **ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach**, określa kwotę wadium osobno dla każdej części zamówienia. Kwota wadium określona dla części zamówienia nie może przekraczać **3% wartości danej części zamówienia**. Skoro w świetle art. 97 ust. 1 Pzp zamawiający może, ale nie musi żądać wniesienia wadium, to wolno mu również żądać wniesienia wadium tylko w odniesieniu do niektórych części zamówienia. Wykonawca, który składa ofertę częściową na więcej niż jedną część, może wnieść wadium osobno dla każdej części, jak i łącznie w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczną identyfikację części, której wadium dotyczy.

Natomiast według art. 97 ust. 4 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 Pzp, określa kwotę wadium w stosunku do wartości **zamówienia podstawowego**. Oznacza to, że przy określaniu kwoty wadium dla zamówienia podstawowego nie uwzględnia się wartości wskazanych w tym przepisie zamówień, o których mowa

w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 Pzp. Mimo braku wyraźnego odesłania do art. 97 ust. 2 Pzp nie powinno ulegać wątpliwości, że kwota wadium nie może przekraczać 3% wartości zamówienia podstawowego.

5. Termin na wniesienie wadium. W myśl art. 97 ust. 5 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium może być złożone tak łącznie z ofertą, jak i w innej dacie – byleby moment złożenia wadium nie przekraczał terminu składania ofert. Żądanie wniesienia wadium poprzez określenie terminu wcześniejszego niż termin składania ofert, narusza art. 97 ust. 5 Pzp.

6. Zasada ciągłości zabezpieczenia wadialnego. Art. 97 ust. 5 Pzp wprost stwierdza, że wniesione przed upływem terminu składania ofert wadium wykonawca utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciążącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą.
Brak ciągłości zabezpieczenia oferty wadium skutkuje odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp).

7. Przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 97 ust. 6 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis jest konsekwencją zasady ciągłości zabezpieczenia wadialnego. Odnosi się do sytuacji, gdy na skutek przedłużenia terminu związania ofertą okres ważności poręczania lub gwarancji wadialnej nie będzie obejmował nowego okresu związania ofertą. W takiej sytuacji należy aneksować poręczenie lub gwarancję, dostosowując okres ich ważności do nowego terminu związania ofertą,

lub wnieść nowe wadium. Przepis należy interpretować w ten sposób, że przekazanie aneksu zamawiającemu lub wniesienie nowego wadium powinno nastąpić najpóźniej w ostatnim dniu dotychczasowego terminu związania ofertą. Wadium musi bowiem zabezpieczać cały nowy okres związania ofertą od samego jego początku. W przeciwnym wypadku doszłoby do naruszenia zasady ciągłości zabezpieczenia wadialnego.

8. Formy wadium. W świetle art. 97 ust. 7 Pzp wniesienie wadium może nastąpić albo w postaci wpłacenia zamawiającemu określonej sumy pieniędzy, albo ustanowienia zabezpieczenia jej zapłaty w następujących formach:

1) gwarancjach bankowych,
2) gwarancjach ubezpieczeniowych lub
3) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu PARP.

Poręczenia i gwarancje wadialne jako formy zastępcze względem wadium pieniężnego stanowią zabezpieczenie zapłaty określonej sumy wadialnej. Do aktualizacji zobowiązania zapłaty dochodzi w wyniku uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki, a także w wyniku uchylenia się zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia. W rezultacie zamawiający wzywa do zapłaty poręczyciela lub gwaranta.

Gwarancja bankowa jest umową uregulowaną w art. 81 i n. Prawa bankowego. Umowa gwarancji bankowej jest pisemnym zobowiązaniem banku-gwaranta do zapłaty drugiej stronie (beneficjentowi gwarancji) oznaczonej sumy pieniężnej, jeśli – z powodu niewykonania na jego rzecz oznaczonego świadczenia przez inną osobę – złoży on gwarantowi żądanie zapłaty o określonej treści i w określonej formie oraz – ewentualnie – spełni

jeszcze inne wskazane w umowie formalne przesłanki zapłaty[9]. Umowa gwarancji bankowej jest zawierana pomiędzy bankiem a beneficjentem (zamawiającym). Podstawą zawarcia umowy gwarancji bankowej jest umowa zlecenia udzielenia gwarancji bankowej, zawierana pomiędzy bankiem a zleceniodawcą (wykonawcą).

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową nienazwaną o konstrukcji zbliżonej do umowy gwarancji bankowej, do której stosuje się co do zasady odpowiednio przepisy dotyczące gwarancji bankowej[10]. Stanowi pisemne zobowiązanie zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz drugiej strony (beneficjenta gwarancji) określonej sumy pieniężnej, na jego żądanie, w sytuacji, w której dłużnik (wnioskodawca gwarancji) nie realizuje swoich zobowiązań (określonych w gwarancji) wobec beneficjenta. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej jest zasadniczo zawierana pomiędzy gwarantem (zakładem ubezpieczeń) a beneficjentem (zamawiającym). Pomiędzy gwarantem (zakładem ubezpieczeń) a zleceniodawcą (wykonawcą) jest zawierana dodatkowa umowa o udzielenie gwarancji.

Poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu PARP, polegają na tym, że poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela (tzn. zamawiającego) wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał (art. 876 § 1 Kc). Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie (art. 876 § 2 Kc).

---

[9] Por. A. Koch, [w:] J. Panowicz-Lipska [red.], *System Prawa Prywatnego, t. 8*, Warszawa 2011 s. 615

[10] Zob. wyrok SN z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146; wyrok SN z 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15, niepubl.; wyrok SN z 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, niepubl.

Wybór najbardziej korzystnej formy wniesienia wadium **należy do wykonawcy** – w granicach ustalonych przez Pzp – a zamawiający jest obowiązany zaakceptować taki wybór. Wykonawca może wnieść wadium w jednej lub kilku formach, jednak łączna wysokość wadium nie może być mniejsza niż kwota wadium określona przez zamawiającego. Zamawiający nie może natomiast żądać wniesienia wadium tylko w jednej formie (np. w pieniądzu), a postanowienia dokumentów zamówienia ograniczające prawo wykonawców do wyboru formy wadium są niedopuszczalne i mogą być podstawą do wniesienia odwołania.
Do czasu upływu terminu składania ofert, a także po złożeniu oferty wykonawcy mogą **zmienić formę** wniesionego wadium. W takim przypadku jedynym warunkiem jest to, aby oferta nie pozostawała chociażby przez chwilę niezabezpieczona przez wadium, dlatego też wykonawca, zmieniając formę wadium, powinien najpierw wnieść wadium w innej formie, a następnie odzyskać wadium wniesione w dotychczasowej formie.
Art. 97 ust. 7 Pzp przewiduje zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Form wadium określonych w art. 97 ust. 7 Pzp nie mogą zastąpić ich substytuty, np. blokada środków na rachunku wykonawcy. Wniesienie wadium w formie innej niż formy określone w art. 97 ust. 7 należy utożsamić z nieprawidłowym wniesieniem wadium, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.
9. Wnoszenie wadium w pieniądzu. Zgodnie z art. 97 ust. 8 Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się **przelewem** na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Ustawodawca wyeliminował w ten sposób możliwość wnoszenia wadium w gotówce. Dokonanie przelewu oznacza bowiem transakcję bezgotówkową z rachunku na rachunek.

Uregulowanie to ma przeciwdziałać wprowadzaniu do obrotu finansowego pieniędzy pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł (tzw. „pranie pieniędzy"). Wniesienie wadium wyrażonego w pieniądzu z pominięciem bezgotówkowego sposobu, jakim jest przelew na rachunek bankowy zamawiającego, należy uznać za nieprawidłowe wniesienie wadium[11], co winno, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, skutkować odrzuceniem oferty.

Wadium wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, dlatego też zamawiający powinien w dokumentach zamówienia wskazać numer rachunku bankowego, na którym będzie przechowywać wadium.

Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym (art. 97 ust. 9 Pzp). Norma nie przewiduje, aby rachunek bankowy, na którym zamawiający będzie przechowywać wadium, był oprocentowany. Obowiązku przechowywania wadium przez zamawiającego na oprocentowanym rachunku bankowym nie można wywodzić z art. 98 ust. 4 i 6 Pzp, gdyż przepisy te określają jedynie postępowanie zamawiającego w przypadku zwrotu lub zatrzymania wadium, które było przechowywane na oprocentowanym rachunku bankowym.

W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu najpóźniej w terminie składania ofert, powinno nastąpić uznanie wskazanego przez zamawiającego rachunku bankowego o kwotę wadium. Jeżeli po upływie tego terminu nastąpi tylko obciążenie rachunku bankowego wykonawcy o kwotę wadium, a bank nie zdąży z przelewem środków na rachunek bankowy zamawiającego, uznać należy, że w wadium nie

[11] Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 26 lutego 2015 r., III SA/Wr 886/14, Legalis

zostało wniesione w terminie. W orzecznictwie[12] wyjaśniono bowiem już dawno, że „spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej".

10. Wnoszenie wadium w formie gwarancji lub poręczenia. Zgodnie z art. 97 ust. 10 Pzp, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Przepis nie tylko przesądza, iż dokument gwarancji lub poręczenia ma być doręczony zamawiającemu w oryginale, ale również, iż dokument ten ma być wystawiony **w postaci elektronicznej**.

Wymaganie przekazania dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego w postaci elektronicznej odnosi się również do sytuacji, w której zamawiający odstąpił na podstawie art. 65 ust. 1 Pzp od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej. Odstąpienie od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentów nie dotyczy całości dokumentów. Spełnienie przesłanek art. 65 ust. 1 Pzp powinno być analizowane zawsze w stosunku do konkretnego dokumentu. Tymczasem odstąpienia od użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego nie uzasadnia żadna z przesłanek art. 65 ust. 1 Pzp.

Ponadto z brzmienia przepisu art. 97 ust. 10 Pzp wynika, iż dokument poręczenia lub dokument gwarancyjny ma być przekazany przez poręczyciela lub gwaranta **za pośrednictwem wykonawcy**.

---

[12] Tak Sąd Najwyższy w uchwale z 4 stycznia 1995 r., III CZP 164/94, publ. OSNC 1995/4/62

Brak złożenia oryginału poręczenia lub gwarancji wadialnej w postaci elektronicznej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp.

11. Treść gwarancji wadialnej składanej przez konsorcjum. Wniesienie wadium w formie gwarancji wadialnej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść gwarancji wadialnej, która może być ukształtowana różnie[13]. W przypadku gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zabezpieczającej ofertę **konsorcjum** nie zawsze wszyscy współwykonawcy muszą być **konkretnie** wskazani w treści gwarancji. Wystarczające jest **rodzajowe** oznaczenie współwykonawców. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego) należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę[14]. Dopuszczalne jest również wniesienie wadium w postaci gwarancji, w której jako zleceniodawcę (wykonawcę) wskazano tylko jednego ze współwykonawców, o ile z treści gwarancji można wyinterpretować, że odpowiedzialność gwaranta obejmuje również sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej

[13] Por. wyrok SN z 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, Legalis

[14] Por. wyrok SO w Gdańsku z 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18, niepubl.

wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność[15]. Taką oznaką mogłoby być wskazanie w treści gwarancji, że „przyczyny leżące po stronie wykonawcy" (art. 98 ust. 6 pkt 1 i 3 Pzp) obejmują również działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych gwarantowi współwykonawców[16].

Art. 98.

1. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

2. Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

3. Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą

---

[15] Por. wyrok SN z 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, Legalis

[16] Por. wyrok SO w Gdańsku z 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18, niepubl.

przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

4. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

5. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) **wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;**
2) **wykonawca, którego oferta została wybrana:**
   a) **odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,**
   b) **nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;**

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

1. Zwrot wadium z urzędu. Art. 98 ust. 1 Pzp określa przypadki, w których zamawiający zwraca wadium z urzędu. Obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium przez zamawiającego, bez żadnego działania ze strony wykonawców, występuje, jeżeli:

1) upłynął termin związania ofertą,
2) doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3) doszło do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Terminu „**niezwłocznie**" nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie" oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Jednocześnie ustawodawca doprecyzował, że termin ten nie może być dłuższy niż **7 dni** od dnia wystąpienia jednej z okoliczności uzasadniającej zwrot wadium. Zasadą jest, że zamawiający zwraca wadium z urzędu, gdy **zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego**. Potwierdza to charakter wadium jako warunku uczestnictwa w postępowaniu. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest bowiem równoznaczne z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 18 Pzp). Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego uzasadnia zatem zwrot wadium wszystkim wykonawcom, łącznie ze zwycięskim wykonawcą. Ten ostatni może jednak wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia, jeżeli wadium zostało wniesione

w pieniądzu (art. 450 ust. 4 Pzp). Od tej zasady art. 98 ust. 1 Pzp przewiduje dwa odstępstwa. Nawet gdy zamawiający nie zawarł jeszcze umowy, zwraca wadium z urzędu, jeżeli **upłynął termin związania ofertą**. Wniesienie wadium zabezpiecza ciążący na wykonawcy obowiązek zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być dłuższy niż okres związania wykonawcy ofertą. Tak samo powinien postąpić zamawiający w przypadku, gdy **unieważnia postępowanie**. Po podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający musi najpierw zawiadomić o tym równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 260 ust. 1 Pzp), a następnie musi upłynąć odpowiednio 10 dni (gdy informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) lub 15 dni (gdy informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana w inny sposób) przysługujących na wniesienie odwołania (art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp). Dopiero gdy w tym terminie nie wpłynie odwołanie, zamawiający niezwłocznie zwraca wadium. Jeżeli zaś w terminie odpowiednio 10 lub 15 dni przysługujących na wniesienie odwołania zostanie wniesione odwołanie od czynności unieważnienia postępowania, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, gdy odwołanie zostało rozstrzygnięte. Chodzi oczywiście o takie rozstrzygnięcie odwołania, które nie podważa czynności unieważnienia postępowania. W przeciwnym wypadku postępowanie o udzielenie zamówienia jest kontynuowane, co uzasadnia utrzymanie wadium. Odwołanie jest rozstrzygnięte z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku KIO.

2. Zwrot wadium zwycięskiemu wykonawcy. Przepis art. 98 ust. 1 pkt 2 Pzp jest także podstawą do zwrotu wadium zwycięskiemu wykonawcy. Z przepisu wynika, że wykonawcy, którego oferta została wybrana jako

najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium, podobnie jak pozostałym wykonawcom, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zwrot wadium na wniosek. Wadium zwraca się na wniosek wykonawcy, gdy wycofał on ofertę przed upływem terminu składania ofert lub gdy jego oferta została odrzucona (art. 98 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp). Wcześniejszy zwrot wadium należy się także każdemu wykonawcy, który po wyborze najkorzystniejszej oferty złoży wniosek o zwrot wadium, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp). Ponadto wadium zwraca się każdemu wykonawcy, który złożył wniosek o zwrot wadium po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia (art. 98 ust. 2 pkt 4 Pzp), a więc gdy nie zaszły jeszcze przesłanki do zwrotu wadium z urzędu na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Cel tej regulacji sprowadza się do stworzenia możliwości wcześniejszego zwrotu wadium wykonawcom, którzy – według własnej oceny – nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia i dlatego nie są zainteresowani dalszym uczestnictwem w postępowaniu.

Zwrot wadium powinien nastąpić niezwłocznie po wpłynięciu wniosku wykonawcy, nie później jednak niż w terminie 7 dni.

Zgodnie z art. 98 ust. 3 Pzp złożenie wniosku o zwrot wadium powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. W wyniku złożenia wniosku o zwrot wadium przez wykonawcę, którego oferta nie została odrzucona na innej podstawie, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

4. Zwrot wadium w pieniądzu. Stosowanie przepisu art. 98 ust. 4 Pzp nie powinno nastręczać trudności. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Z przepisu nie można natomiast wyinterpretować obowiązku przechowywania wadium na oprocentowanym rachunku.

5. Zwrot wadium w formie gwarancji lub poręczenia. Istotnym *novum* jest art. 98 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Przepis obliguje zamawiającego do przedwczesnego zakończenia stosunku gwarancji lub poręczenia.

Zwrot wadium w formie gwarancji lub poręczenia następuje poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi **oświadczenia o zwolnieniu wadium**. Charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwolnienie z wadium można przede wszystkim kwalifikować jako zwolnienie z długu albo odstąpienie od umowy gwarancji lub poręczenia. Pzp nie przewiduje szczególnej formy dla oświadczenia o zwolnieniu wadium, decydująca jest zatem w tym zakresie treść stosunku gwarancji.

6. Zatrzymanie wadium. Przepis art. 98 ust. 6 Pzp zawiera katalog sytuacji, w których zamawiający może zatrzymać wadium. Katalog ten ma charakter zamknięty.

Pierwszym powodem zatrzymania wadium jest **zaniechanie uzupełnienia** dokumentów lub oświadczeń oraz zaniechanie wyrażenia zgody

na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp).

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek, których ciężar wykazania – w myśl art. 6 Kc – spoczywa na zamawiającym.

Pierwszą z nich jest **niezłożenie**, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń. Ponieważ jest to szczególny przypadek niewykonania zobowiązania, przeprowadzenie badania zaistnienia tej przesłanki obejmuje dwa elementy. Zamawiający powinien wykazać istnienie ważnego zobowiązania oraz fakt naruszenia tego zobowiązania przez wykonawcę. Dlatego uprawnienie do zatrzymania wadium zaistnieje tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz wykonawca został zasadnie o nie wezwany[17]. Jeśli chodzi o drugi element, to wykonawca nie składa dokumentu (oświadczenia), jeśli nie składa żadnego dokumentu lub składa inny dokument niż wynikający z treści wezwania. Niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych będzie zachodzić również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp.

[17] Zob. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl.

Uzasadnieniem takiego, a więc szerokiego sposobu interpretacji pojęcia „niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych" jest wykładnia językowa przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. Literalne brzmienie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, a więc wskazanie na podmiotowe środki dowodowe lub przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp, bez wątpliwości wskazuje, że treść złożonych dokumentów nie może być jakakolwiek, lecz powinna potwierdzać spełnienie przez wykonawcę okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp. Mimo braku wyraźnej wskazówki w ustawie również złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów (oświadczeń). Ograniczenie stosowania tego przepisu do sankcjonowania zupełnej bierności wykonawcy w niczym nie ograniczy zmów przetargowych, skoro do uniknięcia zatrzymania wadium wystarczy złożenie jakiegokolwiek dokumentu czy oświadczenia, które wcale nie będzie musiało wykazywać wymaganych okoliczności, co pozwoli na łatwe omijanie tak wykładanej regulacji prawnej przez nieuczciwych wykonawców[18].

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z **przyczyn leżących po stronie wykonawcy**. Art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp – ze względu na brak rozróżnienia – wiąże odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego

[18] Por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl.

zawinione, jak i niezawinione[19]. Zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia. Przy analizie przesłanek zatrzymania wadium należy brać pod uwagę w szczególności sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że posiadane przez niego doświadczenie kwalifikuje go do udziału w postępowaniu[20]. Do przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy należy zaliczyć m.in. okoliczności obciążające zamawiającego, takie jak zakreślenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia czy dokumentów zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania[21].
W grę wchodzą również zdarzenia, których skutkom wykonawca nie mógł zapobiec (np. przekroczenie przez urząd ustawowego terminu na wydanie dokumentów). Za okoliczność egzoneracyjną należy także uznać sytuację, w której treść złożonych dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze[22].
Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń stanowi wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie

---

[19] Por. analogicznie w odniesieniu do pojęcia „przyczyny dotyczące zamawiającego" na gruncie art. 639 Kc wyroki SN: z 15 listopada 1990 r., II CR 184/90, Legalis; z 23.3.2000 r., II CKN 803/98, BSN 2000, nr 7, s. 8

[20] Por. postanowienie TK z 9 maja 2012 r., P 47/11, OTK – A 2012, nr 5, poz. 57

[21] Por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl

[22] Por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl

wadium jest możliwe jedynie, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało **brak możliwości wybrania oferty** złożonej przez wykonawcę **jako najkorzystniejszej**. Oznacza to, że oferta wykonawcy musi być potencjalnie ofertą najwyżej ocenioną i jedyną przyczyną, dla której nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jest konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp ze względu na niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp.
Natomiast do zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp z powodu zaniechania wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, wystarczy wykazanie zaistnienia dwóch przesłanek. **Po pierwsze**, wykonawca musi nie wyrazić zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Brak zgody na poprawienie omyłki musi polegać na zakwestionowaniu przez wykonawcę w wyznaczonym terminie sposobu jej poprawienia (art. 223 ust. 3 Pzp). Wymagane jest, aby poprawienie omyłki było zasadne i prawidłowe. Omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia nie może więc powodować istotnych zmian w treści oferty, a sposób jej poprawienia przez zamawiającego musi odpowiadać warunkom zamówienia. Należy przy tym przyjąć, że treść dokumentów zamówienia, z którymi oferta jest niezgodna, powinna być **jasna**, gdyż skutki wadliwej i niedbałej ich redakcji obciążać muszą zamawiającego, skoro wykonawcy nie mają pełnej lub żadnej możliwości należytego rozpoznania sensu dokumentów zamówienia i wpływania na formułowanie ich treści. **Po drugie**, niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki musi spowodować brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że

oferta wykonawcy musi być potencjalnie ofertą najwyżej ocenioną i jedyną przyczyną, dla której nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jest konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp ze względu na zakwestionowanie przez wykonawcę w wyznaczonym terminie poprawienia omyłki.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp zamawiający zatrzymuje wadium również w przypadkach, gdy:

1) wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
2) wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Brzmienie art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że na ryzyko utraty wadium z wymienionych w tych przepisach powodów narażony jest wyłącznie zwycięski wykonawca. Uchylaniem się od zawarcia umowy będzie nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po jego stronie uniemożliwiające zawarcie umowy (art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp). Przykładami uchylania się od zawarcia umowy będą:

1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy,

2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem,
3) nieprzedłożenie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy,
4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy[23].

Nie każda odmowa podpisania umowy jest równoznaczna z uchyleniem się od jej zawarcia.

Wadium pieniężne, które było przechowywane na oprocentowanym rachunku, zatrzymuje się wraz z **odsetkami**. Jeżeli wadium zostało wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium.

Oddział 4
Opis przedmiotu zamówienia

Art. 99.

1. 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.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

[23] Por. J. Grykiel, [w:] M. Gutowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, *t. 2*, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 17 do art. 390

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

4. 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.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

1. Uwagi ogólne. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości

zamówienia. Prawidłowość opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia odpowiadać powinien uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 i 99 ust. 2 Pzp oraz zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp.

2. Przejrzystość opisu przedmiotu zamówienia. Przepis art. 99 ust. 1 Pzp wprowadza pozytywne przesłanki prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonaliści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących

art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia[24]. Przeciwieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien jednak mieć na uwadze, że nieodpowiadającym normie z art. 99 ust. 1 może być także opis zbyt szczegółowy, który może skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji (art. 99 ust. 4 i 5 Pzp).

Na etapie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia nieprzejrzysty przedmiot zamówienia jest wystarczającą podstawą do złożenia odwołania do KIO. Na etapie realizacyjnym, za nieznajdujące podstaw formalnych należy ocenić działania zamawiającego zmierzające do wyciągania negatywnych konsekwencji względem wykonawcy wskutek niedopełnienia jakoby przez niego obowiązków, jeśli nie wynikają one z dokumentacji zamówienia i przepisów obowiązującego prawa[25].

3. Opis przedmiotu zamówienia a utrudnianie uczciwej konkurencji.

Przepis art. 99 ust. 4 Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis

[24] Por. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt 1129/19

[25] Por. wyrok KIO z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1905/19

ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Cel regulacji z art. 99 ust. 4 Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę". Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny", tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnieniu wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone

grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane[26]. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów[27].

Zakazane normą z art. 99 ust. 4 Pzp jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, **który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Znak towarowy** należy rozumieć zgodnie z treścią art. 120 ust. 1 Prawa własności przemysłowej jako każde oznaczenie umożliwiające odróżnienie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa oraz możliwe do przedstawienia w rejestrze znaków towarowych w sposób pozwalający na ustalenie jednoznacznego i dokładnego przedmiotu udzielonej ochrony. Ponadto na podstawie

---

[26] Wyrok z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-413/17 *Roche Lietuva*, ECLI:EU:C:2018:865, pkt 37

[27] Wyrok w sprawie *Roche Lietuva*, pkt 41

art. 120 ust. 2 Prawa własności przemysłowej znakiem towarowym, w rozumieniu ust. 1, może być w szczególności wyraz, włącznie z nazwiskiem, rysunek, litera, cyfra, kolor, forma przestrzenna, w tym kształt towaru lub opakowania, a także dźwięk. **Patent** w rozumieniu Prawa własności przemysłowej, przy braku innych dookreśleń, należy rozumieć szeroko jako prawo do wyłącznego korzystania z wynalazku przez określony czas, w sposób zarobkowy (przemysłowy, handlowy) na terytorium danego państwa lub państw, przyznane przez kompetentny organ państwowy, regionalny lub międzynarodowy. Odwołanie się do określonego patentu eliminuje wszystkich wykonawców nieposiadających prawa do wyłącznego korzystania z wynalazku. Poprzez **pochodzenie** produktu lub usługi należy uznać każde powiązanie produktu lub usługi z konkretnym miejscem – państwem czy regionem. **Źródło** jest w zamierzeniu ustawowym pojęciem nieostrym i oznacza wszelkie specyfikacje techniczne, karty katalogowe producenta lub wykonawcy itp, a także odesłania do specyfikacji i kart katalogowych, w których zawarty jest identyfikowalny konkretny produkt lub usługa (bez znaczenia, czy przywołany imiennie). **Szczególny proces** to pojęcie z dziedziny zarządzania i oznaczać może każdy proces, np. proces produkcyjny (technologiczny), proces dystrybucyjny, logistyczny, inny – związany z cyklem życia produktu, itp. Katalog powyższych uchybień ma charakter otwarty, zamawiający może opisać przedmiot zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy pomocy innych sposobów opisu niż wskazanych w przepisie.

4. Dopuszczalność opisania przedmiotu zamówienia za pomocą określeń zakazanych na podstawie art. 99 ust. 5 Pzp. Art 99 ust. 5 Pzp wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów)

przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 99 ust. 4 Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy **nie jest możliwe** opisanie go zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 Pzp. Brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp jest dopuszczalne, **jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.** Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy:

1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz
2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

Znak towarowy (patent, pochodzenie itp) w rozumieniu art. 99 ust. 5 Pzp stanowić będzie swoisty wzorzec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególny sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego

(art. 99 ust. 6 Pzp). TSUE wskazał na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni[28]. Nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 Pzp.

5. Kryteria „równoważności". Celem art. 99 ust. 6 Pzp jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot „lub równoważny" oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania. Doniosłe znaczenie będzie miało właściwe ujęcie przez zamawiającego cech równoważnych. Co do zasady przedmiot zamówienia składać się może z całego zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia[29]. Orzecznictwo KIO wskazało trzy występujące na tym tle podstawowe

[28] Wyrok w sprawie *Roche Lietuva*, pkt 38

[29] Por. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19

błędy w opisie równoważności[30], w różnym stopniu dyskwalifikujące sformułowany opis.

Pierwszym z nich jest brak precyzji opisu kryteriów równoważności. Nieprecyzyjne kryteria operują pojęciami ogólnymi lub słabo weryfikowalnymi, np. odesłaniami do jakości produktu równoważnego, przez co nie pozwalają na identyfikację produktu równoważnego.

Drugim ujawnionym błędem jest pozorny opis rozwiązań równoważnych. Opis równoważności zostaje sformułowany w taki sposób, że nie istnieje na rynku rozwiązanie równoważne do rozwiązania referencyjnego wskazanego w SWZ. Przejawem tego błędu będzie np. obowiązek nałożony na wykonawców, aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne produktu równoważnego były równe lub lepsze od parametrów produktu identyfikowalnego, np. imiennie wskazanego. Jest to niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może bowiem zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty[31].

Trzeci ujawniony błąd związany jest z ustaleniem dla wykonawców oferujących rozwiązania równoważne obowiązku wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu lub usługi, które nie obciążają wykonawcy oferującego rozwiązania referencyjne, np. wyższe wymagania co do produktu równoważnego (produkt równoważny jest produktem „z wyższej półki" niż referencyjny).

---

[30] Por. wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., sygn. KIO 1960/17

[31] Por. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19

Niezależnie od wyżej wymienionych przykładów wadliwie opisanych kryteriów równoważności nieprawidłowe może być także dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego, tj. w oparciu o takie właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia. Wszystkie powyższe błędy w opisie kryteriów równoważności mogą być rozpatrywane pod kątem braku zachowania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

6. Kody CPV. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się kody CPV, tj. kody określone w załączniku do rozporządzenia w sprawie CPV. Jest to uniwersalny europejski system klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych i przyjmuje postać katalogu. Zamawiający na mocy przepisu zobowiązany jest przyporządkować opis przedmiotu zamówienia do nazw wskazanych w katalogu i opisać przedmiot także za pomocą dziewięciocyfrowych kodów.

7. Prawa własności intelektualnej i udzielanie licencji. Przepis art. 99 ust. 7 Pzp ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny, tzn. nie tworzy uprawnienia, którego zamawiający by nie posiadał, przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Intencją ustawodawcy było podkreślenie, że przeniesienie autorskich praw majątkowych (wraz z niezbędną informacją, na jakich polach eksploatacji może to nastąpić) lub pozyskanie licencji również może być treścią opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczności wskazujące na zasadność co najmniej rozważenia przeniesienia praw autorskich lub zakupu licencji związane są z przedmiotem niektórych zamówień publicznych (np. na zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego czy wykonanie usługi projektowania architektoniczno-budowlanego). Podkreślić należy, że wykonanie takich zamówień przez

wykonawcę, jeśli nie towarzyszy temu przeniesienie praw autorskich na zamawiającego, nie zabezpiecza w sposób dostateczny jego interesów.

Art. 100.

1. W przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się, z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia.

2. Jeżeli wymagania, o których mowa w ust. 1, wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.

1. Obligatoryjność normy. Art. 100 ust. 1 Pzp ma unijną genezę i stanowi transpozycję art. 42 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Przepis zawiera konstytutywną normę nakazującą zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, jeśli przedmiot zamówienia będzie przeznaczony do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego. Regulacja nakazuje zatem uwzględnienie potrzeb osób niepełnosprawnych przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Powyższy przepis odnosi się do wszystkich zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych włącznie z pracownikami zamawiającego. W celu ustalenia zakresu obowiązku wynikającego z art. 100 ust. 1 Pzp pomocne będzie odwołanie się do Konwencji

o prawach osób niepełnosprawnych oraz do definicji „projektowania dla wszystkich" czy też „projektowania uniwersalnego" zawartych w Deklaracji Sztokholmskiej EIDD. Zgodnie z powyższymi regulacjami strony Konwencji (m.in. państwa członkowskie UE) mają podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, dostępu do środowiska fizycznego, środków transportu, informacji i komunikacji, w tym technologii systemów informacyjno-komunikacyjnych, a także do innych urządzeń i usług, powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych, itp. Zgodnie z Deklaracją Sztokholmską EIDD „projektowanie dla wszystkich jest projektowaniem biorącym pod uwagę różnorodność potrzeb ludzkich, uczestniczenie w życiu społecznym i równouprawnienie. Celem projektowania dla wszystkich jest stworzenie wszystkim ludziom równych szans brania udziału we wszystkich dziedzinach życia. Zgodnie z deklaracją, aby cel ten został osiągnięty, otaczająca nas architektura, przedmioty codziennego użytku, usługi, kultura i informacja – krótko mówiąc, wszystko co jest wyprodukowane przez ludzi i dla ludzi – musi być dostępne i przystosowane dla każdej osoby w naszym społeczeństwie z możliwością adaptacji do zmian, jakie progresywnie następują u każdego człowieka"[32]. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia dowolnego rodzaju (na usługi, dostawy, roboty budowlane), obowiązany jest zatem dokonać ustalenia, czy uzyskany przedmiot zamówienia może być wykorzystywany przez osoby niepełnosprawne. Jeśli tak, zamawiający zobowiązany jest do dokonania w opisie przedmiotu zamówienia takich

[32] Szerzej o Konwencji Narodów Zjednoczonych oraz Deklaracji Sztokholmskiej w M. Stręciwilk, M. Olejarz [red], *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych,* Warszawa 2017

zapisów, które uczynią efekt zamówienia możliwym do wykorzystania także przez osoby niepełnosprawne **na równych zasadach z innymi osobami.** Sposób wykonania tego obowiązku spoczywa na zamawiającym, który uwzględnia na tę okoliczność charakter poszczególnego zamówienia.

2. Norma z art. 100 ust. 1 a wymagania w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych w innych aktach prawnych. Norma z art. 100 ust. 1 Pzp zawiera ogólną regułę uwzględniania w opisie przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych. Jeżeli natomiast inne akty prawne nakładają na zamawiającego podobne lub bardziej szczegółowe obowiązki związane z zapewnianiem dostępności dla osób niepełnosprawnych (np. w art. 5 pkt 4 Prawa budowlanego, który dotyczy zapewnienia warunków do korzystania z obiektów przez osoby niepełnosprawne), to należy przyjąć, że zamawiający, przestrzegając tych obowiązków, wypełnia także dyspozycję art. 100 ust. 1 Pzp.

3. Dopuszczalność odstąpienia od wymagania. Przepis zezwala zamawiającemu na odstąpienie od wymogu uwzględniania wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, jeżeli jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia.

Art. 101.

1. Przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez:

1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom

ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;

2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do:

a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,

c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.[33]),

d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE,

[33] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 103 z 12.04.2013, str. 10, Dz. Urz. UE L 157 z 27.05.2014, str. 76 oraz Dz. Urz. UE L 159 z 28.05.2014, str. 41.

97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.[34]),

e) norm międzynarodowych,

f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania,

g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;

3) odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;

4) odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

2. Przez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez krajową, europejską lub międzynarodową instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której

---

[34] Zmiany wymienionego rozporządzenia zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 241 z 17.09.2015, str. 1.

przestrzeganie nie jest obowiązkowe, w tym Polską Normę, normę europejską lub normę międzynarodową.

3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2, przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności:

1) **Polskie Normy;**
2) **krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2020 r. poz. 215 i 471);**
3) **polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;**
4) **krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.**

4. Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne".

5. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami

referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104–107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

6. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, oceny techniczne, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104–107, że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

1. Uwagi ogólne. W art. 101 ust. 1 Pzp określono trzy sposoby formułowania opisu przedmiotu zamówienia niezależnie od rodzaju zamówienia:

1) poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp),

2) poprzez odniesienie do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, opisanych za pomocą norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp),
3) sposób mieszany, tj. przy pomocy kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oraz poprzez odniesienie do norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp).

O wyborze któregokolwiek ze sposobów decyduje zamawiający. Aktualność zachowują zatem zasady określone w art. 99 ust. 4 i 5 Pzp. Wybór zamawiającego co do sposobu opisu nie zwalnia go z obowiązku przestrzegania przepisów obowiązującego prawa, jeśli przepisy te wskazują na obligatoryjne wymagania techniczne, którym musi odpowiadać przedmiot zakupu. Przepisy te znajdują się najczęściej, choć nie wyłącznie, w aktach prawnych rangi rozporządzenia właściwego ministra i regulują szczegółowe warunki techniczne niektórych wyrobów czy zasady dopuszczania ich do użytkowania.

2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności. Wybierając sposób opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, zamawiający operuje wyłącznie precyzyjnie określonymi parametrami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności pozwalającymi wykonawcy na ustalenie i wykonanie zamówienia, a zamawiającemu na jego udzielenie. W opisie dokonanym tym sposobem zamawiający określa cechy usługi, dostawy lub robót budowlanych (w rozumieniu art. 99 ust. 2 Pzp), ale już niekoniecznie cechy poszczególnych materiałów, produktów lub usług składających się na zamówienie. W motywie 74 preambuły dyrektywy klasycznej wskazano, że „opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia

optymalne osiągnięcie celu (uniknięcia sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę). Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej".

3. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wymagane cechy poszczególnych materiałów, produktów lub usług (opis za pomocą norm). W tym sposobie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający posługuje się wyłącznie wymaganymi cechami poszczególnych materiałów, produktów lub usług. Opis nie ma charakteru funkcjonalnego, stanowi natomiast zbiór poszczególnych cech materiałów, produktów lub usług. Cechy materiałów, produktów lub usług mogą dotyczyć elementów określonych w art. 102 Pzp. W art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano, że opisując cechy materiałów, produktów lub usług, zamawiający **odnosi się** w kolejności preferencji przede wszystkim do Polskich Norm przenoszących normy europejskie, a dopiero w przypadku ich braku do innych norm, ocen lub standardów. Konieczność **odniesienia się** w opisie przedmiotu zamówienia przede wszystkim do norm **nie oznacza**, że norma stanowi element opisu przedmiotu zamówienia (choć może stanowić taki element), ale że normy (oceny lub standardy) są płaszczyzną, pewnym wzorcem, za pomocą których zamawiający określa istotne dla siebie cechy materiałów, produktów lub usług. Cechy te winny gwarantować dokonanie zakupu zgodnie ze zobiektywizowanymi i rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a zatem mogą określać wyższe lub niższe wartości niż przypisane im w normach. Zamawiający nie jest jednak zwolniony z przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 4 Pzp), w szczególności wtedy, gdy oczekuje wyższych cech jakościowych materiałów, produktów lub usług

niż wskazane w normie (lub innych systemach referencji technicznych). Opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie można sporządzić w sposób sprzeczny z właściwymi normami (lub kolejnymi systemami referencji technicznych).

4. Normy w zamówieniach publicznych. Art. 101 ust. 2 Pzp zawiera definicję normy, która transponuje definicję z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy klasycznej**.** W świetle dyrektywy klasycznej „norma" oznacza specyfikację techniczną przyjętą przez uznaną instytucję normalizacyjną (międzynarodową, europejską lub krajową) w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe. Krajowym aktem prawnym określającym podstawowe cele i zasady normalizacji jest ustawa o normalizacji. Istotna dla stosowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie jest ustawa o systemie oceny zgodności, która posługuje się pojęciem norm zharmonizowanych. Normy nie stanowią części systemu powszechnie obowiązującego prawa, mogą mieć swe źródło jedynie w woli podmiotów odwołujących się na zasadzie dobrowolności do tychże norm. Polska Norma może być wyłącznie normą krajową, przyjętą w drodze konsensu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną, powszechnie dostępną, oznaczoną – na zasadzie wyłączności – symbolem PN albo wprowadzeniem normy europejskiej (odpowiednio art. 5 ust. 1 i art. 2 ustawy o normalizacji). Polska Norma przenosząca normę europejską (zharmonizowana) jest preferowanym modelem opisu przedmiotu zamówienia za pomocą systemów referencji technicznych względem Polskiej Normy. Normy zharmonizowane są to normy opracowane przez europejskie jednostki normalizacyjne (CEN, CENELEC, ETSI) na podstawie mandatu udzielonego przez Komisję Europejską i przyjmowane przez te europejskie jednostki normalizacyjne zgodnie z ich procedurami wewnętrznymi. W polskim

systemie prawnym przeniesienie (przyjęcie) norm europejskich do systemu Polskich Norm (norm krajowych) następuje w trybie przewidzianym w art. 13 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności, zgodnie z którym Prezes Polskiego Komitetu Normalizacyjnego ogłasza dwa razy w roku, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski", numery i tytuły norm zharmonizowanych wraz z tytułami aktów prawnych wdrażających dyrektywy nowego podejścia i danymi dotyczącymi miejsca ich publikacji, a także informacje o ogłoszonych przez Komisję Europejską okresach przejściowych stosowania domniemania zgodności i ostrzeżeniach dotyczących ograniczenia domniemania zgodności, według stanu na dzień 30 czerwca i dzień 31 grudnia każdego roku. Powyższe obwieszczenia zawierają metryczkę legislacyjną z numerami dyrektyw oraz wykazy Polskich Norm zharmonizowanych (oznaczonych jako PN-EN), wprowadzających europejskie normy zharmonizowane. Użytemu w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp pojęciu „Polskich Norm przenoszących normy europejskie" odpowiadają Polskie Normy, ogłaszane w obwieszczeniach Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego, ogłaszanych w Monitorze Polskim na podstawie art. 13 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności.

5. Inne systemy referencji technicznych. W art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wprowadzono kolejność systemów referencji służących do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech materiałów, produktów i usługi. Kolejność nie jest dowolna, zamawiający wybiera kolejny system referencji technicznych (określony w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a-g Pzp), gdy system bezpośrednio poprzedzający nie istnieje dla określonej cechy materiału, produktu i usługi lub gdy jest nieadekwatny. W przypadku braku (lub nieadekwatności) Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia

za pomocą cech materiałów, produktów i usługi stosuje normy innych państw członkowskich EEA (członkowie to państwa należące do UE oraz Norwegia, Islandia i Liechtenstein) przenoszących normy europejskie. Następne w kolejności są europejskie oceny techniczne (znajdujące zastosowanie zasadniczo w robotach budowlanych) w rozumieniu pkt c, wspólne specyfikacje techniczne w rozumieniu pkt d, normy międzynarodowe, (inne) specyfikacje techniczne, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjęte przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania oraz inne systemy referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne. Brak lub nieadekwatność międzynarodowych systemów służących do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech materiałów, produktów lub usługi, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp, umożliwia zamawiającemu skorzystanie z systemów krajowych, o których mowa w art. 101 ust. 3 Pzp. W takim przypadku przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności: Polskie Normy, krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy o wyrobach budowlanych, polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw, a także krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

Poprzez europejskie oceny techniczne rozumie się udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia 305/2011 ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych. Wspólnymi specyfikacjami technicznymi są specyfikacje techniczne w dziedzinie

produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej. Biorąc pod uwagę powyższe, przez wspólną specyfikację techniczną należy rozumieć specyfikację techniczną dotyczącą technologii informacyjno-komunikacyjnej (ICT), spełniającą wymagania określone w załączniku II do cyt. powyżej rozporządzenia i zidentyfikowaną przez Komisję Europejską. Wspólne specyfikacje techniczne nie są normami krajowymi, europejskimi ani międzynarodowymi.

6. Mieszany opis przedmiotu zamówienia. Art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp dopuszczają mieszane sposoby opisu przedmiotu zamówienia zarówno za pomocą wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności, jak również za pomocą cech materiałów, produktów i usług. W art. 101 ust. 1 pkt 3 Pzp opisano zwykły system mieszany, na podstawie którego zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez odniesienie do systemów referencji technicznych, a w zakresie wybranych cech – do wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności. W ramach sposobu, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 4 Pzp, opis przedmiotu zamówienia formułuje się poprzez określenie kategorii wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych (jak w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp), a przywoływane w opisie systemy referencji technicznych stanowią środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami wydajnościowymi lub funkcjonalnymi.

7. Równoważność norm. Art. 101 ust. 4 Pzp stanowi, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne". Przepis

ma zastosowanie do sytuacji, w których zamawiający formułuje opis poprzez odniesienie do norm (innych systemów referencji technicznych), tj. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Zamawiający realizuje obowiązek wynikający z treści przepisu, zapewniając, aby przywołanej w opisie konkretnej normie (innemu systemowi referencji technicznej) towarzyszyło określenie „lub równoważny". Przepis art. 101 ust. 4 Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 6 Pzp, nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych.

8. Możliwość złożenia oferty zawierającej rozwiązania równoważne względem funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia lub względem opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm. Przepis art. 101 ust. 5 Pzp stanowi, że w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, wykonawca może w ofercie zaproponować rozwiązania nieodpowiadające wprost normom referencyjnym, ale w równoważnym stopniu spełniające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Podobnie art. 101 ust. 6 Pzp stanowi, że w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp, wykonawca może zaproponować w ofercie rozwiązania równoważne, pod warunkiem że są one zgodne z normami (Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską oceną techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny) i spełniają one wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez

zamawiającego. Dodatkowym wymaganiem, o którym stanowią przepisy art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, jest wymaganie wykazania (udowodnienia) w ofercie, że zastosowane przez wykonawcę rozwiązania są istotnie równoważne (tj. spełniają wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia dla danego rozwiązania). Zaproponowanie rozwiązań równoważnych rozwiązaniom referencyjnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem wykonawcy, które wykazuje **w ofercie.** Oferta zawierająca rozwiązania równoważne przedstawia rozwiązanie, które nie odpowiada wprost przywołanej w opisie przedmiotu zamówienia normie lub opisowi funkcjonalnemu, ale posiada pewne istotne dla zamawiającego cechy i parametry, wystarczające dla osiągnięcia celów zamówienia. Rozwiązanie równoważne musi być przez wykonawcę **udowodnione**. Jeżeli wykonawca dostatecznie udowodni, że proponowane przez niego rozwiązanie jest równoważne, zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Podstawą do odrzucenia oferty w szczególności nie może być wyłącznie stwierdzenie, że zaproponowane rozwiązanie nie odpowiada opisanej w opisie przedmiotu zamówienia normie (art. 101 ust. 5 Pzp) czy parametrom wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 6 Pzp). Rozwiązanie równoważne musi być wskazane w ofercie wykonawcy. Zwrócił na to uwagę TSUE, stwierdzając, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Sprawdzenie i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą bowiem mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby

podmiot ten już na tym etapie dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia[35]. Nie jest dopuszczalne badanie równoważności zaoferowanych rozwiązań na etapie po dokonaniu badania i oceny ofert, w szczególności na etapie realizacyjnym, gdyż może być oceniane jako niedopuszczalna zmiana oferty (art. 223 Pzp). Podobną ocenę prezentuje KIO, która w orzeczeniach wydawanych w tym przedmiocie na podstawie Pzp2004 oceniała taką praktykę jako niezgodną z prawem[36]. Po drugie, ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy. Wykonawca wykazuje równoważność zasadniczo przy użyciu dowolnych (wiarygodnych) środków. Niewykazanie równoważności skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Art. 102.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności:

1) określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat;

2) wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych;

3) określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości;

[35] Wyrok z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 *VAR Srl i Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA*, ECLI:EU:C:2018:568

[36] Por. np. wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 413/17

4) określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania;
5) określonego opakowania i oznakowania;
6) określonej etykiety;
7) instrukcji użytkowania;
8) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych;
9) dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2021 r. poz. 514);
10) określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania;
11) warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych;
12) metod i technik budowy;
13) wszelkich pozostałych warunków technicznych.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymagane cechy produktu lub usługi, które mogą dotyczyć w szczególności:

1) posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 4–7 oraz 10;
2) określonych poziomów jakości;
3) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany;
4) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

1. Uwagi ogólne. Art. 102 Pzp transponuje w podziale na roboty budowlane (art. 102 ust. 1 Pzp) oraz dostawy i usługi (art. 102 ust. 2 Pzp) zakres przedmiotowy definicji „specyfikacji technicznej" z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy klasycznej. W ślad za dyrektywą klasyczną art. 102 Pzp wskazuje, jakie elementy (cechy materiałów, produktów czy usług) mogą się składać na całość zaleceń technicznych zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia. Innymi słowy, przepis określa, na podstawie jakich przykładowych cech można charakteryzować poszczególne materiały, produkty lub usługi, za pomocą których z kolei można opisać roboty budowlane, dostawy i usługi.

2. Wzajemna relacja art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 102 Pzp. Art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje na możliwość opisu przedmiotu zamówienia za pośrednictwem cech materiału produktu lub usługi, których katalog otwarty znajduje się w art. 102 Pzp. Z kolei prawidłowe odniesienie się do cech z art. 102 Pzp nastąpić może wyłącznie w oparciu o normy i inne systemy referencji technicznej w zgodzie z art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 102 Pzp znaleźć może ponadto zastosowanie do mieszanego typu opisu, który formułowany jest w części w oparciu o zbiór poszczególnych cech materiałów, produktów lub usług (art. 101 ust. 1 pkt 3 Pzp). Nic nie stoi na przeszkodzie, aby charakterystyka wskazana w art. 102 Pzp posłużyła jako wsparcie dla przygotowywanego opisu funkcjonalnego, o jakim mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Art. 103.

1. Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

1) dokumentacji projektowej,

2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,

3) programu funkcjonalno-użytkowego

– mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

1. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Ustawodawca w sposób szczególny potraktował opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, poświęcając mu odrębny artykuł. Przepis art. 103 Pzp, odmiennie niż art. 102 Pzp, który w ust. 1 również odnosi się do robót budowlanych, zawiera normę obligatoryjną nakazującą zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zakres i forma tych dokumentów opisana została w Prawie budowlanym oraz w rozporządzeniu

ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 103 ust. 4 Pzp. Dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych i – dla zamówień na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego – program funkcjonalno-użytkowy służą do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej 130 000 zł dla zamówień klasycznych i wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla zamówień sektorowych i z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

2. Dokumentacja projektowa. Pojęcie dokumentacji projektowej nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w Prawie budowlanym. W rozporządzeniu, o jakim mowa w art. 103 ust. 4 Pzp, wskazano natomiast zakres przedmiotowy dokumentacji projektowej, który różni się w zależności od wymagalności uzyskania pozwolenia na budowę. Oznacza to, że zakres wymaganego na gruncie Pzp opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane uzależniony jest od regulacji innej ustawy, tj. Prawa budowlanego, które w rozdziale 4 pn. „Postępowanie poprzedzające rozpoczęcie robót budowlanych" reguluje sposób uzyskania pozwolenia na budowę, formę pozwolenia oraz wyłączenie z obowiązku uzyskania pozwolenia. Katalog dokumentów składających się na dokumentację projektową jest katalogiem otwartym, tzn. może zawierać także inne dokumenty niż obligatoryjne wskazane w rozporządzeniu. W przypadku gdy do wykonania robót budowlanych wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa składa się z:

1) projektu budowlanego,
2) projektów wykonawczych,
3) przedmiaru robót oraz

4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

W przypadku gdy do wykonania robót nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, dokumentacja projektowa ma mniejszy zakres i składa się z:

1) planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania,
2) przedmiaru robót,
3) projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Zakres przedmiotowy podstawowych dokumentów składających się na dokumentację projektową określony został w Prawie budowlanym lub w dalszych przepisach rozporządzenia. Prawo budowlane określa w art. 34 projekt budowlany i elementy, które powinien zawierać. Projekty wykonawcze i przedmiary robót zostały natomiast opisane w rozporządzeniu.

3. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych.

Pojęcie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, podobnie jak dokumentacji projektowej, również nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w Prawie budowlanym. Definicja specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych znajduje się natomiast w § 12 rozporządzenia wykonawczego ministra. W świetle definicji specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu

wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Zakres przedmiotowy i forma specyfikacji została określona w dalszych przepisach rozporządzenia (§ 13–14) i może się różnić w zależności od stopnia skomplikowania robót budowlanych.

4. Program funkcjonalno-użytkowy. Program funkcjonalno-użytkowy został zdefiniowany zarówno w art. 103 ust. 3 Pzp, jak również w rozporządzeniu ministra. Definicja ustawowa dotyczy zakresu przedmiotowego planu i wskazuje, że obejmuje on opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Definicja z rozporządzenia ma charakter funkcjonalny i stanowi, że służy on do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy zastępuje dokumentację projektową i STWiORB, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego.

Oddział 5
Przedmiotowe środki dowodowe

Art. 104.

1. W przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, zamawiający, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, może w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia

żądać od wykonawcy określonej etykiety, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) **wymagania etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;**
2) **wymagania etykiety są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;**
3) **wymagania etykiety są opracowywane i przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;**
4) **etykiety oraz wymagania etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;**
5) **wymagania etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.**

2. Przez etykietę, o której mowa w ust. 1, należy rozumieć każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety.

3. W przypadku gdy zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniały wszystkie wymagania etykiety, wskazuje mające zastosowanie wymagania etykiety.

4. Jeżeli wymagana jest określona etykieta, zamawiający akceptuje wszystkie etykiety potwierdzające, że dane roboty budowlane,

dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania określonej przez zamawiającego etykiety.

5. W przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie, przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.

6. Jeżeli dana etykieta, która spełnia warunki określone w ust. 1 pkt 2–5, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może żądać tej etykiety. W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub, w razie potrzeby, do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

1. Etykieta. Art. 104 Pzp ma unijną genezę i stanowi transpozycję art. 43 dyrektywy klasycznej. Ustawodawca w art. 104 ust. 2 Pzp zdefiniował etykietę jako każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety. Etykieta jest więc dokumentem, który potwierdza, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymagania (standardy techniczne, jakościowe, środowiskowe, społeczne itp.), które warunkują przyznanie takiej etykiety przez podmiot lub

organizację właściwe do jej wydania. **Etykieta w Pzp jest dokumentem przedmiotowym,** który może być wykorzystany w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia. W motywie 75 preambuły dyrektywy klasycznej przywołano jeden typ etykiet: europejskie oznakowanie ekologiczne, ekoetykiety krajowe lub międzynarodowe. Urząd Zamówień Publicznych w publikacji pn. *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych* wskazał kilkanaście przykładów etykiet ekologicznych i społecznych[37]. Etykieta może także wspierać opis przedmiotu zamówienia, choć sama opisu nie stanowi. Przywołanie przez zamawiającego konkretnej etykiety w dokumentach zamówienia (lub odwołanie elementu opisu przedmiotu zamówienia do treści etykiety) ułatwić może przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz zidentyfikowanie produktów, procesów itp., które spełniają oczekiwane przez zamawiającego cechy.

2. Możliwość żądania etykiety przez zamawiającego. Zamawiający może ustanowić obowiązek legitymowania się przez wykonawcę posiadaniem stosownej etykiety. Określenie takiego obowiązku możliwe będzie w dowolnym zamówieniu, w którym występują szczególne cechy środowiskowe, społeczne lub inne. Interpretując pojęcie „zamówienia o szczególnych cechach", odwołując się do treści dyrektywy klasycznej oraz Pzp, wywieść można, że chodzi tutaj w szczególności o zamówienia, w których wyraźnie zaznaczają się aspekty środowiskowe lub społeczne. Takie zamówienia określane są mianem tzw. zamówień

[37] M. Stręciwilk, M. Olejarz [red.], *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych,* Warszawa 2017, s. 132–154

zrównoważonych[38]. Etykieta odnosić się winna do tych szczególnych cech. W przypadku gdy zamówienie zawiera „szczególne cechy", możliwość wykorzystania etykiety jako dokumentu przedmiotowego dotyczyć może tylko tego aspektu zamówienia, który przesądza o jego szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych. Wspiera to art. 104 ust. 3 Pzp, w którym wskazano, że w przypadku gdy zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniały wszystkie wymagania etykiety, wskazuje mające zastosowanie wymagania etykiety. Jeżeli etykieta określa większą liczbę cech niż są one wymagane przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający może zażądać takiej etykiety, ale musi także wskazać poszczególne wymagania tej etykiety, które są dla niego istotne.
W motywie 75 preambuły dyrektywy klasycznej podkreślono, że wymogi dotyczące danej etykiety winny być związane z przedmiotem zamówienia, na przykład z opisem produktu i jego prezentacją, w tym z wymogami dotyczącymi opakowań. Oznacza to, że **etykieta nie jest opisem przedmiotu zamówienia,** choć może go wspierać (art. 104 ust. 6 Pzp). Za jej pośrednictwem zamawiający ma uzyskać potwierdzenie, że dany produkt, proces itp. spełnia istotne dla niego i wskazane w SWZ cechy. Pzp w art. 104 ust. 1 pkt 1–5 wskazuje, które występujące w obrocie etykiety produktów, procesów itp. mogą być uznane za etykietę w rozumieniu Pzp. Przesłanka z pkt 1 dotyczy związku takiej etykiety z opisem przedmiotu zamówienia, przesłanki określone w pkt 2–5 koncentrują się na statusie otwartej specyfikacji technicznej, która stanowić może etykietę w rozumieniu Pzp („otwartość" etykiety, sposób oznaczania

[38] Więcej: M. Stręciwilk, M. Olejarz [red.], *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych,* Warszawa 2017

nią produktów itp.). Przesłanki określone w art. 104 ust. 1 pkt 1–5 Pzp winny być spełnione łącznie.

3. Uprawnienie do żądania etykiety. Jak wynika z treści art. 104 ust. 1 pkt 1 Pzp, wymagania etykiety dotyczyć mogą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia. Pod pojęciem „wymagań etykiet" należy rozumieć wymogi, które dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura muszą spełniać, by uzyskać odnośną etykietę (podobnie definicja z art. 2 pkt 24 dyrektywy klasycznej). Treść art. 104 ust. 1 pkt 1 Pzp nakazuje zatem, aby zamawiający, wybierając etykietę jako dokument przedmiotowy, wybrał taką, która jest związana z opisem przedmiotu zamówienia i jest odpowiednia dla potwierdzenia oczekiwanych przez zamawiającego cech robót budowlanych, dostaw lub usług.

Aby zamawiający mógł zażądać etykiety, jej wymagania winny być oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach (art. 104 ust. 1 pkt 2 Pzp). Pojęcie „niedyskryminujących" kryteriów należy rozumieć analogicznie jak pojęcie kryteriów opartych „na równych zasadach". Oznacza to, że każdy wykonawca po spełnieniu niedyskryminujących kryteriów może się taką etykietą legitymować.

W świetle przesłanki z art. 104 ust. 1 pkt 2 Pzp niedopuszczalne będzie żądanie takiego dokumentu przedmiotowego, który preferuje jakikolwiek produkt bądź grupę produktów, a jego uzyskanie jest oparte na zasadach niezobiektywizowanych. Przykładowo niedopuszczalne będzie żądanie przez zamawiającego dokumentu przyznawanego wyłącznie produktom pochodzącym z konkretnego regionu. Niedopuszczalny będzie także dokument, którego kryteria uzależniające jego przyznanie preferują lub

dyskryminują określone obiekty budowlane, produkty, usługi, procesy lub procedury.

W art. 104 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazano, że możliwe jest żądanie wyłącznie takiej etykiety, której opracowanie i przyjęcie następuje w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe. Nie będzie zatem dopuszczalne żądanie na podstawie art. 104 Pzp dokumentu, którego uzyskanie poprzedzone jest nieprzejrzystą procedurą (lub jest wręcz faktycznie niemożliwe).

W art. 104 ust. 1 pkt 4 Pzp wzmocniono zasadę otwartości i przejrzystości z art. 104 ust. 1 pkt 3 Pzp i rozciągnięto ją nie tylko na proces przygotowania etykiety i jej wymagań, ale także na proces jej upowszechnienia. Dopuszczalne jest żądanie takiej etykiety, której wymagania są dostępne dla wszystkich, a zatem także takiej, która umożliwia wszystkim podmiotom ubieganie się o nią.

Art. 104 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy gwarancji bezstronności. Zamawiający może żądać tylko takiej etykiety, której wymagania zostały określane przez podmiot, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu. Pojęcie „dominującego wpływu" w odniesieniu do etykiety należy odczytywać podobnie jak to pojęcie używane w Pzp przy innych okolicznościach (np. przesłanki a-d z definicji zamawiającego publicznego z art. 4 pkt 3 Pzp czy przesłanki z lit. a z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp).

5. Wykazywanie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia przy pomocy etykiet. Wykonawca zobowiązany jest załączyć żądaną etykietę do oferty. Zastosowanie znajdują tutaj ogólne zasady jak dla dokumentów przedmiotowych. Zważywszy na różne sposoby opatrywania

produktów, usług itp. określonymi oznaczeniami, poprzez załączenie etykiety należy rozumieć także poinformowanie zamawiającego w ofercie o posiadaniu przez obiekt budowlany, produkt, usługę, proces lub procedurę stosownej etykiety, pod warunkiem że zamawiający może tę informację z łatwością zweryfikować (np. poprzez potwierdzenie na stronie internetowej wystawcy etykiety, czy oferowany produkt itp. istotnie może się nią legitymować). Wybór przez zamawiającego określonej etykiety nie może prowadzić do dyskryminacji produktów i usług oznaczonych innymi etykietami. Jak wskazano w art. 104 ust. 4 Pzp, jeżeli wymagana jest określona etykieta, zamawiający akceptuje wszystkie etykiety potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania określonej przez zamawiającego etykiety. Innymi słowy ustawodawca w ślad za treścią dyrektywy klasycznej wprowadził tzw. **etykiety równoważne,** a więc inne dokumenty niż określone imiennie przez zamawiającego, spełniające jednakże wymogi z art. 104 ust. 1 pkt 1–5 Pzp. Przepis umożliwia wykonawcy wykazanie zamawiającemu za pomocą etykiet innych niż określona przez zamawiającego, że oferowane roboty budowlane, usługi lub dostawy spełniają jego wymagania. Zamawiający może także samodzielnie określić w dokumentach zamówienia (jednakże w sposób niewyłączny), jaką etykietę uważa za równoważną. Brak posiadania etykiety lub etykiety równoważnej nie prowadzi do odrzucenia oferty, jeśli wykonawca wykaże, że z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać takiej etykiety i wskaże inne środki dowodowe. Jak wskazano w art. 104 ust. 5 Pzp, w przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie przez siebie wyznaczonym, akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki

dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego. Przepis wprowadza kilka przesłanek umożliwiających wykonawcy pozostanie w postępowaniu o zamówienie publiczne pomimo braku posiadania etykiet lub etykiet równoważnych. Na początku wykonawca winien wykazać, że nie może uzyskać wymaganej etykiety z przyczyn od niego niezależnych. Informacja na ten temat powinna się znaleźć w ofercie. Przepis stanowi o obiektywnym nieposiadaniu przez wykonawcę etykiety, a nie o jej nieprzedłożeniu. Jeżeli wykonawca posiada dla obiektu budowlanego, produktu, usługi, procesu lub procedury wymaganą etykietę lub etykietę równoważną, ale jej nie przedłożył, zastosowanie znajduje art. 107 Pzp. Przepis nie określa, jaką przyczynę należy uznać za niezależną od wykonawcy, ale wydaje się, że może nią być okoliczność związana z niemożnością uzyskania etykiety w odpowiednim terminie. Następnie w okolicznościach braku złożenia przez wykonawcę etykiety i etykiety równoważnej zamawiający wyznacza wykonawcy termin na przedłożenie innych odpowiednich środków dowodowych, np. specyfikacji technicznej producenta. Zamawiający może przybliżyć, jakie inne dokumenty przedmiotowe zostaną przez niego zaakceptowane i dookreślić wymagania, jakie stawia wykonawcy. Odpowiednie środki dowodowe mają udowodnić zamawiającemu, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez wykonawcę wykonane, spełniają wymagania **określonej etykiety** lub **określone wymagania wskazane przez zamawiającego** (także w wezwaniu o uzupełnienie, jeśli zamawiający je dookreślił). Jeśli w ocenie zamawiającego przedłożone przez wykonawcę dokumenty nie udowadniają, że roboty budowlane,

dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego, oferta złożona przez wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu.

6. Ograniczenia w żądaniu etykiet. Art. 104 ust. 6 Pzp stanowi, że jeżeli dana etykieta, która spełnia warunki określone w art. 104 ust. 1 pkt 2–5 Pzp, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może żądać tej etykiety. Przepis stanowi, że zamawiający może wymagać przedłożenia przez wykonawców konkretnej etykiety tylko wtedy, gdy w całości określa ona wymagania odpowiadające przedmiotowi zamówienia. W przypadku gdy etykieta określa zarówno wymagania związane, jak i niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może wymagać od wykonawców jej złożenia. W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub – w razie potrzeby – do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamawiający może zatem przywołać tę etykietę w opisie przedmiotu zamówienia wyłącznie informacyjnie, tj. ze wskazaniem, które wymagania objęte jej zakresem nie mają zastosowania. Wykonawca nie jest zobowiązany wykazać w ofercie posiadania takiej etykiety, choć może to zrobić, gdyż potwierdzając jej posiadanie, potwierdza równocześnie spełnienie tych jej wymagań, które są istotne dla zamawiającego.

Art. 105.

1. 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 certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

1. Certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Przepis stanowi transpozycję art. 44 dyrektywy klasycznej. Art. 105 Pzp określa imiennie dwa przedmiotowe środki dowodowe:

1) certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność oraz
2) sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

Każdy z tych środków może służyć w świetle art. 105 ust. 1 Pzp na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi są zgodne z:

1) wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi **w opisie przedmiotu zamówienia** lub
2) **kryteriami oceny ofert**, lub
3) wymaganiami związanymi z **realizacją zamówienia.**

Niezbędnym warunkiem wymagania przez zamawiającego certyfikatu lub sprawozdania z badań będzie dokonanie stosowanego opisu: wymagań, cech lub kryteriów dla opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, bądź wymagań związanych z realizacją, które te środki dowodowe mają potwierdzać. Nie jest zatem dopuszczalne zarówno żądanie tych środków dowodowych od wykonawcy w okolicznościach, gdy nie wskazano w sposób przejrzysty, jakie cechy, kryteria, wymagania mają one potwierdzać, jak również nie jest dopuszczalne dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy wymagań związanych z realizacją za pośrednictwem tych środków dowodowych.

2. Jednostka oceniająca zgodność. Art. 105 Pzp dotyczy wyłącznie certyfikatów i sprawozdań z badań wystawionych przez akredytowane jednostki oceniające zgodność. Jak wskazano w art. 105 ust. 2 Pzp, przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę,

akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem 765/2008 ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu. Jednostka oceniająca zgodność to jednostka, która wykonuje czynności z zakresu oceny zgodności, w tym wzorcowanie, badanie, certyfikację i inspekcję, przy czym poprzez ocenę zgodności należy rozumieć proces wykazujący, czy zostały spełnione określone wymagania odnoszące się do produktu, procesu, usługi, systemu, osoby lub jednostki (art. 2 pkt 12 i 13 rozporządzenia 765/2008 ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu). Polskimi jednostkami oceniającymi zgodność są podmioty znajdujące się w wykazie Polskiego Centrum Akredytacji (PCA), dostępnym na jego stronie internetowej. PCA jest państwową osobą prawną nadzorowaną przez ministra właściwego do spraw gospodarki. PCA jest **jedyną** krajową jednostką akredytującą, wskazaną imiennie w rozporządzeniu 765/2008 ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i przez to **jedyną** upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie tego rozporządzenia. PCA, akredytując jednostki oceniające zgodność, poświadcza, że jednostki te spełniają wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosowanych przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania, w tym także określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji czynności związanych z oceną zgodności (art. 2 pkt 10 rozporządzenia 765/2008 ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu).

3. Żądanie certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Użyte

w art. 105 ust. 3 Pzp pojęcie certyfikatu należy rozumieć szeroko, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy klasycznej, jako zaświadczenie sporządzone przez określoną jednostkę oceniającą zgodność. Jak wynika z treści art. 105 ust. 3 Pzp, zamawiający może wymagać od wykonawcy złożenia konkretnego zaświadczenia (certyfikatu lub sprawozdania z badań) wydawanego przez określoną (wskazaną imiennie) jednostkę oceniającą zgodność. Wymaganie to winno być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 Pzp). Do certyfikatów i sprawozdań z badań zastosowanie znajdzie także przepis art. 106 ust. 2 Pzp, który stanowi, że zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę wykonawca składa wraz z ofertą (art. 107 Pzp). W przypadku gdy zamówienia udziela się w procedurze, w której oferta nie występuje (zamówienie z wolnej ręki), certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę mogą zostać złożone wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi lub w trakcie negocjacji. Art. 105 ust. 3 Pzp upoważnia wykonawcę do złożenia, w miejsce wymaganego certyfikatu wydanego przez konkretną jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, certyfikatów i sprawozdań wydanych przez inne jednostki oceniające zgodność w rozumieniu rozporządzenia 765/2008 ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu. Zamawiający nie dokonuje oceny równoważności certyfikatu czy sprawozdania z badań (tak jak to robi dla etykiet z art. 104 Pzp czy norm z art. 101 Pzp itp.), ale **akceptuje** pod względem formalnym taki

certyfikat (sprawozdanie). Równoważne w rozumieniu art. 105 ust. 3 Pzp są jednostki oceniające zgodność, a nie same certyfikaty i sprawozdania z badań, których forma lub treść mogą się nieco od siebie różnić. Równoważne jednostki oceniające zgodność mogą być jednostkami krajowymi lub jednostkami z innych państw członkowskich UE. Wykaz jednostek krajowych, jak wskazano wcześniej, dostępny jest na stronie PCA. Do wykazu jednostek oceniających zgodność z innych państw członkowskich można dotrzeć za pośrednictwem strony internetowej European Co-operation for Acreditation (EA). EA jest organizacją zrzeszającą krajowe jednostki akredytacyjne państw członkowskich UE (odpowiedniki PCA w krajach UE).

4. Równoważne środki dowodowe. Art. 105 ust. 4 Pzp zezwala wykonawcy na złożenie innego dokumentu przedmiotowego zamiast certyfikatu lub sprawozdania z badań, jeśli za pomocą tego dokumentu wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania zamawiającego, a niezłożenie certyfikatu lub sprawozdania z badań miało charakter obiektywny. Przepis określa preferowany przedmiotowy środek dowodowy, jakim jest dokumentacja techniczna producenta. Środek dowodowy użyty zamiennie przez wykonawcę musi w sposób wystarczający wykazać, że roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonywane przez wykonawcę spełniają wymagania zamawiającego. Oznacza to, że **wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach** uzasadnionych specyfiką zaistniałych okoliczności zamawiający może uznać oświadczenie wykonawcy (producenta) jako równoważne certyfikatowi lub sprawozdaniu z badań jednostek oceniających zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 Pzp. O niedopuszczalności wskazywania oświadczeń w miejsce wymaganych zaświadczeń wydawanych przez podmioty akredytowane (w konkretnym stanie faktycznym, ale w sposób

pozwalający na wyciągnięcie ogólnych wniosków) wypowiedział się sąd okręgowy[39]. Stwierdził on, że równoważność przedmiotowych środków dowodowych nie powinna być rozpatrywana w kontekście funkcjonalnym (poprzez ten sam cel, któremu służy zarówno zaświadczenie, jak i oświadczenie), ale legalnym (zaświadczenie „certyfikat zgodności" wydawany jest przez podmiot trzeci – akredytowaną jednostkę certyfikującą, natomiast dokument w postaci (tutaj) krajowej deklaracji zgodności to dokument wystawiany przez producenta, poświadczający na jego odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną). Sąd uznał ponadto za własne stanowisko KIO stwierdzające, że odmienność podmiotu wydającego powyższe dwa dokumenty stanowi przeszkodę do uznania je za dokumenty równoważne. Dokument bowiem równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Nie sposób przyjąć, iż deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do certyfikatu zgodności, w sytuacji gdy dokument ten [deklaracja zgodności] wystawiony jest przez producenta, nie zaś przez niezależną jednostkę zewnętrzną, z czym mamy do czynienia w przypadku krajowego certyfikatu zgodności. Przyjęcie równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności oraz krajową deklaracją zgodności niweczyłoby dążenie zamawiającego do obiektywnego potwierdzenia jakości oferowanych produktów. Nie można bowiem przypisać równej wartości, znaczenia dokumentom pochodzącym od dwóch tak odmiennych podmiotów. Przyjęcie odmiennej interpretacji stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym[40]. Złożenie wraz z ofertą właściwego dokumentu równoważnego nie jest wystarczające, jeśli wykonawca w ofercie (lub

[39] Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 502/16

[40] Wyrok KIO z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt KIO 248/16

odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień) nie wykaże, że przyczyną braku złożenia certyfikatu lub sprawozdania z badań był brak dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań lub brak możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, przy czym brak ten nie mógł być przypisany temu wykonawcy. Możliwość złożenia przez wykonawcę równoważnych przedmiotowych środków dowodowych jest uzależniona od wystąpienia obiektywnych okoliczności.

Art. 106.

1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 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. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

3. 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.

1. Uwagi ogólne. Pzp uregulowało zagadnienie przedmiotowych środków dowodowych w odrębnym rozdziale. Art. 106 Pzp oraz art. 7 pkt 20 Pzp (obok art. 104 i 105 Pzp) są przepisami określającymi przedmiotowe

środki dowodowe. Przepis art. 106 Pzp określa cel, sposób i zakres żądania przedmiotowych środków dowodowych, wskazując jednocześnie na wymogi proceduralne z tym związane. Funkcją przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu jest potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria (art. 106 ust. 1 Pzp). Zakres żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych nie jest nieograniczony, zamawiający może zażądać wykazania się wyłącznie tymi środkami, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania i są związane z przedmiotem zamówienia (art. 106 ust. 1 i 2 Pzp). Żądając przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający kieruje się zasadą proporcjonalności (art. 106 ust. 2 Pzp), a także nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 106 ust. 3 Pzp). Na straży równego traktowania wykonawców stoi reguła nakazująca zamawiającemu uwzględniać środki dowodowe równoważne żądanym (art. 106 ust. 4 Pzp). Przepis określa także wymogi proceduralne zapewniające przejrzystość żądaniu przez zamawiającego złożenia tych środków. Przejrzystość jest zapewniana przez obowiązek określenia żądanych dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 Pzp).

2. Przedmiotowe środki dowodowe. Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się **poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść.** Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności". Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych.

Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego. Do przedmiotowych środków dowodowych zaliczamy etykiety (art. 104 Pzp), certyfikaty wydawane przez jednostki oceniające zgodność oraz sprawozdania z badań przeprowadzonych przez takie jednostki (art. 105 Pzp). Przedmiotowymi środkami dowodowymi mogą być także:

1) próbki,
2) opisy (np. charakterystyki techniczne, niemające postaci materiału reklamowego czy promocyjnego, które traktują o danym produkcie),
3) fotografie (także jako wyciągi z kart katalogowych),
4) plany, projekty, rysunki, modele, wzory,
5) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
6) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich,
7) deklaracje zgodności CE itp.

– jeżeli służą potwierdzeniu, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Na marginesie należy dodać, że w niektórych sytuacjach określonych uprzednio w dokumentach zamówienia, część wymienionych środków dowodowych może stanowić również podmiotowe środki dowodowe. Tytułem przykładu, zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości może być:

1) podmiotowym środkiem dowodowym składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej wykonawcy (art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp) lub
2) przedmiotowym środkiem dowodowym składanym na potwierdzenie, że konkretny oferowany produkt posiada określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe.

3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający ma swobodę wyboru przedmiotowych środków dowodowych, ale nie jest to swoboda nieograniczona. Przedmiotowy środek dowodowy żądany jest na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Oznacza to, że aby wymagać takiego środka, zamawiający winien najpierw określić konkretne wymagania w opisie przedmiotu zamówienia, które ten dokument ma potwierdzać. **Przedmiotowy środek dowodowy potwierdzać ma spełnienie określonych parametrów, cech czy innych wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a nie je zastępować.** Podobnie zatem jak w przypadku podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdzie nie jest dopuszczalne wymaganie takiego środka, jeżeli zamawiający nie określi warunku, również w przypadku przedmiotowych środków dowodowych nie jest dopuszczalne wymaganie

przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli zamawiający nie sporządzi opisu przedmiotu zamówienia w tym elemencie, do którego odnosi się żądany dokument.

4. Dopuszczalność żądania wyłącznie niezbędnych środków dowodowych. Jak stanowi art. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać 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. „Niezbędność" w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć funkcjonalnie. Niezbędny przedmiotowy środek dowodowy to taki, który ma gwarantować zamawiającemu już na etapie badania i oceny ofert, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania nie są obarczone ryzykiem otrzymania przedmiotu zamówienia niespełniającego (co do istoty) oczekiwań zamawiającego. Zamawiający może żądać wyłącznie takich przedmiotowych środków dowodowych, które potwierdzać mają obiektywnie najistotniejsze elementy przedmiotu zamówienia lub takie, które potwierdzają, że dane zamówienie cechuje się szczególnymi aspektami ekologicznymi, społecznymi itp. Warunkiem prawidłowego żądania przedmiotowego środka dowodowego jest jego precyzyjne opisanie. Ogólne, niejasne określenie katalogu żądanych dokumentów lub delegacja ich określenia na wykonawcę nie wskazują, aby były to dokumenty niezbędne. Jeżeli z dokumentów zamówienia lub treści ogłoszenia nie da się wywieść jednoznacznego wniosku, jakie dokumenty zostaną uznane za potwierdzające zgodność określonego produktu z wymaganiami, a konieczność ich złożenia uzależniona jest od bliżej nieokreślonej specyfiki produktu, podczas gdy przedmiot dostawy obejmuje

niezwykle szeroki asortyment o bardzo zróżnicowanej specyfice, takie dokumenty także nie będą mogły być uznane za niezbędne[41].

5. Proporcjonalność żądania przedmiotowych środków dowodowych i ich zgodność z przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z art. 106 ust. 2 Pzp, muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zgodne z przedmiotem zamówienia. Przepis podkreśla zasadę proporcjonalności w opisie przedmiotowych środków dowodowych, którą należy rozumieć jako wymaganie określenia tych środków w sposób adekwatny do osiągnięcia celu. W przypadku żądania przedmiotowych środków dowodowych celem tym jest zweryfikowanie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Do powyższego nawiązuje także nakaz, aby przedmiotowy środek dowodowy był zgodny z przedmiotem zamówienia. Nie będzie zgodny z przedmiotem zamówienia taki środek dowodowy, który niedostatecznie będzie z nim związany.

6. Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców a przedmiotowe środki dowodowe. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych, jak wskazuje art. 106 ust. 3 Pzp, nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Równe traktowanie wykonawców ma szczególne znaczenie w kontekście składania przedmiotowych środków dowodowych z uwagi na występującą praktycznie nieograniczoną liczbę takich środków. Dotyczy bowiem nie tylko samej okoliczności ustalania środków dowodowych, ale także dokonywania oceny przedłożonych środków. Żądanie przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia dotyczy wszystkich potencjalnych

[41] Podobnie KIO w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt 155/18

wykonawców, w tym samym zakresie. Nie jest dopuszczalne różnicowanie wykonawców pod kątem samego obowiązku składania przez nich przedmiotowych środków dowodowych ani pod kątem „siły dowodowej" danego środka (tj. wymagania od jednych wykonawców składania certyfikowanych zaświadczeń, od innych zaś oświadczeń własnych).

7. Równoważne przedmiotowe środki dowodowe. Art. 106 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę. Oznacza to także uprawnienie dla wykonawcy przedłożenia innych środków dowodowych niż wskazane przez zamawiającego, pod warunkiem że potwierdzają one, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zważywszy, że zakres przedmiotowych środków dowodowych nie jest określony (brak jest zamkniętego katalogu takich środków), liczba potencjalnych środków równoważnych jest nieograniczona. Ocena równoważności przedłożonego środka dowodowego będzie każdorazowo dokonywana przez zamawiającego w konkretnym stanie faktycznym. Zastrzec jednak należy, że aktualne pozostaje stanowisko dotyczące zasad oceny równoważności środków dowodowych zaprezentowane przez Sąd Okręgowy w Warszawie, z którego wynika, że – co do zasady – merytorycznie większą wartość dowodową przedstawiają przedmiotowe środki dowodowe w postaci dokumentów przedstawionych przez podmioty zewnętrzne (np. certyfikaty uprawnionych jednostek, raporty z niezależnych badań) niż dokumenty własne wykonawcy lub producenta. W stanie faktycznym zawisłym przed sądem SO stwierdził, iż „odnośnie do tego wyrobu będącego przedmiotem zamówienia publicznego, nie można postawić znaku równoważności

pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności (dokument zewnętrzny) a krajową deklaracją zgodności (deklaracja producenta)"[42].

Art. 107.

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

1. Nakaz składania przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Przepis art. 107 ust. 1 Pzp przesądza, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. W przypadku gdy zamówienia udziela się w procedurze, w której oferta nie występuje (zamówienie z wolnej ręki), przedmiotowy środek dowodowy powinien zostać złożony zgodnie z wskazaniem zamawiającego: w trakcie negocjacji lub przy podpisaniu umowy.

---

[42] Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 502/16; zob. komentarz do art. 105 Pzp

2. Dopuszczalność uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Odmiennie niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych (art. 128 Pzp), gdzie uzupełnianie dokumentów i oświadczeń podmiotowych jest obligatoryjnym ustawowym nakazem dla zamawiającego, **przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się.** Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp może jednak zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu. W takim przypadku uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego. Przyjęty przez ustawodawcę sposób uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wychodzi naprzeciw specyfice przedmiotowych środków dowodowych i ma na celu uniknięcie automatyzmu w zakresie ich uzupełniania. Zamawiający ma obowiązek wezwania o dokument przedmiotowy tylko wtedy, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Pzp nie wskazuje, jaką postać ma przyjąć taka informacja, istotne jest, aby była czytelna i jasno wskazywała na intencje zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający może wskazać w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia na konkretny dokument przedmiotowy (spośród innych wymaganych przedmiotowych środków dowodowych), którego uzupełnianie dopuszcza. W takim przypadku uzupełnieniu podlegać będzie tylko ten wymieniony środek dowodowy, podczas gdy pozostałe nie będą mogły być uzupełniane. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów, pozostawiając mu jedynie uprawnienie do wezwania o wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust. 4 Pzp). Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia

wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie.

3. Zakres uzupełnienia. Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy:

1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony,
2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Wraz ze skierowaniem wezwania o uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, na zasadach określonych w art. 107 ust. 2 Pzp, zamawiający określa termin, w którym środek dowodowy winien zostać uzupełniony przez wykonawcę. Pzp nie określa tego terminu, co oznacza, że zastosowanie znajdą zasady ogólne Pzp. Termin określony przez

zamawiającego winien być racjonalny i umożliwić wykonawcy złożenie dokumentu (oświadczenia) lub jego części, co nie zostało dopełnione na etapie składania oferty.

4. Wyjątki od dopuszczalności uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Art. 107 ust. 3 Pzp kreuje katalog wyjątków, których ziszczenie się skutkuje niemożnością lub niecelowością wezwania o uzupełnienie brakującego przedmiotowego środka dowodowego. Przepis wprowadza bezwzględny zakaz uzupełniania środków dowodowych, które potwierdzają zgodność oferty z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przykładowo, jeżeli zamawiający wskaże, że parametry techniczne produktu będą jednym z kryteriów oceny ofert i zażąda celem ich potwierdzenia dokumentu przedmiotowego w postaci dokumentacji technicznej producenta, to wykonawca, nie załączając dokumentacji technicznej produktu, narazi się, w zależności od stanu faktycznego, na odrzucenie oferty lub nieprzyznanie mu punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, taki dokument nie podlega bowiem uzupełnieniu. Wezwanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych jest bezprzedmiotowe, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania wyrażone w art. 255 Pzp. Dotyczy to również przesłanek fakultatywnych (np. art. 258 Pzp), jeśli zamawiający zdecydował się na ich uwzględnienie. Wystąpienie przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy także stanowi negatywną przesłankę uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

5. Wyjaśnianie treści przedmiotowych środków dowodowych. Art. 107 ust. 4 Pzp wprowadza instytucję wyjaśniania treści dokumentów przedmiotowych. Norma zezwala zamawiającemu na wyjaśnianie treści przedmiotowych środków dowodowych, ale bez prawa do ich uzupełniania (ewentualne uzupełnianie możliwe jest na podstawie art. 107

ust. 2 Pzp). Wyjaśnianie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może także skutkować zmianą treści takiego oświadczenia lub dokumentu.

Rozdział 2
Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Oddział 1
Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia

Art. 108.

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

– lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;

3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed

upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

4) wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia

pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, 875, 1086 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 187 i 815).

1. Cel przepisu. Art. 108 Pzp zawiera **zamknięty** katalog tzw. **obligatoryjnych podstaw wykluczenia**. Są to podstawy, których wystąpienie **zawsze skutkuje wykluczeniem wykonawcy**. W przypadku zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia zamawiający nie ma możliwości rezygnacji z takiej przesłanki wykluczenia. Wykluczenia obligatoryjne pełnią przede wszystkim funkcję **prewencyjną i represyjną**. Stanowią sankcję za łamanie prawa przez wykonawcę lub osoby sprawujące u wykonawcy funkcje kierownicze. Obligatoryjne podstawy wykluczenia mają zniechęcać do popełniania niektórych przestępstw (art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp), uchylania się od płacenia podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp) oraz zawierania porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp). Odzwierciedleniem funkcji prewencyjnej jest zwłaszcza przepis art. 108 ust. 2 Pzp, który ma mobilizować wykonawców do zgłaszania informacji o beneficjencie rzeczywistym do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Natomiast represyjny charakter wykluczeń obligatoryjnych ulega uwypukleniu w przypadku wykluczania wykonawcy, wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp). Na tym tle wyjątek stanowi podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp, która pełni **funkcję kompensacyjną**. Wykluczenie wykonawcy wcześniej zaangażowanego w przygotowanie danego

postępowania stanowi bowiem środek wyrównujący zakłócenie konkurencji, w przypadku gdy uprzednie zaangażowanie wykonawcy wywarło wpływ na warunki zamówienia w sposób dla niego korzystny.
Art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–e i g oraz pkt 2 Pzp wdraża art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Przepis dyrektywy zawiera wykaz czynów zabronionych powodujących obowiązkowe wykluczenie.
Art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f i h Pzp, które nakazują wykluczyć wykonawcę skazanego za nielegalne zatrudnianie cudzoziemców, przenosi do krajowego porządku art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy 2009/52/WE.
Art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, który przewiduje obowiązkowe wykluczenie wykonawców posiadających zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne ustalone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną, implementuje art. 57 ust. 2 akapit pierwszy i trzeci dyrektywy klasycznej.

2. Skazanie za przestępstwo. Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, odnoszą się do prawomocnego skazania za przestępstwa wymienione w tym przepisie. Prawomocne skazanie może dotyczyć zarówno samych wykonawców, jak i osób pełniących u wykonawcy funkcje zarządcze lub nadzorcze.

2.1. Skazanie wykonawcy. Obligatoryjnemu wykluczeniu podlega wykonawca będący **osobą fizyczną**, którego prawomocnie **skazano** za popełnienie wskazanych w przepisie **przestępstw**. Art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp zawiera **zamknięty katalog** takich przestępstw. Skazanie wykonawcy za inne niż wyraźnie wymienione w tym przepisie przestępstwa może natomiast skutkować wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lub 4 Pzp. Katalog przestępstw objętych dyspozycją art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp zawiera:

Katalog przestępstw wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp jest następujący:

1) **przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku** mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego z art. 258 Kk **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp)**. Przestępstwo to obejmuje ono cztery typy czynów zabronionych – typ **podstawowy** (art. 258 § 1 Kk) oraz trzy typy **kwalifikowane**:
   a. uczestnictwo w grupie lub związku **mającym charakter zbrojny** albo mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze **terrorystycznym** (art. 258 § 2 Kk),
   b. **zakładanie lub kierowanie** grupą lub związkiem przestępczym, w tym także o charakterze zbrojnym (art. 258 § 3 Kk) i
   c. zakładanie lub kierowanie grupą albo związkiem mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze **terrorystycznym** (art. 258 § 4 Kk).

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wdraża art. 57 ust. 1 lit. a dyrektywy klasycznej;

2) **przestępstwo handlu ludźmi** z art. 189a Kk **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp)**. Przestępstwo to obejmuje zarówno **dokonanie i usiłowanie** przestępstwa handlu ludźmi (art. 189a § 1 Kk), jak i **przygotowanie** do jego popełnienia (art. 189a § 2 Kk). Zgodnie z legalną definicją, zawartą w art. 115 § 22 Kk, handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem:
   a. przemocy lub groźby bezprawnej,
   b. uprowadzenia,
   c. podstępu,

d. wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania,
e. nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności,
f. udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą

– w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione w lit. a–f powyżej.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp wdraża art. 57 ust. 1 lit. f dyrektywy klasycznej;

3) **przestępstwa o charakterze korupcyjnym (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp)**. Należą do nich:
   a. sprzedajność (łapownictwo bierne) z art. 228 Kk,
   b. przekupstwo (łapownictwo czynne) z art. 229 Kk,
   c. płatna protekcja bierna z art. 230 Kk,
   d. płatna protekcja czynna z art. 230a Kk,
   e. sprzedajność wyborcza oraz przekupstwo wyborcze z art. 250a Kk,
   f. sprzedajność sportowa, przekupstwo sportowe oraz płatna protekcja w sporcie z art. 46 i 48 ustawy o sporcie.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp wdraża art. 57 ust. 1 lit. b dyrektywy klasycznej;

4) przestępstwo **finansowania** przestępstwa o charakterze **terrorystycznym** z art. 165a Kk oraz przestępstwo **prania pieniędzy** (udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia) z art. 299 Kodeksu karnego **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. d Pzp)**. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. d Pzp wdraża art. 57 ust. 1 lit. e dyrektywy klasycznej;
5) przestępstwa o **charakterze terrorystycznym** w rozumieniu art. 115 § 20 Kk lub przestępstwa mające na celu popełnienie tego rodzaju przestępstw **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. e Pzp)**. W art. 115 § 20 Kk zawarto legalną definicję przestępstwa o charakterze terrorystycznym, zgodnie z którą jest to czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:
   a. poważnego zastraszenia wielu osób,
   b. zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
   c. wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej
   – a także groźba popełnienia takiego czynu.

Artykuł 115 § 20 Kk nie tworzy odrębnego typu przestępstwa, lecz **odnosi się do tych innych przestępstw, które zostały już objęte kryminalizacją** w części szczególnej i wojskowej Kk oraz w innych ustawach. Teoretycznie rzecz biorąc, terrorystyczny charakter przybrać może każde przestępstwo, które zagrożone jest karą pozbawienia wolności o górnej granicy

wynoszącej co najmniej 5 lat[43]. Terrorystyczny charakter przestępstwa występuje jako znamię typów czynów zabronionych z art. 165a § 1, art. 240 § 1, art. 255a § 1 i 2, art. 258 § 2 i 4 i art. 259a Kk. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. e Pzp transponuje art. 57 ust. 1 lit. d dyrektywy klasycznej;

6) przestępstwo **nielegalnego zatrudnienia małoletniego cudzoziemca** z art. 9 ust. 2 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f Pzp)**;
7) przestępstwa **przeciwko obrotowi gospodarczemu** z art. 296–307 Kk, przestępstwo **oszustwa** (wyłudzenia) z art. 286 Kk, przestępstwa **przeciwko wiarygodności dokumentów** z art. 270–277d Kk oraz przestępstwa **skarbowe** (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g Pzp).

Do kategorii **przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu** należą:

a. przestępstwo **nadużycia zaufania** z art. 296 Kk,
b. **łapownictwo menadżerskie** z art. 296a Kk,
c. **oszustwo finansowe** z art. 297 Kk,
d. **oszustwo ubezpieczeniowe** z art. 298 Kk,
e. **pranie pieniędzy** z art. 299 Kk,
f. przestępstwo **niezaspokojenia roszczeń wierzyciela** (oszukańcze bankructwo) z art. 300 Kk,
g. przestępstwo **transferowego niezaspokojenia** należności **wierzycieli** (oszukańczy transfer majątku) z art. 301 § 1 Kk,
h. **bankructwo** z pokrzywdzeniem wierzycieli z art. 301 § 2 i 3 Kk,
i. **faworyzowanie wierzycieli** z art. 302 Kk,

[43] Por. P. Daniluk, [w:] R. Stefański [red.], *Kodeks Karny. Komentarz*, wyd. 24, komentarz do art. 115 Kk, Legalis. 231

j. przestępstwa związane z **nierzetelnym dokumentowaniem** działalności gospodarczej z art. 303 Kk,
k. **wyzysk** (lichwa) z art. 304 Kk,
l. **zakłócenie przetargu publicznego** z art. 305 Kk,
m. **fałszowanie oznaczeń produktu** z art. 306 Kk.

Z kolei do grupy **przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów** zalicza się:

a. **fałsz materialny dokumentu i bezprawne wykorzystanie podpisanego blankietu** z art. 270 Kk,
b. **fałsz materialny faktury** z art. 270a Kk,
c. **fałsz intelektualny dokumentu** z art. 271 Kk,
d. **fałsz intelektualny dokumentu w postaci faktury** z art. 271a Kk,
e. **wyłudzenie poświadczenia nieprawdy** art. 272 Kk,
f. **użycie dokumentu poświadczającego nieprawdę** z art. 273 Kk,
g. **zbycie dowodu tożsamości** z art. 274 Kk,
h. przestępstwo **posługiwania się dokumentem stwierdzającym tożsamość** albo **prawa majątkowe** innej osoby, **kradzieży i przywłaszczenia takiego dokumentu**, a także jego **bezprawnego transferu za granicę** z art. 275 Kk,
i. **niszczenie** lub **ukrywanie dokumentów** z art. 276 Kk,
j. niszczenie, uszkadzanie, usuwanie i przesuwanie **znaków granicznych** z art. 277 Kk.

Natomiast **przestępstwem skarbowym** jest czyn zabroniony, za który Kks przewiduje karę grzywny w stawkach dziennych, karę ograniczenia wolności lub karę pozbawienia wolności;

8) przestępstwo **nielegalnego zatrudniania wielu cudzoziemców**, przestępstwo **uporczywego** nielegalnego zatrudniania cudzoziemców, przestępstwo nielegalnego zatrudnienia cudzoziemca

w warunkach szczególnego wykorzystania oraz przestępstwo nielegalnego zatrudnienia cudzoziemca, będącego **pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi**, o których mowa w art. 9 ust. 2 i 3 oraz art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej **(art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h Pzp)**.

Art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp obejmuje swą hipotezą również skazanie za **czyn zabroniony** określony w przepisach **prawa obcego,** jeżeli odpowiada on znamionom przestępstw wyliczonych enumeratywnie w tym punkcie. Wskazówkę ułatwiającą zidentyfikowanie odpowiednich przepisów prawa obcego stanowią katalogi czynów zawarte w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 9 ust. 1 dyrektywy 2009/52/WE, które określają minimalny poziom wdrożenia w państwach członkowskich wymagany w tym zakresie.

2.2. Skazanie osób pełniących funkcje zarządcze lub nadzorcze. W myśl art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp obligatoryjnemu wykluczeniu podlega również wykonawca, gdy osoba prawomocnie skazana za określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp przestępstwo (w tym odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego) jest:

1) urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy,
2) wspólnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeżeli wykonawca działa w formie odpowiednio spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej,
3) prokurentem wykonawcy.

Sformułowanie z art. 57 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej polski ustawodawca prawidłowo odniósł nie tylko do osób działających jako członkowie organów wykonawcy, ale również do osób samodzielnie reprezentujących wykonawcę, których zakres umocowania określa ustawa (prokurentów oraz wspólników spółek osobowych prawa handlowego, którzy są ustawowo upoważnieni do reprezentowania spółki).

Wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonywana w zgodzie z dyrektywą klasyczną nakazuje przyjąć, że w przypadku spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna, przez urzędującego członka organu zarządzającego wykonawcy należy rozumieć osobę zasiadającą w organie zarządzającym osoby prawnej będącej komplementariuszem. Jest to bowiem osoba ustawowo upoważniona do reprezentowania spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej.

Art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp obejmuje każdy przypadek prawomocnego skazania za wymienione w pkt 1 przestępstwa (lub odpowiednie czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego) popełnione przez osoby pełniące funkcje kierownicze u wykonawcy, niezależnie od tego, czy przestępstwo miało związek z działalnością wykonawcy, czy nie.

2.3. Urzędujący członek organu. Urzędujący członek organu to każdy członek organu, który nie utracił swojego statusu na skutek odwołania, rezygnacji, zakończenia kadencji lub śmierci. Należy zauważyć, że art. 57 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej obejmuje swoim zakresem wszystkich bez wyjątku członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego.

2.4. Zmiany osób pełniących funkcje kierownicze. Wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp przyczyna wykluczenia nie może ani na moment zaistnieć przez cały czas uczestnictwa wykonawcy

w postępowaniu. Dotyczy to także przypadków, gdy w trakcie postępowania zachodzą zmiany w składzie organu, w gronie wspólników albo prokurentów. Powołanie w trakcie postępowania do organu, a także udzielenie prokury lub przystąpienie wspólnika – osoby skazanej prawomocnie za choćby jedno przestępstw wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, prowadzi do zmaterializowania się podstawy wykluczenia z tego przepisu.

2.5. Prawomocne skazanie. Skazanie za określone przestępstwo (lub czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego) musi być prawomocne. Skazanie jest prawomocne, gdy orzeczenie skazujące nie podlega zaskarżeniu za pomocą zwykłych środków zaskarżenia. W polskim procesie karnym zwykłym środkiem zaskarżenia od wyroku skazującego jest apelacja i sprzeciw.

Jeżeli wyrok skazujący nie jest prawomocny, wykonawca może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o ile przestępstwo miało związek z działalnością zawodową wykonawcy i podważa jego uczciwość. Domyślnie wskazuje na to ustawodawca europejski w motywie 101 preambuły dyrektywy klasycznej, wyjaśniając, że „instytucje zamawiające mają możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy – przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia – mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki". Prawomocne skazanie nie jest również wymagane w przypadku obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 2 Pzp.

2.6. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Stosownie do § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków

dowodowych środkiem dowodowym żądanym na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp jest **informacja z KRK o osobie**. Przepis ma zastosowanie do wszystkich wykonawców krajowych, tj. mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania **poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej**, zamiast informacji z KRK składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio **oświadczenie wykonawcy**, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub **oświadczenie osoby**, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub – jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą – złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Instytucja **oświadczenia pod przysięgą** jest przewidziana przede wszystkim w systemie *common low*. W krajach, w których stosowane jest prawo angielskie lub prawo pokrewne (zwłaszcza w byłych koloniach brytyjskich),

oświadczenie pod przysięgą (ang. *Affidavit*) to dokument podpisany przez składającego oświadczenie (ang. *deponent* lub *affiant*) oraz uwierzytelniony jego przysięgą. Osoba składająca oświadczenie pod przysięgą musi je złożyć w obecności radcy prawnego (ang. *solicitor*), notariusza lub prawnika upoważnionego do przyjmowania zeznań pod przysięgą (ang. *Commissioner for Oaths*), który poświadcza złożenie takiego oświadczenia. Przez oświadczenie złożone przed **notariuszem** należy rozumieć oświadczenie złożone w obecności notariusza. Oświadczenie musi być złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych określa jedynie tryb złożenia oświadczenia („przed notariuszem"), który nie jest tożsamy z formą oświadczenia. Brak określenia formy oświadczenia składanego przed notariuszem wiąże się z przewidzianą przez prawodawcę odmiennością systemów prawnych różnych państw. Przepisy krajowe mogą przewidywać różne sposoby wyrażenia takiego oświadczenia. Można je złożyć ustnie przed notariuszem, który sporządza protokół notarialny. Notariusz może też sporządzić dokument zawierający oświadczenie, odczytać go i dać do podpisu wykonawcy. Wreszcie wykonawca może sporządzić pismo z odpowiednim oświadczeniem i podpisać je w obecności notariusza, który poświadcza notarialnie podpis. Nie jest natomiast oświadczeniem złożonym przed notariuszem dokument poświadczony przez notariusza w odniesieniu do podpisu już figurującego na dokumencie (tj. niezłożonego w obecności notariusza).

3. Podatki, opłaty lub składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Stosownie do art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia obowiązkowo wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję

administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wzorcem normatywnym dla tego przepisu jest art. 57 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej".

Według art. 6 Ordynacji podatkowej **podatkiem** jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej.

Posługując się pojęciem „**opłat**", ustawodawca polski ma na myśli opłaty publiczne, które stanowią jeden z rodzajów danin publicznych w rozumieniu art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych. Pojęcie opłaty publicznej nie zostało zdefiniowane w polskim systemie prawnym. Termin ten nie jest również ujmowany jednolicie w doktrynie i poszczególni autorzy oznaczają nim różne kategorie danin publicznych[44]. Przy wyjaśnieniu tego pojęcia należy kierować się treścią art. 57 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz motywem 100 preambuły dyrektywy klasycznej, które odnoszą się wyłącznie do podatków i składek na ubezpieczenia społeczne. Pojęcie opłat należy więc interpretować

[44] Por. H. Dzwonkowski, T. Nowak, [w:] H. Dzwonkowski [red.], *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 2 Ordynacji podatkowej, Nb. 6

wąsko i odnosić je wyłącznie do opłat, które posiadają cechy podatku. Z uzasadnienia do projektu Pzp wynika, że chodzi o opłaty, do których stosuje się Ordynację podatkową z mocy jej art. 2 § 1 i 3[45]. Wspólnym mianownikiem wymienionych w art. 2 § 1 i 3 Ordynacji podatkowej opłat jest to, że stanowią **dochód budżetu państwa** lub **budżetu jednostki samorządu terytorialnego**. Ordynacja podatkowa zalicza do opłat przede wszystkim opłaty, do których ustalania lub określania uprawnione są organy podatkowe, a także opłatę skarbową oraz opłaty, o których mowa w przepisach o podatkach i opłatach lokalnych.

Składki na **ubezpieczenie społeczne** oznaczają składki na:

1) ubezpieczenie emerytalne,
2) ubezpieczenia rentowe,
3) ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa (chorobowe),
4) ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (wypadkowe).

Do składek na ubezpieczenia społeczne **nie** zaliczają się składki na Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych.

Z kolei przez składki na **ubezpieczenie zdrowotne** należy rozumieć składki na ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Składki na prywatne ubezpieczenie zdrowotne nie są objęte komentowanym przepisem.

Zaległości w opłacaniu innych kategorii danin publicznych, takich jak wpłaty (np. wpłata na PFRON) lub kary (np. kara grzywny lub

---

[45] Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3624), http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 25 maja 2020 r.), s. 37

administracyjna kara pieniężna), nie skutkują wykluczeniem na podstawie komentowanego przepisu.

3.1. Zaległości. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczy **zaległości** w uiszczeniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Z zaległością podatkową mamy do czynienia przede wszystkim w przypadku nieuiszczenia przez **podatnika** w terminie należnego podatku (art. 51 § 1 Ordynacji podatkowej). Z zaległością podatkową będziemy mieli również do czynienia w przypadku niezapłacenia przez podatnika w terminie płatności zaliczki na podatek lub raty podatku (art. 51 § 2 Ordynacji podatkowej). Zaległością podatkową są także nieuiszczone w terminie płatności opłaty (art. 3 pkt 3 lit. c Ordynacji podatkowej). Te same zasady mają również zastosowanie do należności z tytułu podatków, zaliczek na podatek oraz rat podatków niewpłaconych w terminie płatności przez **płatnika** lub **inkasenta** (art. 51 § 3 Ordynacji podatkowej).

Zaległymi składkami na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne są składki nieopłacone w terminie płatności.

3.2. Prawomocny wyrok sądu lub ostateczna decyzja administracyjna. Zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne musi być ustalone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną.

Zaległość podatkowa powstaje z mocy samego prawa. Sam fakt bezskutecznego upływu terminu płatności, bez konieczności wydawania w tym zakresie jakichkolwiek aktów władczych (decyzji lub postanowień), prowadzi do wystąpienia zaległości. Jednakże powstanie zaległości podatkowej warunkuje możliwość podjęcia przez organ podatkowy określonych działań, w szczególności wydania na podstawie art. 21 § 1

pkt 2 lub § 3 Ordynacji podatkowej **decyzji wymiarowej**, która ustala lub określa wysokość zobowiązania podatkowego[46]. Organ podatkowy powinien wydać decyzję wymiarową, gdy stwierdzi, że:

1) podatnik, mimo ciążącego na nim obowiązku, nie zapłacił w całości lub w części podatku,
2) podatnik nie złożył deklaracji,
3) wysokość zobowiązania podatkowego jest inna niż wykazana w deklaracji,
4) powstałego zobowiązania nie wykazano.

Ostateczna decyzja wymiarowa (albo wydany w wyniku jej zaskarżenia prawomocny wyrok sądu), która potwierdza w swej treści istnienie zaległości podatkowej albo naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatku, stanowi podstawę wykluczenia[47].

W myśl art. 128 Ordynacji podatkowej **decyzją ostateczną** jest decyzja, od której nie służy odwołanie w postępowaniu podatkowym, a więc decyzja wydana w II instancji w następstwie postępowania odwoławczego, decyzja wydana w I instancji, od której nie wniesiono w terminie odwołania, oraz decyzja, od której nie służy odwołanie.

Powyższe uwagi należy z uwzględnieniem zachodzących różnic odnieść do zaległości w uiszczaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz decyzji wymiarowych wydawanych przez ZUS.

3.3. Samooczyszczenie w przypadku zaległości. Wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp nie podlega wykonawca,

---

[46] Por. J. Olesiak, Ł. Pajor, [w:] H. Dzwonkowski [red.], *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 51 Ordynacji podatkowej

[47] Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3624), http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 25 maja 2020 r.), s. 37

który odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W przetargu nieograniczonym oraz negocjacjach bez ogłoszenia, a w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne – w trybie podstawowym – płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami należy dokonać przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w pozostałych procedurach należności powinny być uregulowanie do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z wyjątkiem zamówienia z wolnej ręki, gdzie płatność może nastąpić aż do momentu zawarcia umowy.

Na równi z dokonaniem płatności art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp traktuje zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty należności.

3.4. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Brak podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp dokumentuje się, składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie tej podstawy wykluczenia (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. a rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

4. Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Stosownie do art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

4.1. Podmiot zbiorowy. Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne może zostać orzeczony wobec wykonawcy, który jest **podmiotem zbiorowym** w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Zgodnie z art. 2 ust. 1 wskazanej ustawy podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków. Podmiotem zbiorowym jest zatem każda spółka prawa handlowego, zarówno kapitałowa (np. spółka z o.o.), jak i osobowa (np. spółka jawna).
Zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia orzeka się na podstawie wskazanej ustawy tytułem środka karnego (art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary) lub zapobiegawczego (art. 26a ust. 1 tej ustawy).
Orzeczenie zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia tytułem **środka karnego** następuje w drodze wyroku. Zakaz orzeka się w latach na okres od 1 roku do lat 5.
Natomiast zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia stosowany tytułem **środka zapobiegawczego** orzekany jest postanowieniem sądu, wydanym w postępowaniu w sprawie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego lub w postępowaniu karnym albo w postępowaniu w sprawie o przestępstwo skarbowe przeciwko określonym osobom fizycznym odpowiedzialnym za prowadzenie spraw podmiotu zbiorowego. Zakaz stosuje się na czas trwania tych postępowań.
4.2. Osoba fizyczna. Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne może zostać również orzeczony tytułem **środka zapobiegawczego** wobec wykonawcy, który jest **osobą fizyczną**. Stosownie do art. 276 Kpk tytułem

środka zapobiegawczego można zakazać oskarżonemu ubiegania się o zamówienie publiczne na czas trwania postępowania karnego.

4.3. Prawomocne orzeczenie zakazu. Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne jest podstawą wykluczenia, jeżeli został **prawomocnie** orzeczony. Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne jest prawomocnie orzeczony, gdy od wyroku, w którym orzeczono taki zakaz, lub od orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne nie przysługuje środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia.

Przepis obejmuje również przypadki orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów prawa obcego. Nie ma przy tym znaczenia, pod jaką nazwą funkcjonuje w danym systemie prawnym określony środek.

4.4. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem **środka karnego** dokumentuje się, składając **informację z KRK o podmiocie zbiorowym** (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Jeżeli wykonawca ma siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z KRK, wykonawca składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym **oświadczenie wykonawcy**, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby,

której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub – jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą – złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy (§ 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Należy wyjaśnić, iż w KRK nie ujawnia się informacji o orzeczeniu tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Dlatego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem **środka zapobiegawczego** poświadcza się, składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. b rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

5. Porozumienie w celu zakłócenia konkurencji. Wedle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że **wykonawca** zawarł z innymi **wykonawcami** porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przewidziana w art. 16 pkt 1 Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji może być zagwarantowana tylko wtedy, gdy uczestniczący

w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy przestrzegają reguł uczciwej konkurencji, co wyklucza wchodzenie w zmowę z innymi wykonawcami. Nie ma przy tym znaczenia, czy w wyniku porozumienia zamawiający poniesie szkodę.

5.1. Zakłócenie konkurencji. Porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji to przede wszystkim **porozumienia ograniczające konkurencję** w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Są to porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Polegają one w szczególności na:

1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
3) podziale rynków zbytu lub zakupu,
4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

5.2. Zmowa przetargowa. Z punktu widzenia zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma ostatni wyspecyfikowany w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów typ porozumienia, zwany **zmową przetargową**. Zmowy przetargowe mogą występować zarówno w układzie **horyzontalnym**, czyli pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, jak i w układzie **wertykalnym**, a więc pomiędzy przedsiębiorcą a przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu. Stwierdzić należy, iż art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji zawieranych pomiędzy wykonawcami. Należy pamiętać, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy zarówno porozumień zawartych w związku z danym, aktualnie prowadzonym postępowaniem, jak również wcześniej zawartych tego rodzaju porozumień.

Zmowa przetargowa w układzie horyzontalnym może przybrać różne formy. W literaturze wyróżnia się trzy podstawowe mechanizmy takich zmów: oferty kurtuazyjne, ograniczanie ofert oraz rozstawianie i wycofanie ofert. **Oferty kurtuazyjne** polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu stworzenie pozoru konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena oferty wytypowanej jest relatywnie korzystna[48]. Z kolei w przypadku mechanizmu **ograniczania ofert** strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem nie weźmie w nim udziału albo wycofa już złożoną ofertę lub w inny sposób spowoduje, że dana oferta nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza (np. nie uzupełni braków formalnych

[48] Por. UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013, s. 9

oferty), w celu umożliwienia wybranemu spośród siebie przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie[49]. Ten sam skutek wywołuje odmowa zawarcia umowy przez uczestnika przetargu, którego oferta została wybrana, dla umożliwienia zawarcia umowy z konkurentem, który złożył drugą w kolejności ofertę. Natomiast **rozstawianie i wycofywanie ofert** to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczeniem ofert. Najpierw zmawiający się konkurenci uzgadniają treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane" – oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie, jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty uczestników zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana"[50]. Celem tej strategii jest zwiększenie szans zmawiających się wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów, przy jednoczesnej chęci zaoferowania jak najwyższej ceny. Rekompensata za „wycofanie" oferty polega zwykle na udzieleniu podwykonawstwa w uzyskanym zamówieniu bądź też na zamienieniu się rolami w ramach kolejnych zmów przetargowych.

Pojęcie „porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji" jest jednak pojęciem szerszym od porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. To drugie nie odnosi się bowiem do porozumień zawieranych pomiędzy członkami grupy kapitałowej. Zgodnie z przyjętą w orzecznictwie TSUE oraz akceptowaną w praktyce decyzyjnej UOKiK koncepcją „jednego organizmu

[49] Por. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 242

[50] Por. UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013, s. 10

gospodarczego" (ang. *single economic unit*) członków grupy kapitałowej traktuje się jako jednego przedsiębiorcę, co wyłącza zawarte pomiędzy nimi porozumienia spod art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[51]. Tymczasem w świetle definicji wykonawcy zawartej w art. 7 pkt 30 Pzp każdy członek grupy kapitałowej, który złożył odrębną ofertę, jest odrębnym wykonawcą. Dlatego zmowy przetargowe zawarte w ramach grupy kapitałowej nie są wyłączone spod z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

5.3. Zmowa przetargowa w ramach grupy kapitałowej. TSUE w wyroku w sprawie *Assitur* trafnie uznał, że regulacja krajowa, która zakazuje członkom grupy kapitałowej udziału w tym samym postępowaniu przetargowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zmowy między uczestnikami tego samego przetargu oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania[52]. Przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej, stanowiąc jeden organizm gospodarczy, co do zasady nie konkurują ze sobą, ponieważ jako grupa kapitałowa realizują wspólny cel gospodarczy. Z tego powodu uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy rodzi podejrzenie, że łączy ich niedozwolone porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji[53]. Kierując się powyższym motywem, ustawodawca połączył w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp dwie odrębne podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 Pzp2004 w jedną. Mechanizmy

---

[51] Por. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 62 i nast.

[52] Zob. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 22

[53] Por. M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019, Legalis, Rozdział III, § 2, pkt X

zmów przetargowych w ramach grupy kapitałowej są bowiem identyczne ze strategiami stosowanymi w przypadku podobnych porozumień łączących niezależnych przedsiębiorców, a większość ujawnionych w Polsce zmów przetargowych to właśnie porozumienia w ramach grupy kapitałowej[54]. Połączenie to nie jest, jak mogłoby się wydawać, jedynie zabiegiem redakcyjnym. Kryje się za tym zmiana podejścia polskiego ustawodawcy do kwestii składania przez członków grupy kapitałowej odrębnych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przed wejściem w życie Pzp podstawą wykluczenia było zakłócenie konkurencji w postępowaniu wynikające z powiązań istniejących między członkami grupy kapitałowej, co jest okolicznością obiektywną i niezależną od motywacji wykonawców. Jeżeli analiza powiązań wskazywała, że członkowie grupy kapitałowej działają na rynku jako „jeden organizm gospodarczy" (nie posiadają autonomii rynkowej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach), aktualizował się obowiązek ich wykluczenia. Takie podejście czyniło zasadnym odrębne traktowanie przez ustawodawcę zagadnienia zmowy przetargowej łączącej niezależnych przedsiębiorców jako porozumienia niedozwolonego w świetle art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz problemu równoległego udziału w przetargu członków grypy kapitałowej jako zjawiska co do zasady irrelewantnego z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji. W Pzp wykluczenie zostało powiązane z łączącym członków grupy kapitałowej porozumieniem mającym na celu ograniczenie konkurencji, które ze względu na towarzyszący temu porozumieniu zamiar podważa rzetelność wykonawcy i uzasadnia jego wykluczenie nie tylko z tego, ale

[54] Szerzej na temat „polskiej zmowy przetargowej" P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 246 i nast.

również dalszych postępowań. Ustawodawca nakazał przyjąć istnienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej w sytuacji, gdy doszło do złożenia przez nich **odrębnych** ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co każdy z tych wykonawców może kontestować przeciwdowodami. Aby wzruszyć to domniemanie, członkowie grupy muszą wykazać, że przygotowali oferty lub wnioski **niezależnie** od siebie, co jest równoznaczne z tym, że nie łączyło ich porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.
Domniemanie nie zwalnia zatem zamawiającego z konieczności indywidualnej oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia, a wykonawców nie pozbawia uprawnienia do wykazania swojej rzetelności pomimo stwierdzenia, że doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert lub wniosków. Jak podkreślił TSUE, grupy kapitałowe mogą bowiem przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego[55]. Nawet podpisanie ofert członków grupy kapitałowej przez jednego pełnomocnika nie powinno powodować automatycznego wykluczenia, jeżeli z wewnętrznych procedur wynika, że członkowie

[55] Zob. wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 31.

grupy mogą wykonywać działalność jedynie za jego pośrednictwem, a pełnomocnik nie wpływa na treść oświadczeń woli zawartych w ofertach[56].

Powiązani ze sobą wykonawcy powinni zatem przedstawić dowody, że dysponują **samodzielnością** w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach – w szczególności umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują zarówno niezależność, jak poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Ponadto argumentacja wykonawców powinna być nakierowana na wykazanie **różnic** pomiędzy ich ofertami lub wnioskami o dopuszczenie do udziału, w szczególności odnośnie do sposobu wykonania zamówienia (oferowanie różnych rozwiązań, w których każdy z członków grupy się specjalizuje), kalkulacji ceny, łańcuchów dostaw, planowanego podwykonawstwa, wykazów zrealizowanych zamówień, osób skierowanych do realizacji zamówienia lub sprzętu. Musi się zaznaczać indywidualne, przemyślane podejście do sporządzenia ofert, które wyklucza przyjęcie, że w danym przypadku członkowie grupy kapitałowej porozumieli się co do stosowania nieuczciwych praktyk, takich jak rozstawianie i wycofywanie ofert lub złożenie oferty kurtuazyjnej.

Domniemanie zmowy przetargowej dotyczy również przypadku, gdy wykonawcy należący do grupy kapitałowej złożyli odrębne **oferty częściowe**. *Ratio legis* przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest przeciwdziałanie porozumieniom mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji. Przenosząc

---

[56] Por. wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78, pkt 42 i 43

powyższe na grunt ofert częściowych, należy stwierdzić, że zakazane są więc tylko takie przypadki złożenia ofert częściowych przez członków grupy kapitałowej, które mogą zakłócić konkurencję. Wydaje się, że co do zasady możemy mieć do czynienia z dwoma takimi przypadkami. Pierwszy, gdy dochodzi do złożenia ofert przez członków grupy na tę samą część zamówienia. Drugi, gdy w przypadku ustanowienia przez zamawiającego limitu liczby ofert częściowych na podstawie art. 91 ust. 3 Pzp łączna liczba ofert częściowych złożonych przez członków grupy kapitałowej przewyższa ten limit. W tym drugim wypadku zachowania członków grupy kapitałowej wskazują na zawarcie porozumienia, którego celem jest obejście ustanowionego przez zamawiającego ograniczenia i zapewnienie sobie udziału w większej liczbie części zamówienia, niż to przewidział zamawiający. Takie zachowanie zaburza konkurencję i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

5.4. Pojęcie grupy kapitałowej. Pzp nie definiuje pojęcia grupy kapitałowej, tylko odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów grupa kapitałowa oznacza wszystkich przedsiębiorców, którzy są **kontrolowani** w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Dla wyjaśnienia tej definicji trzeba odwołać się do pojęcia przejęcia kontroli z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie **decydującego wpływu** na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie tworzą w szczególności:

1) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
2) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
3) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
4) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
5) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
6) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Nie jest to katalog zamknięty. Mogą wystąpić również inne okoliczności o charakterze prawnym bądź faktycznym, świadczące o **możliwości** wywierania wpływu na innego przedsiębiorcę.

5.5. Wiarygodne przesłanki. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią przepisu wystarczy oparcie się na **wiarygodnych przesłankach**.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, udowodnienie zachodzi wówczas, gdy w świetle przeprowadzonych dowodów fakt przeciwny dowodzonemu jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny[57]. Ponieważ wykazanie zmów przetargowych jest bardzo trudne, ustawodawca uznał, iż nie można przerzucać pełnego ciężaru dowodu zmowy przetargowej na zamawiającego. Wystarczy, że zamawiający znacznie **uprawdopodobni**, że do takiej zmowy **mogło** dojść. Jest to ułatwienie dowodzenia, ponieważ zamawiający może poprzestać na wykazaniu wysokiego prawdopodobieństwa (dowód *prima facie*), które nie daje pewności co do zajścia pewnych okoliczności, a jedynie je uprawdopodobnia. Jest to znacząca różnica w stosunku do domniemania faktycznego, wymagającego pewności wniosków, na których zostało oparte[58].

5.6. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Podmiotowy środek dowodowy składany w celu potwierdzenia braku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji stanowi oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstawy wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. c rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, na okoliczność braku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji zamawiający żąda dodatkowo:

---

[57] Por. wyrok SN z 28 marca 2008 r., III KK 484/07, LEX nr 370249

[58] Co do dowodu *prima facie* zob. M. Białkowski, *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, Palestra 2014, Nr 3-4, s. 115 i nast. oraz cytowana tam literatura

1) oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo
2) oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Należy wyjaśnić, że w Pzp moment składania oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą został określony inaczej niż w Pzp2004. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 126 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe, w tym również oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, składa przed wyborem najkorzystniejszej oferty jedynie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. Wyjątki od tej zasady określa art. 126 ust. 2 Pzp, który w szczególności dla procedur wieloetapowych przewiduje możliwość wezwania wszystkich wykonawców do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą niezwłocznie po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie precyzuje, jakie konkretnie dokumenty lub informacje powinien złożyć wykonawca, aby potwierdzić, że przygotował ofertę,

ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Właściwe zidentyfikowanie takich dokumentów lub informacji jest rolą wykonawcy. Wspomnianymi dokumentami mogą być w szczególności umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej[59].

6. Wcześniejsze zaangażowanie. W myśl art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli – w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 Pzp – doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przypadku kompleksowych projektów infrastrukturalnych lub skomplikowanych technicznie zakupów, jak choćby z zakresu IT, zamawiający na ogół nie dysponują niezbędną wiedzą umożliwiającą przygotowanie postępowania. W tym celu zwykle korzystają z zewnętrznego know-how. Często jednak konieczne know-how jest w posiadaniu właśnie tych podmiotów, które same oferują na rynku zamawiane świadczenia. Zagraża to **zasadzie równego traktowania** i **uczciwej konkurencji**. W szczególności zachodzi niebezpieczeństwo, że oferent, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania może dzięki pozyskanym w ten sposób

[59] Wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 31

informacjom lepiej dopasować swoją ofertę do potrzeb zamawiającego albo jeszcze na etapie doradztwa wywrzeć wpływ na warunki zamówienia w sposób dla siebie korzystny.

6.1. Przygotowanie postępowania. Z odesłania do art. 85 ust. 1 Pzp wynika, że przez „wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy" należy rozumieć sytuację, w której wykonawca „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia". Chodzi więc o każde włączenie się wykonawcy w przygotowanie danego postępowania. Obejmuje to w szczególności działania wspierające, które polegają na przekazaniu zamawiającemu konkretnych wskazówek lub informacji służących udzieleniu zamówienia. Nie ma znaczenia, czy doradztwo świadczone jest na zlecenie zamawiającego, czy też polega na przekazaniu już wcześniej przygotowanych materiałów. Obojętny jest także zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Zaangażowanie musi dotyczyć **konkretnego** postępowania („przygotowanie postępowania o udzielenie **tego** zamówienia"). Zaangażowanie w przygotowanie innego postępowania nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z aktualnie prowadzonego postępowania. Niemniej jednak objęte przepisem jest także **ogólne doradztwo**, jeżeli tylko oddziałuje na konkretne postępowanie w taki sposób, że wpływa na warunki zamówienia.

W przypadku zamówienia na projekt wykonawczy wcześniej zaangażowanym wykonawcą jest autor projektu koncepcyjnego lub projektu budowlanego, a w przypadku zamówienia na nadzór autorski – autor projektu koncepcyjnego.

Nie spełnia kryteriów wcześniejszego zaangażowania wykonywanie poprzedniego zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub ciągłe albo podlegające odnowieniu, które jest udzielane na nowo. Przepisem nie jest także objęte doradztwo świadczone po wszczęciu postępowania. Do takich sytuacji ma zastosowanie podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp dotycząca konfliktu interesów.

6.2. Grupa kapitałowa. Zgodnie z wyraźnym brzmieniem przepis art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp podstawa wykluczenia ma zastosowanie zarówno wówczas, gdy wykonawca był zaangażowany w przygotowanie postępowania bezpośrednio, jak też pośrednio – poprzez członka grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

6.3. Zakłócenie konkurencji. Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy musi skutkować zakłóceniem konkurencji. Do zakłócenia konkurencji dochodzi, jeżeli w wyniku wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania wykonawca uzyskał **przewagę konkurencyjną** względem innych oferentów. TSUE wskazał[60] na dwie przyczyny zakłócenia konkurencji. Osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści swoich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że osoba ta, będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym, może, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ

[60] Wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2005:127

na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.

6.4. Ciężar dowodu. Ustawodawca przyjął dwustopniowy rozkład ciężaru dowodu. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że doszło do wcześniejszego zaangażowania wykonawcy, w wyniku którego mogło dojść do zakłócenia konkurencji. Zamawiający powinien zatem **uprawdopodobnić** zakłócenie konkurencji, czyli wykazać, że w wyniku wcześniejszego zaangażowania wykonawca mógł ze znacznym prawdopodobieństwem uzyskać przewagę konkurencyjną. Takimi poszlakami mogą być w szczególności: złożenie oferty, która ewidentnie opiera się na informacjach niedostępnych dla wszystkich oferentów. Jeżeli takie przesłanki istnieją, zamawiający powinien o tym poinformować wykonawcę oraz, zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, zapewnić wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji. Artykuł 85 ust. 2 Pzp zmienia więc rozkład ciężaru dowodu w stosunku do reguł ogólnych, gdyż to na wykonawcy chcącym uniknąć wykluczenia na podstawie komentowanej przesłanki spoczywa ciężar dowodu co do tego, że jego wcześniejsze zaangażowanie nie zakłóciło konkurencji. Wykonawca powinien więc wykazać brak związku przyczynowego między swoim wcześniejszym zaangażowaniem a przewagą swojej oferty. Jeżeli wykonawca nie obali domniemania, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania zakłóciło konkurencję, zamawiający wyklucza wykonawcę.

6.5. Niemożliwość wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Zanim jednak dojdzie do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający powinien poszukać innego sposobu rozwiązania powstałego problemu. Art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp przewiduje wykluczenie z postępowania jako *środek ostateczny*. Najdobitniej wyraża to art. 85 ust. 2 Pzp, zgodnie

z którym wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Podstawa wykluczenia zachodzi więc tylko wtedy, gdy nie ma łagodniejszych środków, które byłyby w stanie zapewnić niezakłóconą konkurencję. Stosownie do art. 85 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do podjęcia wszelkich „odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wcześniej zaangażowanego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji". W praktyce jednak takie środki mogą skutecznie doprowadzić do wyrównania zakłócenia konkurencji, jeżeli zostaną zastosowane na etapie przygotowania postępowania lub zaproszenia do składania ofert. Przepis art. 85 ust. 1 Pzp wymienia przykładowo takie środki, jak: przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert.

6.6. Chwila wykluczenia. Wykonawca może zostać wykluczony na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zasadzie na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 110 ust. 1 Pzp). W każdym razie weryfikacja, czy wykonawca podlega wykluczeniu, powinna nastąpić najpóźniej na etapie oceny ofert. Przepis dopuszcza także możliwość wykluczenia wykonawcy na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający może jednak dopuścić wykonawcę do składania ofert i dopiero na podstawie złożonej oferty ocenić, czy zachodzi podstawa wykluczenia.

6.7. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Brak podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp dokumentuje się, składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie tej podstawy wykluczenia (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. d rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

7. Pranie pieniędzy. Zgodnie z art. 108 ust. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Przepis art. 108 ust. 2 Pzp nie miał odpowiednika w Pzp2004. Podstawa wykluczenia odnosi się do wykonawcy, który „udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie". Inaczej niż w przypadku wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt 1 lit. d Pzp fakt popełnienia przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy przestępstwa prania pieniędzy nie musi być stwierdzony prawomocnym wyrokiem skazującym.

Przesłanka wykluczenia ma zastosowanie tylko w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro.

7.1. Brak możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego. Nie wszystkie czyny spełniające znamiona przestępstwa prania pieniędzy

objęte są hipotezą art. 108 ust. 2 Pzp. Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zachowań pozostających w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

Art. 109.

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

2) który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy:

a) będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego,

b) będącego osobą fizyczną prawomocnie ukaranego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie

przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny,

c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną;

3) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo lub ukarano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 2 lit. a lub b;

4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

5) 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, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

6) jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy;

7) 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

9) 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;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne

jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

1. Cel przepisu. Art. 109 ust. 1 Pzp zawiera **zamknięty** katalog tzw. **fakultatywnych podstaw wykluczenia.** Są to podstawy, których zastosowanie zależy od **decyzji zamawiającego** i to w dwojakim sensie. Po pierwsze, zastosowane przez ustawodawcę w zdaniu wprowadzającym do wyliczenia wyrażenie „zamawiający może wykluczyć wykonawcę" oznacza, że wykluczenie zależy od tego, czy zamawiający przewidział podstawę wykluczenia, wskazując ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 Pzp). Po drugie, nawet w przypadku zaistnienia niektórych przewidzianych przez zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający ma możliwość rezygnacji z wykluczenia, jeżeli takie wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp). Zamawiający nie ma jednak kompetencji do kształtowania fakultatywnych podstaw wykluczenia inaczej niż zostały określone w Pzp. Rola zamawiającego sprowadza się jedynie do doboru podstaw wykluczenia z ustawowego katalogu oraz żądania przedłożenia niezbędnych dokumentów.
Art. 109 Pzp wdraża art. 57 ust. 2 i 4 dyrektywy klasycznej.

2. Zaleganie z uiszczaniem danin publicznych. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo

przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Przepis stanowi wdrożenie art. 57 ust. 2 akapit drugi i trzeci dyrektywy klasycznej.

Jest to podstawa wykluczenia podobna do obligatoryjnej podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp. Pomimo posłużenia się w art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp terminem „naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne" zamiast „zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne", jak w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, w obu wypadkach chodzi o tę samą sytuację: powstanie zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Jedyna merytoryczna różnica pomiędzy tymi przepisami, oprócz odmiennego charakteru obu podstaw wykluczenia, polega na tym, że podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wymaga, aby zaległość była stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną.

2.1. Podatki, opłaty lub składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Wyjaśnienie pojęć „podatki", „opłaty" i „składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne" – zob. komentarz do art. 108 Pzp.

2.2. Naruszenie obowiązków dotyczących płatności. Naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne to uchylanie się od płacenia tych należności skutkujące powstaniem zaległości. Na temat zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne zob. komentarz do art. 108 Pzp.

2.3. Samooczyszczenie w przypadku naruszenia obowiązków dotyczących płatności. Art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp przewiduje szczególny przypadek „samooczyszczenia". Wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp nie podlega wykonawca, który odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Rozwiązanie to odpowiada rozwiązaniu przyjętemu w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp – zob. komentarz do art. 108 Pzp.

2.4. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. W celu potwierdzenia braku komentowanej podstawy wykluczenia zamawiający może żądać od wykonawcy następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) **zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego** potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków i opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności (§ 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych);
2) **zaświadczenia** albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** lub

właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego** potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne zamawiający żąda złożenia wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności (§ 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania **poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej**, zamiast powyższych dokumentów składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (§ 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zastępuje się je w całości lub części dokumentem zawierającym odpowiednie **oświadczenie wykonawcy**, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie

osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy (§ 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Co do pojęć „oświadczenie złożone pod przysięgą" oraz „oświadczenie złożone przed notariuszem" – zob. komentarz do art. 108 Pzp.

Natomiast podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym brak naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat, o których mowa w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych, jest oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w tej ustawie (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit e rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

2.5. Odstąpienie od wykluczenia ze względu na zaległości bagatelne. Pomimo formalnego spełnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli kwota zaległych podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne jest niewielka (art. 109 ust. 3 Pzp). W takiej sytuacji decyzja o niewykluczeniu wykonawcy pozostawiona jest uznaniu zamawiającego. Decyzja musi być jednak podjęta w granicach obowiązujących przepisów i nie może mieć cech dowolności.

3. Naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy. Art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp przewidują

możliwość wykluczenia wykonawcy w sytuacji naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy. Podstawa wykluczenia występuje w trzech wariantach:

1) prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko środowisku lub prawom osób wykonujących pracę zarobkową,
2) prawomocne ukaranie za wykroczenie przeciwko środowisku lub prawom pracownika,
3) wymierzenie ostateczną decyzją administracyjną kary pieniężnej za naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym.

3.1. Skazanie wykonawcy za przestępstwo. Według art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp fakultatywnemu wykluczeniu podlega wykonawca będący **osobą fizyczną**, którego prawomocnie **skazano** za **przestępstwo** przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kk lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kk, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.
Zawarty w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp zamknięty katalog przestępstw obejmuje:

1) przestępstwo zniszczenia środowiska przyrodniczego z art. 181 Kk, przestępstwo zanieczyszczenia z art. 182 Kk, przestępstwa związane z postępowaniem z odpadami lub substancjami z art. 183 kk, przestępstwa związane z naruszeniem zasad bezpieczeństwa w zakresie obrotu materiałami jądrowymi z art. 184 Kk, przestępstwa związane z naruszeniem obowiązków dotyczących urządzeń zabezpieczających wodę, powietrze lub powierzchnię ziemi przed zanieczyszczeniem lub urządzeń zabezpieczających przed skażeniem

promieniotwórczym lub promieniowaniem jonizującym z art. 186 Kk, przestępstwo niszczenia, uszkadzania lub istotnego zmniejszania wartości przyrodniczej prawnie chronionego terenu lub obiektu z art. 187 Kk, przestępstwo szkodliwej działalności na terenie objętym ochroną ze względów przyrodniczych lub krajobrazowych albo w otulinie takiego terenu z art. 188 Kk;

2) przestępstwa złośliwego lub uporczywego naruszania praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, odmowy ponownego przyjęcia do pracy, o której przywróceniu orzekł właściwy organ, oraz niewykonania obowiązku wypłaty wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy, wynikającego z orzeczenia sądu, określone w art. 218 Kk; przestępstwo polegające na naruszeniu przepisów prawa o ubezpieczeniach społecznych przez niezgłoszenie, nawet za zgodą zainteresowanego, wymaganych danych albo zgłoszenie nieprawdziwych danych, mających wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość, określone w art. 219 Kk; przestępstwo polegające niedopełnieniu obowiązku wynikającego z odpowiedzialności za bezpieczeństwo i higienę pracy i narażeniu przez to pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, określone w art. 220 Kk; przestępstwo polegające na niezawiadomieniu w terminie właściwego organu o wypadku przy pracy lub chorobie zawodowej albo niesporządzeniu lub nieprzedstawieniu wymaganej dokumentacji wypadkowej, określone w art. 221 Kk.

Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp obejmuje swą hipotezą również skazanie za **czyn zabroniony** określony w przepisach **prawa obcego,** jeżeli odpowiada on znamionom przestępstw wyliczonych enumeratywnie

w tej literze. Ustawodawca posłużył się w tym miejscu wyrażeniem „skazano za czyn zabroniony". Nie ma więc znaczenia, czy w świetle przepisów prawa obcego dany czyn zakwalifikowany jest jako przestępstwo, czy też jako wykroczenie. Podobnie nie jest wymagane, aby dana osoba została skazana przez sąd w ścisłym tego słowa znaczeniu. W grę wchodzi zatem również prawomocne skazanie przez inny organ orzekający w sprawach przestępstw lub wykroczeń zgodnie z przepisami proceduralnymi obowiązującymi w danym państwie. Obojętne jest również, czy do skazania doszło w obrębie państw członkowskich.

3.2. Ukaranie wykonawcy za wykroczenie. Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp fakultatywnemu wykluczeniu podlega wykonawca będący **osobą fizyczną**, którego prawomocnie ukarano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny.

Wykroczenia przeciwko **prawom pracownika** zostały określone w art. 281–283 Kp. Wykroczenia przeciwko prawom pracownika są również przewidziane w innych ustawach, w szczególności w art. 98 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, art. 119–123 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy i art. 10 ustawy o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz niektóre inne dni.

Przepisy o wykroczeniach przeciwko **środowisku** są zawarte w kilkudziesięciu ustawach chroniących środowisko[61].

Do najważniejszych należy zaliczyć: art. 330–3[61] Prawa ochrony

[61] Por. W. Radecki, [w:] M. Górski [red.], *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, wprowadzenie do Działu II w Tytule VI, Nb. 13

środowiska, art. 127 i art. 131 ustawy o ochronie przyrody, art. 171–192 ustawy o odpadach i art. 476–478 Prawa wodnego.

Nie każde ukaranie za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku uzasadnia wykluczenie, ale tylko takie, za które **orzeczono** karę **aresztu**, **ograniczenia wolności** lub karę **grzywny**. Zgodnie z art. 18 Kw karami za wykroczenia są areszt, ograniczenie wolności, grzywna oraz nagana. Wymierzenie kary nagany nie może stanowić zatem powodu wykluczenia.

Łatwo zauważyć, że wykluczenie wykonawcy nie jest limitowane wysokością wymierzonej kary grzywny.

Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp obejmuje również przypadki ukarania za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku określone w przepisach prawa obcego. Przepis nie odsyła bowiem do konkretnych wykroczeń określonych w przepisach prawa polskiego.

3.3. Administracyjne kary pieniężne. W myśl art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp wykluczeniu może podlegać wykonawca, któremu wymierzono ostateczną decyzją administracyjną karę pieniężną za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym.

Wymierzanie administracyjnych kar pieniężnych za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska przewidują w szczególności: art. 298–321 Prawa ochrony środowiska, art. 88 i 89 ustawy o ochronie przyrody oraz art. 194–202 ustawy o odpadach.

Administracyjne kary pieniężne za naruszenie obowiązków wynikających z prawa pracy przewiduje art. 115 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

Zgodnie z art. 16 § 1 Kpa ostateczną decyzją jest decyzja, od której nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, a więc decyzja wydana w II instancji w następstwie postępowania odwoławczego lub wydana w wyniku powtórnego rozpoznania sprawy, decyzja wydana w I instancji, od której nie wniesiono w terminie odwołania lub wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, oraz decyzja, od której nie służy odwołanie lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Wykluczenie wykonawcy nie jest limitowane wysokością wymierzonej kary pieniężnej. Niewielka kwota kary pieniężnej może być jednak podstawą do niewykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 3 Pzp.

3.4. Skazanie lub ukaranie osób pełniących funkcje kierownicze.

Art. 109 ust. 1 pkt 3 Pzp rozciąga komentowaną podstawę wykluczenia na wykonawcę będącego **osobą fizyczną**, **osobą prawną** albo **jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej**, gdy osoba prawomocnie skazana za określone w art. 109 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp przestępstwo (lub odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego) lub ukarana za określone w art. 109 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp wykroczenie jest:

1) urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy,
2) wspólnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeżeli wykonawca działa w formie odpowiednio spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej lub komandytowo akcyjnej,
3) prokurentem wykonawcy.

3.5. Urzędujący członek organu. Na temat pojęcia „urzędujący członek organu" zob. komentarz do art. 108 Pzp.

3.6. **Prawomocne skazanie lub ukaranie.** Skazanie za określone przestępstwo lub ukaranie za określone wykroczenie (lub czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego) musi być prawomocne. Na temat prawomocnego skazania za przestępstwo – zob. komentarz do art. 108 Pzp. Zawarte tam uwagi należy odpowiednio odnieść również do prawomocnego ukarania za wykroczenie. Różnice polegają na tym, że apelację od wyroku, w którym wymierzono karę za wykroczenie, wnosi się w terminie 7 dni od daty otrzymania wyroku wraz z uzasadnieniem, a w przypadku gdy uzasadnienie wyroku zostało przedstawione wyłącznie w formie ustnej – w terminie 7 dni od daty otrzymania wyroku wraz z przekładem tego uzasadnienia.

3.7. Powiązanie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Oba przepisy, pomimo formalnej odrębności, obejmują *de facto* **jedną podstawę wykluczenia**. Zamawiający, chcąc przewidzieć tę podstawę wykluczenia, powinien wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia jednocześnie oba przepisy. Wskazanie tylko jednego przepisu prowadziłoby do nieuzasadnionego zróżnicowania wykonawców ze względu na formę prowadzenia działalności, a tym samym skutkowałoby naruszeniem **zasady równego traktowania**.

3.8. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Podmiotowym środkiem dowodowym żądanym na potwierdzenie braku prawomocnego skazania za przestępstwo, a także na potwierdzenie braku prawomocnego skazania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu, jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego o osobie. W pozostałym zakresie brak wskazanej podstawy wykluczenia dokumentuje się oświadczeniem o aktualności informacji zawartych

w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia.

4. Likwidacja, upadłość, układ, zawieszenie działalności. Zamawiający mogą zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.
Przepis stanowi niemal dosłowne przeniesienie art. 57 ust. 4 lit. b dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych. Różnica pomiędzy przepisem dyrektywy klasycznej a przepisem Pzp sprowadza się do tego, że dyrektywa klasyczna pozwala wykluczyć wykonawcę już od chwili złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, podczas gdy Pzp uzależnia taką możliwość od wszczęcia (otwarcia) postępowania upadłościowego wskutek ogłoszenia upadłości. Polski ustawodawca uznał, że sam fakt złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości – zwłaszcza przez wierzyciela wykonawcy – nie daje pełnego obrazu sytuacji finansowej wykonawcy i niejednokrotnie mógłby być nadużywany. Muszą zaistnieć dodatkowe okoliczności, takie jak zabezpieczenie przez sąd wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przez powołanie tymczasowego nadzorcy sądowego albo ustanowienie zarządu

przymusowego, aby wykluczenie wykonawcy przed ogłoszeniem jego upadłości było dopuszczalne.

4.1. Otwarcie likwidacji. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację. Likwidacja jest specjalnym postępowaniem poprzedzającym rozwiązanie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, lecz posiadającej z mocy ustawy zdolność prawną, które toczy się zwykle pod kontrolą sądu rejestrowego. Służy ono zakończeniu bieżących spraw osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, ściągnięciu wierzytelności, spłacie zobowiązań oraz upłynnieniu jej majątku. Szczegółowy tryb likwidacji jest zawarty w przepisach dotyczących poszczególnych typów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, np. w Ksh, ustawie o przedsiębiorstwach państwowych czy Prawie spółdzielczym.
Moment otwarcia likwidacji spółki prawa handlowego zależy od przyczyn rozwiązania spółki. W przypadku gdy otwarcie likwidacji spółki następuje na skutek wydania orzeczenia przez sąd, otwarcie likwidacji następuje z momentem uprawomocnienia się wyroku. W przypadku zaistnienia innych przyczyn rozwiązania spółki, tj. przyczyn określonych w umowie lub statucie spółki albo podjęcia uchwały o rozwiązaniu spółki, otwarcie likwidacji następuje natychmiast z momentem zaistnienia tej przyczyny. W przypadku gdy przyczyną rozwiązania spółki jest ogłoszenie upadłości, otwarcie likwidacji następuje z chwilą otwarcia postępowania upadłościowego. Otwarcie likwidacji spółek prawa handlowego zgłasza się do sądu rejestrowego, jednak takie powiadomienie ma charakter deklaratywny. Likwidację przeprowadzają likwidatorzy, którymi w zależności od rodzaju spółki i uchwały wspólników są wspólnicy,

członkowie zarządu albo osoby wybrane spoza spółki. Likwidatora z ważnych powodów może ustanowić także sąd rejestrowy.
Informację o otwarciu likwidacji wykonawcy zamieszcza się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców.

4.2. Ogłoszenie upadłości. Zamawiający może również wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego ogłoszono upadłość. W polskim prawie upadłość to postępowanie przewidziane w Prawie upadłościowym, prowadzone w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny, czyli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego). Wszczęcie postępowania upadłościowego następuje wskutek ogłoszenia upadłości przez sąd. Z chwilą ogłoszenia upadłości wykonawca traci prawo do zarządzania swoim majątkiem, który staje się tzw. masą upadłościową. Masą upadłościową zarządza wtedy syndyk ustanowiony przez sąd upadłościowy pod kontrolą sędziego komisarza.
Informację o ogłoszeniu upadłości wpisuje się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców oraz w CEIDG.

4.3. Aktywami zarządza likwidator lub sąd. Ponadto zamawiający może wykluczyć wykonawcę, którego aktywami zarządza likwidator. Majątkiem wykonawcy, nazywanym masą likwidacyjną, zarządza likwidator po otwarciu likwidacji.
Zamawiający może także wykluczyć wykonawcę, którego aktywami zarządza sąd. Polskie prawo nie przewiduje jednak sytuacji, gdy majątkiem przedsiębiorcy zarządza sąd. Zna natomiast zbliżone przypadki, gdy sąd ustanawia syndyka, zarząd przymusowy lub powołuje zarządcę masy sanacyjnej, który zarządza majątkiem dłużnika pod kontrolą sądu lub sędziego komisarza. Stąd przypadki te należy kwalifikować jako „inne

tego rodzaju sytuacje wynikające z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury", które również stanowią podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

4.4. Zawarcie układu z wierzycielami. Zamawiający może dalej wykluczyć wykonawcę, który zawarł układ z wierzycielami. Układ z wierzycielami jest zatwierdzaną przez sąd uchwałą wierzycieli, która określa sposób zaspokojenia wierzycieli i dochodzi do skutku w drodze głosowania nad propozycjami układowymi, składanymi zwykle przez dłużnika. Układ jest zawierany w postępowaniu restrukturyzacyjnym przewidzianym w Prawie restrukturyzacyjnym lub – wyjątkowo – w toku postępowania upadłościowego. W założeniu układ ma umożliwić dłużnikowi uniknięcie upadłości przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli, w szczególności pozwolić im uzyskać zaspokojenie w stopniu wyższym niż w przypadku gdyby miało dojść do upadłości dłużnika. Możliwe jest jednak zawarcie tzw. układu likwidacyjnego, który w miejsce restrukturyzacji zobowiązań i tym samym „uzdrowienia" przedsiębiorstwa dłużnika skupia się na likwidacji jego majątku i zaspokojeniu wierzycieli. Zawarcie układu z wierzycielami odnotowuje się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców oraz wpisuje się do CEIDG.

4.5. Zawieszenie działalności gospodarczej. Zamawiający może kolejno wykluczyć wykonawcę, którego działalność gospodarcza jest zawieszona. W art. 23 i 24 Prawa przedsiębiorców dopuszczono możliwość (czasowego) zawieszenia działalności gospodarczej przez podmioty wpisane do rejestru przedsiębiorców lub CEIDG. Zawieszenie działalności gospodarczej nie może nastąpić na okres krótszy niż 30 dni i dla przedsiębiorców wpisanych do CEIDG na czas nieokreślony albo określony, zaś dla przedsiębiorców wpisanych do KRS na okres do 24 miesięcy. Długość zawieszenia działalności oznacza sam przedsiębiorca

we wniesionym wniosku. W okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. Wolno mu natomiast upłynniać swój majątek.
Informację o zawieszeniu działalności wpisuje się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców oraz do CEIDG.

4.6. Inna sytuacja wynikająca z podobnej procedury. Wreszcie zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Ustawodawca ma tu na myśli różnorodne sytuacje związane z niewypłacalnością wykonawcy, rozwiązaniem wykonawcy lub tymczasowym wstrzymaniem przez niego działalności gospodarczej. Do najważniejszych należy zaliczyć postępowania takie jak:

1) postępowanie o rozwiązanie podmiotu wpisanego do KRS bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego,
2) przymusowa restrukturyzacja,
3) postępowanie restrukturyzacyjne,
4) postępowanie o zatwierdzenie układu,
5) przyspieszone postępowanie układowe oraz postępowanie układowe,
6) powołanie tymczasowego nadzorcy sądowego lub ustanowienie zarządu przymusowego,
7) egzekucja przez zarząd przymusowy nad przedsiębiorstwem.

4.7. Postępowanie o rozwiązanie podmiotu wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego w trybie art. 25a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Postępowanie jest wszczynane z urzędu przez sąd rejestrowy, m.in. w przypadku gdy

oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości lub umorzono postępowanie upadłościowe z tego powodu, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Skutkiem postępowania jest wykreślenie podmiotu z rejestru.

4.8. Przymusowa restrukturyzacja w trybie art. 64 i n. ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym. Informację o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji zamieszcza się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców.

4.9. Postępowanie restrukturyzacyjne w trybie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne[62]. Postępowanie restrukturyzacyjne wszczynane jest przede wszystkim z uwagi na utratę zdolności dłużnika do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych albo z uwagi na realne zagrożenie utratą takiej zdolności. Celem postępowania restrukturyzacyjnego jest zawarcie układu. Postępowanie restrukturyzacyjne rozpoczyna się skutecznym złożeniem wniosku restrukturyzacyjnego, a kończy się z dniem uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu albo odmowie zatwierdzenia układu lub postanowienia o umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego[63]. Prawo restrukturyzacyjne wprowadza cztery postępowania restrukturyzacyjne: postępowanie o zatwierdzenie układu, przyspieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe oraz postępowanie sanacyjne.

---

[62] Por. wyrok z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie C-101/18 *Idi Srl przeciwko Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo*, ECLI:EU:C:2019:267, pkt 40-42, w którym Trybunał przyjął, że złożenie wniosku o otwarcie postępowania układowego, które jest odpowiednikiem postępowania restrukturyzacyjnego w rozumieniu polskiego prawa, może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy.

[63] Por. A. Hrycaj, [w:] A. Hrycaj, P. Filipiak [red.], *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 33–34

Postępowanie o zatwierdzenie układu umożliwia zawarcie układu w wyniku samodzielnego zbierania głosów wierzycieli przez dłużnika bez udziału sądu, ale z pomocą doradcy restrukturyzacyjnego, który pełni funkcję nadzorcy układu i jest zatrudniany samodzielnie przez dłużnika. Tego postępowania się nie otwiera, a jego rozpoczęcie w rozumieniu procesowym jest jednocześnie jego zakończeniem w I instancji – decyzją sądu w przedmiocie zatwierdzenia układu.

Przyspieszone postępowanie układowe oraz **postępowanie układowe** zawierają element sądowy już na etapie wnioskowania, czyli zawierają tradycyjne dwa elementy: postępowanie o otwarcie i właściwe postępowanie restrukturyzacyjne. W postanowieniu o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego lub postępowania układowego sąd powołuje **nadzorcę sądowego**, nad którym kontrolę sprawuje sędzia komisarz. Po powołaniu nadzorcy sądowego wykonawca może dokonywać czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda nadzorcy sądowego.

W sytuacji gdy dłużnik wymaga restrukturyzacji, właściwe dla niego jest **postępowanie sanacyjne**, gdyż umożliwia dłużnikowi przeprowadzenie działań sanacyjnych. Z chwilą otwarcia postępowania sanacyjnego wykonawca traci prawo do zarządzania swoim majątkiem, który staje się tzw. masą sanacyjną. Masą sanacyjną zarządza wtedy **zarządca** powołany przez sąd pod kontrolą sędziego komisarza.

Informację o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego zamieszcza się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców oraz wpisuje się do CEIDG.

4.10. Powołanie **tymczasowego nadzorcy sądowego** lub ustanowienie **zarządu przymusowego** nad majątkiem dłużnika. W celu zabezpieczenia wniosku o ogłoszenie upadłości sąd może powołać tymczasowego nadzorcę sądowego albo ustanowić zarząd przymusowy nad majątkiem

dłużnika w trybie art. 38 i n. Prawa upadłościowego. Jeżeli we wniosku o ogłoszenie upadłości uczestnik postępowania złożył wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika lub jego zorganizowanej części lub składników majątkowych stanowiących znaczną część przedsiębiorstwa na rzecz nabywcy (przygotowana likwidacja), sąd powołuje tymczasowego nadzorcę sądowego albo ustanawia zarząd przymusowy nad majątkiem dłużnika w trybie art. 56aa ust. 1 Prawa upadłościowego.

Informację o ustanowieniu zarządu przymusowego nad majątkiem dłużnika wpisuje się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców.

4.11. Egzekucja przez zarząd przymusowy nad przedsiębiorstwem dłużnika w trybie art. 10641 Kpc. Informację o ustanowieniu zarządu przymusowego nad przedsiębiorstwem dłużnika wpisuje się w dziale 6 rejestru przedsiębiorców.

4.12. Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Podmiotowym środkiem dowodowym żądanym na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jest odpis lub informacja z **Krajowego Rejestru Sądowego** lub z **CEIDG** (§ 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z CEIDG składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji

wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury (§ 4 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym **oświadczenie wykonawcy**, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, złożone pod przysięgą, lub – jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą – złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy (§ 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Co do pojęć „oświadczenie złożone pod przysięgą" oraz „oświadczenie złożone przed notariuszem" – zob. komentarz do art. 108 Pzp.

4.13. Odstąpienie od wykluczenia. Ziszczenie się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp nie powoduje automatycznie wykluczenia wykonawcy. Jak wynika z art. 109 ust. 3 Pzp, zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, jeżeli sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Wzorcem dla tej normy jest art. 57 ust. 4 akapit drugi dyrektywy klasycznej. Przy podejmowaniu decyzji o niewykluczeniu wykonawcy przepis dyrektywy klasycznej dodatkowo wymaga uwzględnienia „mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej".

Decyzja o niewykluczeniu wykonawcy wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.
Nie da się określić wspólnych dla wszystkich przypadków kryteriów pozwalających ocenić, czy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Przykładowo, w przypadku udzielania zamówienia na realizację złożonej inwestycji infrastrukturalnej (wymagającej długotrwałej aktywności wykonawcy połączonej z kredytowaniem inwestycji) kryteria te będą zupełnie inne niż przy zlecaniu zamówienia na jednorazową dostawę gotowych produktów objętych gwarancją udzieloną przez producenta, a nie przez wykonawcę. Jedynym w tej kwestii ogólnym wskazaniem może być odróżnienie sytuacji wynikających z procedur o charakterze restrukturyzacyjnym od sytuacji wynikających z procedur o charakterze likwidacyjnym. W przypadku tych pierwszych racjonalną wydaje się możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy. W przypadku tych drugich rezygnacja z wykluczenia wykonawcy powinna mieć raczej miejsce wyjątkowo. Takim przykładowym wyjątkiem może być nabycie na szczególnie korzystnych warunkach produktów wchodzących w skład masy likwidacyjnej lub upadłościowej w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 9 Pzp.

5. Zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Według art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Przepis wdraża art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Fakultatywna podstawa wymieniona w przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. Opiera się ona na istotnym elemencie relacji między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca[64].

5.1. Naruszenie obowiązków zawodowych. Źródłem obowiązków zawodowych może być prawo stanowione, ustalone zwyczaje zawodowe oraz czynność prawna. Stąd naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie **ustawy**, **norm deontologicznych** obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np. Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i **umowy**[65].

5.2. Zawinione i poważne. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje **zamiar** uchybienia lub stosunkowo **poważne niedbalstwo** z jego strony[66]. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do **postawy**

---

[64] Por. wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca Srl przeciwko Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2019:507, pkt 29 i 30

[65] Por. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA*, ECLI:EU:C:2012:801, pkt 27 i 29

[66] Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 30

danego wykonawcy[67], jak i **obiektywnych skutków** naruszenia[68] oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Można założyć istnienie tego rodzaju wpływu, gdy naruszenie dotyczy dóbr prawnych znajdujących się pod ochroną karną lub powoduje albo może spowodować znaczne szkody. Zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych wchodzi w grę przede wszystkim w przypadku skazania, nawet nieprawomocnego[69], za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy. Jako naruszenie obowiązków zawodowych należy również zakwalifikować naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej[70]. Ponadto jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych. Również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych[71]. Polski ustawodawca doprecyzował w tym zakresie uregulowanie dyrektywy klasycznej w duchu orzecznictwa TSUE, wskazując jako przykład zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych niewykonanie lub nienależycie wykonanie

---

67 Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 31

68 Por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338, pkt 78, w którym Trybunał dokonał wykładni podobnego pojęcia „winny poważnego wprowadzenia w błąd"

69 Zob. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 28 oraz motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej

70 Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, ECLI:EU:C:2019:393, pkt 24

71 Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 29

zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tym samym jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego[72]. Ze względu na ogólny i generalny charakter normy zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp obejmuje ona swoją hipotezą nie tylko niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (na co wskazuje wyraźnie jej treść), ale także jakiejkolwiek umowy obligacyjnej.

5.3. Wykazanie podstawy wykluczenia. Przesłanką wykluczenia jest wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie z treścią normy ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym. Dowodami będą zarówno dokumenty urzędowe, takie jak wyrok, decyzja, akt oskarżenia, postanowienie o wszczęciu postępowania, jak i dokumenty prywatne. W przypadku gdy przyczyną wykluczenia jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, dowodami mogą być pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań. Nie jest przeszkodą wykluczenia z postępowania zawisłość sprawy przed sądem. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego niezależnie od tego, na jakim etapie znajduje się postępowanie sądowe, a nie tylko po wydaniu

[72] Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 30 i 31

przez sąd orzeczenia na skutek wniesienia sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez zamawiającego z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy[73].

5.4. Odstąpienie od wykluczenia. Według art. 109 ust. 3 Pzp w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

6. Konflikt interesów. Art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy od wystąpienia konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy.

Przepis wdraża art. 57 ust. 4 lit. e dyrektywy klasycznej, który przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy, jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z nim państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców.

Celem przepisu jest zatem wyeliminowanie **zakłócenia konkurencji**, jeżeli do takiego zakłócenia doszło w postępowaniu, oraz zapewnienie **równego traktowania** wszystkich wykonawców.

---

[73] Por. wyrok w sprawie *Meca*, pkt 31 i 42

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp określa dwie niezbędne przesłanki wykluczenia: musi wystąpić konflikt interesów oraz musi zachodzić niemożliwość jego skutecznego wyeliminowania w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy.

6.1. Wystąpienie konfliktu interesów. Stosownie do art. 56 ust. 1 Pzp konflikt interesów, o którym mowa w art. 56 ust. 2 Pzp, może wystąpić po stronie kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz innych osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osób mogących wpłynąć na wynik tego postępowania, lub osób udzielających zamówienia. Sytuacje, w których zachodzi konflikt interesów określa szczegółowo art. 56 ust. 2 Pzp. Ogólnie rzecz ujmując, konflikt interesów występuje po stronie wymienionych osób, jeżeli istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich **bezstronności lub niezależności** w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie przez nie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Ze sformułowania art. 56 ust. 2 Pzp wynika, że konflikt interesów musi wystąpić w ramach **konkretnego,** prowadzonego postępowania („*tego* postępowania"). Wystąpienie konfliktu interesów w innym, wcześniejszym postępowaniu nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z aktualnie prowadzonego postępowania.

6.2. Ciężar dowodu stronniczości lub zależności. Do wykazania wystąpienia konfliktu interesów wystarczy **uzasadniona wątpliwość** co do bezstronności lub niezależności osób wymienionych w art. 56 ust. 2

Pzp. TSUE w wyroku w sprawie *eVigilo*[74] zwrócił uwagę, iż zamawiającemu przydzielono aktywną rolę w wyeliminowaniu konfliktu interesów[75]. Zamawiający jest w każdym wypadku zobowiązany sprawdzić, czy istnieje konflikt interesów i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstania takiego konfliktu, wykrycia go lub zaradzenia mu.

6.3. Niemożliwość wyeliminowania konfliktu interesów. Do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp może dojść dopiero wtedy, gdy konfliktu interesów nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób. Pzp przewiduje dwa mniej inwazyjne sposoby eliminacji konfliktu interesów niż wykluczenie wykonawcy z postępowania. Po pierwsze, osoba po której stronie występuje konflikt interesów, podlega wyłączeniu na podstawie art. 56 ust. 1 Pzp. Po drugie, jeżeli osoba podlegająca wyłączeniu wykonywała czynności w postępowania, podjęte przez nią czynności powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Zwykle zastosowanie pierwszego lub obu środków naraz pozwala skutecznie zlikwidować konflikt interesów. Aby wyeliminować konflikt interesów inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy, należałoby powtórzyć wszystkie czynności, w których podejmowaniu taka osoba uczestniczyła.

W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Art. 109 ust. 3 Pzp nie przewiduje w swej treści zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp.

---

[74] Wyrok z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166

[75] Zob. wyrok w sprawie *eVigilo*, pkt 43

7. Niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej. Art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

7.1. Wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego lub umowa koncesji. Podstawa wykluczenia obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji.

Obojętne jest, czy niewykonanie dotyczy umowy zawartej z zamawiającym prowadzącym konkretne postępowanie, czy też umowy łączącej wykonawcę z innym zamawiającym.

7.2. Znaczące lub długotrwałe naruszenie istotnego zobowiązania. Korzystając z możliwości, jaką przyznaje państwom członkowskim art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, polski ustawodawca w art. 109

ust. 1 pkt 7 Pzp wyjaśnił i doprecyzował pojęcia znaczącego uporczywego niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu.

„Niedociągnięcie w spełnianiu wymogu" zostało transponowane jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Przepis odnosi się zarówno do przypadków **całkowitego niewykonania** zobowiązania, jak i do **nienależytego wykonania** zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości. Niewykonanie oraz nienależyte wykonanie zobowiązania to dwie postaci **naruszenia zobowiązania** (umowy). Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z **przyczyn leżących po stronie wykonawcy**. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich. Zawinienie wykonawcy oraz jego stopień może mieć jednak wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania.

Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy[76].

Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczny", należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub **stopień wadliwości** dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub

[76] Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 30

wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę **zakres** niewykonanych lub nienależycie wykonanych **świadczeń** oraz **rozmiar** wynikłych stąd **szkód**. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej).

Niekiedy jednak także drobne niedociągnięcia będą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, jeżeli się powtarzają. Nienależyte wykonanie zobowiązania nie musi być znaczące w przyjętym wyżej znaczeniu, jeżeli wykonawca „długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie".

Długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania ma miejsce, jeżeli wykonawca regularnie nienależycie wykonuje zobowiązanie, nawet jeżeli w danym wypadku stopień wadliwości nie jest znaczny. Przykładem może być regularne niedotrzymywanie terminów realizacji powtarzających się dostaw lub usług objętych jedną umową. Oceniając, czy wykonawca długotrwale nienależycie wykonuje zobowiązanie, uwzględnia się tylko konkretne zamówienie, w którym doszło do zastosowania sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a nie kilka zamówień, chyba że poszczególne zamówienia są objęte jedną umową ramową.

Nie każdy przypadek znaczącego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Musi to być naruszenie **istotnego zobowiązania**. Istotne zobowiązanie należy zasadniczo utożsamić z zobowiązaniem do spełnienia **świadczenia głównego**. Przeciwieństwem zobowiązań istotnych są **obowiązki uboczne** lub pomocnicze towarzyszące świadczeniu głównemu, które służą zapewnieniu, że świadczenie to osiągnie oczekiwany cel i będzie rzeczywiście prowadzić do zaspokojenia interesu wierzyciela. Obowiązki uboczne oznaczają wszystkie te obowiązki, które służą przygotowaniu, przeprowadzeniu, zabezpieczeniu i rozliczeniu świadczenia, w szczególności obowiązki informacyjne oraz dotyczące sporządzenia lub wydania dokumentów (np. art. 459 Kc, art. 460 Kc, art. 546 Kc, art. 6882 Kc, art. 738 § 1 Kc). Zwykle mają funkcję porządkową lub wynikającą z zasad lojalności kontraktowej lub służą ochronie zaufania[77]. W praktyce odróżnienie istotnych zobowiązań od obowiązków ubocznych może stwarzać problemy. Przykładem jest naruszenie obowiązku zgłoszenia podwykonawcy. Jeżeli umowa przewiduje nakaz osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 121 Pzp) lub uzależnia skorzystanie z podwykonawcy od uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego, w szczególności w celu umożliwienia temu ostatniemu upewnienia się, że nie ma podstaw do wykluczenia podwykonawcy (art. 462 ust. 6 i 7 Pzp), taki obowiązek należy zakwalifikować jako istotne zobowiązanie[78]. Powierzenie wykonania

[77] Por. F. Zoll, [w:] A. Olejniczak [red.], *System prawa prywatnego*, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209

[78] Por. wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, ECLI:EU:C:2019:826, pkt 32

zobowiązania osobie trzeciej wbrew obowiązkowi osobistego spełnienia świadczenia stanowi bowiem niewykonanie zobowiązania[79]. Niekiedy jednak brak takiego zgłoszenia nie wyłącza możliwości wykonania zamówienia przez podwykonawcę (np. art. 6471 Kc, art. 738 § 1 Kc, art. 464 ust. 3 Pzp). W takim wypadku brak wymaganego zgłoszenia jest naruszeniem obowiązku ubocznego[80]. Wyjątkowo także naruszenie obowiązku ubocznego może być kwalifikowane jako naruszenie istotnego zobowiązania, jeżeli poważnie podważa wiarygodność wykonawcy. Tak będzie w przypadku naruszenia zobowiązania do zachowania poufności lub nieujawniania tajemnic prawnie chronionych.

7.3. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu muszą prowadzić do wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

„Wcześniejsze rozwiązanie umowy" zostało zastąpione w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez „wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy". Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Taką funkcję w polskim systemie prawa cywilnego tradycyjnie spełnia **odstąpienie** od umowy lub **nadzwyczajne wypowiedzenie** (wypowiedzenie przed terminem) umowy[81]. Pojęcie „**odszkodowanie**" należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne

---

[79] Por. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2019, Legalis, komentarz do art. 356, Nb. 2

[80] Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie *Delta*, pkt 44; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak [red.], *System prawa prywatnego*, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209

[81] Por. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 335

sankcje"). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 Kc).

7.4. Wykonanie zastępcze polega na nabyciu rzeczy oznaczonych co do gatunku lub wykonaniu czynności, co do których wykonania zobowiązany był dłużnik, przez wierzyciela, ale na koszt pozostającego w zwłoce dłużnika (art. 479 i art. 480 Kc). Z kolei **rękojmia za wady** to ustawowa odpowiedzialność dłużnika za wady fizyczne lub prawne przedmiotu świadczenia. Wada fizyczna polega na niezgodności przedmiotu świadczenia z umową (art. 5561 § 1 Kc). Wada prawna przedmiotu świadczenia istnieje wówczas, gdy przedmiot świadczenia stanowi własność osoby trzeciej albo jest obciążony prawem osoby trzeciej, a także jeżeli ograniczenie w korzystaniu lub rozporządzaniu przedmiotem świadczenia wynika z decyzji lub orzeczenia właściwego organu (art. 5563 § 1 Kc). Z tytułu rękojmi za wady wierzycielowi przysługują uprawnienia polegające na obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy (art. 560 § 1 Kc) lub żądaniu wymiany przedmiotu świadczenia na wolny od wad albo usunięcia wady (art. 561 § 1 Kc). Odpowiedzialność w ramach rękojmi opiera się na zasadzie ryzyka; dłużnik nie może zwolnić się od niej, wykazując, że ani on, ani osoba za którą odpowiada, nie ponosi winy spowodowania wady przedmiotu świadczenia. Realizacja uprawnień z tytułu rękojmi nie oznacza więc automatycznie, że nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Niemniej do wykonawcy należy na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności poinformowanie zmawiającego o swojej sytuacji oraz dostarczenie mu wszystkich informacji mogących wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania skutkujące realizacją uprawnień z tytułu rękojmi za wady nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie.

Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy[82]. Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań.

Należy zwrócić uwagę, że podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie wymienia wśród koniecznych przesłanek jej zastosowania spowodowania **szkody**. Odszkodowanie jest tylko jednym z typów sankcji uwzględnionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jeżeli doszło do przedwczesnego rozwiązania umowy, zapłaty kary umownej albo kary ustawowej lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, nie trzeba wykazywać szkody. Jak już wcześniej wyjaśniono, fakt wystąpienia szkody oraz jej rozmiar może mieć jednak wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania.

7.5. Odstąpienie od wykluczenia. Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

Za oczywiście nieproporcjonalne można jednak uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się niepowtarzają (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej).

---

[82] Por. wyrok w sprawie *Meca*, pkt 42

8. Wprowadzenie w błąd, zatajenie informacji lub nieprzedstawienie dokumentów. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przepis transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Stosownie do tego przepisu zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej. Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Objęte nią są więc informacje zawarte w **JEDZ**, w **podmiotowych środkach dowodowych** oraz ewentualnych **wyjaśnieniach** dotyczących treści tych dokumentów. Regulacja nie odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych.

Z brzmienia przepisu art. 57 ust. 4 lit. h. dyrektywy klasycznej *a contrario* wynika również, że przepis nie dotyczy informacji, których zamawiający nie wymagał.

W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia

od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

8.1. Warianty. Podstawa wykluczenia przewiduje **trzy warianty**:

1) wprowadzenie w błąd,
2) zatajenie informacji,
3) niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

8.1.1. Wprowadzenie w błąd. Pierwszy wariant ma zastosowanie, jeżeli zachodzą kumulatywnie trzy przesłanki. **Po pierwsze**, zamawiający musi zostać wprowadzony w błąd. Błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie **nieprawdziwych** (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących **mylne wyobrażenie** u zamawiającego[83]. Jako wprowadzenie w błąd przez wykonawcę należy także zakwalifikować wprowadzenie w błąd przez przedstawiciela wykonawcy.

Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie wymaga, aby wprowadzenie w błąd nastąpiło w danym, konkretnym postępowaniu. Podstawę wykluczenia mogą również stanowić wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły

[83] Por. opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu,* ECLI:EU:C:2016:899, pkt 71

w poprzednich postępowaniach. Zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp chodzi o zdarzenia zaistniałe w okresie ostatnich 2 lat przed wykluczeniem.

8.1.2. Wina. Wprowadzenie w błąd musi nastąpić w sposób zawiniony. Z treści art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej wynika, że z postępowania można wykluczyć tylko wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd. Zgodnie z orzecznictwem TSUE pojęcie „jest winny poważnego" wprowadzenia w błąd obejmuje zarówno winę umyślną, jak i niedbalstwo. Chodzi przy tym o taki stopień niedbalstwa, które może mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego[84].

Pojęcie „jest winny poważnego" wprowadzenia w błąd może zostać objaśnione i uszczegółowione w prawie krajowym, z poszanowaniem wszakże prawa Unii[85]. Polski ustawodawca doprecyzował to pojęcie, wskazując na konieczność zaistnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, wprowadzenie w błąd musi być wynikiem „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa". Po drugie, wprowadzenie w błąd miało lub „mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Posługując się pojęciami zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa, ustawodawca chciał objąć wykluczeniem tylko takie przypadki wprowadzenia w błąd, które podważają rzetelność (wiarygodność, uczciwość i staranność) wykonawcy, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Dlatego nie każdy przypadek nieprawidłowości przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

---

[84] Por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338, pkt 78

[85] Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 26

musi być uznany za przypadek podający w wątpliwość rzetelność wykonawcy. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwość co do rzetelności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej). Do drobnych nieprawidłowości należy zaliczyć przede wszystkim błędy formalne, takie jak złożenie nieaktualnego zaświadczenia z KRK. Wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd, jeżeli oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Pod uwagę należy w szczególności wziąć sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że jego sytuacja oraz posiadane przez niego zdolności kwalifikują go do udziału w postępowaniu.

8.1.3. Istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Wprowadzenie w błąd powinno być także oceniane przez **skutek**, który wykonawca **mógł** wywołać, tj. decydujący wpływ na podjęcie lub możliwość podjęcia przez zamawiającego błędnej decyzji. Wpływ ten nie musi faktycznie nastąpić. Wystarczy potencjalna możliwość wywarcia takiego wpływu. Wprowadzenie w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegałyby **odrzuceniu**. Z kolei podanie

błędnych informacji odnośnie do spełniania kryteriów selekcji mogłoby wywrzeć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji wykonawca uzyskał **niższą ocenę** (punktację) spełnienia kryteriów selekcji. Ponieważ liczy się także potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego, nie jest konieczne wykazanie, że wykonawca nie znalazłby się na tzw. krótkiej liście.

8.2. Zatajenie informacji. Drugim wariantem zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp jest zatajenie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zatajenie informacji to **nieprzekazanie wymaganych** informacji[86].

W rzeczywistości bowiem zaniechanie przekazania prawdziwych informacji, podobnie jak podanie informacji nieprawdziwych, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego[87].

Nie mamy do czynienia z zatajeniem informacji, jeżeli wykonawca nie złożył JEDZ lub podmiotowych środków dowodowych, lub są one formalnie niekompletne. W takim wypadku zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia lub uzupełnienia tych dokumentów (art. 128 ust. 1 Pzp).

Jeżeli jednak złożone dokumenty są merytorycznie niekompletne, w grę może wchodzić wykluczenie z postępowania. Cel art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga, aby miał on zastosowanie również w przypadku **niezamieszczenia** w złożonych dokumentach wymaganych **informacji** lub podania **niepełnych** wymaganych **informacji**. Brak takich informacji

[86] Por. opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka w sprawie *Esaprojekt,* pkt 70

[87] Por. wyrok w sprawie *Delta*, pkt 34

może bowiem wywoływać u zamawiającego mylne wyobrażenie na temat zdolności oraz sytuacji wykonawcy[88].

8.3. Niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Trzeci wariant zastosowania art. 109 ust.1 pkt 8 Pzp stanowi wykluczenie wykonawcy, który nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Pojęcie podmiotowych środków dowodowych zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 17 Pzp.

Podstawa wykluczenia zachodzi, gdy wykonawca nie wykonał ciążącego na nim obowiązku złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

9. Niedozwolony wpływ. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, 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.

Art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Pzp dotyczą trzech różnych wariantów naruszenia przez wykonawcę powinności przestrzegania reguł zorganizowanej konkurencji:

1) bezprawnego wpływu na czynności zamawiającego,
2) pozyskania informacji poufnych,
3) przedstawienia wprowadzających w błąd informacji.

[88] Por. opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka w sprawie *Esaprojekt,* pkt 71

Przepisy art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Pzp nie wymagają, aby niedozwolony wpływ nastąpił w danym, konkretnym postępowaniu. Podstawę wykluczenia mogą również stanowić wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły w poprzednich postępowaniach, jeżeli zdarzenia będące podstawą wykluczenia zaistniały odpowiednio w okresie 3 lat bądź 1 roku od wykluczenia (art. 111 pkt 4 i 6 Pzp).

W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 9 lub 10 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

9.1. Bezprawny wpływ na czynności zamawiającego. Bezprawność odnosi się do sprzeczności z ustawą. Z kolei pojęcie „wpływał lub próbował wpłynąć" należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar wywarcia wpływu na czynności zamawiającego (umyślność).

Przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp nie jest skutkowa. Nie musi dojść do wywarcia wpływu na czynności zamawiającego, a tym bardziej na wynik postępowania.

Inaczej niż w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przepis art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp nie ogranicza się tylko do decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z wnioskowania z przeciwieństwa wynika, że zakres zastosowania normy obejmuje jakiekolwiek czynności zamawiającego. Mogą być to zarówno czynności podejmowane na etapie prowadzenia, jak i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a nawet w ramach innych procedur, takich jak konkurs lub system kwalifikowania wykonawców. Obojętne jest również, czy czynność może mieć wpływ na decyzje zamawiającego (np. czynność oceny ofert, która ma wpływ na decyzję o wyborze najkorzystniejszej

oferty), czy też takiego wpływu nie ma (np. zmiana terminu składania ofert).

Bezprawny wpływ na czynności zamawiającego lub próba wywarcia takiego wpływu to przede wszystkim zachowania wypełniające znamiona przestępstwa oszustwa przetargowego (wyłudzenia zamówienia publicznego), ujętego w art. 297 § 1 Kk. Przestępstwo to popełnia ten, kto w celu uzyskania zamówienia publicznego dla siebie lub kogoś innego, od organu lub instytucji dysponującej środkami publicznymi, przedkłada dokument podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę lub nierzetelny albo nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania takiego zamówienia. Dokument „poświadczający nieprawdę" zawiera informacje fałszywe lub pomija te elementy informacji, które obowiązkowo powinny się w nim znaleźć. Z kolei dokumentem lub oświadczeniem „nierzetelnym" w rozumieniu art. 297 § 1 Kk jest dokument lub oświadczenie, w którym pominięto istotne informacje prawdziwe, a także dokument lub oświadczenie, w którym zostały zawarte informacje sugerujące odbiorcy stan inny niż istniejący w rzeczywistości[89].

Bezprawny wpływ lub próba wpływania na czynności zamawiającego to również zachowania stanowiące przestępstwo (przykładowo przekupstwo, groźba) względem samego zamawiającego lub osób wykonujących czynności w zamówieniu po stronie zamawiającego.

9.2. Pozyskanie informacji poufnych. Użyte w art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy klasycznej sformułowanie „podjął kroki, aby pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę" zostało

[89] Na temat przestępstwa wyłudzenia zamówienia publicznego zob. E. Plebanek, *Z problematyki przestępnego wyłudzenia zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2020, nr 1, Legalis

transponowane jako „próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia". Termin **informacje poufne** ma szerszy zakres niż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy znk. Informacjami poufnymi są wszystkie informacje, które są przeznaczone jedynie dla ograniczonego kręgu osób, niezależnie od ich charakteru oraz wartości gospodarczej.

Konieczne jest, aby pozyskane informacje poufne mogły dać wykonawcy **przewagę** w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy klasycznej dodatkowo precyzuje, że przewaga musi być **nienależna**. Pozyskane informacje muszą zatem prowadzić do **zakłócenia konkurencji**. Do takich informacji należy zaliczyć informacje, względem których Pzp przewiduje poufny ich charakter (przykładowo treść ofert wstępnych, prace konkursowe, informacja o uczestnikach konkursu, treść prowadzonych negocjacji w trybach negocjacyjnych czy informacje w sposób prawidłowy i uzasadniony zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Natomiast nie prowadzi do zakłócenia konkurencji próba pozyskania informacji poufnych w sposób przewidziany w Pzp, np. poprzez złożenie wniosku o udostępnienie informacji, które inny wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

9.3. Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji. Możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp zachodzi, gdy spełnione są trzy przesłanki.

9.3.1. Po pierwsze, musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd. Z zestawienia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp („przedstawił informacje wprowadzające w błąd") z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp („wprowadził zamawiającego w błąd") wynika, że do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wystarczy, aby przedstawione

informacje cechowały się zdolnością do wprowadzenia w błąd. Zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd[90]. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie **nieprawdziwych** (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących **mylne wyobrażenie** u zamawiającego (np. złożenie nieważnego certyfikatu). Błąd ma nastąpić przy **przedstawianiu** informacji. Wykonawca musi zatem przekazać zamawiającemu informacje lub co najmniej próbować przekazać informacje. Przepis nie określa szczególnych wymagań co do sposobu przekazania informacji.

9.3.2. Lekkomyślność lub niedbalstwo. Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić[91]. Regulacja nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo.

Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe.

Jeżeli przedstawienie wprowadzających w błąd informacji jest wynikiem **zamierzonego** działania wykonawcy, zastosowanie znajdzie podstawa

---

[90] Por. wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl.

[91] Por. W. Czachórski, [w:] Z. Radwański [red.], *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź 1981, s. 546 i 547

wykluczenia dotycząca bezprawnego wpływu na czynności zamawiającego określona w art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp.

9.3.3. Istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Po trzecie, przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są – oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty – tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. Pojęcie to obejmuje decyzję o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, decyzję o ograniczeniu liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert, do negocjacji lub dialogu, decyzję o ograniczeniu liczby ofert podlegających negocjacjom na kolejnym etapie negocjacji, decyzję o ograniczeniu liczby rozwiązań na kolejnym etapie dialogu, decyzję o odrzuceniu oferty, decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz decyzję o unieważnieniu postępowania.

Przedstawione informacje **mogą** mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Nie ma zatem znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły **istotnie** wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wpływ jest istotny, jeżeli mógłby spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta lub postępowanie zostałoby unieważnione. Wpływ ten nie musi nastąpić.

Wystarczy możliwość wywarcia takiego wpływu[92]. Przedstawione informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegały odrzuceniu. Z kolei podanie wprowadzających w błąd informacji odnośnie do elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert może wywrzeć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji wykonawca uzyskał odpowiednio niższą ocenę spełnienia kryteriów selekcji lub niższą ocenę oferty albo (w przypadku dialogu) rozwiązania.

10. Wskazanie fakultatywnych podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 Pzp, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Oznacza to, że w razie niewskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia fakultatywnej podstawy wykluczenia zamawiający nie może na jej podstawie wykluczyć wykonawcy z postępowania. Przepis daje zamawiającemu do wyboru, czy wskaże podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, czy w dokumentach zamówienia.

11. Odstępstwo od wykluczenia. Zgodnie z ust. 3 komentowanego artykułu w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

[92] Por. wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl.

Przepis transponuje art. 57 ust. 3 akapit drugi oraz ust. 4 akapit drugi dyrektywy klasycznej. Przepis uwzględnia również motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej, w którym ustawodawca europejski zaleca zamawiającym, aby przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia zwrócili uwagę na zasadę proporcjonalności.

Decyzja o odstąpieniu od wykluczenia należy do **uznania** zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych[93]. Wyboru dokonuje się pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem z postępowania.

Należy jednak w tym miejscu w sposób wyraźny zaznaczyć, iż dokonanie wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych nie może nosić znamion całkowitej dowolności. Zamawiający związany jest bowiem przepisami Pzp. Zamawiający jest więc przede wszystkim zobowiązany dokonać właściwej subsumcji stanu faktycznego pod hipotezę normy, czyli ocenić, czy wykluczenie jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne" jest zwrotem celowo niedookreślonym. Wystąpienie tego pojęcia nieostrego pozostawia po stronie zamawiającego pewien zakres uznania, czy w konkretnym wypadku uznać stan faktyczny za istniejący.

Art. 110.

1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5

[93] Por. na tle uznania administracyjnego M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 55–63

i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) **naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;**
2) **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;**
3) **podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:**
   a) **zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,**
   b) **zreorganizował personel,**
   c) **wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,**
   d) **utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,**
   e) **wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.**

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu

wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

1. Wykluczenie na każdym etapie postępowania. Zgodnie z art. 110 ust. 1 Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.
Przepis wdraża art. 57 ust. 5 dyrektywy klasycznej. Ustawodawca unijny dodatkowo wskazuje okoliczności, w jakich dochodzi do wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie następuje, gdy „okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji", o których mowa w art. 57 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy klasycznej.
Z zastosowania przepisu art. 110 ust. 1 Pzp wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, że wykluczenie może nastąpić na dowolnym etapie postępowania, gdy tylko ujawnią się podstawy wykluczenia. Konieczne jest jedynie, aby postępowanie było wszczęte i niezakończone. Wykonawca może zatem zostać wykluczony z postępowania aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia albo unieważnienia postępowania. Po drugie zaś, że powodem wykluczenia są zarówno okoliczności powstałe przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
Przepis art. 110 ust. 1 Pzp ma szczególne znaczenie w przypadku procedur dwuetapowych, w których kwalifikacja podmiotowa wykonawców dokonywana jest na pierwszym etapie postępowania, po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykonawca, który pozytywnie przeszedł kwalifikację podmiotową, może zostać wykluczony na późniejszym etapie postępowania, jeżeli tylko zostanie stwierdzona podstawa wykluczenia.

2. Samooczyszczenie (***self-cleaning***). W art. 110 ust. 2 Pzp ustawodawca przewiduje, że zamawiający ma obowiązek odstąpić od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10 Pzp, jeżeli wykonawca udowodni zamawiającemu, że podjął działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp obszarach. W pierwszej kolejności wykonawca musi naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp). Następnie powinien aktywnie współpracować przy wyjaśnianiu nieprawidłowego postępowania (art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp). Wreszcie jest obowiązany podjąć środki techniczne, organizacyjne i kadrowe w celu zapobieżenia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp). Wykonawca powinien zatem podjąć działania naprawcze (art. 110 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp) oraz zapobiegawcze (art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp), których celem jest przywrócenie jego rzetelności.

W art. 110 ust. 3 Pzp uregulowano wytyczne, w jaki sposób zamawiający powinien oceniać, czy podjęte przez wykonawcę działania naprawcze i zapobiegawcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Przepisy art. 110 ust. 2 i 3 Pzp nie są jedyną regulacją dotyczącą samooczyszczenia.

Dla przypadków wykluczenia z powodu zalegania z opłacaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne ustawodawca wprowadził przepisami art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp szczególne zasady samooczyszczenia. Według tych przepisów wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli odpowiednio przed upływem terminu

do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub **zawarł wiążące porozumienie** w sprawie spłaty tych należności.

3. Zaistnienie podstawy wykluczenia Art. 110 ust. 2 Pzp nie ma zastosowania do wszystkich podstaw wykluczenia. Przede wszystkim ustawodawca nie przewidział możliwości samooczyszczenia w przypadku wykonawcy, wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp). Uwzględniono w ten sposób art. 57 ust. 6 akapit czwarty dyrektywy klasycznej. Zgodnie z tym przepisem wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości samooczyszczenia w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący. Art. 110 ust. 2 Pzp nie stosuje się również w przypadkach wykluczenia spowodowanych zaleganiem z opłacaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Jak już wyżej wspomniano, przepisy art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp przewidują dla tych przypadków odrębne, szczególne zasady samooczyszczenia.
Ponadto instytucja samooczyszczenia nie znajdzie zastosowania do wykluczenia ze względu na zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy (art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp) oraz wystąpienia konfliktu interesów (art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp). Obie podstawy wykluczenia ograniczają się do konkretnego postępowania i nie są skutkiem nieprawidłowego postępowania wykonawcy, które

podważałoby jego rzetelność. *Self-cleaning* byłby w tych wypadkach bezprzedmiotowy.

4. Działania służące samooczyszczeniu. Wykonawca, wobec którego zachodzą odpowiednie podstawy wykluczenia, nie podlega takiemu wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął łącznie działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp. Jak wynika z brzmienia zdania wprowadzającego do wyliczenia, działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp muszą być podjęte **łącznie**. Jednocześnie szczegółowa analiza katalogu tych działań wskazuje, że powinny być one dostosowane do konkretnego naruszenia. Jeżeli przykładowo z nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie wynikła żadna szkoda, działania nie będą obejmowały naprawienia szkody zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp. Z kolei jeśli fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy są oczywiste, niepotrzebne będzie ich wyjaśnianie zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp. Nasuwa się na tym tle wniosek, że działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp muszą być podjęte łącznie, pod warunkiem że w danym przypadku określone działanie nie jest **bezprzedmiotowe**. Działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp są **konieczne**, a zarazem **wystarczające** do wykazania rzetelności wykonawcy. Wykonawca nie musi podejmować innych działań.

5. Naprawienie szkody. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp wykonawca musi naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Przepis wymaga naprawienia szkody lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Obydwa przypadki są równoważne. Zobowiązanie do naprawienia szkody może mieć różne postacie. W grę wchodzi zwłaszcza uznanie długu w drodze umowy zawartej

pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w której strony ustalają, że istnieje pomiędzy nimi dług o określonej wysokości i terminie płatności (uznanie właściwe). Uznanie właściwe obejmuje oświadczenie woli zobowiązanego, w którym potwierdza on istnienie swojego obowiązku i zobowiązuje się (ponownie) do jego realizacji[94]. Umową uznania długu jest również ugoda (art. 917 i n. Kc). Natomiast nie jest objęte art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp uznanie niewłaściwe będące każdym innym zachowaniem dłużnika, z którego wynika świadomość istnienia długu oraz obowiązku jego zapłaty (np. prośba o prolongatę zadłużenia, rozłożenie na raty). Uznanie niewłaściwe jest oświadczeniem wiedzy zobowiązanego[95], a zatem nie wywołuje wymaganego przez ustawę skutku zobowiązującego.

Pomiędzy szkodą a przestępstwem, wykroczeniem lub innym nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy musi zachodzić adekwatny związek przyczynowy (art. 361 § 1 Kc). Wykonawca powinien wyrównać wszystkie szkody, jakie wynikły z przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania wykonawcy.

Analiza powinna być dokonana przez zamawiającego na podstawie dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Należy bowiem przypomnieć, że wśród środków, jakie powinien podjąć wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności, znajduje się dostarczenie dowodu, że zrekompensował on wszelkie szkody spowodowane popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty[96]. Jeśli wykonawca nie przedstawi takich dowodów lub

---

[94] Por. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 123, Nb. 13

[95] op. cit., Nb. 15

[96] Por. wyrok z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH*, ECLI:EU:C:2018:855, pkt 30

przedstawione dowody będą niekompletne, w tym dobrane stronniczo, nie zostanie spełniona konieczna przesłanka samooczyszczenia dotycząca aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym przy wyjaśnianiu faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp.

6. Wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp wykonawca musi wyczerpująco wyjaśnić 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.

Należy zatem oczekiwać, że wykonawca będzie aktywnie, czyli samodzielnie, z własnej inicjatywy współpracował z właściwymi organami oraz zamawiającym. Brak gotowości do wzięcia odpowiedzialności za nieprawidłowe postępowanie, choć zrozumiały ze względu na chęć uniknięcia sankcji, jest nie do pogodzenia z ideą instytucji samooczyszczenia. Okoliczność, że udzielenie wyczerpujących wyjaśnień mogłoby ułatwić zamawiającemu dochodzenie roszczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej przeciwko wykonawcy, nie podważa tego stwierdzenia[97].

Wykonawca powinien współpracować odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym. „Odpowiednio" oznacza, że w zakresie kompetencji poszczególnych podmiotów. Termin „właściwe organy" powinien być rozumiany szeroko. **Właściwymi organami** są organy, które są powołane do wyjaśnienia zarzucanego

[97] Por. wyrok w sprawie *Vossloh*, pkt 30

wykonawcy przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania, a zatem odpowiednio do okoliczności konkretnego przypadku prokuratura, Policja, Żandarmeria Wojskowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straż Graniczna, Służba Celno-Skarbowa, Najwyższa Izba Kontroli, Państwowa Inspekcja Pracy, Inspekcja Ochrony Środowiska, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz wszelkie pozostałe organy, które z urzędu są odpowiedzialne za przeprowadzenie dochodzenia związanego z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy[98].

Podjęta przez wykonawcę aktywna współpraca musi doprowadzić do **wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności** związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym zachowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami.

7. Środki zapobiegawcze. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp wykonawca musi podjąć konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Art. 110 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp wymagają od wykonawcy naprawienia szkody lub zadośćuczynienia, natomiast art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązuje do podjęcia działań zapobiegawczych, dzięki którym uda się uniknąć dalszych przestępstw, wykroczeń lub nieprawidłowego postępowania. Nie chodzi więc o wymierzenie kolejnej sankcji za popełnione przestępstwo, wykroczenie lub nieprawidłowe zachowanie, lecz o uchronienie się przed ich powtórzeniem w przyszłości. Warunkiem koniecznym podjęcia odpowiednich działań zapobiegawczych jest wcześniejsze wyjaśnienie

[98] Por. wyrok w sprawie *Vossloh*, pkt 23 i 25

faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, do czego wykonawca jest zobowiązany na podstawie art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wynikiem przeprowadzonego przez wykonawcę dochodzenia lub kontroli powinno być zidentyfikowanie przyczyn, zakresu i skutków stwierdzonych nieprawidłowości, a także sformułowanie zaleceń lub wniosków dotyczących usunięcia nieprawidłowości oraz zastosowania środków technicznych, organizacyjnych lub kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom.

Uwzględniając wskazówki zawarte w motywie 102 preambuły dyrektywy klasycznej, w art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp podano przykładowe środki organizacyjne i kadrowe służące samooczyszczeniu, takie jak 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, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Ponieważ wyliczenie jest przykładowe, nie wszystkie wymienione środki są konieczne lub wystarczające do wykazania rzetelności. Działania zapobiegawcze zawsze muszą być dostosowane do okoliczności konkretnego przypadku.

8. Środki techniczne. Należy przez to rozumieć wszelkie środki, których celem jest zapobieganie dalszym nieprawidłowościom spowodowanym **wadami wyrobu** (produktu, obiektu budowlanego lub rzadziej usługi) lub **procesu produkcji**. Obowiązek podjęcia konkretnych środków technicznych może mieć zatem zastosowanie w przypadkach określonych

w art. 109 ust. 1 pkt 1, 5 i 7 Pzp naruszeń przepisów chroniących środowisko lub zobowiązań umownych, natomiast nie będzie odpowiedni dla innych podstaw wykluczenia. Przykładami środków technicznych są: zastosowanie nowych materiałów lub technologii w procesie produkcji, użycie nowych narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych służących do realizacji zamówień, zastosowanie urządzeń lub laboratoriów kontroli jakości.

9. Środki organizacyjne. W pozostałych przypadkach w grę wchodzi przede wszystkim podjęcie środków organizacyjnych. Środki organizacyjne mają na celu **usunięcie wad w wewnętrznych procedurach** wykonawcy, które były podstawą zdarzenia, które doprowadziło do powstania podstawy wykluczenia. Znaczna część tych środków wchodzi w zakres systemu *compliance* (systemu zgodności). Jak wcześniej wspomniano, środki zapobiegawcze powinny być dostosowane do okoliczności konkretnego przypadku, czemu ustawodawca dał wyraz, zamieszczając w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a–e Pzp przykładowy, a nie enumeratywny katalog takich środków. Ponadto oczywiste jest, że środki zapobiegawcze, które musi podjąć wykonawca, powinny mieścić się w ekonomicznie uzasadnionych ramach (jest to szczególnie ważne w przypadku MŚP). Przykładowo nieproporcjonalne byłoby żądanie od małego przedsiębiorcy wprowadzenia kosztownego działu audytu wewnętrznego.

Do środków polegających na **zmianach struktury decyzyjnej** wykonawcy należą środki określane w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. b Pzp jako reorganizacja personelu. Przykładem takich działań jest rotacja personelu lub stosowanie zasady „dwóch par oczu”[99]. Wśród przykładów innych zmian struktury organizacyjnej można wymienić utworzenie działu audytu wewnętrznego,

[99] Por. M. Radu, [w:] M. Müller-Wrede [red.], *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, s. 525

kontroli wewnętrznej lub *compliance*, co pokrywa się ze wskazanymi w art. 110 ust. 2 pkt 3 li. c i d Pzp środkami polegającymi na wdrożeniu systemu sprawozdawczości i kontroli oraz utworzeniu struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W dalszej kolejności można wziąć pod uwagę środki mające na celu zmianę **kultury organizacji** poprzez oparty na wartościach wpływ na postawę i zachowania ogółu pracowników[100]. Działania te obejmują przede wszystkim przyjęcie wewnętrznych regulacji i standardów zachowania, które oprócz odwołania się do ogólnej powinności przestrzegania obowiązujących przepisów prawa określają reguły postępowania w takich obszarach, jak wręczanie i przyjmowanie prezentów lub innych korzyści finansowych, unikanie konfliktu interesów, przestrzeganie praw własności intelektualnej, ochrona informacji poufnych, zrównoważone wykorzystywania zasobów, ochrona środowiska oraz wykonywanie zobowiązań kontraktowych.

W przypadku podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1, 5 i 7 Pzp liczy się również wdrożenie **systemu zarządzania jakością** (np. zgodnego z normą ISO 9001) oraz **systemu zarządzania środowiskowego** (np. rejestracja w EMAS).

10. Środki kadrowe. Samooczyszczenie zawsze wymaga podjęcia konkretnych decyzji kadrowych. Inaczej niż w przypadku środków organizacyjnych, które odnoszą się do procedur, chodzi tu o zapobieganie dalszemu nieprawidłowemu zachowaniu konkretnych **osób pracujących dla wykonawcy lub powiązanych z nim podmiotów**, które było przyczyną zaistnienia podstawy wykluczenia.

[100] op. cit., s. 526

W odniesieniu do **pracowników** wykonawcy lub osób zatrudnionych na podstawie umowy cywilnej, którzy zostali skazani za przestępstwo lub wykroczenie lub są odpowiedzialni za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, odpowiednim środkiem dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu jest rozwiązanie stosunku pracy lub umowy i zaprzestanie jakiejkolwiek współpracy, co art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a Pzp określa jako zerwanie wszelkich powiązań. W niektórych przypadkach w grę może również wchodzić przesunięcie pracownika na inne, mniej odpowiedzialne stanowisko, co mieści się w ramach środków polegających na zreorganizowaniu personelu (art. 110 ust. 2 pkt 3 lit b Pzp).

11. Udowodnienie samooczyszczenia. Samo podjęcie działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp nie jest wystarczające. Z brzmienia art. 110 ust. 2 Pzp wynika, że wykonawca musi udowodnić te działania zamawiającemu.

Ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa zatem na wykonawcy. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 Pzp, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca musi przedstawić dowody z własnej inicjatywy[101]. Potwierdza to treść motywu 102 preambuły dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.

[101] Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 17 września 2020 r. w sprawie C-387/19 *RTS infra BVBA i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2020:728, pkt 59

Udowodnienie samooczyszczenia jest elementem aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym, która zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi warunek samooczyszczenia. Wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli, by dowieść mu przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny[102]. Ta aktywna współpraca powinna polegać na tym, że wykonawca bez wezwania złoży kompletne dowody, wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeśli wykonawca przedstawi niekompletne, a tym samym nierzetelne informacje, nie zostanie spełniona konieczna przesłanka samooczyszczenia. Współpraca z zamawiającym obejmuje również wyjaśnienie, czy istnieje podstawa wykluczenia[103]. Oznacza to, że w celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych[104].

12. Ocena podjętych działań. Zgodnie z art. 110 ust. 3 Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Przepis transponuje art. 57

---

[102] Por. wyrok *Vossloh*, pkt 33

[103] Por. wyrok *Vossloh*, pkt 23, 24 i 27

[104] Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie *RTS*, pkt 58

ust. 6 akapit trzeci dyrektywy klasycznej, wedle którego środki podjęte przez wykonawcę są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Wskazując rzetelność jako jeden z mierników oceny podjętych działań (obok „wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy"), nawiązuje również do art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej. Podjęte środki dostosowawcze nie prowadzą zatem *ex lege* do unicestwienia następstw prawnych zaistnienia podstawy wykluczenia. Taki skutek jest powiązany – dodatkowo – z oceną zamawiającego. Przedmiotem oceny są działania naprawcze i zapobiegawcze, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp.

W pierwszej kolejności zamawiający ocenia, czy wykonawca udowodnił środki podjęte w celu wykazania jego rzetelności. Zamawiający musi zatem ocenić wiarygodność i moc dowodów oraz ustalić fakty. W przypadku środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp, ocena na tym się kończy. Chodzi bowiem wyłącznie o ustalenie, czy wykonawca naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody, co jest kwestią faktu.

Natomiast w przypadku działań określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp zamawiający musi dodatkowo ocenić, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności, jeżeli oferują wystarczające gwarancje (por. motyw 102 preambuły dyrektywy klasycznej), że wykonawca nie popełni w przyszłości przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania.

W odniesieniu do wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności w rozumieniu art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp najważniejsze znaczenie prognostyczne ma ocena postawy wykonawcy przy przedstawianiu zamawiającemu prowadzącemu to konkretne postępowanie informacji

na temat nieprawidłowości będących podstawą wykluczenia oraz podjętych środków dostosowawczych.

Kluczowa jest jednak ocena działań zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 3 Pzp, które muszą być „odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu". Przy ocenie wagi czynu należy zatem wziąć pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez wykonawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia przez wykonawcę. Z kolei „szczególne okoliczności czynu wykonawcy" to zarówno okoliczności łagodzące, jak i okoliczności obciążające wykonawcę. Szczególne okoliczności czynu umożliwiają ocenę postawy wykonawcy. Przykładami szczególnych okoliczności obciążających są powtarzalność (wielokrotność) popełniania czynów, zuchwałość czynu, pewność siebie i poczucie bezkarności sprawcy, ponowienie czynu pomimo wcześniejszego samooczyszczenia (recydywa). Oczywistym powinno być również, że im większa waga czynu oraz szczególnych okoliczności obciążających, tym większe powinny być wymagania w stosunku do środków zapobiegawczych.

13. Wykluczenie wykonawcy. Według art. 110 ust. 3 Pzp, jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający **wyklucza** wykonawcę. Przy stosowaniu przepisu należy uwzględnić art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym, jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje **uzasadnienie** takiej decyzji. Zamawiający, informując o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty

złożonej przez wykonawcę, powinien wyjaśnić, dlaczego uznał podjęte przez wykonawcę środki za niewystarczające do wykazania jego rzetelności.

Art. 111.

Wykluczenie wykonawcy następuje:

1) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g i pkt 2, na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;

2) w przypadkach, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i pkt 2, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h,

b) art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3

– 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;

3) w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4, na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

6) **w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;**
7) **w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 109 ust. 1 pkt 6, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia.**

1. Uwagi ogólne. Art. 111 Pzp wyznacza granice czasowe wystąpienia okoliczności stanowiącej podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ograniczenie możliwości wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, podobnie jak w przypadku instytucji samooczyszczenia, ma na celu realizację zasad proporcjonalności i równego traktowania oraz zapewnienie efektywnej konkurencji na rynku zamówień publicznych.

Art. 111 Pzp transponuje art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej. W świetle regulacji dyrektywy klasycznej państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia, w przypadku gdy wykonawca nie podejmie środków naprawczych i zapobiegawczych w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on 5 lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach obligatoryjnych podstaw wykluczenia i 3 lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach fakultatywnych podstaw wykluczenia.

Art. 111 Pzp nie wyznacza ram czasowych dla podstaw wykluczenia związanych z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp. Uregulowanie tej sprawy w art. 111 Pzp nie jest potrzebne. Z art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika, że okres wykluczenia z powodu

naruszenia tych obowiązków kończy się chwilą dokonania płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności.

Ustawodawca nie ustalił także okresu wykluczenia wykonawcy z postępowania dla podstaw wykluczenia związanych z zakłóceniem konkurencji wynikającym z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie tego postępowania oraz wystąpienia konfliktu interesów w danym postępowaniu, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp. Obie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania ograniczają się do tego konkretnego postępowania i nie są skutkiem nieprawidłowego postępowania wykonawcy, które podważałoby jego rzetelność.

2. Skutki upływu okresu wykluczenia. Jeżeli przewidziany w art. 111 Pzp okres wykluczenia dobiegnie końca, zamawiający nie ma prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania ze względu na daną podstawę wykluczenia. Po upływie przewidzianego okresu rzetelność wykonawcy nie może być kwestionowana z powodu popełnionego wcześniej czynu, nawet bez podjęcia działań mających na celu samooczyszczenie.

3. Okres wykluczenia. Jeżeli wykonawca, w stosunku do którego zachodzi podstawa wykluczenia, nie podejmie wystarczających środków naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 Pzp, podlega on wykluczeniu z postępowania na okres przewidziany w art. 111 Pzp. Okres wykluczenia oraz jego początek jest różny dla różnych przesłanek wykluczenia.

W zależności od przesłanki wykluczenia okres wykluczenia liczy się od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego za przestępstwo

lub wykroczenie, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Moment zaistnienia **zdarzenia** będącego podstawą wykluczenia określa się na podstawie przepisów dotyczących podstaw wykluczenia (art. 108 i art. 109 Pzp). Nie zawsze jednak z tych przepisów wynika jasno, czy tym zdarzeniem jest czyn wykonawcy, orzeczenie sądu, decyzja organu lub zamawiającego.

Okresy wykluczenia oraz ich początki dla poszczególnych podstaw wykluczenia przedstawiają się następująco:

3.1. Art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g i pkt 2 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy będącego osobą fizyczną, prawomocnie skazaną za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g Pzp, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, wynosi **5 lat** od dnia **uprawomocnienia się wyroku** skazującego, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia. Ta sama zasada dotyczy wykonawcy, jeżeli osoba pełniąca funkcje kierownicze u wykonawcy została prawomocnie skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g Pzp, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu dopiero, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął łącznie wszystkie działania naprawcze i zapobiegawcze, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp, konieczne do wykazania jego rzetelności. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do obejścia przepisów Pzp dotyczących samooczyszczenia.

3.2. Art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i pkt 2 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy będącego osobą fizyczną, prawomocnie skazaną za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h Pzp, wynosi **3 lata** od dnia **uprawomocnienia się wyroku** skazującego, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia. Ta sama zasada dotyczy wykonawcy,

jeżeli osoba pełniąca funkcje kierownicze u wykonawcy została prawomocnie skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h Pzp, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.

3.3. Art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy, wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne, jest określony w prawomocnym wyroku, w którym orzeczono taki zakaz, lub prawomocnym orzeczeniu w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

3.4. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, wynosi **3 lata** od zaistnienia **zdarzenia** będącego podstawą wykluczenia. Jak już wcześniej wspomniano, w przypadku uczestnictwa w kartelu takim zdarzeniem jest co do zasady **decyzja** właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.

3.5. Art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy będącego osobą fizyczną, prawomocnie skazaną za przestępstwo, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego lub ukaranego za wykroczenie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, wynosi **3 lata** od dnia **uprawomocnienia się wyroku** skazującego lub nakładającego karę, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia. Ta sama zasada dotyczy wykonawcy, jeżeli osoba pełniąca funkcje kierownicze u wykonawcy została prawomocnie skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego lub ukarana za wykroczenie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Z kolei okres wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, wynosi **3 lata** od dnia wydania **ostatecznej decyzji**.

3.6. Art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji określonych w tym przepisie wynosi **3 lata** od dnia zaistnienia **zdarzenia** będącego podstawą wykluczenia. Zawarta w art. 111 pkt 4 Pzp regulacja dotycząca okresu wykluczenia nie ma zastosowania do wykonawcy, którego działalność gospodarcza została zawieszona. Zawieszenie działalności gospodarczej na podstawie art. 23 i 24 Prawa przedsiębiorców nie jest skutkiem nieprawidłowego postępowania wykonawcy, które podważałoby jego rzetelność. Dlatego okres wykluczenia rozpoczyna się z chwilą zawieszenia działalności, a kończy z momentem jej wznowienia.

3.7. Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy, który poważnie naruszył obowiązki zawodowe, wynosi **3 lata** od dnia zaistnienia **zdarzenia** będącego podstawą wykluczenia.

3.8. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Okres wykluczenia wykonawcy, który naruszył istotne zobowiązanie umowne, wynosi **3 lata** od dnia zaistnienia **zdarzenia** będącego podstawą wykluczenia. Dyskwalifikującym zdarzeniem jest, w zależności od okoliczności, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, powstanie roszczenia o zapłatę odszkodowania, realizacja uprawnień do wykonania zastępczego lub z tytułu rękojmi za wady.

3.9. Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W tym przypadku okres wykluczenia wykonawcy wynosi **2 lata** od dnia wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przekazywaniu informacji lub, w przypadku zatajenia informacji, od dnia, w którym upłynął termin na przedstawienie informacji.

3.10. Art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp. W przypadku wywierania niedozwolonego wpływu na postępowanie o udzielenie zamówienia okres wykluczenia wynosi **3 lata** od dnia zachowania wykonawcy stanowiącego powód wykluczenia.

3.11. Art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W przypadku przedstawienia informacji wprowadzających w błąd okres wykluczenia wykonawcy wynosi **1 rok** od dnia przedstawienia takich informacji.

Oddział 2
Warunki udziału w postępowaniu

Art. 112.

1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

1. Cel przepisu. Art 112 Pzp wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postepowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.

Komentowany artykuł wdraża art. 58 ust. 1 akapit pierwszy i akapit drugi oraz akapit 5 dyrektywy klasycznej.

2. Warunki udziału w postępowaniu. W świetle art. 57 pkt 2 i art. 112 Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego **pozytywne warunki uczestnictwa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze **podmiotowym**, służące ocenie **zdolności** wykonawcy **do należytego wykonania zamówienia**. Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć **wyłącznie** zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

3. Odróżnienie od wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz związanych z realizacją zamówienia. Należy odróżnić warunki udziału w postępowaniu od wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do **właściwości podmiotowych wykonawcy**, natomiast wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz związane z realizacją zamówienia – do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Przykładowo, próbka dostarczanych produktów może być, zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp, żądana na potwierdzenie zdolności technicznych wykonawcy, które umożliwiają mu dostarczenie produktów na odpowiednim poziomie jakości, lub zgodnie z art. 106 ust. 1 Pzp – na potwierdzenie, że oferowany produkt spełnia określone wymagania lub cechy. Sięgając do innych przykładów, można wskazać na opis technologii stosowanych do zagospodarowania odpadów wymagany przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usuwanie odpadów

komunalnych. Dokument ten może posłużyć bądź jako opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości, żądany zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp na potwierdzenie posiadania potencjału technicznego umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, bądź jako stanowiąca element oferty koncepcja zagospodarowania odpadów, która opisuje planowany sposób realizacji zamówienia. W takich wypadkach o charakterze środka dowodowego nie decyduje jego rodzaj, lecz cel, w jakim jest żądany.

4. Odróżnienie od kryteriów oceny ofert. Według art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej zamawiający mogą nakładać na wykonawców kryteria dotyczące kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej **wyłącznie** jako wymogi dotyczące udziału. Oznacza to, że kryteria odnoszące się do zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia nie mogą być co do zasady mieszane z kryteriami oceny ofert. Reguła ta została wyrażona jednoznacznie w art. 241 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. O tym, czy określone kryterium stanowi warunek udziału w postępowaniu, czy też kryterium oceny ofert, decyduje to, czy odnosi się ono do oferowanego świadczenia i ma na celu wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (kryterium oceny ofert), czy też jest związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie

wykonania danego zamówienia, a więc dotyczy właściwości wykonawcy (warunek udziału w postępowaniu)[105].

5. Warunki udziału w postępowaniu a kryteria selekcji. Pzp odróżnia warunki udziału w postępowaniu o charakterze dopuszczającym od **kryteriów selekcji**, które umożliwiają ograniczenie liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu (art. 7 pkt 9 Pzp). Odróżnienie warunków udziału od kryteriów selekcji wynika jedynie z odmiennych funkcji, jakie spełniają. Warunki udziału określają obiektywne wymagania dla wykonawców w celu dopuszczenia ich w ogóle do udziału w postępowaniu, podczas gdy kryteria selekcji pozwalają na dokonanie dalszej oceny tych wykonawców pozwalającej określić, którzy z nich najlepiej spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Kryteria selekcji służą zatem ocenie **wyższego stopnia spełnienia** wybranych zdolności wykonawcy, które muszą mieścić się w kategoriach warunków udziału w postepowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. W szczególności kryterium selekcji może być „jakość" (np. wielkość lub złożoność) zrealizowanych zamówień, doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia lub roczny obrót w połączeniu ze stosunkiem aktywów do zobowiązań. Kryteria selekcji nie mogą natomiast dotyczyć wskazanych w art. 112 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp zdolności do występowania w obrocie gospodarczym oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ponieważ zdolności te nie podlegają stopniowaniu, są one

[105] Por. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianiakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis i innym*, ECLI:EU:C:2008:40, pkt 30

oceniane na zasadzie zero-jedynkowej (posiada/nie posiada). Nie sposób mieć „lepszego" uprawnienia do występowania w obrocie.

6. Swoboda określenia warunków udziału w postępowaniu i jej ograniczenia. W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w Pzp. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi określać warunki udziału w postępowaniu.

Art. 112 Pzp wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są:

1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz
2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także
3) referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

7. Kategorie warunków udziału w postępowaniu. Art. 112 ust. 2 Pzp wskazuje cztery dopuszczalne kategorie warunków, które mogą dotyczyć wyłącznie:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej,
3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz
4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Wyliczenie to jest **wyczerpujące**[106]. Wszystkie określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą zawierać się w jednej z tych czterech kategorii, w przeciwnym razie są niedozwolone i nie mogą być stosowane w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Szczegółowe omówienie poszczególnych kategorii warunków udziału w postępowaniu – zob. komentarz do art. 113–116 Pzp.

8. Warunki niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Art. 112 ust. 1 Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę **zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia**. Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia". Posłużenie się w art. 112 ust. 1 Pzp sformułowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia" oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań **niezbędnych** do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania

[106] Por. wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2012:284, pkt 105

zamówienia[107]. Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na **minimalnym poziomie**, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie[108].

9. Związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność do tego przedmiotu. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis uwzględnia zatem zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 Pzp.

W myśl art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Wprawdzie z art. 112 ust. 1 Pzp wynika wprost, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jednak taka relacja warunkowana jest powiązaniem warunków udziału z przedmiotem zamówienia.

W pierwszym rzędzie warunki udziału nie mogą być określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą **odnosić się do konkretnego zamówienia** i jego przedmiotu. Stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny

[107] Por. wyrok z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli *Környezetvédelmi* és *Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2012:643, pkt 28

[108] Por. wyrok KIO z 1 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1342/19, Legalis

zatem znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia[109].

Przestrzeganie **zasady proporcjonalności** warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do **charakteru** (w tym stopnia złożoności), **ilości** (w tym zakresu) lub **znaczenia**, a także **przeznaczenia** nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług[110]. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego[111]. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów[112]. Warunki udziału nie muszą zostać określone w taki sposób, aby każdy wykonawca, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktu lub świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia je spełniał. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu

[109] Por. uchwała KIO z 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 48/19, Legalis
[110] Por. wyrok KIO z 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2433/19, Legalis
[111] Por. wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis
[112] Por. wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis

rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania[113].

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest nabycie produktów lub usług **powszechnie dostępnych** o ustalonych standardach jakościowych, wymagania dotyczące udziału w postępowaniu będą z natury niższe niż w przypadku szczególnie złożonych zamówień.

10. Minimalne poziomy zdolności. Art. 112 ust. 1 Pzp odwołuje się do najczęściej stosowanego sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności". Minimalne poziomy zdolności konkretyzują ogólne kryteria stosowane przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przykładowo, udzielając zamówienia na budowę drogi ekspresowej, zamawiający może wymagać doświadczenia w realizacji zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg – o określonych parametrach technicznych. W przypadku, gdy zakres zamówienia obejmuje dodatkowe aspekty, np. obiekty mostowe, zamawiający może dodatkowo wymagać stosownego doświadczenia również w tym zakresie. Zamawiający **nie jest zobowiązany** do ustalenia minimalnych poziomów zdolności, co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem „w szczególności". Określając je odmiennie, musi jednak określić je w sposób umożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

11. Chwila dysponowania zasobami. Co do zasady wykonawca musi dysponować niezbędnymi zasobami dopiero **na etapie realizacji**

[113] Por. wyrok KIO z 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 96/19, Legalis

zamówienia, a nie w chwili składania oferty[114]. Okoliczność, że zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być oceniona najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 Pzp), nie oznacza, że np. osoby wymagane do realizacji zamówienia muszą być zatrudnione u wykonawcy już w momencie złożenia oferty.

12. Chwila, na jaką ocenia się zdolności. Co do zasady zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być potwierdzona **najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty** (art. 126 ust. 1 Pzp). Jeżeli jednak jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może wymagać potwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zwłaszcza na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu (art. 126 ust. 2 Pzp). TSUE uznał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w interesie instytucji zamawiającej leży, by kandydaci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, utrzymali swą zdolność ekonomiczną i techniczną w trakcie całego postępowania, ponieważ utrata tej zdolności może zagrażać celowi tego postępowania, którym jest wybór oferenta mogącego zrealizować wspomniane zamówienie[115]. Wykonawca musi zatem **spełniać warunki** udziału w postępowaniu **przez cały czas trwania postępowania** – aż do zawarcia umowy. Dlatego, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe

[114] Por. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl i Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), uprzednio Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, ECLI:EU:C:2005:644, pkt 43

[115] Wyrok z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 *Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA)*, ECLI:EU:C:2019:599, pkt 44

środki dowodowe nie są aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (art. 126 ust. 3 Pzp).

Art. 113.

W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym zamawiający może wymagać, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.

1. Cel przepisu. Celem przepisu jest umożliwienie weryfikacji, czy wykonawca prowadzi działalność gospodarczą lub zawodową w formie organizacyjnej zgodnej z prawem, zgłoszonej do właściwego rejestru (ewidencji). Przepis wdraża art. 58 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej.

2. Rejestry gospodarcze lub zawodowe. Art. 113 Pzp odróżnia dwa rodzaje działalności: gospodarczą i zawodową. W ślad za tym wprowadza również podział na rejestry handlowe oraz rejestry zawodowe. Przez **rejestry handlowe** należy rozumieć rejestry (ewidencje), które służą do rejestrowania **przedsiębiorców**. Z kolei **rejestry zawodowe** oznaczają rejestry (ewidencje), w których rejestruje się bądź osoby wykonywujące **wolne zawody**, takie jak adwokaci, lekarze czy architekci, bądź **rzemieślników** (mistrzów). W niektórych krajach (np. w Niemczech) wpis do rejestru zawodowego zastępuje wpis do rejestru handlowego (jest jego odpowiednikiem). W takich wypadkach zamawiający może wymagać wpisu do rejestru zawodowego. Natomiast w innych krajach, do których zalicza się Polska, osoba wpisana

do rejestru zawodowego, chcąc prowadzić działalność gospodarczą, musi dodatkowo zgłosić ten fakt do właściwego rejestru handlowego (rejestru przedsiębiorców). W takich sytuacjach zamawiający może wymagać od osoby wykonującej wolny zawód lub rzemieślnika również wpisu do rejestru handlowego.

3. Przedsiębiorcy. Zgodnie z przepisami Prawa przedsiębiorców przedsiębiorcy mogą zasadniczo podjąć działalność gospodarczą dopiero w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG (w przypadku osób fizycznych) albo po dokonaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS (w przypadku osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej). Wpis w CEIDG, pojawia się z chwilą zamieszczenia danych w tej ewidencji, nie później niż następnego dnia roboczego po dniu złożenia wniosku. Zamawiający może zatem wymagać, aby przedsiębiorcy, w tym podmioty udostępniające zasoby, mający **siedzibę lub miejsce zamieszkania w Polsce**, byli wpisani odpowiednio do **rejestru przedsiębiorców KRS** lub CEIDG. Natomiast od przedsiębiorców zagranicznych zamawiający może wymagać tylko wpisu do odpowiedniego rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju ich pochodzenia, przy czym w odniesieniu do wykonawców pochodzących z innego państwa członkowskiego UE będą to – zgodnie z art. 58 ust. 2 dyrektywy klasycznej – rejestry określone w załączniku XI do dyrektywy klasycznej.

4. Wykonawcy niebędący przedsiębiorcami. Pzp nie wyklucza z ubiegania się o udzielenie zamówienia osób nieprowadzących działalności gospodarczej. Dlatego warunek wpisu do odpowiedniego rejestru nie dotyczy wykonawców, którzy nie są przedsiębiorcami i tylko jednorazowo lub incydentalnie oferują wykonanie robót budowlanych, świadczenie usług lub dostawę produktów.

5. Określenie warunku. Ze względu na charakter warunku nie może być on wyrażony jako minimalny poziom zdolności. Swoboda określenia warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym sprowadza się jedynie do decydowania, czy warunek zostanie postawiony.

6. Udokumentowanie wpisu. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, zamawiający może żądać od wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą lub zawodową dokumentu potwierdzającego, że jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem (§ 6 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Art. 114.

W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

1) **odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub**
2) **odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub**
3) **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.**

1. Cel przepisu. Warunki dotyczące uprawień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej umożliwiają sprawdzenie, czy wykonawca ma prawo do prowadzenia działalności gospodarczej bądź wykonywania zawodu w sferze objętej zamówieniem. Przepis wdraża art. 58 ust. 2 akapit drugi dyrektywy klasycznej. Przepis dotyczy zarówno uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, jak i zawodowej.

2. Zezwolenie, licencja, koncesja lub wpis do rejestru działalności regulowanej. Przepis art. 114 pkt 1 Pzp stanowi, że „[w] odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej". Ustawodawca użył wyrazu „odpowiedniego". Brzmienie przepisu art. 114 pkt 1 Pzp prowadzi zatem do wniosku, że zamawiający może wymagać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej tylko, jeżeli jest to ustawowo konieczne do wykonywania rodzaju działalności gospodarczej, obejmującego oferowanie wykonania robót budowlanych, świadczenie usług lub dostawę produktów objętych przedmiotem zamówienia. Na to samo wskazuje art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Przewidziany w art. 114 pkt 1 Pzp warunek posiadania odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej dotyczy wszystkich wykonawców. Obejmuje to również wykonawców zagranicznych, jeżeli świadczenie przez nich robót budowlanych, dostaw lub usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wymaga takich uprawnień. Jednakże w przypadku gdy czasowe

świadczenie przez wykonawcę zagranicznego określonych usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie wiąże się z obowiązkiem uzyskania koncesji, zezwolenia, licencji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, zamawiający powinien – zgodnie z art. 114 pkt 2 Pzp – wymagać odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia tych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Działalność gospodarczą w Polsce można zasadniczo podjąć w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG albo po dokonaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS. Zgodnie z przepisami Prawa przedsiębiorców podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej może się wiązać dodatkowo z obowiązkiem uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji, zezwolenia lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Koncesja jest decyzją administracyjną uprawniającą do wykonywania działalności gospodarczej w dziedzinach mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny, udzielaną na podstawie uznania administracyjnego. Zezwolenie jest również decyzją administracyjną, natomiast uprawnia do wykonywania działalności gospodarczej w dziedzinach, które też są dla państwa ważne, ale nie są tak strategiczne jak dziedziny objęte koncesjami. W odróżnieniu od koncesji zezwolenie ma charakter decyzji administracyjnej związanej, co oznacza, że organ zezwalający ma obowiązek udzielania zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej po stwierdzeniu, że przedsiębiorca spełnia wymagane prawem warunki wykonywania działalności gospodarczej w zakresie objętym obowiązkiem uzyskania zezwolenia. Rodzajem zezwolenia w rozumieniu Prawa przedsiębiorców jest licencja przewidziana

w przepisach ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o transporcie kolejowym.

Działalnością regulowaną jest działalność, która może być wykonywana przez przedsiębiorcę, pod warunkiem że przedsiębiorca spełnia warunki określone właściwymi przepisami i uzyska wpis do właściwego rejestru działalności regulowanej.

3. Zamówienia na usługi. W świetle art. 114 pkt 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi, w zakresie, w jakim wykonawcy, aby świadczyć te usługi w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, muszą posiadać odpowiednie zezwolenie, licencję, koncesję lub wpis do rejestru działalności regulowanej, zamawiający może wymagać od nich udowodnienia posiadania takiego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej. Przepis ma głównie zastosowanie do wykonawców z państw członkowskich, którzy prowadzą transgraniczną działalność usługową na terenie Polski. Przy interpretacji art. 114 pkt 2 Pzp należy bowiem uwzględnić przepisy ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z art. 5 ust. 2 tej ustawy wynika względny zakaz reglamentacji transgranicznej działalności usługowej w odniesieniu do usługodawców z państw członkowskich. Czasowe świadczenie usług przez usługodawcę z państwa członkowskiego może się wiązać z obowiązkiem uzyskania koncesji, zezwolenia, wpisu do rejestru działalności regulowanej, certyfikatu lub inną formą reglamentacji, o ile przepisy odrębnych ustaw nakładają taki obowiązek ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, bezpieczeństwo państwa, zdrowie publiczne lub ochronę środowiska naturalnego. Oznacza to, że jeżeli w Polsce świadczenie usług wymaga

zezwolenia, licencji, koncesji, wpisu do rejestru działalności regulowanej, zamawiający nie może, poza szczególnymi wyjątkami przewidzianymi przepisami rangi ustawowej, wymagać od wykonawcy pochodzącego z innego państwa członkowskiego uzyskania takiego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru lub członkostwa. Wolno mu jedynie weryfikować uprawnienia do świadczenia usług zgodnie z regulacjami obowiązującymi w kraju pochodzenia wykonawcy. Z art. 114 pkt 2 Pzp wynika ponadto, że zamawiający może wymagać od wykonawców zagranicznych potwierdzenia posiadania odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, wymaganych przepisami kraju ich pochodzenia, nawet jeżeli świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia nie jest reglamentowane w Polsce.

Z kolei w myśl art. 114 pkt 3 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi zamawiający może wymagać posiadania statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia tych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis odnosi się zarówno do wykonawców polskich, jak i zagranicznych. W Polsce przykładami organizacji, do których przynależność jest obowiązkowa i w związku z tym niezbędna do świadczenia określonych usług, są organizacje samorządów zawodowych zawodów zaufania publicznego. Dotyczy to w szczególności samorządu zawodowego adwokatów, radców prawnych, notariuszy, lekarzy, lekarzy weterynarii, aptekarzy, biegłych rewidentów, doradców podatkowych, architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. W niektórych państwach członkowskich (np. w Niemczech) obowiązkowa przynależność do samorządu może dotyczyć nie tylko wybranych profesji (samorząd zawodowy), ale wszystkich uczestników obrotu gospodarczego,

w tym przedsiębiorców (samorząd gospodarczy). Przepis ogranicza się jednak tylko do świadczenia usług. Z przepisu wynika również, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy zagranicznego przynależności do polskiego samorządu zawodowego.

4. Określenie warunku. Ze względu na charakter warunku nie może być on wyrażony jako minimalny poziom zdolności. Zamawiającemu wolno tylko precyzować warunek, np. przez wskazanie konkretnego zezwolenia. Swoboda określenia warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej sprowadza się jedynie do decydowania, czy warunek zostanie postawiony.

5. Udowodnienie uprawnień. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający ma możliwość żądania zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej (§ 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). W przypadku zaś zamówienia na usługi zamawiający może również żądać odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (§ 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Art. 115.

1. W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;

2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;

3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;

4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

2. Zamawiający nie może wymagać, aby minimalne roczne przychody, o których mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczały dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody zastosowania takiego wymagania.

3. Stosunek aktywów do zobowiązań, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, może być uwzględniony, jeżeli zamawiający określi w dokumentach zamówienia przejrzyste i obiektywne metody i kryteria takiego uwzględnienia.

4. Jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1–3 stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny przychód także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

5. W przypadku dynamicznego systemu zakupów warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu obliczany jest na podstawie

przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które mają być objęte tym systemem.

1. Cel przepisu. Zamawiający ma także prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawcy. Celem tych warunków jest eliminacja przedsiębiorców, którzy nie mają zdolności ekonomicznej i odpowiednich zasobów finansowych do wykonania zamówienia i ponoszenia za nie odpowiedzialności. Badając zdolność ekonomiczno-finansową, analizuje się takie parametry, jak wypłacalność, zasób środków finansowych będących w dyspozycji wykonawcy, umożliwiających pokrycia nakładów niezbędnych do należytego spełnienia zamówionego świadczenia czy zdolność do ponoszenia ewentualnej odpowiedzialności finansowej za szkodę wyrządzoną zamawiającemu lub osobom trzecim. Określenie warunków dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej ma szczególne uzasadnienie przy udzielaniu zamówień o większej wartości, długotrwałych czy wymagających długotrwałego kredytowania przez wykonawcę.
Art. 115 Pzp wdraża art. 58 ust. 3 dyrektywy klasycznej.
2. Niezbędność. W myśl art. 115 ust. 1 Pzp zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej **niezbędnej** do realizacji zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania

zamówienia[116]. Zbyt surowe wymogi w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę w udziale małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych. Dlatego dobrane parametry oraz ich minimalne wartości powinny być dostosowane do **rodzaju i zakresu przedmiotu zamówienia, sposobu i terminu jego realizacji** oraz **proporcjonalne** do niego (por. motyw 83 preambuły dyrektywy klasycznej).

3. Przykładowy katalog kryteriów. Art. 115 ust. 1 Pzp precyzuje kryteria oceny zdolności ekonomicznej lub finansowej, wskazując przykładowo na: minimalny roczny przychód, informacje z rocznych sprawozdań finansowych, ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej oraz zdolność kredytowa lub środki finansowe.

4. Minimalne roczne przychody. Art. 115 ust. 1 pkt 1 Pzp umożliwia zamawiającemu określenie **minimalnych wymogów w zakresie sytuacji** ekonomicznej lub finansowej w postaci minimalnych rocznych przychodów, w tym minimalnych rocznych przychodów w zakresie działalności objętej zamówieniem. Zamawiający może zatem wymagać zarówno określonych **rocznych przychodów ogółem** (z całokształtu działalności), jak i określonych **rocznych przychodów ze sprzedaży** produktów, towarów i materiałów **w obszarze działalności objętej zamówieniem**.

O ile przychody ogółem odzwierciedlają sytuację ekonomiczną **całego przedsiębiorstwa**, o tyle przychody ze sprzedaży w obszarze działalności objętej zamówieniem stanowią informację o rozmiarze określonej – istotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia – działalności

[116] Por. wyrok z 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (*Éduközvízig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2012:643, pkt 28

wykonawcy. Warunek minimalnego rocznego przychodu ze sprzedaży w zakresie działalności objętej zamówieniem umożliwia ocenę, czy wykonawca w przeszłości był w stanie zrealizować podobne kwotowo zamówienia i czy posiada wymagane doświadczenie w tym zakresie. Uzupełnia to ocenę zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy. Kryterium przychodów nie jest natomiast dobrym miernikiem sytuacji finansowej, ponieważ nie jest wystarczającą informacją o sytuacji ekonomicznej wykonawcy czy o jego zdolności finansowej.

Przez roczny przychód należy rozumieć przychód osiągnięty w **roku obrotowym**. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości rok obrotowy to rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych.

Stosownie do art. 115 ust. 2 Pzp wartość wymaganego minimalnego rocznego przychodu (ogółem lub w obszarze działalności objętej zamówieniem) nie powinna przekraczać **dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia**. Przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności w przypadku zamówień wieloletnich wartość minimalnego rocznego przychodu nie powinna przekraczać dwukrotności wartości zamówienia. Jedynie **wyjątkowo** w należycie uzasadnionych przypadkach odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji istnieje możliwość zaostrzenia tego warunku (art. 115 ust. 2 Pzp). Wedle ustawodawcy europejskiego wymagania takie mogą być skutkiem **wysokiego ryzyka** związanego z przyszłą realizacją zamówienia lub faktu, że terminowa i prawidłowa realizacja zamówienia jest dla zamawiającego szczególnie istotna, na przykład ze względu na fakt, iż jest ona niezbędnym etapem poprzedzającym realizację innych zamówień. W przypadku gdy mają zostać zastosowane surowsze wymogi dotyczące minimalnego

przychodu, zamawiający powinni zachować swobodę w zakresie ustalania jego poziomu, o ile jest on związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny (por. motyw 83 preambuły dyrektywy klasycznej).
W przypadku, gdy zamawiający postanowi, że wartość minimalnego rocznego przychodu wykonawcy ma zostać potwierdzona na wyższym poziomie niż dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia, wskazuje w dokumentach zamówienia **powody** zastosowania takiego wymagania (art. 115 ust. 2 Pzp). Celem tego przepisu jest umożliwienie weryfikacji, czy rzeczywiście zachodzi uzasadniony przypadek.
Kolejny wyjątek przewiduje art. 115 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku **dynamicznego systemu zakupów** warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu obliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które mają być objęte tym systemem. Oznacza to, że dokonując kwalifikacji podmiotowej wykonawców do udziału w dynamicznym systemie zakupów, zamawiający może określić warunek minimalnego rocznego przychodu na poziomie nie przekraczającym dwukrotności przewidywanej **maksymalnej wielkości zamówień**, które mają być objęte tym systemem (art. 32 ust. 1 Pzp). Regulacja uwzględnia więc zasadę proporcjonalności. Jak wynika z art. 314 ust. 3 Pzp, podobny wyjątek ma zastosowanie do zamówień objętych **umową ramową**, których udziela się po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu oblicza się na podstawie **przewidywanej maksymalnej wielkości konkretnych zamówień**, które będą realizowane w tym samym czasie, lub – w przypadku braku takich informacji – **na podstawie wartości umowy ramowej**. Zamawiający powinien zatem starać się uwzględnić wielkość konkretnych zamówień jednostkowych (np. wielkość pojedynczej partii produktów), a nie łączną

wartość wszystkich zamówień objętych umową ramową. Ponieważ ocena spełniania warunków udziału w przypadku umowy ramowej, która przewiduje udzielanie zamówień jednostkowych po przeprowadzeniu nowego postępowania o udzielenie zamówienia, może być dokonywana zarówno na etapie udzielania zamówienia jednostkowego, jak i na etapie zawierania umowy ramowej, przepis art. 314 ust. 3 Pzp ma zastosowanie również w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego rocznych przychodów ogółem zamawiający może żądać **rachunku zysków i strat** (rachunku wyników), stanowiącego część sprawozdania finansowego. Natomiast w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, zamiast sprawozdania zamawiający może żądać innych dokumentów określających przychody (§ 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Z kolei w celu zweryfikowania warunku dotyczącego rocznych przychodów w obszarze objętym zamówieniem zmawiający może żądać **oświadczenia** wykonawcy **o rocznym przychodzie** wykonawcy lub o przychodzie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem (§ 8 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Wymienione dokumenty i oświadczenia mogą być żądane za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

5. Roczne sprawozdania finansowe. Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może wymagać, aby wykonawcy przedstawili **informacje** na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań. Stosunek pozytywny, wykazujący wyższy poziom aktywów niż pasywów, mógłby stanowić

dodatkowy dowód na to, że zdolność finansowa wykonawców jest wystarczająca (por. motyw 83 preambuły dyrektywy klasycznej). Sprawozdania finansowe stanowią główne źródło informacji o sytuacji finansowej przedsiębiorstw. Zamawiający mają możliwość zwrócenia się o informacje dotyczące określonych stosunków przykładowo pomiędzy aktywami i pasywami w rocznym sprawozdaniu finansowym (por. motyw 83 preambuły dyrektywy klasycznej).

Ocena sytuacji finansowej przedsiębiorstwa może być dokonana w dwóch aspektach – rentowności i płynności. Wyniki analizy rentowności określają stopień, w jakim firma jest w stanie wygenerować zysk z prowadzonej działalności. Pozytywna ocena w tym zakresie potwierdza zdolność finansową i organizacyjną wykonawcy do wykonania zamówienia. Należy jednak zauważyć, że ocena ta powinna być dokonywana w konkretnych warunkach wynikających przede wszystkim z cech przedmiotu zamówienia, sposobu i terminu jego realizacji, a także koniunktury rynkowej. Z kolei **płynność finansowa** jest to w szczególności zdolność przedsiębiorstwa do terminowego regulowania swoich zobowiązań, a zatem jej ocena ma kluczowe znaczenie dla potrzeb wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W zamówieniach publicznych istotna jest płynność finansowa, gdyż to na jej podstawie można ustalić, czy wykonawca będzie miał środki na zakup materiałów od dostawców, wypłatę wynagrodzenia podwykonawcom bądź też czy nie pojawi się konieczność ogłoszenia upadłości ze względu na niewypłacalność w stosunku do kontrahentów czy kredytodawców. Ocena taka powinna w szczególności uwzględniać warunki finansowe realizacji zamówienia wynikające z projektowanej umowy. Wymóg dotyczący płynności finansowej będzie bezpośrednio uzależniony

od przewidywanych w toku realizacji zamówienia zaliczek lub płatności częściowych.

Ocena informacji zawartych w sprawozdaniu może obejmować nie tylko wstępną analizę sprawozdania finansowego, polegającą np. na analizie struktury finansowania, ale również analizę wskaźnikową, której zadaniem jest przede wszystkim dostarczenie informacji o operacjach gospodarczych, funkcjonowaniu przedsiębiorstwa, a przede wszystkim jego kondycji finansowej. Stosunek aktywów do zobowiązań może być mierzony przykładowo za pomocą wskaźnika ogólnego zadłużenia lub wskaźnika bieżącej płynności. Wskaźnik ogólnego zadłużenia stanowi relację zobowiązań ogółem do całkowitych aktywów przedsiębiorstwa. Natomiast wskaźnik płynności bieżącej wyraża się stosunkiem aktywów bieżących (obrotowych) do pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych). Zgodnie z art. 115 ust. 3 Pzp stosunek aktywów do zobowiązań może być uwzględniony, jeżeli zamawiający określi w dokumentach zamówienia **przejrzyste i obiektywne metody i kryteria**, takiego uwzględnienia. Zamawiający powinien zatem nie tylko wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia metody i kryteria (np. określić przyjęte do oceny wskaźniki i ich minimalne poziomy), ale również określić je w taki sposób, aby nie prowadziło to do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W szczególności ocena sytuacji ekonomiczno-finansowej za pomocą jednego wskaźnika może doprowadzić do błędnych wniosków. Badanie poszczególnych wskaźników w oderwaniu od siebie może być analizą fragmentaryczną, nieuwzględniającą innych danych i może być krzywdzące dla wykonawcy. Zamawiający może żądać od wykonawcy sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę

lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (§ 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Sprawozdania finansowe w Polsce mogą być sporządzone zgodnie z ustawą o rachunkowości lub Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej. Sprawozdanie finansowe może być sporządzone jako pełne albo uproszczone. Uproszczone sprawozdanie finansowe jest sporządzane przez te jednostki, które nie podlegają obowiązkowi badania przez firmę audytorską. Składa się ono z trzech części: bilansu, rachunku zysków i strat (rachunku wyników) oraz informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia (art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości). Natomiast jednostki, których sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez firmę audytorską, sporządzają dodatkowo zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym oraz rachunek przepływów pieniężnych (art. 45 ust. 3 ustawy o rachunkowości).

Natomiast w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego zamiast sprawozdania zamawiający może żądać innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (§ 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

6. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może wymagać posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Przez „odpowiednie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej" należy rozumieć ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia co najmniej na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej obejmuje szkody majątkowe oraz osobowe wyrządzone osobom trzecim w związku z wykonywaniem wskazanej w umowie ubezpieczenia działalności. Ubezpieczenie OC obejmuje zarówno odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych (tzw. odpowiedzialność cywilna deliktowa), jak i odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (tzw. odpowiedzialność cywilna kontraktowa).

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia obejmuje szkody, które mogą zostać wyrządzone przez wykonawcę przy wykonaniu dowolnej umowy związanej z tą działalnością, dlatego nie powinno być mylone z ubezpieczeniem OC konkretnego kontraktu, które służy pokryciu roszczeń odszkodowawczych związanych wyłącznie z realizację tego kontraktu. Niejednokrotnie zamawiający w dokumentach zamówienia będą wymagać od wykonawcy ubezpieczenia OC zawartej z wykonawcą umowy o realizację zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy nie wiążą wysokości sumy gwarancyjnej z wartością zamówienia. Jednakże z treści art. 115 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz zasady wyrażonej w art. 112 ust. 1 Pzp daje się wyinterpretować, że suma gwarancyjna powinna być **„odpowiednia"**, a zatem pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia i być w stosunku do niego proporcjonalna.

W celu potwierdzenia warunku udziału zmawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia (§ 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

7. Zdolność kredytowa lub środki finansowe. Art. 115 ust. 1 pkt 4 Pzp upoważnia zamawiającego do wymagania posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

Zdolność kredytowa to suma pieniężna, na którą może się zadłużyć osoba lub organizacja z możliwością jej spłacenia[117]. Zdolność kredytowa daje zamawiającemu informację, iż bank dokonał sprawdzenia sytuacji finansowej wykonawcy i na tej podstawie określił wysokość możliwego do uzyskania przez niego kredytu. Zdolność kredytowa nie jest więc tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu. Stanowi sformułowaną przez bank ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania[118].

W celu potwierdzenia spełnienia warunku zamawiający może żądać **informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej** potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (§ 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

8. Inne rodzaje warunków dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej. Zawarty w art. 115 ust. 1 Pzp **katalog** warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej jest **otwarty**. Zamawiający może więc określić inne warunki i żądać na potwierdzenie ich spełnienia odpowiednich do tego celu podmiotowych środków dowodowych.

---

[117] Por. Słownik Pojęć Ekonomicznych PWN, Warszawa 2007, część 2

[118] Por. wyrok KIO z 23 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1097/14 i 1104/14

9. Zamówienia podzielone na części. W świetle art. 115 ust. 4 Pzp, jeżeli zamówienie jest podzielone na części, wymagania w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej należy określić osobno dla każdej części i odpowiednio do jej wartości (art. 115 ust. 4 Pzp). Oznacza to, że np. wymagany minimalny roczny przychód nie powinien zasadniczo przekraczać dwukrotności szacunkowej wartości danej części zamówienia. Jednakże zamawiający może dodatkowo określić wartość minimalnego rocznego przychodu w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia (czyli łącznie dla kilku części), na wypadek gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie (art. 115 ust. 4 Pzp).

Art. 116.

1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację 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.

2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia

gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

1. Cel przepisu. Według art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Art. 116 ust. 1 Pzp konkretyzuje te warunki. Z kolei art. 116 ust. 2 Pzp przewiduje warunek dyskwalifikujący zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy związany z posiadaniem przez niego sprzecznych interesów.

2. Zdolność techniczna lub zawodowa. Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wymienione wymagania stanowią **katalog zamknięty**.

Zdolność techniczna (inaczej: potencjał techniczny) określa, czy wykonawca dysponuje wymaganymi do wykonania zamówienia środkami technicznymi i wyposażeniem w postaci maszyn, urządzeń i narzędzi. W przypadku zdolności technicznej nie jest konieczne, aby wykonawca był właścicielem niezbędnego wyposażenia technicznego. Wymagane jest jedynie, aby wykonawca dysponował środkami technicznymi w czasie realizacji zamówienia. Wystarczy zatem, że wykonawca udowodni możliwość wynajęcia środków technicznych do celów realizacji zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu pod uwagę należy brać nie tylko potencjał techniczny wykonawcy, ale również potencjał techniczny osób skierowanych do wykonania zamówienia.

Natomiast na **zdolność zawodową** wykonawcy składa się suma doświadczeń, wiedzy, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy oraz jego personelu. Szczególnie istotny wpływ na zdolność zawodową ma kadra kierownicza, organizacja oraz struktura przedsiębiorstwa. Przez **doświadczenie** należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność)[119].

3. Udokumentowanie zdolności technicznych i zawodowych.

Odwrotnie niż w przypadku sytuacji ekonomicznej lub finansowej katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, jest **zamknięty**[120]. Art. 60 ust. 4 dyrektywy klasycznej uzależnia rodzaje środków, jakich zamawiający może wymagać na dowód zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, od **charakteru, ilości** lub **znaczenia**, a także **przeznaczenia** robót budowlanych, dostaw lub usług. To samo wynika z § 9 ust. 1 zdanie wprowadzające do wyliczenia rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie może więc żądać dowolnych środków dowodowych mieszczących się w tym katalogu, ale tylko takich, które są **adekwatne** do charakteru i zakresu przedmiotu zamówienia, jego przeznaczenia oraz znaczenia dla zamawiającego.

---

[119] Por. R. Szostak, *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r., III CZP 87/08*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, nr 1, s. 73

[120] Por. wyrok z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli *Környezetvédelmi* és *Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2012:643, pkt 28

3.1. Wykaz zamówień. Zamawiający, chcąc ocenić **doświadczenie wykonawcy**, może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Wykaz robót budowlanych dotyczy robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat; w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył robót budowalnych wykonanych w okresie dłużnym niż ostatnie 5 lat. Z kolei wykaz dostaw lub usług dotyczy dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat; w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług odpowiednio wykonanych lub wykonywanych, w okresie dłużnym niż ostatnie 3 lata (§ 9 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).
Co do zasady zamawiający może wymagać wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień **porównywalnych** do udzielanego zamówienia. Porównywalny nie oznacza taki sam lub identyczny, ale raczej, że stopień skomplikowania wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług był pod względem technicznym lub organizacyjnym na takim samym poziomie. Nie chodzi więc o taki sam rodzaj lub zakres świadczeń, ale o taki sam stopień trudności ich wykonania. Dlatego warunek, aby świadczenie było tego samego rodzaju (a także tożsame z przedmiotem zamówienia, takie jak przedmiot zamówienia, odpowiadające przedmiotowi zamówienia itp.) jest, poza przypadkami robót budowlanych, dostaw lub usług wymagających szczególnych kwalifikacji, nieproporcjonalny.
W przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest nabycie produktów lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, które nie posiadają newralgicznego znaczenia dla funkcjonowania

zamawiającego, wymagania powinny być jeszcze niższe. Powinno wystarczyć przedstawienie wykazu dostaw lub usług, który pozwala na ocenę ogólnej niezawodności wykonawcy.

W zasadzie wykonawca nie może powołać się na doświadczenie w realizacji **niezakończonych zamówień**. Jeżeli jednak zamówienie jest podzielone na osobne etapy lub partie, wykonawca może powołać się na wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług objętych etapem lub partią, jeżeli zostały ostatecznie odebrane. Poza tym wykonawca może powołać się na dostawy lub usługi wciąż wykonywane, jeżeli obejmują **świadczenia powtarzające się lub ciągłe** (§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

TSUE zwrócił również uwagę, że jeżeli wykonawca polega na **doświadczeniu konsorcjum**, którego był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od konsorcjum w ramach danego zamówienia publicznego. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków konsorcjum, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału[121]. Dlatego, gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług dotyczy wyłącznie robót budowlanych, dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca bezpośrednio uczestniczył (§ 9 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

[121] Por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338, pkt 62 i 64

Przepisy § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wymagają załączenia do wykazu wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług dowodów określających, czy te roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Takimi dowodami są **referencje** bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane. Oprócz referencji może być to np. **protokół odbioru** lub **ogłoszenie o wykonaniu umowy**, o którym mowa w art. 448 Pzp. Jeżeli z przyczyn niezależnych od siebie wykonawca nie jest w stanie uzyskać wymaganych dokumentów, może załączyć do wykazu robót budowalnych inne odpowiednie dokumenty, a do wykazu dostaw lub usług – oświadczenie własne. Przez przyczyny niezależne od wykonawcy należy rozumieć przyczyny, za które wykonawca nie odpowiada, zwłaszcza noszące znamiona siły wyższej lub związane z zachowaniem podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane.

3.2. Wykaz osób. W celu oceny wykształcenia, kwalifikacji i doświadczenia kluczowego personelu oraz struktury organizacyjnej wykonawcy zamawiający może wymagać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (§ 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Osoby odpowiedzialne za kontrolę jakości to przede wszystkim osoby, które w przypadku zamówień na dostawy odpowiadają za istotne etapy produkcji i podejmują w tym zakresie odpowiednie decyzje.

Wykształcenie to poświadczona dokumentem wiedza zdobyta w oficjalnym systemie nauczania (szkoły publiczne, szkoły prywatne). Tak rozumiane wykształcenie dzieli się na określone przepisami poziomy, jak wykształcenie podstawowe, zasadnicze zawodowe, wykształcenie średnie czy wykształcenie wyższe.

Kwalifikacje zawodowe (inaczej kompetencje) to wiedza i umiejętności wymagane do realizacji składowych **zadań zawodowych** (w wybranej specjalności), potwierdzone określonymi dokumentami (świadectwami, dyplomami, zaświadczeniami).

Przez **uprawnienia** należy rozumieć poświadczenia (certyfikaty itp.), które potwierdzają posiadanie uprawnień do wykonywania określonego zawodu (np. prawo jazdy dla kierowcy). Dotyczy zwłaszcza zawodów zaufania społecznego. Przykładami uprawnień zawodowych są uprawnienia budowlane, geologiczne, lekarza, adwokata, tłumacza przysięgłego itp.

3.3. Opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych dowodem zdolności technicznych może być **opis urządzeń technicznych**, przy pomocy których wykonawca będzie realizował zamówienie, takich jak koparki, dźwigi itp. Zamawiający może także żądać **opisu środków organizacyjno-technicznych** stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości. Mieszczą się w tym pojęciu w szczególności, choć nie wyłącznie, systemy zarządzania jakością oparte o normę ISO 9001. Wreszcie zamawiający może wymagać **opisu zaplecza**

naukowo-badawczego wykonawcy, zwłaszcza w przypadku zamówień o charakterze innowacyjnym. Posiadanie takiego zaplecza może zostać potwierdzone w szczególności przez współudział w **projektach badawczo-rozwojowych** prowadzonych przez instytuty lub uczelnie wyższe.

3.4. System zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw. Dowodem zdolności technicznej może być także wykaz systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego (§ 9 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). System zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw to zaawansowany system planowania i optymalizowania łańcucha dostaw (tworzony przez grupy zintegrowanych aplikacji obsługujących poszczególne obszary logistyczne), pozwalający na kontrolę przepływu produktów, informacji i usług między ogniwami łańcucha dostaw[122]. Posiadanie takiego systemu zapewnia możliwość szybkiego reagowania na zakłócenia mające miejsce w łańcuchu dostaw, stwarzając możliwość bezzwłocznego wprowadzenia niezbędnych korekt, a tym samym uniknięcia przestojów w produkcji.

3.5. Kontrola zdolności produkcyjnych lub technicznych wykonawcy. Zamawiający może żądać **oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli** zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których wykonawca będzie korzystać. Taki dowód może być żądany wyłącznie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia obejmuje produkty lub usługi o **złożonym charakterze**, które mają zostać dostarczone, lub

[122] Por. M. Sanocki, P. Jeż, [w:] *Encyklopedia Zarządzania*, https://mfiles.pl/pl/index.php/System_SCM, 8.6.2020

w szczególnie uzasadnionych przypadkach w odniesieniu do produktów lub usług **o szczególnym przeznaczeniu** (§ 9 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Zamawiający może przeprowadzić taką kontrolę osobiście lub zlecić jej przeprowadzenie wyspecjalizowanym podmiotom, w tym właściwemu organowi urzędowemu państwa, w którym wykonawca ma siedzibę (część II lit. e załącznika XII do dyrektywy klasycznej).

3.6. Wykształcenie i kwalifikacje zawodowe wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy. Zamawiający może również wymagać **oświadczenia** na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy (§ 9 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). W odróżnieniu od wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, chodzi o oświadczenie dotyczące osób, które nie muszą koniecznie uczestniczyć bezpośrednio w wykonaniu zamówienia, ale zarządzając przedsiębiorstwem, mogą zarządzać umową i projektem.

3.7. Środki zarządzania środowiskiem. Zamawiający jest uprawniony do żądania wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego (§ 9 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Środki zarządzania środowiskiem dotyczą struktury organizacyjnej, czynności planowania, zakresu odpowiedzialności, praktyk, procedur, procesów itp., które służą rozwijaniu, wdrażaniu, osiąganiu, przeglądowi i utrzymaniu polityki środowiskowej oraz zarządzaniu aspektami środowiskowymi. Przykładem takich środków są systemy zarządzania środowiskiem oparte na systemie ekozarządzania i audytu, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu

Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS)[123].

3.8. Oświadczenie o wielkości zatrudnienia. Zamawiający może żądać oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej. Oświadczenie dotyczy ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – tego okresu (§ 9 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

3.9. Narzędzia i urządzenia. W celu oceny zdolności technicznych wykonawcy zamawiający może wymagać **wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych** dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (§ 9 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Formułując warunek udziału w postępowaniu, zamawiający powinien dokładnie określić, jakich narzędzi lub urządzeń wymaga.

3.10. Próbki, opisy lub fotografie. W przypadku zamówień na dostawy zamawiający może żądać próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (§ 9 ust. 1 pkt 11 lit. a rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Wymienione środki dowodowe są żądane na potwierdzenie zdolności technicznych wykonawcy dotyczących jego **wiedzy** i **umiejętności** (*know-how*), które umożliwiają mu dostarczenie produktów na odpowiednim

[123] Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009, str. 1, ze zm.

poziomie jakości. Zwłaszcza próbki umożliwiają zamawiającemu przeprowadzenie fizycznej kontroli jakości.

3.11. Zaświadczenia o zgodności produktu z normami lub specyfikacjami. W przypadku zamówień na dostawy zamawiający może – zamiast próbek, opisów lub fotografii – żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (§ 9 ust. 1 pkt 11 lit. b rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Zaświadczenie ma zatem dotyczyć produktu, a nie wykonawcy.

3.12. Normy zarządzania jakością oraz systemy lub normy zarządzania środowiskowego. Jak wynika z art. 116 ust. 1 Pzp, 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.

Wdrożenie systemu zarządzania jakością ma w założeniu dać gwarancję stałego nadzoru nad działalnością przedsiębiorcy, która przekłada się na zapewnienie jakości rozumianej w kategorii spełniania wymagań przepisów prawa, norm i zasad działania oraz satysfakcji klienta. Z kolei wymaganie, aby wykonawca spełniał wymagania systemów lub norm zarządzania środowiskowego, ma zagwarantować, że wykonawca, w takcie wykonywania zamówienia, będzie przestrzegał zasad określonych w takim systemie lub normie, dzięki czemu negatywny wpływ na środowisko związany z realizacją zamówienia zostanie ograniczony[124].

[124] Por. F. Łapecki, [w:] F. Łapecki, G. Wicik, *Zamówienia publiczne po nowemu – poradnik dla małych i średnich przedsiębiorców*, Warszawa 2016, s. 64

Na potwierdzenie posiadania zdolności techniczno-zawodowych zamawiający może żądać opisu środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz wykazu środków zarządzania środowiskowego. Jednakże w przypadku, gdy zamawiający wymaga spełnienia **określonych** przez siebie norm zarządzania jakością albo wymagań systemów lub norm zarządzania środowiskowego, może żądać jako dowodu zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę odpowiednio określonych norm zarządzania jakością albo wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego. Pod pojęciem **zaświadczenia** należy rozumieć każdy dokument potwierdzający określony fakt lub stan bez względu na jego nazwę, a więc w szczególności świadectwo, certyfikat lub wpis do ogólnodostępnej bazy danych. Forma zaświadczenia nie odgrywa żadnej roli. Liczy się tylko treść. Musi z niej wynikać, że wykonawca spełnia wymagania określonych norm zarządzania jakością oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego.

Jeżeli zamawiający decyduje się żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych **norm zarządzania jakością**, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, musi odwołać się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki (§ 9 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Dzięki odwołaniu się do norm europejskich zapewnione jest równe traktowanie wykonawców ze wszystkich państw członkowskich oraz harmonizacja standardów jakości.

Certyfikacja musi zostać przeprowadzona przez **jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację** nadaną przez jednostkę akredytującą. W Polsce

akredytacja jest udzielana zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności i nadzoru rynku przez Polskie Centrum Akredytacji.
Warunek spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych norm zarządzania jakością musi mieć **związek z przedmiotem zamówienia** i być proporcjonalny do tego przedmiotu.
W celu zapewnienia równego traktowania zamawiający ma obowiązek zaakceptowania **równoważnego** zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, wystawionego przez podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego (§ 9 ust. 5 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Oznacza to, że wykonawca może złożyć nie tylko certyfikat wystawiony przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji, lecz również certyfikat wystawiony przez jednostkę certyfikującą akredytowaną w innym państwie Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego nie ma dostępu do odpowiednich zaświadczeń lub nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, może złożyć **inne podmiotowe środki dowodowe** dotyczące zapewnienia jakości, o ile udowodni, że stosowane przez niego środki zarządzania jakością są zgodne z wymaganymi normami zapewniania jakości (§ 9 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).
Przez **przyczyny niezależne od wykonawcy** należy rozumieć przyczyny, za które wykonawca nie odpowiada, zwłaszcza noszące znamiona siły wyższej lub związane z zachowaniem osób trzecich. Z kolei **„odpowiedni termin”** to termin przewidziany na złożenie zaświadczenia. Wykonawca ma zatem możliwość złożenia innego podmiotowego środka

dowodowego, jeżeli czas między publikacją ogłoszenia o zamówieniu a wyznaczonym przez zamawiającego terminem złożenia zaświadczenia jest zbyt krótki, aby wykonawca, który ma wdrożone środki zarządzania jakością zgodne z wymaganymi normami zarządzania jakością, mógł w tym terminie uzyskać certyfikację na zgodność z tymi normami.
Natomiast w przypadku gdy zamawiający decyduje się żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych **systemów lub norm zarządzania środowiskowego**, musi odwołać się do unijnego systemu ekozarządzania i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego, które są oparte na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowane przez akredytowane jednostki (§ 9 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).
W pierwszym rzędzie zamawiający może postawić warunek, aby wykonawcy spełniali wymagania EMAS. **EMAS** (Eco Management and Audit Scheme) to unijny system zarządzania środowiskowego ustanowiony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS) oraz wdrożony w Polsce ustawą o krajowym systemie ekozarządzania i audytu (EMAS).
Deklarowanym celem unijnego rozporządzenia jest uwzględnienie rejestracji EMAS w procedurach udzielania zamówień publicznych oraz politykach zakupowych państwa.
Rejestracja w EMAS zakłada spełnienie następujących **podstawowych obowiązków**:

1) obowiązku przestrzegania wszystkich mających zastosowanie wymagań prawnych dotyczących ochrony środowiska,
2) obowiązku ciągłego zapobiegania zanieczyszczeniom środowiska,
3) obowiązku ciągłej poprawy efektów swojej działalności środowiskowej oraz zaangażowania pracowników w ten proces,
4) obowiązku okresowego przedstawiania informacji dotyczących środowiska.

Aby uzyskać rejestrację w EMAS, należy przeprowadzić przegląd środowiskowy, przyjąć politykę i program w zakresie ochrony środowiska, w który zaangażowani są pracownicy i zainteresowane podmioty zewnętrzne, ustanowić i wdrożyć system zarządzania środowiskowego oraz przygotować deklarację środowiskową. Niezależny weryfikator środowiskowy weryfikuje spełnienie przez system zarządzania środowiskowego wymagań EMAS oraz zatwierdza deklarację środowiskową. W Polsce weryfikatorzy środowiskowi są akredytowani przez Polskie Centrum Akredytacji. Certyfikacja EMAS wymaga dodatkowo urzędowego potwierdzenia, że brak jest dowodów na naruszenie przez organizację wymagań prawnych w dziedzinie środowiska. Po spełnieniu wymagań EMAS dokonywany jest wpis do rejestru EMAS. W Polsce rejestr EMAS jest prowadzony przez Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska. Wykonawca może złożyć certyfikat EMAS lub wskazać w JEDZ adres internetowy, pod którym prowadzony jest rejestr EMAS, wydający organ oraz numer w rejestrze.

Zamawiający może również postawić warunek, aby wykonawcy spełniali wymagania **innych norm zarządzania środowiskowego,** które są oparte na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowane przez akredytowane jednostki. Liczy się przede wszystkim certyfikacja systemu zarządzania środowiskowego na zgodność z normą

PN-EN ISO 14001:2015 (System Zarządzania Środowiskowego).
Od 2006 r. wymagania i dotyczące systemu zarządzania środowiskowego w ramach EMAS są spójne z wymaganiami ISO 14001 (norma ISO 14001 zawiera się w EMAS). Inaczej jednak niż EMAS certyfikacja na ISO 14001 nie wymaga weryfikacji przez organy publiczne. Nie jest również konieczny przegląd środowiskowy oraz publikowanie deklaracji środowiskowej. Ponadto norma ISO 14001 nie nakłada obowiązku ciągłej poprawy efektów działalności środowiskowej oraz zaangażowania pracowników w ten proces.
W 2009 r. Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN) wydał normę Systemy zarządzania energią (EMS) – w Polsce przyjęta jako **PL-EN 16001:2009**. Głównym założeniem EMS jest wspieranie przedsiębiorstw w optymalizowaniu systemów i procesów w celu poprawy ich efektywności energetycznej. W oparciu o normę EN 16001 w 2011 r. powstała międzynarodowa norma **ISO 50001** (w Polsce przyjęta jako PN-EN ISO 50001:2012, a następnie zaktualizowana jako PN-EN ISO 50001:2018-09). System zarządzania energią jest podkategorią systemu zarządzania środowiskowego. Spełnienie wymagań EMAS nie oznacza jednak automatycznie spełnienia wymagań ISO 5001.
Zamawiający może więc wybierać pomiędzy systemami lub normami zarządzania środowiskowego, których wymagania mają spełniać wykonawcy każdorazowo. Jednak warunek spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego musi mieć **związek z przedmiotem zamówienia**. Żądanie zaświadczenia potwierdzającego spełnianie takich wymogów jest dopuszczalne, jeżeli charakter zamówienia uzasadnia zastosowanie środków zarzadzania środowiskowego wymaganych na mocy tych systemów lub norm podczas realizacji zamówienia.

Zamawiający ma obowiązek zaakceptowania równoważnego zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, wystawionego przez podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego (§ 9 ust. 5 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego nie ma dostępu do odpowiednich zaświadczeń lub nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, może złożyć **inne podmiotowe środki dowodowe** dotyczące środków zarządzania środowiskowego, o ile udowodni, że stosowane przez niego środki zarządzania środowiskowego są równoważne środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu lub normy zarządzania środowiskowego (§ 9 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Przez **przyczyny niezależne od wykonawcy** należy rozumieć przyczyny, za które wykonawca nie odpowiada, zwłaszcza noszące znamiona siły wyższej lub związane z zachowaniem osób trzecich. Z kolei **„odpowiedni termin”** to termin przewidziany na złożenie zaświadczenia. Wykonawca musi udowodnić, że stosowane przez niego środki zarządzania środowiskowego są **równoważne** środkom wymaganym przez zamawiającego. Dowodem takim nie musi być koniecznie określony certyfikat wydany przez niezależny podmiot. Zamawiający powinien zaakceptować każdy **inny dokument**. W szczególności dozwolone powinno być przedłożenie opisu wdrożonych środków zarządzania środowiskowego, pod warunkiem że dany wykonawca wykaże, iż środki te gwarantują identyczny poziom ochrony środowiska jak środki wymagane na mocy zarządzania środowiskowego (por. motyw 88 preambuły dyrektywy klasycznej).

4. Sprzeczne interesy wykonawcy. Art. 116 ust. 2 Pzp przyznaje zamawiającemu prawo do zakwestionowania, na każdym etapie postępowania, zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, jeżeli wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Celem przepisu jest przeciwdziałanie sytuacjom **sprzeczności interesów** po stronie wykonawcy. Najczęściej dotyczy to sprzeczności interesów różnych klientów wykonawcy, jak np. powiązanie wykonawcy z konkurentem zamawiającego, ale zdarzają się również inne sytuacje. Przykładowo w postępowaniu o udzielenie zamówienia na audyt systemu informatycznego ofertę składa przedsiębiorca, który aktualnie świadczy usługi na rzecz wykonawcy tego systemu informatycznego; albo – żeby użyć innego przykładu – w przetargu na obsługę prawną zamawiającego startuje kancelaria prawna, która doradza firmie realizującej dla tego zamawiającego kluczowy kontrakt. W opisanych przypadkach powstaje wątpliwość, czy wykonawca będzie uwzględniał interes zamawiającego i lojalnie realizował zamówienie, czy też górę wezmą sprzeczne interesy własne wykonawcy lub innego klienta wykonawcy. Ze stylizacji przepisu („zamawiający może") wynika, że ocena, czy taka sprzeczność interesów ma miejsce, należy wyłącznie do zamawiającego. Tylko od **woli zamawiającego** więc zależy, czy zakwestionuje zdolności wykonawcy. Jako przykład sprzecznych interesów ustawodawca podaje zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w **inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy**. Chodzi zatem o usunięcie sprzeczności interesów polegającej na tym, że np. wykonawca, dysponując ograniczonymi zasobami techniczno-zawodowymi, nie zaangażuje ich w wykonanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie, tylko skieruje je do realizacji zamówienia wykonywanego na rzecz innego klienta,

uznając je za bardziej priorytetowe np. z powodu perspektyw otrzymania od tego klienta nowych zamówień. Natomiast przepis nie ma zastosowania do sytuacji, gdy wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących zdolności techniczno-zawodowych wskazuje osoby, urządzenia itp., które będą w tym samym czasie zaangażowane w realizację innego zamówienia dla **tego samego zamawiającego**. Trudno mówić w tym wypadku o sprzecznych interesach, skoro realizacja obu przedsięwzięć leży zarówno w interesie zamawiającego, jak i wykonawcy. W tego rodzaju przypadkach nie trzeba sięgać do art. 116 ust. 2 Pzp. Zamawiający może na ogólnych zasadach uznać, że wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia. W świetle art. 112 ust. 1 Pzp badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a nie na abstrakcyjnej ocenie zdolności wykonawcy. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma przecież znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania zamówienia z należytą starannością.

Art. 117.

1. Zamawiający może określić szczególny, 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.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada

uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

1. Cel przepisu. Przepisy art. 58 ust. 1 i 5 Pzp wyraźnie wskazują, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim wypadku przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do współwykonawców. Opisując w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia swoje wymagania, zamawiający precyzuje sposób weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, zwykle jednak opis taki dotyczy sytuacji, gdy oferta jest składana przez jednego wykonawcę. Ocena zdolności grupy wykonawców – według tych samych kryteriów merytorycznych – mogłaby być nieefektywna. Dlatego art 117 Pzp upoważnia zamawiającego, w określonych ramach, do konkretyzowania sposobu spełniania przez konsorcjum wykonawców warunków udziału w postępowaniu (art. 117 ust. 1 Pzp) oraz wprowadza warunki określające, w jaki sposób współwykonawcy mają spełniać warunki udziału dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej

działalności gospodarczej lub zawodowej oraz wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (art. 117 ust. 2–4 Pzp).

Przepis przenosi na polski grunt art. 19 ust. 2 akapit drugi oraz art. 63 ust. 1 akapit 4 dyrektywy klasycznej oraz uwzględnia odpowiednie orzecznictwo TSUE, zwłaszcza wyrok w sprawie *Borta*[125].

2. Możliwość określenia sposobu spełniania warunków udziału przez współwykonawców i jej ograniczenia. Zgodnie z art. 117 ust. 1 Pzp zamawiający może określić szczególny, 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.

Przepis zatem nie stanowi podstawy do ustanowienia specjalnych czy odmiennych warunków uczestnictwa w postępowaniu tylko dla konsorcjów. Warunki udziału w postępowaniu pozostają niezmienne dla wszystkich wykonawców, natomiast zamawiający może zróżnicować opis sposobu spełniania tych warunków.

Artykuł 117 ust. 1 Pzp określa bardzo ogólnie, że sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi być „obiektywnie uzasadniony", w szczególności „charakterem zamówienia", a także „proporcjonalny". Korzystając z możliwości sprecyzowania sposobu spełniania warunków podmiotowych, zamawiający powinien więc uwzględnić specyfikę danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności jego przedmiotu.

Na tle konkretnych warunków podmiotowych powstają jednak wątpliwości, czy wykonawców łącznie występujących w postępowaniu należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować

[125] Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 *UAB „Borta" przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija*, ECLI:EU:C:2017:266

ich potencjały, czy też weryfikować spełnienie danego warunku w stosunku do każdego z konsorcjantów z osobna. O sposobie łączenia zdolności decyduje z reguły charakter zasobów. Niektóre z zasobów dopełniają się wzajemne, co pozwala na ich sumowanie. Z kolei natura innych zdolności nie pozwala na ich łączenie, ponieważ mogłoby to doprowadzić jedynie do sytuacji dysponowania kilkoma zasobami o poziomie niższym niż wymagany od pojedynczego wykonawcy.

3. Zdolność do występowania w obrocie gospodarczym. Każdy ze współwykonawców musi spełnić warunek dotyczący zdolności do występowania w obrocie gospodarczym określony w art. 112 ust. 2 pkt 1 Pzp. Ze względu na charakter tych zdolności nie podlegają one sumowaniu.

4. Uprawienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zgodnie z art. 117 ust. 2 Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Charakter zdolności w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej umożliwia też ich **łączenie**. Przykładowo, jeśli zamawiający wymaga posiadania zezwoleń w kilku różnych profesjach, współwykonawcy mogą spełnić ten warunek w ten sposób, że każdy z nich zapewni posiadanie zezwolenia dla odrębnej branży. Wystarczy, że właściwymi uprawnieniami wylegitymuje się ten członek konsorcjum, który będzie wykonywał część zamówienia wymagającą takich uprawnień, nawet w sytuacji gdy inni członkowie

takich uprawnień nie posiadają. Niezasadne i nadmierne byłoby oczekiwanie, aby w przypadku konsorcjum wszyscy jego członkowie legitymowali się odpowiednimi zezwoleniami bez względu na ich udział w realizacji zamówienia. Nie zawsze jednak wszyscy członkowie konsorcjum muszą być zaangażowani w spełnienie świadczenia, udział niektórych może ograniczać się do udostępnienia zasobów (np. finansowych) bądź wykonywania czynności przygotowawczych[126] lub pomocniczych, niewchodzących w zakres świadczenia głównego, takich jak np. obsługa administracyjna[127].

Ze względu na ochronny charakter art. 117 ust. 2 Pzp ujęta w nim norma obowiązuje nawet bez powołania się na nią przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

5. Sytuacja ekonomiczna i finansowa. Możliwość łączenia zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zależy od okoliczności. Jeżeli wykonawcą ubiegającym się o zamówienie jest łącznie kilka podmiotów, zasadne jest zsumowanie zgromadzonych **środków finansowych** lub **zdolności kredytowej** poszczególnych konsorcjantów[128]. W zasadzie nie ma też przeszkód prawnych, aby kumulować roczne **przychody**, w tym przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem, kilku wykonawców odpowiednio do ich roli w grupie. Wskazany warunek potwierdza bowiem nie tylko przychody, ale również doświadczenie, dlatego ocena jego spełnienia powinna być zasadniczo podobna jak w przypadku warunku dotyczącego doświadczenia. Jednakże

---

[126] Na temat czynności przygotowawczych T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] E. Łętowska [red.], *System Prawa Prywatnego, T. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 184

[127] Por. wyrok KIO z 21 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2676/15, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze*, z. 23, Warszawa 2016, s. 26–27

[128] Por. wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1553/10, Legalis

niektóre aspekty sytuacji ekonomicznej i finansowej mogą dotyczyć tylko danego podmiotu i nie będzie można ich sumować (np. wskaźniki). W celu usunięcia wątpliwości zamawiający powinien skonkretyzować sposób spełnienia tych wymagań przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

6. Zdolności techniczne i zawodowe. W zasadzie nie powinna budzić wątpliwości możliwość łączenia potencjału technicznego konsorcjantów w postaci **urządzeń technicznych i narzędzi**, choć przy ocenie spełniania warunków należy uwzględnić, czy zasoby te będą wyłącznie wykorzystywane przez tego współwykonawcę, który deklaruje dysponowanie tymi zasobami (w tym wypadku ma znaczenie wewnętrzny podział ról konsorcjantów), czy też zostaną rozdzielone w ramach grupy. Natomiast niemożliwe jest połączenie zasobów technicznych w postaci systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz środków zarządzania środowiskowego, ponieważ są ściśle związane z organizacją danego przedsiębiorstwa. Ścisły związek z osobą lub personelem wykonawcy mają także zdolności w zakresie **doświadczenia, kwalifikacji i wykształcenia**. Dlatego możliwość połączenia tych zasobów jest limitowana ustawowo. W myśl art. 117 ust. 3 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Analogiczną regulację w stosunku do wykonawcy polegającego na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby zawiera art. 118 ust. 2 Pzp. Wzorem dla obu przepisów jest bowiem art. 63 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy

klasycznej, który – po myśli akapitu czwartego tego ustępu – odnosi się zarówno do podmiotów udostępniających zasoby, jak i członków grupy wykonawców.

Przepis art. 117 ust. 3 Pzp oznacza, że zdolności w zakresie doświadczenia, kwalifikacji i wykształcenia poszczególnych współwykonawców, którzy składają wspólną ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi współwykonawcami. Każdy z nich powinien wykonać szczególne zadania odpowiadające pod względem przedmiotu i charakteru tych zadań jego własnym zdolnościom zawodowym. Wskazać również należy, iż współwykonawcy mogą uzupełniać swoje doświadczenie z różnych dziedzin, jeżeli zamawiający określił warunki z takich odmiennych dziedzin. Przykładowo, jeżeli zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji dwóch dostaw serwerów wraz z instalacją i konfiguracją, to warunek ten można spełnić, sumując doświadczenie jednego współwykonawcy w realizacji dwóch dostaw serwerów oraz doświadczenie drugiego współwykonawcy w przeprowadzeniu dwóch instalacji i konfiguracji serwerów. Generalnie zamawiający nie może stawiać warunku, aby wykonanie prac z dwóch rożnych profesji było zrealizowane w jednym zadaniu. Stawianie takiego wymagania prowadzi do ograniczenia konkurencji i uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie, ale zdobyte oddzielnie[129]. Jednakże wydaje się, że w przypadku szczególnie skomplikowanych i złożonych zamówień zamawiający może wykluczyć łączenie doświadczeń z różnych branż, jeżeli uzna, że doświadczenie międzybranżowe jest nie do zastąpienia

[129] Por. uchwała KIO z 19. grudnia 2012 r,. KIO/KD 98/12, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze*, z. 20, Warszawa 2015, s. 41

przez połączenie częściowego doświadczenia[130]. Wyjątek od ogólnej zasady sumowania doświadczenia z różnych profesji powinien być określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Ponadto warunek negatywny odnoszący się do braku sprzeczności interesów, określony w art. 116 ust. 2 Pzp, powinien spełniać każdy z wykonawców z osobna, gdyż dotyczy właściwości ściśle związanych z osobą wykonawcy.

7. Oświadczenie o podziale zadań pomiędzy konsorcjantów. W myśl przepisu art. 117 ust. 4 Pzp w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Jak już wcześniej wskazano, w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum *łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia*. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków

[130] Por. opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2016:899, pkt 40 i 44

wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Oświadczenie nie stanowi dodatkowego zobowiązania do realizacji określonej części zamówienia, ponieważ zamawiający i tak może żądać wykonania całości lub określonej części zamówienia przez dowolnie wskazanego przez siebie wykonawcę ze względu na solidarną odpowiedzialność współwykonawców za wykonanie umowy w sprawie zamówienia (art. 445 ust. 1 Pzp w zw. z art. 366 § 1 Kc). Celem art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów.

Oddział 3
Udostępnienie zasobów

Art. 118.

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. 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.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) **zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;**
2) **sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;**
3) **czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.**

1. Cel przepisu. Komentowany artykuł umożliwia wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowo-ekonomicznej, powołanie się nie tylko na własne zdolności, lecz również na zdolności jednego lub kilku podmiotów trzecich. Przepis

znajdzie więc zastosowanie, gdy wykonawca nie spełnia sam warunków udziału w postępowaniu lub – w przypadku procedur dwuetapowych – chce podnieść swoje szanse na zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania i w celu zwiększenia swoich zdolności podmiotowych opiera się, w stosunkach z zamawiającym, na zdolnościach podmiotów trzecich, z których zasobów zamierza skorzystać (**udostępnienie zasobów**). Przepis w zasadzie nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o którym mowa w art. 462 ust. 1 Pzp. Udostępnienie zasobów może jednak, a w niektórych przypadkach nawet musi łączyć się z powierzeniem realizacji części zamówienia podmiotowi trzeciemu.

Regulacja art. 118 Pzp ma na celu otwarcie zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla zamawiających. Ponadto przepis sprzyja ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych[131].

Przepisy art. 118 ust. 1 i 2 Pzp stanowią wdrożenie art. 63 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej.

2. Kryteria selekcji. Brzmienie analogicznych przepisów Pzp2004 nasuwało wątpliwości co do tego, czy dopuszczalne jest uwzględnienie cudzego potencjału w ocenie zdolności wykonawcy na podstawie kryteriów selekcji. Ustawodawca w art. 118 ust. 1 Pzp przesądził tę sprawę, wskazując wyraźnie na możliwość powołania się na zdolności innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania kryteriów selekcji. Brzmienie przepisu nie pozostawia więc żadnych wątpliwości co do tego,

[131] Por. wyrok z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S.*, ECLI:EU:C:2017:685, pkt 31

że udostępnienie zasobów może mieć na celu również uzyskanie wyższej pozycji w rankingu wykonawców służącym ograniczeniu liczby kwalifikujących się wykonawców, którzy w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym oraz partnerstwie innowacyjnym zostaną zaproszeni do składania ofert, ofert wstępnych lub udziału w dialogu.

3. Zdolności techniczno-zawodowe oraz sytuacja ekonomiczno-finansowa. Możliwość polegania za zdolnościach innych podmiotów została ograniczona tylko do sytuacji ekonomiczno-finansowej oraz zdolności techniczno-zawodowych w rozumieniu odpowiednio art. 115 i 116 Pzp. Wykonawca nie może zatem wykorzystać zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków dotyczących zdolności do występowania w obrocie gospodarczym (art. 113 Pzp) oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 114 Pzp). Wymagany od wykonawcy wpis do rejestru zawodowego lub handlowego, zezwolenie, licencja, koncesja, wpis do rejestru działalności regulowanej lub członkostwo w samorządzie zawodowym stanowią osobiste zdolności wykonawcy i dlatego nie mogą być zastąpione zdolnościami podmiotu trzeciego.

4. Stosunek prawny. Stosownie do art. 118 ust. 1 Pzp możliwość udostępnienia zasobów jest niezależna od **charakteru prawnego** stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Przepis ten czytany łącznie z art. 118 ust. 3 Pzp przesądza, że pomiędzy wykonawcą a innym podmiotem oferującym swoje zasoby musi istnieć więź o charakterze prawnym, aczkolwiek rodzaj tej więzi z punktu widzenia dopuszczalności wykorzystania cudzych zdolności jest obojętny. Więź prawna określa warunki, na jakich dojdzie w przyszłości do udostępnienia zasobów niezbędnych dla realizacji zamówienia publicznego i tym samym stanowi gwarancję dla zamawiającego, że faktycznie podczas realizacji zamówienia

wybrany wykonawca będzie dysponował potencjałem zgodnym z jego wymaganiami. Należy podkreślić, że wymagana jest więź o charakterze prawnym, która rodzi **skuteczne zobowiązania** pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania fikcyjne, pozorne, za którymi nie stoją faktyczne i ważne zobowiązania w tym zakresie.

5. Okres udostępnienia zasobów. Z orzecznictwa TSUE wynika, że zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zamówienia w celu uzyskania pewności, że zwycięski oferent będzie rzeczywiście mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez **cały czas wykonywania** zamówienia[132]. Oznacza to, że udostępnienie zasobów musi nastąpić na czas niezbędny do realizacji zamówienia.

6. Rzeczywiste dysponowanie zasobami. Powoływanie się na cudzy potencjał nie może mieć charakteru fasadowego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa TSUE dyrektywy przyznają każdemu wykonawcy prawo polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, jeśli zamawiającemu zostanie wykazane, że wykonawca będzie **rzeczywiście** dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia[133]. Dlatego zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp możliwość polegania za zdolnościach innych podmiotów jest ograniczona do „stosownych sytuacji" oraz „do konkretnego zamówienia". Wyklucza to wszelki automatyzm. Skuteczność powołania się na potencjał innych podmiotów

---

[132] Por. wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management,* ECLI:EU:C:1999:593, pkt 28

[133] Wyrok z dnia 7 kwietnia.2016 r. w sprawie C-324/14 *Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo

powinna być oceniana w konkretnym wypadku i na tle konkretnego stanu faktycznego. TSUE trafnie uznał[134], iż „nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia wykonawca nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia".

7. Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie.

Ograniczenie to dotyczy zwłaszcza, choć nie wyłącznie, zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, o ile przedmiot zamówienia obejmuje **roboty budowlane lub usługi**. W myśl art. 118 ust. 2 Pzp wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten **wykona** roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako **podwykonawc**y. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobiec ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Wyklucza to możliwość prostego „zsumowania" doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu trzeciego. Powinno się

[134] Wyrok w sprawie *Partner Apelski Dariusz*

uwzględniać tylko doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi.

Możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim **dysponuje zasobami** podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy.

8. Potwierdzenie dysponowania niezbędnymi zasobami. W myśl art. 118 ust. 3 Pzp wykonawca, który zamierza polegać na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, musi złożyć, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Warunkiem koniecznym i zarazem wystarczającym do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jest potwierdzenie, że wykonawca, **realizując zamówienie**, **będzie** rzeczywiście **dysponował** niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Z powyższego wynika, iż wykonawca na etapie kwalifikacji podmiotowej **nie musi** jeszcze posiadać wymaganych zasobów ani nimi dysponować. Gdyby wykonawca był w posiadaniu niezbędnych urządzeń lub narzędzi na podstawie umowy najmu lub dzierżawy, nie musiałby korzystać ze zdolności innych podmiotów, ponieważ samodzielnie byłby w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Cytowany przepis dotyczy sytuacji, w której wykonawca, przewidując

możliwość uzyskania zamówienia, wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje" w zasoby, co do których nie ma pewności, czy zostaną wykorzystane.

Dowodem potwierdzającym dysponowanie niezbędnymi zasobami jest **zobowiązanie** podmiotu udostępniającego zasoby do oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny właściwy do tego celu podmiotowy środek dowodowy. W ten sposób przepis wyraźnie przesądza, że zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi podmiotowy środek dowodowy („lub inny podmiotowy środek dowodowy").

Ponadto ustawodawca doprecyzował, w jakim terminie wykonawca ma złożyć zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. Ma to nastąpić wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

9. Charakter prawny zobowiązania. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów jest dokumentem zawierającym oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasoby, które oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędne do realizacji zamówienia zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pod warunkiem udzielenia zamówienia wykonawcy.

10. Minimalna treść zobowiązania. Art. 118 ust. 4 Pzp określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis należy jednak czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 Pzp. Nie chodzi tu bowiem o jakiekolwiek zobowiązanie, ale

o zobowiązanie osiągające przewidziany w Pzp cel, czyli potwierdzające, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Można ogólnie powiedzieć, że zobowiązanie powinno zawierać, oprócz oznaczenia stron, następujące treści:

1) opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby (np. oddanie narzędzi do użytkowania, wykonanie części zamówienia itp.)[135], co w art. 118 ust. 4 pkt 2 Pzp zostało określone jako „sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia",
2) przedstawienie opisu przekazywanych zasobów (np. urządzeń, osób), pozwalającego co najmniej na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, co pokrywa się ze wskazanym w art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp „zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby".

W przypadku gdy zasoby są udostępniane w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, aby przekazanie zasobów osiągnęło właściwy skutek, z zobowiązania powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp).

11. Inne środki dowodowe. Wykonawca może także udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami

[135] Częstym błędem popełnianym przez wykonawców jest składanie pisemnego zobowiązania, z którego wynika, że podmiot trzeci udostępnia zasoby na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na potrzeby realizacji zamówienia.

podmiotów trzecich, składając inny podmiotowy środek dowodowy. W takim wypadku środek dowodowy musi potwierdzać, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

O ile zobowiązanie do udostępnienia zasobów dotyczy konkretnego zamówienia, o tyle inne środki dowodowe mogą potwierdzać istnienie trwałych więzi łączących wykonawcę z podmiotem trzecim. Z reguły podstawą do tego rodzaju więzi będą różnorakie umowy o trwałe współdziałanie przedsiębiorców. W grę wchodzą przede wszystkim umowy o poddostawy, porozumienia o kooperację przemysłową, umowy *joint venture*, porozumienia o wspólnym korzystaniu ze środków produkcji, porozumienia o wspólnym wykonywaniu zamówień, o wspólne gwarancje kredytowe itp. Nie każda jednak tego rodzaju umowa może stanowić dowód, iż wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Aby uznać jej moc dowodową, musi z jej treści wynikać stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy tych zasobów. Nie stanowi zwłaszcza wystarczającego dowodu sam fakt posiadania przez wykonawcę większości udziałów lub akcji w spółce udostępniającej zasoby lub przynależność do tej samej grupy kapitałowej. Potrzebne są dodatkowe dokumenty potwierdzające, że wykonawca będzie rzeczywiście miał do dyspozycji niezbędne zasoby[136].

Art. 119.

Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich

[136] Por. wyrok z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 *Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgische Staat*, ECLI:EU:C:1994:133, pkt 17

sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

1. Cel przepisu. Jeżeli wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego, zamawiający musi również ocenić, czy sam podmiot trzeci spełnia odpowiednie warunki udziału w postępowaniu lub ewentualnie kryteria selekcji oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zweryfikowania kwalifikacji podmiotu udostępniającego zasoby. Ponieważ podmiot trzeci (w danym zakresie) zastępuje wykonawcę, bez sprawdzenia kwalifikacji podmiotu trzeciego kwalifikacja podmiotowa wykonawcy nie byłaby pełna. Przepis wdraża art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej.

2. Sposób sprawdzenia kwalifikacji podmiotu trzeciego. Zgodnie z art. 125 ust. 5 Pzp wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Dlatego, jeśli wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów obok własnego oświadczenia (w przypadku zamówień o wartości wyższej niż progi unijne złożonego na formularzu JEDZ), do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty powinien dołączyć również

odrębne oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dotyczące każdego wspierającego go podmiotu trzeciego. Ponieważ oświadczenie (dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej środki unijne – JEDZ) stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 Pzp), zamawiający najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, jeżeli jego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotu trzeciego (wniosek z art. 126 ust. 1 Pzp). Przykładem tego jest powołanie się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych. Wykonawca musi nie tylko przedstawić pisemne zobowiązanie tego podmiotu do pozostawienia do dyspozycji wykonawcy środków pieniężnych w określonej wysokości, ale również wykazać, że podmiot trzeci sam posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w niezbędnym rozmiarze. W tym celu wykonawca musi najpierw złożyć JEDZ podmiotu trzeciego potwierdzający spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności kredytowej lub środków finansowych, a następnie, na wezwanie zamawiającego, przedłożyć informację banku (lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej), która winna potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu trzeciego w wymaganym rozmiarze.

Art. 120.

Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

1. Cel przepisu. Aby zapewnić realne udostępnienie potencjału ekonomiczno-finansowego, art. 120 Pzp przewiduje ustawową, solidarną współodpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udostępniającego potencjał za szkodę poniesioną przez zamawiającego, powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów.

2. Solidarna odpowiedzialność. Przewidziana w komentowanym przepisie solidarna odpowiedzialność podmiotu udostępniającego potencjał została ograniczona tylko do przypadków, w których nie doszło do udostępnienia deklarowanych zasobów ekonomiczno-finansowych z winy podmiotu trzeciego. Nie są nią zatem objęte przypadki, gdy wspierający wykonawcę podmiot trzeci wprawdzie udostępnił deklarowany potencjał lub potwierdził gotowość jego udostępnienia, ale wykonawca z niego nie skorzystał lub z innych powodów nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Poza tym zakres solidarnej odpowiedzialności ogranicza się tylko do odpowiedzialności cywilnoprawnej i nie obejmuje odpowiedzialności za dług. Odpowiedzialność cywilnoprawna podmiotu udostępniającego zasoby względem zamawiającego zawęża się do samych tylko roszczeń odszkodowawczych, jakie powstały wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w następstwie nieudostępnienia zasobów. Zamawiający nie ma więc możliwości ściągnięcia zasobów od podmiotu trzeciego.

Art. 121.

Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

1. Cel przepisu. Art. 121 Pzp wprowadza ograniczenia dopuszczalności polegania na zdolnościach innych przedsiębiorstw. Przewiduje możliwość wymagania przez zamawiającego, aby dla niektórych rodzajów zamówień określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta. Ograniczenie takie powinno zostać jednak wyraźnie przewidziane w warunkach zamówienia[137].

Przepis jest wzorowany na art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

2. Ograniczenie podwykonawstwa. W myśl art. 462 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Dlatego zamawiającemu w zasadzie nie wolno wykluczyć czy nawet ograniczyć możliwości posłużenia się podwykonawcą. Wyjątkowo jednak, według art. 121 Pzp, zamawiającemu wolno zastrzec, że kluczowe zadania dotyczące zamówień na roboty budowlane, usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy muszą zostać wykonane osobiście przez wykonawcę.

Przyznane zamawiającemu uprawnienie do ograniczenia podwykonawstwa może odnosić się wyłącznie do **kluczowych zadań**. Ani art. 121 Pzp, ani art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej nie precyzują terminu „kluczowe zadania". Jak się wydaje, jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę ograniczenia podwykonawstwa, upoważniając go do uwzględniania takich czynników, jak charakter, zakres, znaczenie lub przeznaczenie robót budowlanych, usług czy dostaw. Właściwa odpowiedź na pytanie, które zadania są kluczowe,

[137] Por. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 33

może być udzielona tylko w konkretnej sytuacji i na tle konkretnego stanu faktycznego, natomiast generalne próby stworzenia ogólnej definicji skazane są na niepowodzenie. Mimo tego stwierdzenia można podać pewne wskazówki pomocne w objaśnieniu pojęcia „kluczowe zadania". Kluczowe zadania to z pewnością zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia i dlatego wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia[138]. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki zarządzania jakością itp.

Zamawiający musi ściśle określić zakres kluczowych zadań. Niedopuszczalne są klauzule, które nakładają ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, **w sposób abstrakcyjny**, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej kluczowego charakteru odnośnych zadań[139]. Sformułowanie, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę „kluczowych zadań dotyczących prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją", należy rozumieć w ten sposób, że tylko niektóre prace związane z rozmieszczaniem i instalacją mogą być uznane za „kluczowe".

---

[138] Por. wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 *Siemens AG Österreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, ECLI:EU:C:2004:159, pkt 45

[139] Por. wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 *Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju*, ECLI:EU:C:2016:562, pkt 35

Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań jest skuteczne pod warunkiem zawarcia informacji o takim obowiązku w SWZ (art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp) lub w OPW (art. 156 ust. 2 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp).

3. Warunek dotyczący wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia. W świetle art. 118 ust. 2 Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi możliwość polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim podmiot wspierający wykonawcę wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W kontekście tego ograniczenia wymaga podkreślenia brak możliwości powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie podmiotu trzeciego, jeśli zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 121 pkt 1 Pzp). Zastrzeżenie takiego obowiązku oznacza, że wykonawca nie ma prawa powierzyć podwykonawcy wykonania kluczowych zadań.

Art. 122.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

1. Zastąpienie podmiotu trzeciego. Zastąpienie podmiotu trzeciego ma miejsce, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa tego podmiotu nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia.
Art. 122 Pzp dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego zarówno innym podmiotem trzecim (lub podmiotami), jak i samym wykonawcą, o ile ten ostatni samodzielnie jest w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Wybór należy do wykonawcy.
2. Obowiązek zamawiającego. Zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby w przypadku określonym w art. 122 Pzp następuje na żądanie zamawiającego. Sformułowanie „żąda" oznacza, że zamawiający ma obowiązek żądać zastąpienia podmiotu trzeciego. Zamawiający w żądaniu określa termin, w którym wykonawca ma zastąpić podmiot udostępniający zasoby.

Art. 123.

Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

1. Cel przepisu. W art. 123 Pzp ustawodawca doprecyzował, że zastąpienie zdolności podmiotu trzeciego w trybie art. 122 Pzp może dotyczyć tylko tych zdolności, na których wykonawca polegał w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty.

2. Zakaz zastępowania zasobów własnych wykonawcy zasobami podmiotu trzeciego. Z przepisu wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, w sytuacji gdy w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich.
Po drugie, nawet jeżeli wykonawca od początku polegał na określonych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich, to nie może po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty rozszerzyć zakresu uzyskiwanego wsparcia i polegać na dodatkowych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich. Dopuszczalna jest tylko „wymiana" zasobów jednego podmiotu trzeciego na zasoby drugiego podmiotu trzeciego.

Oddział 4
Podmiotowe środki dowodowe

Art. 124.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

1) **żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;**
2) **może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.**

1. Cel przepisu. Komentowany artykuł określa zakres ciążącego na zamawiającym obowiązku żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia podmiotowych środków dowodowych.

2. Podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z ustawową definicją przez **podmiotowe środki dowodowe** należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia własnego wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (art. 7 pkt 17 Pzp).

3. Środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia. Przepis art. 124 pkt 1 Pzp wprowadza **obowiązek żądania** podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia. Katalog środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia określony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp jest katalogiem zamkniętym.

Obowiązek sformułowany w art. 124 pkt 1 Pzp nie oznacza, iż zamawiający żąda wszystkich podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający żąda wyłącznie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak obligatoryjnych podstaw wykluczenia (art. 108 ust. 1 i 2 Pzp) oraz tych fakultatywnych podstaw wykluczenia, które wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 1 i 2 Pzp). Wynika to z zasady proporcjonalności, wyrażonej w art. 16 pkt 3 Pzp.

4. Środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zgodnie z art. 124 pkt 2 Pzp zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przepis stwarza więc możliwość żądania środków

dowodowych służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, ale nie wprowadza takiego obowiązku. Oznacza to, że zamawiający **nie musi żądać** środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, nawet jeżeli określił warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Wedle swego wyboru może żądać przedstawienia wszystkich lub tylko niektórych takich środków dowodowych albo nie żądać ich wcale i jako wyłączny dowód przyjąć oświadczenie własne wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Katalog środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, określa rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych wydane na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp. W odniesieniu do warunków dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej jest to katalog otwarty, natomiast w zakresie pozostałych zdolności-zamknięty.

Podobnie jak w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia, środki dowodowe wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zależą od postawienia takich warunków lub kryteriów. Zamawiającemu nie wolno wymagać dokumentu, który byłby zbędny. Pozostawałoby to w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Jeśli np. zamawiający nie postawi żadnego wymagania odnośnie do osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie może żądać wykazu takich osób.

Art. 125.

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu

wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem".

3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.

1. Cel przepisu. Art. 125 Pzp reguluje instytucję oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Jest to oświadczenie własne wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. W zależności od wartości zamówienia oświadczenie wykonawcy przyjmuje różną postać. W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oświadczenie przybiera formę jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne ma postać mniej sformalizowaną, a wzór tego oświadczenia może przygotować samodzielnie zamawiający, tworząc dokumenty zamówienia.
2. JEDZ. Jest to standardowy formularz składany przez wykonawcę, zawierający oświadczenie własne tego wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Standardowy formularz JEDZ został określony w załączniku 2 do rozporządzenia o JEDZ.
3. Obowiązek stosowania oświadczenia. W miejsce oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający nie może żądać, a wykonawca nie może złożyć podmiotowych środków dowodowych.

Brak złożenia oświadczenia będzie powodem do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp) lub oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp).

Wyjątki od obowiązku stosowania JEDZ w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dotyczą negocjacji bez ogłoszenia prowadzonych ze względu na pilną potrzebę udzielania zamówienia (art. 212 ust. 4 Pzp) oraz trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 217 ust. 3 Pzp). W obu przypadkach zamawiający nie musi wymagać JEDZ. Wystarczy złożenie – na żądanie zamawiającego – odpowiednich podmiotowych środków dowodowych.

Podobnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający nie musi wymagać oświadczenia w przypadku negocjacji bez ogłoszenia prowadzonych ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia (art. 301 ust. 1 pkt 4 Pzp). Wystarczy złożenie – na żądanie zamawiającego – odpowiednich podmiotowych środków dowodowych. Natomiast w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający w postępowaniach poniżej progów unijnych przed udzieleniem zamówienia może żądać od wykonawcy złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowych środków dowodowych.

4. Chwila złożenia oświadczenia. Według art. 125 ust. 1 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dołącza się do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne JEDZ dołącza się do oferty w przetargu nieograniczonym i negocjacjach bez ogłoszenia. Natomiast w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym oraz

partnerstwie innowacyjnym JEDZ towarzyszy wnioskom o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w trybie z wolnej ręki wykonawca składa JEDZ nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Od zasady przewidzianej w art. 125 ust. 1 Pzp zachodzi wyjątek.

W przetargu nieograniczonym zamawiający może z góry w warunkach zamówienia zastrzec, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 139 ust. 1 Pzp). Jest to tzw. procedura odwrócona, w której zamawiający ocenia oferty pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 226 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp w przypadku procedury odwróconej wykonawcy nie mają obowiązku złożenia JEDZ wraz z ofertą, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takiej sytuacji JEDZ składa jedynie zwycięski oferent, na żądanie zamawiającego, przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

W postępowaniach poniżej progów unijnych oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dołącza się do oferty lub oferty podlegającej negocjacjom w trybie podstawowym i do oferty w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Natomiast w partnerstwie innowacyjnym wykonawca składa oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W trybie z wolnej ręki przed udzieleniem zamówienia zamawiający może żądać tego oświadczenia.

5. Zakres informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub

kryteriów selekcji. Zakres informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji należy dostosować do konkretnego postępowania. Oznacza to, że w konkretnym postępowaniu oświadczenie powinno obejmować tylko te informacje, które są konieczne do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji – określonych na potrzeby konkretnego postępowania. Jak wynika z art. 125 ust. 1 Pzp, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się JEDZ, który zawiera wiele rubryk uzupełnianych w zależności od potrzeb określonych przez zamawiającego w danym postępowaniu. Wykonawca, wypełniając właściwe rubryki dotyczące kryteriów kwalifikacji, powinien dostosować ich zawartość do potrzeb potwierdzenia spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu.

6. Tymczasowy dowód. Według art. 125 ust. 3 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji stanowi tymczasowy dowód zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Dzięki temu wykonawcy nie muszą z góry uzyskiwać i przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent

(art. 126 ust. 1 Pzp lub art. 274 ust. 1 Pzp – w zależności od wartości zamówienia). W razie konieczności zamawiający może jednak na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych wymaganych dokumentów (art. 126 ust. 2 Pzp lub art. 274 ust. 2 Pzp – w zależności od wartości zamówienia).

7. Aktualność informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W myśl art. 125 ust. 3 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Również oświadczenie przedkładane po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (np. w razie wezwania do uzupełnienia jego złożenia w sytuacji, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, albo w procedurze odwróconej), musi potwierdzać stan istniejący na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Nie oznacza to jednak, że nie może być wystawione z datą późniejszą.

8. Forma oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W świetle art. 63 ust. 1 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się, pod rygorem nieważności:

1) w formie elektronicznej w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne,

2) w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne.

W wyjątkowych przypadkach odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej (art. 65 ust. 3 Pzp).

9. Konsorcja i spółki cywilne. W przypadku konsorcjów i spółek cywilnych należy przedstawić odrębne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczące każdego ze współwykonawców. Oświadczenie takie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia tylko w odniesieniu do danego konsorcjanta lub wspólnika (art. 125 ust. 4 Pzp). Oznacza to, że każdy ze współwykonawców wykazuje w oświadczeniu tylko własne zdolności (zasoby).

10. Podmioty udostępniające zasoby. Jeżeli wykonawca polega na zdolnościach (np. na doświadczeniu) innych podmiotów, musi wykazać, że także w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania oraz że podmioty te spełniają odpowiednie warunki udziału w postępowaniu lub ewentualnie kryteria selekcji (zob. komentarz do art. 119 Pzp). Dlatego art. 125 ust. 5 Pzp przewiduje, że jeśli wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, przedkłada – obok własnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji – również odrębne oświadczenie każdego wspierającego go podmiotu trzeciego.

Podobnie jak współwykonawcy, również podmioty trzecie wykazują w oświadczeniu tylko własne zasoby.

Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i mniejszej niż progi unijne, odnoszące się do podmiotu trzeciego powinny być podpisane przez ten podmiot. Oczywiście, podmiot trzeci może upoważnić wykonawcę do tego, aby podpisał JEDZ w jego imieniu. W takim wypadku wraz z oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji należy złożyć stosowne pełnomocnictwo udzielone przez podmiot trzeci. A zatem oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, powinno zostać sporządzone i podpisane przez podmiot udostępniający zasoby i dołączone do oświadczenia wykonawcy.

11. Ponowne wykorzystanie JEDZ. Art. 125 ust. 6 Pzp stanowi, że wykonawca może wykorzystać JEDZ złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają **prawidłowe**. Przepis ten ma zastosowanie tylko do oświadczenia złożonego na formularzu JEDZ. Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji zawartymi w załączniku 1 do rozporządzenia o JEDZ „najprostszym sposobem, by to zrobić, jest wprowadzenie informacji w nowym jednolitym europejskim dokumencie zamówienia z wykorzystaniem odpowiednich funkcji udostępnionych w tym celu w ramach wyżej wspomnianego elektronicznego serwisu poświęconego jednolitemu europejskiemu dokumentowi zamówienia [aktualnie serwis pn. „Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD)" https://espd.uzp.gov.pl – przyp. aut.]. Oczywiście możliwe będzie również ponowne wykorzystanie informacji z użyciem innych sposobów

kopiowania i wklejania informacji, na przykład wykorzystanie informacji przechowywanych w urządzeniach informatycznych wykonawcy (komputerach, tabletach, serwerach itd.)". Oświadczenie, że informacje zawarte w JEDZ „są prawidłowe", jest zawarte części VI formularza JEDZ: „Oświadczenia końcowe" i nie musi być składane osobno. Wystarczy zatem, że wykonawca ponownie podpisze formularz JEDZ i opatrzy go aktualną datą.

Możliwość ponownego posłużenia się JEDZ powinna być wykorzystywana z rozmysłem. Może to dotyczyć powtarzających się zamówień tego samego rodzaju, w których zamawiający formułuje te same podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu. W innych wypadkach posłużenie się już wykorzystanym JEDZ może spowodować, że wykonawca nie potwierdzi spełniania różniących się od poprzednich warunków udziału w postępowaniu oraz braku dodatkowych podstaw wykluczenia.

Art. 126.

1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

3. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

1. Uwagi ogólne. Art. 126 Pzp służy dopełnieniu art. 125 Pzp. Weryfikacja JEDZ stanowi wstępny etap kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Definitywne udokumentowanie rzetelności wykonawcy oraz jego zdolności do należytego wykonania zamówienia wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wraz z art. 125 ust. 3 Pzp przepisy art. 126 Pzp nadają JEDZ tymczasowy charakter.

2. Aktualność podmiotowych środków dowodowych. Aby zrozumieć kontekst regulacji zawartej w art. 126 Pzp, należy przypomnieć, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 112 Pzp). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (zob. komentarz do art. 110. Pzp). Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być **aktualne na dzień ich złożenia**, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień.

3. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Co do zasady zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych tylko **zwycięskiego oferenta**. Wezwanie następuje po zakończeniu oceny ofert, ale przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wyznacza w wezwaniu termin na złożenie podmiotowych

środków dowodowych, który nie może być krótszy niż 10 dni kalendarzowych (art. 126 ust. 1 Pzp).

Niezależnie od tego zamawiający może **na każdym etapie** postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub tylko niektórych podmiotowych środków dowodowych, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub niepodlegania wykluczeniu, o ile jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania (art. 126 ust. 2 Pzp). Zgodnie z wyraźną sugestią ustawodawcy może to w szczególności dotyczyć postępowań dwuetapowych – przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego – w ramach których zamawiający zapraszają do kolejnego etapu ograniczoną liczbę wykonawców. Żądanie takich dokumentów na etapie kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania umożliwia rzetelną ocenę spełnienia przez wykonawców warunków podmiotowych. W braku takiej oceny mogłoby dojść do zaproszenia przez zamawiającego wykonawców, którzy następnie nie będą w stanie udokumentować spełnienia wymaganych warunków na etapie udzielenia zamówienia, co tym samym uniemożliwiłoby udział kwalifikującym się wykonawcom.

Ponadto jeżeli zamawiający ma **uzasadnione podstawy** do uznania, że złożone uprzednio przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe **nie są już aktualne**, może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 3 Pzp).

W praktyce oznacza to, że zamawiający może w każdym momencie po otwarciu ofert lub złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu zażądać podmiotowych środków dowodowych od wszystkich lub niektórych wykonawców – oczywiście jeżeli zachodzą ku temu powody. W przypadku procedur dwuetapowych może nawet wymagać złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający może kilkukrotnie żądać złożenia tych samych podmiotowych środków dowodowych – zwłaszcza w postępowaniach, które np. ze względu na wniesienie odwołań trwają dłużej niż zwykle.

Art. 127.

1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

1. Cel przepisu. Art. 127 Pzp przewiduje trzy wyjątki od wynikającego z art. 126 Pzp obowiązku złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych.

2. Bezpłatne i ogólnodostępne bazy danych. Zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (np. Krajowy Rejestr Sądowy on-line, Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej, zagraniczne wykazy zatwierdzonych wykonawców lub systemy certyfikacji wykonawców zgodne z art. 64 dyrektywy klasycznej). Warunkiem jest wskazanie przez wykonawcę w JEDZ danych umożliwiających dostęp do tych środków (adres internetowy, wydający urząd lub organ, dokładne dane referencyjne dokumentacji).

3. Informacje zawarte w JEDZ. Poza tym w myśl art. 127 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie wymaga podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczeń własnych wykonawcy, jeżeli ich treść pokrywa się z informacjami przekazanymi przez wykonawcę w JEDZ.

4. Dokumenty będące w posiadaniu zamawiającego. Wreszcie wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający już je posiada (np. zostały złożone w innym postępowaniu). Przepis art. 127 ust. 2 Pzp uzależnia taką możliwość od wskazania przez wykonawcę tych środków. Jedynie wykonawca jest bowiem w stanie ocenić aktualność podmiotowych środków dowodowych, co jest warunkiem ich ponownego wykorzystania. Ponadto wykonawca musi złożyć oświadczenie, w którym potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Art. 128.

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne

lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw

wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

1. Dodatkowe wezwanie o dokumenty lub oświadczenia. Art. 128 ust. 1 Pzp przewiduje **obowiązek** dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.
Obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń **wymaganych** przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz

podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania.
Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony.
Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem).
Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) **zawierające błędy**. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań.
Art. 128 ust. 2 Pzp nie znajdzie zastosowania do przedmiotowych środków dowodowych. Szczególne reguły ich uzupełniania zostały określone w art. 107 ust. 2 i 3 Pzp.
Pojęcia „inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu" nie należy łączyć z wyjaśnieniami dotyczącymi treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (art. 128 ust. 4 Pzp), wyjaśnieniami dotyczącymi treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń (art. 223 ust. 1 Pzp), wyjaśnieniami w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 Pzp) oraz innymi informacjami przekazywanymi zamawiającemu. Pzp odróżnia bowiem dokumenty i oświadczenia od informacji (art. 70 pkt 1 i 2 Pzp). W związku

z tym brak wyjaśnień lub wadliwe wyjaśnienia nie podlegają sanacji w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Ponadto art. 128 ust. 1 Pzp nie stwarza możliwości uzupełnienia wadium w przypadku, gdy nie zostało ono wniesione przed upływem terminu składania ofert. Wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (art. 97 ust. 5 Pzp). Brak ciągłości zabezpieczenia oferty wadium skutkuje odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp).

2. Termin na złożenie, poprawienie lub uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń. Dokumenty lub oświadczenia powinny być złożone, uzupełnione lub poprawione w „wyznaczonym terminie". Przepis art. 128 ust. 1 Pzp nie przewiduje sztywnego lub minimalnego terminu. Określenie długości tego terminu jest dyskrecjonalnym uprawnieniem zamawiającego. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej powinien być to **odpowiedni termin**. Termin odpowiedni w rozumieniu art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej to termin, który – stosownie do okoliczności danego przypadku – obejmuje czas potrzebny do skompletowania stosownej dokumentacji, jej uzupełnienia lub doprecyzowania oraz przesłania dokumentów lub oświadczeń zamawiającemu. Długość terminu będzie więc zależała każdorazowo od okoliczności i rodzaju dokumentu.

Przedłużenie terminu jest co do zasady dopuszczalne, jeżeli zamawiający stwierdzi, że pierwotnie wyznaczony termin był obiektywnie za krótki. Przedłużenie terminu powinno nastąpić przed jego upływem. Jednak ze względu na naruszenie zasady równego traktowania niedopuszczalne jest przedłużenie terminu wyznaczonego dla wszystkich wykonawców w sposób faworyzujący jednego wykonawcę. Dlatego przedłużenie terminu powinno dotyczyć i być jednakowe dla wszystkich wezwanych wykonawców.

3. Skutki niewykonania dodatkowego wezwania o dokumenty lub oświadczenia. Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, lub złożone podmiotowe środki dowodowe będą w dalszym ciągu niekompletne, lub wykonawca nie naprawił stwierdzonych przez zamawiającego błędów tych dokumentów jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferta podlega odrzuceniu na podstawie odpowiednio art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione.

4. Wyłączenie dodatkowego wezwania o dokumenty lub oświadczenia. Ponieważ celem art. 128 ust. 1 Pzp jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, zamawiający **nie wzywa** dodatkowo o dokumenty lub oświadczenia, jeżeli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają **odrzuceniu** bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie (art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp). Dodatkowe wezwanie o dokumenty lub oświadczenie nie ma więc zastosowania, jeżeli mając na uwadze pozostałe aspekty, ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tak należy odrzucić. Zwłaszcza nie należy stosować art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli ze złożonych już dokumentów lub oświadczeń wynika, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania (np. na skutek potwierdzonego

zaświadczeniem z KRK skazania wykonawcy za określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp przestępstwo lub przedstawienia nieprawdziwych informacji). Dodatkowe wezwanie nie wchodzi również w grę, jeżeli zachodzą przesłanki **unieważnienia postępowania** (art. 128 ust. 1 pkt 2 Pzp). Liczą się zarówno obligatoryjne, jak i fakultatywne przesłanki unieważnienia postępowania.

5. Aktualność podmiotowych środków dowodowych. Według art. 128 ust. 2 Pzp składane na wezwanie podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień ich złożenia. Co do aktualności podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia – zob. komentarz do art. 126 Pzp. Art. 128 ust. 2 Pzp nie dotyczy JEDZ, który nie jest objęty ustawową definicją podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 125 ust. 3 Pzp JEDZ potwierdza brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, a zatem musi być w każdym przypadku aktualny na dzień składania wniosków lub ofert (por. komentarz do art. 125 Pzp).

6. Kryteria selekcji. W art. 128 ust. 3 Pzp doprecyzowano – zgodnie z powszechnie przyjmowanym w nauce i orzecznictwie poglądem – że złożenie, uzupełnienie lub poprawienie JEDZ lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Przez „kryteria selekcji" należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub

dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Tak pojmowane kryteria selekcji służą zatem ocenie **wyższego stopnia spełnienia** wybranych zdolności wykonawcy, które muszą mieścić się w kategoriach warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. W szczególności kryterium selekcji może być „jakość" (np. wielkość lub złożoność) zrealizowanych zamówień. Jeżeli więc wykonawca, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zrealizowanych zamówień, uzupełni wykaz zrealizowanych zamówień o dodatkowe zamówienia, „jakość" tych dodatkowych zamówień nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia kryteriów selekcji.

7. Wyjaśnienia. Stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Aktualny pozostaje pogląd, iż wezwanie do wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy **wielokrotnie**, a brak reakcji wykonawcy lub niewystarczające wyjaśnienia nie skutkują odrzuceniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te podlegają bowiem odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp), a pojęcie „dokumenty lub oświadczenia" nie obejmuje wyjaśnień (zob. komentarz do art. 128 Pzp). Niewątpliwie jednak wykonawca powinien mieć na uwadze, że brak udzielenia wyjaśnień, tj. nierozwianie wątpliwości zamawiającego co do treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych

w postępowaniu skutkować może wezwaniem o naprawienie błędu takiego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

8. Samodzielna ocena zamawiającego. Zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp, jeżeli złożony przez wykonawcę JEDZ lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zamawiający jest zatem powołany do samodzielnej oceny dostarczanych przez wykonawcę dowodów zdolności podmiotowej i nie musi uważać ich za wystarczające.

9. Akt wykonawczy. Na podstawie delegacji zawartej w art. 128 ust. 6 Pzp zostało wydane rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Rozdział 3
Tryby udzielania zamówień

Oddział 1
Przepisy ogólne

Art. 129.

1. Zamawiający publiczni oraz zamawiający subsydiowani, udzielają zamówienia w jednym z następujących trybów:

1) przetargu nieograniczonego;

2) przetargu ograniczonego;

3) negocjacji z ogłoszeniem;

4) dialogu konkurencyjnego;

5) partnerstwa innowacyjnego;

6) negocjacji bez ogłoszenia;

7) zamówienia z wolnej ręki.

2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

1. Wprowadzenie. Przepis art. 129 Pzp zawarty jest w dziale II Pzp zatytułowanym „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne". Przepis ten nie określa więc trybów udzielania zamówień publicznych właściwych dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne. Zgodnie z art. 7 pkt 33 Pzp, ilekroć w Pzp jest mowa o zamówieniu klasycznym, należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.
Należy przy tym zauważyć, że Pzp – w odróżnieniu od Pzp2004 – określa kolejno tryby właściwe dla: zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (dział II rozdział 3 Pzp), zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne (dział III rozdział 4 Pzp), zamówień sektorowych (dział V rozdział 4 Pzp), zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dział VI rozdział 3 Pzp). Przy czym w celu zachowania skrótowości aktu normatywnego w kolejnych działach Pzp zastosowana została technika odesłań do poszczególnych przepisów działu II Pzp.

2. Zamknięty katalog trybów. Przepis art. 129 ust. 1 Pzp określa zamknięty katalog trybów udzielania zamówień właściwych dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Oznacza to, że zamawiający publiczni oraz zamawiający subsydiowani mogą udzielać zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wyłącznie w tych trybach. Wiąże się to z tym, że przepisy Pzp dotyczące zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne stanowią wdrożenie przepisów dyrektywy klasycznej. Procedura trybów udzielania zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne jest więc odzwierciedleniem procedur zawartych w dyrektywie klasycznej.

3. Rodzaje trybów właściwe dla zamówień klasycznych od progów unijnych. Zamawiający publiczni (w rozumieniu art. 4 Pzp) oraz zamawiający subsydiowani (w rozumieniu art. 6 Pzp), udzielając zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, będą nadal mieli do wyboru następujące tryby udzielania zamówień:

1) przetarg nieograniczony unormowany w art. 132–139 Pzp (odpowiednik procedury otwartej w dyrektywie klasycznej),
2) przetarg ograniczony unormowany w art. 140–151 Pzp (odpowiednik procedury ograniczonej w dyrektywie klasycznej),
3) negocjacje z ogłoszeniem unormowane w art. 152–168 Pzp (odpowiednik procedury konkurencyjnej z negocjacjami w dyrektywie klasycznej),
4) dialog konkurencyjny unormowany w art. 169–188 Pzp,
5) partnerstwo innowacyjne unormowane w art. 189–207 Pzp,
6) negocjacje bez ogłoszenia unormowane w art. 208–212 Pzp (odpowiednik procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w dyrektywie klasycznej),

7) zamówienie z wolnej ręki unormowane w art. 213–217 Pzp (odpowiednik procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w dyrektywie klasycznej).

4. Wybór trybu. Z art. 129 ust. 2 Pzp wynika, że udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego oraz w trybie przetargu ograniczonego będzie możliwe bez spełnienia dodatkowych przesłanek. Z kolei udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego będzie możliwe, jeżeli zajdzie co najmniej jedna z okoliczności określonych w art. 153 Pzp. W ślad za dyrektywą klasyczną przewiduje się wspólne przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Zamawiający będzie mógł udzielić zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego w przypadku zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane. 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 odpowiednio w art. 209 ust. 1 oraz w art. 214 ust. 1 Pzp.

Art. 130.

1. Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie:

1) ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego;

2) zaproszenia do negocjacji, w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

2. Zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego przez przekazanie zaproszenia do negocjacji lub dialogu, w okolicznościach, o których mowa w art. 153 pkt 5, jeżeli zaprosi do negocjacji lub dialogu wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 i 18.

3. Zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

1. Moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 130 Pzp określa czynności wszczynające postępowanie, a tym samym moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do wszystkich trybów wymienionych w art. 129 Pzp. Jest to istotne w kontekście ustalenia dokładnej i granicznej daty, w której postępowanie się rozpoczyna. Ma to przykładowo znaczenie dla ustalenia, które przepisy znajdą zastosowanie w momencie zmiany stanu prawnego czy ustalenia możliwości złożenia odwołania na podjętą lub zaniechaną przez zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia kończy się etap przygotowania postępowania, a zaczyna etap prowadzenia

postępowania. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że musi on dokonać kolejnych czynności, do których go przepisy obligują, lub na dokonanie których przepisy mu pozwalają.

2. Wszczęcie postępowania przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE. W art. 130 ust. 1 pkt 1 Pzp został określony moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do: trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego – a więc do trybów wszczynanych ogłoszeniem o zamówieniu. W przypadku tych trybów zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE, a więc w dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu postępowanie zostaje wszczęte. Tym samym przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE w celu jego publikacji będzie pierwszą czynnością w postępowaniu, a zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 3 Pzp, jest obowiązany udokumentować datę przekazania ogłoszenia, w szczególności przechowywać dowód przekazania tego ogłoszenia. Od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE liczone są też minimalne terminy ustawowe na składanie ofert albo odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3. Przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE a publikacja ogłoszenia w DUUE. Pzp w art. 130 ust. 1 pkt 1 stanowi, że wszczęcie postępowania następuje poprzez przekazanie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania ma charakter wtórny (obowiązkowy, ale nie decydujący o wszczęciu postępowania). Regulacje dotyczące ogłoszeń w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości

równej lub przekraczającej progi unijne, w tym publikowanych w DUUE, zostały ujęte w art. 86–90 Pzp. Należy przy tym zaznaczyć, że w myśl art. 53 dyrektywy klasycznej oraz zgodnie z art. 133 ust. 1, art. 141, art. 155 ust. 2, art. 173, art. 191 ust. 2 Pzp zamawiający publikuje dokumenty zamówienia (w szczególności SWZ albo odpowiednio OPW) dopiero od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE.

4. Wszczęcie postępowania przez przekazanie zaproszenia do negocjacji. Stosownie do art. 130 ust. 1 pkt 2 Pzp w postępowaniach, które nie są poprzedzone ogłoszeniem o zamówieniu, tj. w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, wszczęcie postępowania następuje przez przekazanie zaproszenia do negocjacji. W przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia będzie to przekazanie zaproszenia do negocjacji wybranym wykonawcom, natomiast w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki będzie to przekazanie zaproszenia do negocjacji jednemu wykonawcy. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 208 ust. 2 Pzp – w przypadku negocjacji bez ogłoszenia – oraz art. 213 ust. 2 Pzp – w przypadku zamówienia z wolnej ręki – zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji UPUE ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Z kolei zgodnie z art. 216 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp (zamówienie *in house*), zamieszcza w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamieszczenie tych ogłoszeń nie stanowi jednak czynności wszczynających postępowanie.

5. Wszczęcie postępowania przez przekazanie zaproszenia do negocjacji lub zaproszenia do dialogu. W art. 130 ust. 2 Pzp określone zostało zdarzenie, a tym samym moment wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu

konkurencyjnego w okolicznościach, o których mowa w art. 153 pkt 5 Pzp, (tj. w następstwie uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego zob. komentarz do art. 153 pkt 5 Pzp). Zamawiający może wówczas wszcząć postępowanie przez przekazanie zaproszenia do negocjacji (w przypadku negocjacji z ogłoszeniem) lub zaproszenia do dialogu (w przypadku dialogu konkurencyjnego), jeżeli zaprosi do negocjacji lub dialogu wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1:

1) pkt 1 Pzp – oferta złożona po terminie składania ofert,
2) pkt 2 Pzp – oferta złożona przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie JEDZ lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
3) pkt 6 Pzp – oferta 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,
4) pkt 7 Pzp – oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

5) pkt 9 Pzp – oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert,
6) pkt 12 Pzp – wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
7) pkt 13 Pzp – wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą,
8) pkt 14 Pzp – wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium,
9) pkt 18 Pzp – oferta 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.

Jeżeli więc w uprzednio prowadzonym postępowaniu oferta któregoś z wykonawców podlegała odrzuceniu, na podstawie chociażby jednej z tych okoliczności, wówczas do takiego wykonawcy zamawiający nie może skierować zaproszenia do negocjacji (w przypadku negocjacji z ogłoszeniem) lub zaproszenia do dialogu (w przypadku dialogu konkurencyjnego). Zwrot „wyłącznie wszystkich wykonawców" oznacza również, że zamawiający nie może zaprosić innych wykonawców, w szczególności wykonawców spoza uprzednio prowadzonego postępowania.

W okolicznościach, o których mowa w art. 130 ust. 2 Pzp, zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli zamawiający odstąpi od publikacji ogłoszenia o zamówienia, takie postępowanie wszczynane jest przez przekazanie zaproszenia do negocjacji albo odpowiednio zaproszenia do dialogu, a nie przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE (zob. komentarz do art. 154 Pzp).

6. Informowanie o wszczętym postępowaniu potencjalnych wykonawców. Zgodnie z **art. 130 ust. 3 Pzp** zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w **DUUE**, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Powinno to sprzyjać większemu zainteresowaniu danym zamówieniem, a więc skutkować potencjalnie większą liczbą złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

Art. 131.

1. Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

2. W przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po:

1) odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub

2) sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego

– wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

1. Wyznaczanie terminów składania wniosków oraz ofert. Zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp zamawiający, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, musi łącznie uwzględnić:

1) złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia,
2) czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia,
3) minimalne terminy ustawowe, o ile są one określone.

Zamawiający musi każdorazowo wziąć pod uwagę wszystkie te okoliczności, aby należycie wyznaczyć terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert. Zamawiający w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu powinien wskazać precyzyjny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, tj. konkretną datę i godzinę. Przepisy Pzp zazwyczaj określają minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, przy czym długość tych terminów jest zależna nie tylko od danego trybu, ale również od innych okoliczności, np. przekazania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, pilnej potrzeby udzielenia zamówienia czy sposobu przekazywania.

Jeżeli więc przepisy Pzp określają minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, oznacza to, że zamawiający nie może wyznaczyć terminów krótszych niż określone ustawowo terminy minimalne. Dodatkowo złożoność i specyfika przedmiotu zamówienia lub czas niezbędny do przygotowania i złożenia wniosków lub ofert powodują, że ustawowe terminy mogą nie być wystarczające i dlatego zamawiający wyznacza terminy odpowiednio długie, ale nie krótsze niż ustawowo określone.

2. Wizja lokalna lub sprawdzenie dokumentów na miejscu. Stosownie do art. 131 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po:

1) odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub
2) sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego

– wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Zamawiający może przewidzieć możliwość albo wymagać złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego.

W takich przypadkach zamawiający ma obowiązek ująć w dokumentach zamówienia informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę takiej wizji lub sprawdzenia dokumentów. W przypadku gdy zamawiający wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu niezbędnych dokumentów, powinien więc ten warunek zamówienia precyzyjnie opisać w dokumentach zamówienia oraz wyznaczyć odpowiednio długi termin składania ofert.

Podobnie w przypadku gdy przewidziana jest tylko fakultatywna możliwość przeprowadzenia czy udziału w wizji, terminy składania ofert również powinny być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Należy przy tym podkreślić, że zamawiający jest uprawniony w wyjątkowych sytuacjach (tj. jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia) wymagać złożenia oferty

po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego.
Z wymaganiem złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego wiąże się jedna z przesłanek odrzucenia oferty, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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 (zob. komentarz do art. 226 ust. 1 pkt 18).

Oddział 2
Przetarg nieograniczony

Art. 132.

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

1. Charakterystyka trybu przetargu nieograniczonego. W art. 132 Pzp zdefiniowano tryb przetargu nieograniczonego. Przepisy Pzp dotyczące trybu przetargu nieograniczonego są wdrożeniem przepisów dyrektywy klasycznej w zakresie tzw. procedury otwartej. Należy przy tym zaznaczyć, że nie jest możliwe zastosowanie tego trybu w przypadku zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, jakkolwiek w takiej sytuacji możliwe jest zastosowanie (na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp) pierwszego wariantu trybu podstawowego, który jest

jednoetapowy i w swej procedurze jest bardzo zbliżony do trybu przetargu nieograniczonego.

Przetarg nieograniczony jest od lat zdecydowanie najchętniej stosowanym trybem udzielania zamówienia w Polsce. Powyższe wynika m.in. stąd, że wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest możliwe bez spełnienia jakichkolwiek przesłanek, tryb ten jest jednoetapowy i w związku z tym czas trwania postępowania jest najkrótszy w porównaniu z innymi trybami wszczynanymi ogłoszeniem o zamówieniu.

2. Wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Natomiast uzewnętrznienie postępowania względem wszystkich zainteresowanych wykonawców następuje z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE oraz udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu każdy wykonawca może złożyć ofertę, a zamawiający ma co do zasady obowiązek oceny wszystkich złożonych ofert i dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawców zgodnie z przepisami działu II Pzp.

Art. 133.

1. Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ", od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji

określonej w art. 65 ust. 1, przekazuje ją w inny sposób określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

1. SWZ w przetargu nieograniczonym. W przetargu nieograniczonym SWZ jest najważniejszym dokumentem zamówienia, w którym wyczerpująco i precyzyjnie powinny być opisane wszystkie warunki zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez „warunki zamówienia" 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.

2. Wymóg udostępniania SWZ na stronie internetowej. W art. 133 ust. 1 Pzp została wyrażona zasada dotycząca udostępniania SWZ w przetargu nieograniczonym. Przepis ten nakazuje zamawiającemu udostępnienie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania" zob. komentarz do art. 64). SWZ udostępnia się od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE (nie od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE).

Dodatkowo Pzp (w ślad za dyrektywą klasyczną) wyraźnie wskazuje, że zamawiający musi zapewnić, aby dostęp do SWZ zamieszczonej

na stronie internetowej prowadzonego postępowania był: bezpłatny, pełny, bezpośredni, nieograniczony.

Bezpłatny dostęp do SWZ oznacza, że uzyskanie jej jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za pobranie SWZ ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.

Pełny dostęp do SWZ oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres SWZ, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w ogłoszeniu o zamówieniu. Pełny dostęp do SWZ dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści SWZ.

Bezpośredni dostęp do SWZ oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do SWZ, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca, w celu dostępu do SWZ, nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia, w tym SWZ.

Nieograniczony dostęp do SWZ oznacza, że każdy może mieć do niej dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia.

W art. 133 ust. 1 Pzp uregulowany został przedział czasowy, w którym zamawiający ma obowiązek zapewnić stały dostęp do SWZ. Zamawiający musi więc zapewnić stały dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia w DUUE, najkrócej do dnia udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).

3. Odstępstwa od wymogu udostępniania części SWZ na stronie internetowej. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 Pzp stanowią o dopuszczalnych

wyjątkach od ogólnej zasady dotyczącej udostępniania SWZ, wyrażonej w art. 133 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 133 ust. 2 Pzp zamawiający może w wyjątkowych przypadkach, określonych w art. 65 ust. 1 Pzp, odstąpić od udostępniania na stronie internetowej prowadzonego postępowania części SWZ. Należy przy tym podkreślić, że obiektywne zaistnienie chociażby jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do odstępstwa od ogólnej zasady udostępniania całej treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Pzp wyraźnie stanowi, że odstępstwo od ogólnej zasady udostępniania pełnej treści SWZ dotyczy wyłącznie tej części SWZ, w odniesieniu do której została spełniona jedna z przesłanek określonych w art. 65 ust. 1 Pzp. Zamawiający musi wówczas poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu, w jaki inny sposób można uzyskać dostęp do części SWZ nieudostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W art. 65 ust. 1 pkt 1–6 Pzp wymienione zostały przeszkody techniczne uprawniające zamawiającego do odstąpienia od obowiązku użycia środków komunikacji elektronicznej w przypadku przetargu nieograniczonego, przy składaniu ofert, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowego środka dowodowego lub przedmiotowego środka dowodowego.

Zgodnie zaś z art. 133 ust. 3 Pzp zamawiający może nie udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ. Wówczas zamawiający musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu nie tylko sposób dostępu do tych informacji, ale również wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru. W takim przypadku może się zdarzyć, że zamawiający zdecyduje się na ograniczenie grona osób ze strony

potencjalnego wykonawcy, którzy będą mogli zapoznać się z poufną częścią SWZ.

Art. 134.

1. SWZ zawiera co najmniej:

1) **nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;**
2) **adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;**
3) **tryb udzielenia zamówienia;**
4) **opis przedmiotu zamówienia;**
5) **informację o przedmiotowych środkach dowodowych;**
6) **termin wykonania zamówienia;**
7) **podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108;**
8) **informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;**
9) **wykaz podmiotowych środków dowodowych;**
10) **informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;**
11) **informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69;**

12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;
13) termin związania ofertą;
14) opis sposobu przygotowywania oferty;
15) sposób oraz termin składania ofert;
16) termin otwarcia ofert;
17) sposób obliczenia ceny;
18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego;
21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

2. SWZ zawiera również:

1) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje;
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;

4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium;

5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia;

6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;

7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;

8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;

9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;

10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;

11) informację o uprzedniej ocenie ofert, zgodnie z art. 139, jeżeli zamawiający przewiduje odwróconą kolejność oceny;

12) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;

13) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
14) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
15) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
16) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
17) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121;
18) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93.

1. Znaczenie SWZ. W przetargu nieograniczonym **SWZ** jest kluczowym dokumentem zamówienia. Dlatego to w SWZ powinny być wyczerpująco i precyzyjnie opisane (wyspecyfikowane) wszystkie warunki zamówienia, gdyż wykonawca, przygotowując ofertę, opiera się na tym dokumencie. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez „warunki zamówienia" 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 art. 134 Pzp uregulowany został **zakres informacji zawartych w SWZ właściwy dla przetargu nieograniczonego**. W Pzp rezygnuje się z ogólnej regulacji dotyczącej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i mającej odpowiednie zastosowanie do wszystkich trybów na rzecz regulacji wskazującej zakres SWZ dla danego trybu udzielenia zamówienia. **Zakres informacji wskazany w art. 134 Pzp** jest precyzyjnie uregulowany, ale **nie ma** on **charakteru katalogu zamkniętego**.

2. Kompleksowy charakter SWZ. SWZ jest opracowywana na etapie przygotowania postępowania, a jej treść jest udostępniania od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE. W przetargu nieograniczonym nie są dozwolone negocjacje, w wyniku których zamawiający precyzuje SWZ, dlatego też zamawiający powinien już na początku postępowania wyczerpująco i precyzyjnie przedstawić wykonawcy wszystkie warunki zamówienia. Dopuszczalne zmiany i wyjaśnienia SWZ nie powinny być regułą, a raczej możliwością zarezerwowaną na sytuacje wyjątkowe. Należyte opisanie w SWZ warunków zamówienia zwiększa prawdopodobieństwo wyboru oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a dobrze zaprojektowane postanowienia umowy stanowiące część SWZ sprzyjają należytemu wykonaniu umowy nawet w niesprzyjających okolicznościach. Pomimo tego, że w ogłoszeniu o zamówieniu zawarte są istotne warunki zamówienia, w SWZ zamawiający powinien powtórzyć te warunki, a w praktyce opisać je wyczerpująco, gdyż formularze ogłoszeń nie zawsze pozwalają na wpisanie pełnych treści bądź nie przewidują niektórych zagadnień (np. projektowanych postanowień umowy). Oczywistym jest, że w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia warunki zamówienia określone w ogłoszeniu o zamówieniu nie mogą być sprzeczne z warunkami zamówienia wyspecyfikowanych w SWZ.

3. Obowiązkowe elementy każdej SWZ. W przetargu nieograniczonym, zgodnie z art. 134 ust. 1 Pzp, obligatoryjne elementy każdej SWZ stanowią:

1) dane teleadresowe zamawiającego (tj. nazwa oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej) oraz adres strony internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania" zob. komentarz do art. 64 Pzp);
2) dokładny adres (ścieżka dostępu) strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) tryb udzielenia zamówienia, a więc przetarg nieograniczony unormowany w art. 132–139 Pzp;
4) opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (regulacje dotyczące opisu zamówienia zawarte zostały w art. 99–103 Pzp);
5) informacje o przedmiotowych środkach dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 20 Pzp (regulacje dotyczące przedmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 104–107 Pzp);
6) termin wykonania zamówienia, a więc termin wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, który jest zależny od specyfiki danego zamówienia (zamawiający, określając ten termin, musi uwzględnić regulacje określone w art. 434 Pzp – dotyczące terminu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 435 Pzp – dotyczące możliwości zawarcia umowy

na czas nieoznaczony oraz art. 436 pkt 1 Pzp – dotyczące obowiązku określenia w umowie planowanego terminu wykonania umowy);

7) obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 108 Pzp;
8) informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu ujęte zostały w art. 112–117 Pzp);
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 17 Pzp (regulacje dotyczące podmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 124–128 Pzp, jak również w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki, wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp[140]);
10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (ramy prawne dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami ujęte zostały w art. 61–69 Pzp, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp141);
11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 pkt 1–6, art. 66

[140] Od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych .

[141] Od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej.

i art. 69 Pzp (co do zasady wszelka komunikacja zamawiającego z wykonawcami powinna odbywać się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli jednak zaistnieje jedna z okoliczności określonych w art. 65 ust. 1 pkt 1–6, art. 66 i art. 69 Pzp, zamawiający może przewidzieć odstępstwa od komunikacji wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wówczas w SWZ musi podać szczegółowe informacje, tj. w jakim zakresie wprowadza odstępstwo oraz jaki będzie sposób komunikowania się, inny niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej; ponadto w myśl art. 61 ust. 2 Pzp w przetargu nieograniczonym komunikacja ustna dopuszczalna jest w odniesieniu do informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, ofert, o ile jej treść jest udokumentowana);

12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami (zazwyczaj będą to pracownicy zamawiającego, w tym członkowie komisji przetargowej);
13) termin związania ofertą określony przez wskazanie konkretnej daty (art. 220 ust. 2 Pzp); należy przy tym zaznaczyć, że zamawiający, określając ten termin, powinien się kierować regulacjami zawartymi w art. 220 i art. 252 Pzp;
14) opis sposobu przygotowywania oferty (sposób przygotowania oferty determinowany jest zasadą składania ofert w formie elektronicznej i przy użyciu środków komunikacji elektronicznej);
15) sposób składania ofert (sposób składania ofert determinowany jest zasadą składania ofert w formie elektronicznej i przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania określone w art. 68 Pzp i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów

wydanym na podstawie art. 70 Pzp[142]) oraz termin składania ofert (w ślad za dyrektywą klasyczną ustawodawca w art. 138 Pzp określa minimalne terminy składania ofert w przetargu nieograniczonym; określając termin składania ofert, zamawiający powinien uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty – art. 131 Pzp, przy czym w SWZ zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania ofert, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie ofert);

16) termin otwarcia ofert (zgodnie z art. 222 ust. 1 Pzp otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie Pzp zamawiający nie ma już obowiązku publicznego otwarcia ofert);

17) sposób obliczenia ceny – powinien być określony na potrzeby danego postępowania i zależny od specyfiki przedmiotu zamówienia oraz rodzaju wynagrodzenia przewidzianego przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych (niejednokrotnie na podstawie określonego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny wykonawca wypełnia formularz cenowy stanowiący załącznik do oferty, a następnie do umowy w sprawie zamówienia publicznego);

18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zamawiający, opisując ten element SWZ,

[142] Od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej.

powinien uwzględnić regulacje dotyczące kryteriów oceny ofert ujęte w art. 239–247 Pzp);

19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w tej części SWZ, oprócz kwestii formalnych związanych z reprezentacją osób uprawnionych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający powinien poinformować np. o obowiązku wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o ile je przewiduje, czy też o obowiązku przedłożenia kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o ile oferta takich wykonawców zostanie wybrana);
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (Pzp szczegółowo reguluje możliwy zakres takich postanowień umownych, zamawiający, sporządzając projektowane postanowienia umowne, które zazwyczaj stanowią załącznik do SWZ, powinien w szczególności uwzględnić regulacje zawarte w art. 433 Pzp – zakazy dotyczące projektowanych postanowień umownych, art. 436–439 Pzp – obowiązkowe postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 441–443 Pzp prawo opcji, zaliczki na poczet wykonania zamówienia, zapłata wynagrodzenia w częściach);
21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (w przetargu nieograniczonym zamawiający powinien pouczyć o możliwości złożenia przez wykonawcę odwołania do Prezesa KIO na niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane

postanowienie umowy lub zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie Pzp, a także o przysługującym prawie wniesienia skargi na orzeczenie KIO do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych; w Pzp regulacje dotyczące środków ochrony prawnej, w tym terminy na ich wniesienie, ujęte zostały w dziale IX, tj. w przepisach art. 505–590).

4. Elementy SWZ zależne od danego postępowania. W art. **134 ust. 2 Pzp** (pkt 1–18) zostały wymienione te elementy (warunki zamówienia), których ustanowienie nie jest obligatoryjne w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Jednakże gdy zamawiający je przewidzi, obowiązkowo musi je opisać w SWZ, gdyż wprowadzenie do wyliczenia w art. 134 ust. 2 Pzp stanowi wyraźnie „SWZ zawiera również".

Stosownie do art. 134 ust. 2 Pzp w przetargu nieograniczonym SWZ zawiera również:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje;
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;

4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium (regulacje dotyczące wadium zostały ujęte w art. 97 i 98 Pzp);
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia (regulacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały ujęte w art. 449–453 Pzp);
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, o których mowa w art. 92 Pzp, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (tj. zamówieniach polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych i zamówieniach na dodatkowe dostawy);
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;

11) informację o uprzedniej ocenie ofert, zgodnie z art. 139 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje odwróconą kolejność oceny;
12) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną (regulacje dotyczące aukcji elektronicznej zostały ujęte w art. 227–238 Pzp);
13) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
14) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (tj. wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp);
15) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (tj. zamawiający może wymagać, aby zamówienie było realizowane przez osoby z określonych kategorii społecznych, np. przez bezrobotnych, osoby niepełnosprawne, młodocianych w celu przygotowania zawodowego);
16) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (zamawiający może zastrzec, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu

pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych);

17) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) i art. 121 Pzp (w przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotu udostępniającego zasoby);
18) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp.

Jeżeli zatem zamawiający nie wymieni w SWZ któregoś z elementów ujętych w art. 134 ust. 2 Pzp, będzie to oznaczać, że nie przewiduje tego w danym postępowaniu prowadzonych w trybie przetargu nieorganicznego. Przykładowo jeżeli zamawiający nie wskaże w treści SWZ, które z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 Pzp mają zastosowanie w danym postępowaniu (art. 109 ust. 2 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp), wówczas należy przyjąć domniemanie, że w danym postępowaniu zamawiający nie stosuje żadnych fakultatywnych podstaw wykluczania wykonawców określonych w art. 109 ust. 1 Pzp. Należy przy tym ponownie podkreślić, że treść ogłoszenia o zamówieniu musi być skorelowana z treścią SWZ. Niedopuszczalna jest sytuacja, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskaże, że dany warunek zamówienia przewiduje (np. fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy czy wymóg złożenia oferty wariantowej), a w SWZ tego

nie wpisze. W SWZ dany warunek zamówienia (niezależnie, czy przewidziany w art. 134 ust. 1, czy ust. 2 Pzp) powinien być opisany przez zamawiającego wyczerpująco.

Niezależnie od wartości zamówienia żądanie wadium czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest obligatoryjne. Dlatego też wymagania dotyczące wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały ujęte w art. 134 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, a więc nie stanowią one obligatoryjnych elementów SWZ, o ile zamawiający w danym postępowaniu nie przewidział obowiązku wniesienia wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Również informacja o tzw. procedurze odwróconej, zgodnie z art. 139 Pzp, musi zostać ujęta w SWZ, o ile zamawiający ją przewiduje (art. 139 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 11 Pzp).

Należy podkreślić, że w art. 134 ust. 2 pkt 9 Pzp nakazano, aby zamawiający ujął w SWZ precyzyjne informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość albo tego wymaga.

W praktyce może zdarzyć się, że zamawiający w SWZ będzie odnosił się do wszystkich elementów (warunków zamówienia) wyspecyfikowanych w art. 134 ust. 2 Pzp, wskazując przy niektórych z nich, że ich nie przewiduje. Taka praktyka nie jest błędna, a czasami może wpływać na przejrzystość SWZ oraz zmniejszać ilość pytań ze strony wykonawców w zakresie przewidzenia przez zamawiającego w danym postępowaniu dodatkowych warunków zamówienia, ujętych jako nieobligatoryjne elementy SWZ.

Art. 135.

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

2. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

3. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.

4. Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w ust. 2.

5. W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

6. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, przekazuje wykonawcom, którym przekazał SWZ, bez ujawniania źródła zapytania.

1. Wyjaśnienia SWZ na wniosek wykonawców. Art. 135 Pzp reguluje kwestie związane z możliwością zwracania się przez potencjalnych

wykonawców w trybie przetargu nieograniczonego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

Pomimo tego, że zamawiający w SWZ powinien wyczerpująco i precyzyjnie opisać (wyspecyfikować) wszystkie warunki zamówienia, niejednokrotnie zdarza się, iż potencjalni wykonawcy mają wiele pytań dotyczących jej treści.

2. Termin na wyjaśnienia SWZ. W przetargu nieograniczonym każdy potencjalny wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, a zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień, pod warunkiem że wykonawca uczyni to w terminie i w trybie przewidzianym w art. 135 Pzp.

Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni przed upływem terminu składania ofert.

Jednakże w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 Pzp (tj. skrócenia terminu składania ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia), zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminach określonych w art. 135 ust. 2 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz przedłużania terminu składania ofert (art. 135 ust. 5 Pzp), co nie oznacza, że Pzp tego nie dopuszcza.

Należy przy tym podkreślić, że w art 135 ust. 2 Pzp postawiono wymóg, aby wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego w określonym terminie. Oznacza to, że w tym terminie zamawiający ma otrzymać wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

3. Sposób liczenia terminu w przypadku złożenia wniosku o wyjaśnienia SWZ i udzielenia wyjaśnień. Aby ustalić, kiedy upływa termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązującego zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, należy najpierw od daty składania ofert odjąć 7 lub 14 dni. Powstała w ten sposób data (tożsama w zakresie nazwy dnia tygodnia z datą składania ofert) musi być jeszcze skonfrontowana z przepisem art. 115 Kc, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Ustaleniu bowiem podlega termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (termin do wykonania czynności). Gdyby okazało się, że data ta przypada na dzień ustawowo wolny od pracy (czyli niedzielę lub święto) albo na sobotę, termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązującego zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Ponieważ Pzp nie reguluje w sposób szczególny początku i końca dnia, zgodnie z art. 111 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp termin upłynie o północy ostatniego dnia terminu.

Przykład. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego dzień składania ofert przypada na 1 lipca. Punktem na osi czasu wyznaczającym upływ terminu na złożenie przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, na który zamawiający jest zobowiązany udzielić odpowiedzi, przypada na 17 czerwca (14 dni wstecz od dnia

składania ofert, bez wliczenia tego dnia, dzień tygodnia o tej samej nazwie). Jeżeli dzień 17 czerwca przypadnie na sobotę, niedzielę lub święto, złożenie wniosku w dniu następnym, tj. 18 czerwca (lub kolejnym w przypadku zbiegu soboty, niedzieli lub świąt), nastąpi z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 135 ust. 2 Pzp.

W podobny sposób należy postąpić w przypadku liczenia terminu na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień w odpowiedzi na wniosek wykonawcy. Również ten termin jest terminem końcowym. Zaczyna bieg w dniu, w którym wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, a kończy w 4 lub 6 dniu przed upływem terminu składania ofert. Zatem od daty, w której upływa termin składania ofert, należy odjąć 4 lub 6. Jeżeli wyznaczony w ten sposób dzień przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień upływa z końcem (o północy) następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

4. Nieterminowe udzielenie wyjaśnień. Art. 135 ust. 3 Pzp definiuje konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w terminach określonych w art. 135 Pzp.

Pzp zawiera wyraźną regulację, będącą odzwierciedleniem art. 47 ust. 3 dyrektywy klasycznej, stanowiącą o obowiązku przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert w przypadku nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SWZ w przewidzianych Pzp terminach. W tym zakresie Pzp nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia. Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się kierować wagą i zakresem wyjaśnień.

Przy czym stosownie do art. 135 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w art. 135 ust. 2 Pzp. Przedłużenie więc terminu składania ofert nie daje wykonawcy uprawnienia do ponownego korzystania z normy art. 135 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie ma zatem obowiązku udzielania „dodatkowych" wyjaśnień. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający nie może udzielić wyjaśnień, jeżeli uzna, że wątpliwości są uzasadnione, a wyjaśnienia niezbędne do złożenia oferty.
Spowodowane nieterminowym udzieleniem wyjaśnień przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa więc na bieg pierwotnego terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (art. 135 ust. 4 Pzp), który – w zależności od wyznaczonego terminu składania ofert – przypada na 14 albo 7 dzień przed upływem pierwotnego terminu składania ofert. Termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ będzie więc liczony wstecz, tj. od pierwotnie wyznaczonego terminu składania ofert, pomimo nawet przedłużenia terminu składania ofert.

5. Wniosek o wyjaśnienie SWZ złożony po terminie. Zgodnie z art. 135 ust. 5 Pzp, w przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminach określonych w art. 135 ust. 2 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku:

1) udzielania wyjaśnień SWZ oraz
2) przedłużenia terminu składania ofert.

Z użytego w art. 135 ust. 5 Pzp sformułowania „nie ma obowiązku" należy wnioskować, że zamawiający nie musi wykonywać wskazanych wyżej czynności, jednak – jeżeli uzna to za uzasadnione, w szczególności z uwagi na efektywność postępowania – może udzielić wyjaśnień, może także przedłużyć termin składania ofert.

6. Udostępnianie wyjaśnień SWZ. Stosownie do art. 135 ust. 6 Pzp, w celu zapewnienia transparentności i równego dostępu wszystkich potencjalnych wykonawców do wyjaśnień treści SWZ zamawiający – bez ujawniania źródła zapytania – treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

1) udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
2) w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (gdy część SWZ nie została udostępniona na stronie internetowej), przekazuje wykonawcom, którym przekazał tę część SWZ.

7. Wyjaśnienia SWZ podczas zebrania wykonawców. Wypada przy tym zasygnalizować, że Pzp przewiduje również inny sposób wyjaśniania treści SWZ. Mowa tu o zebraniu wykonawców, które zamawiający może zwołać na podstawie art. 136 Pzp (zob. komentarz do art. 136 Pzp).

Art. 136.

1. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

2. Zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SWZ oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

1. Wyjaśnienia SWZ podczas zebrania. Zgodnie z art. 136 ust. 1 Pzp zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ.

Zamawiający zwołuje zebranie z własnej inicjatywy, jednak uznać należy, że nie ma przeszkód, aby wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie takiego zebrania. Należy podkreślić,

że w interesie zarówno zamawiających, jak i wykonawców jest to, aby wszelkie wątpliwości dotyczące SWZ były należycie wyjaśnione, bowiem przekłada się to bezpośrednio na efektywność prowadzonego postępowania.

Konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że statuuje on możliwość, a nie obowiązek po stronie zamawiającego do zwołania takiego zebrania. Decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego, który powinien ją podjąć po rozważeniu okoliczności danej sprawy, w szczególności uwzględniając SWZ.

2. Termin zebrania udostępniony na stronie internetowej. Informację o terminie zebrania zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Wskazać należy, że obecność wykonawcy na tym zebraniu nie jest obowiązkowa. Wykonawca może uzyskać wiedzę na temat pytań zadanych w trakcie zebrania i odpowiedzi na nie poprzez zapoznanie się z treścią informacji ze spotkania, sporządzanej przez zamawiającego w trybie art. 136 ust. 2 Pzp.

3. Informacja z zebrania. Po spotkaniu zamawiający sporządza informację ze spotkania, która zawiera zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści oraz odpowiedzi na te pytania.

Informacja z zebrania podlega udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ważne jest, że w informacji tej nie wskazuje się źródeł zapytania. Informacja z zebrania ma takie same znaczenie w postępowaniu jak udostępnienie treści zapytań do SWZ wraz z odpowiedziami w trybie art. 135 ust. 6 Pzp.

4. Wyjaśnienia SWZ na wniosek. Warto wskazać, że art. 136 Pzp wprowadzający możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców jest regulacją niezależną od wskazanej w art. 135 Pzp,

dotyczącej wyjaśniania treści SWZ na wniosek wykonawcy. Oznacza to, że w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą być zastosowane obie te regulacje.

Art. 137.

1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

2. Dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3, dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu.

4. W przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1.

5. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

6. 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. Przepisy ust. 4 i 5 stosuje się.

7. W przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.

1. Zmiana SWZ w uzasadnionych przypadkach. Zgodnie z art. 137 ust. 1 Pzp przed upływem terminu składania ofert zamawiający może zmienić treść SWZ jedynie w uzasadnionych przypadkach. Oznacza to, że nie powinien on nadużywać tego przewidzianego Pzp uprawnienia. Zamawiający na etapie przygotowania danego postępowania powinien dołożyć jak największych starań, aby po wszczęciu postępowania nie było konieczne dokonywanie zmian w jej treści. Jeżeli taka potrzeba się pojawi, to zamawiający może dokonać zmiany, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

2. Obowiązek udostępniania zmiany SWZ na stronie internetowej. Zgodnie z art. 137 ust. 2 Pzp dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Przy czym w myśl art. 134 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający ma obowiązek zawarcia w SWZ (udostępnionej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu) dokładnego adresu (ścieżka dostępu) strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. W przypadku zmiany SWZ pociągającej za sobą konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamawiający musi uwzględnić treść art. 137 ust. 5 Pzp, który stanowi o momencie udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Wyjątki od obowiązku udostępniania zmiany SWZ na stronie internetowej. Jeżeli jednak zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 Pzp zamawiający dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 137 ust. 3 Pzp).

4. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu w związku ze zmianą SWZ. Należy podkreślić, że zmiany treści SWZ, a w szczególności zmiany istotne dla sporządzenia oferty, zazwyczaj wymagają dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Wówczas zamawiający musi pamiętać o dokonaniu zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a więc o przekazaniu UPUE ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 137 ust. 4 Pzp, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

5. Moment udostępnienia zmiany SWZ w przypadku zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Przepis art. 137 ust. 5 Pzp zastrzega, że w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia.

6. Przedłużenie terminu składania ofert w związku ze zmianą SWZ. W przypadku zaś gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się z nimi i przygotowanie ofert, zamawiający musi przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny na wykonanie tych czynności. W tym zakresie art. 137

ust. 6 Pzp nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia. Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się kierować wagą i zakresem wyjaśnień. Należy podkreślić, że w sytuacji zmiany terminu składania ofert, przepisy art. 137 ust. 4 i 5 Pzp stosuje się, gdyż termin składania ofert jest określony w ogłoszeniu o zamówieniu, a więc należy dokonać zmiany ogłoszenia o zamówieniu, przekazując UPUE ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

7. Ograniczenia zmiany SWZ. W art. 137 ust. 7 Pzp wprowadzona została regulacja wskazująca na ograniczenia co do zakresu zmiany treści SWZ, zgodnie z którą w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 Pzp.

Powyższa regulacja jest odzwierciedleniem motywu 81 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zmówienia nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia.

W ślad za uzasadnieniem do projektu Pzp należy stwierdzić, że przykładem niedopuszczalnej zmiany jest w szczególności zwiększenie zakresu zamówienia, np. dodanie części zamówienia (tzw. pakietu), zmiana rodzaju zamówienia (np. z dostawy na usługi), zmiana charakteru zamówienia (np. z leasingu na sprzedaż).

Art. 138.

1. Termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w następujących przypadkach:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

3. W sytuacjach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 terminy składania ofert, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni.

4. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

1. Minimalne terminy składania ofert w przetargu nieograniczonym. Art. 138 Pzp stanowi odzwierciedlenie przepisów dyrektywy klasycznej określających minimalne terminy składania ofert właściwe dla trybu przetargu nieograniczonego (w dyrektywie „procedura otwarta"). Należy przy tym podkreślić, że w myśl ogólnej normy mającej zastosowanie również do trybu przetargu nieograniczonego (art. 131 Pzp) zamawiający, określając termin składania ofert, powinien uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty.

2. Standardowy minimalny termin. Zgodnie z art. 138 ust. 1 Pzp zasadą jest, że w przetargu nieograniczonym termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni, licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania).

3. Krótsze minimalne terminy. Wyjątkowo, stosownie do art. 138 ust. 2 Pzp, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w art. 138 ust. 1 Pzp, nie krótszy jednak niż 15 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania), w następujących przypadkach:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89 Pzp, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji UPUE lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego (w profilu nabywcy) na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc przed dniem wszczęcia postępowania),

2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

4. Dłuższe minimalne terminy. Stosownie do art. 138 ust. 3 Pzp w przypadkach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (a więc gdy część SWZ nie była udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania) terminy składania ofert, o których mowa w art. 138 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp, ulegają wydłużeniu o 5 dni. Wówczas minimalny termin składania ofert w przypadku:

1) art. 138 ust. 1 Pzp wynosi 40 dni zamiast 35 dni,
2) art. 151 ust. 2 pkt 1 Pzp wynosi 20 dni zamiast 15 dni

– licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania).

5. Krótszy minimalny termin w przypadku ofert składanych elektronicznie. W art. 138 ust. 4 Pzp zawarto normę, stanowiącą odzwierciedlenie art. 27 ust. 4 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w art. 151 ust. 1 Pzp, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (a więc bez możliwości odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), w sposób określony w art. 63 ust. 1 Pzp (tj. w formie elektronicznej). Wówczas minimalny termin składania ofert wynosi 30 dni zamiast 35 dni, licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania).

6. Termin składania ofert oznaczony datą i godziną. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania ofert, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie ofert.

Art. 139.

1. 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, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

3. Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4. Zamawiający kontynuuje procedurę ponownego badania i oceny ofert, o której mowa w ust. 3, w odniesieniu do ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków

udziału w postępowaniu, do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Możliwość uprzedniej oceny ofert. W Pzp doprecyzowano w przepisach właściwych dla przetargu nieograniczonego regulacje stanowiące o tzw. procedurze odwróconej, dopuszczalnej jedynie dla tego trybu. W przypadku tzw. procedury odwróconej oceny ofert, 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, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

2. Odstąpienie od obowiązku składania JEDZ wraz z ofertą. W celu uelastycznienia i odformalizowania tej procedury w art. 139 ust. 2 Pzp przyjęte zostało, że wykonawca nie będzie obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (a więc JEDZ), jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

3. Ponowna uprzednia ocena ofert. Jeżeli pierwszy w rankingu wykonawca nie przeszedł pozytywnie kwalifikacji podmiotowej, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca wskazał zatem wprost, że zamawiający nie wybiera automatycznie wykonawcy składającego kolejną najlepiej

ocenioną ofertę, lecz zobowiązany jest do dokonania ponownej oceny ofert pozostałych wykonawców.

4. Zakończenie ponownej uprzedniej oceny ofert. Zamawiający ma obowiązek kontynuowania procedury ponownego badania i oceny ofert w odniesieniu do ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Oddział 3
Przetarg ograniczony

Art. 140.

Przetarg ograniczony to 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 do składania ofert.

1. Charakterystyka trybu przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 140 Pzp przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym:

1) w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie
2) oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

Wszczęcie postępowania w trybie przetargu ograniczonego jest możliwe bez konieczności spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek wymaganych do zastosowania tego trybu. Tryb ten jest procedurą dwuetapową nieprzewidującą możliwości negocjacji ofert.

2. Brak możliwości stosowania przetargu ograniczonego w zamówieniach klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne. Przepisy Pzp dotyczące trybu przetargu ograniczonego stanowią wdrożenie przepisów dyrektywy klasycznej w zakresie tzw. procedury ograniczonej. Należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie Pzp nie jest możliwe zastosowanie tego trybu w przypadku zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne. W zamian za to będzie możliwe zastosowanie na podstawie art. 275 Pzp trybu podstawowego (do wyboru 3 warianty postępowania).

3. Etapy trybu przetargu ograniczonego. Datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego jest dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Natomiast uzewnętrznienie postępowania względem wszystkich zainteresowanych wykonawców następuje z momentem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE oraz udostępnienia SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. SWZ należy więc udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu każdy wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zamawiający ma obowiązek oceny wszystkich złożonych wniosków, w tym dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy zgodnie z przepisami działu II Pzp. Natomiast oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert, tj. wyłącznie ci wykonawcy, do których zamawiający skierował zaproszenie do składania ofert.

Art. 141.

Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się.

1. Znaczenie SWZ. W przetargu ograniczonym, podobnie jak w przetargu nieograniczonym, SWZ jest najważniejszym dokumentem zamówienia, w którym wyczerpująco i precyzyjnie powinny być opisane warunki zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez „warunki zamówienia" 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.

2. Udostępnianie SWZ. W art. 141 zdanie pierwsze Pzp została wyrażona zasada dotycząca udostępniania SWZ w przetargu ograniczonym. Przepis ten nakazuje zamawiającemu, analogicznie jak w przetargu nieograniczonym, udostępnienie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania" zob. komentarz do art. 64 Pzp) od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE (nie od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE).

Dodatkowo Pzp (w ślad za dyrektywą klasyczną) wyraźnie wskazuje, że zamawiający musi zapewnić, aby dostęp do SWZ zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego postępowania był: bezpłatny, pełny, bezpośredni, nieograniczony.

Bezpłatny dostęp do SWZ oznacza, że uzyskanie jej jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za pobranie SWZ ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.

Pełny dostęp do SWZ oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres SWZ, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w ogłoszeniu o zamówieniu. Pełny dostęp do SWZ dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści SWZ.

Bezpośredni dostęp do SWZ oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do SWZ, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca w celu dostępu do SWZ nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia, w tym SWZ.

Nieograniczony dostęp do SWZ oznacza, że każdy może mieć do niej dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia.

W art. 141 zdanie pierwsze Pzp uregulowany został przedział czasowy, w którym zamawiający ma obowiązek zapewnić stały dostęp do SWZ. Zamawiający musi więc zapewnić stały dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia w DUUE, najkrócej do dnia udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).

3. Odstępstwa od wymogu udostępniania części SWZ. W art. 141 zdanie drugie Pzp zawarte jest odesłanie do stosowania art. 133 ust. 2 i 3 Pzp. Przepisy te stanowią o dopuszczalnych wyjątkach od ogólnej zasady dotyczącej udostępniania SWZ.

Zgodnie z art. 133 ust. 2 Pzp zamawiający może w wyjątkowych przypadkach, określonych w art. 65 ust. 1 Pzp, odstąpić od udostępniania na stronie internetowej prowadzonego postępowania części SWZ. Należy przy tym podkreślić, że obiektywne zaistnienie chociażby jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do odstępstwa od ogólnej zasady udostępniania całej treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Pzp wyraźnie stanowi, że odstępstwo od ogólnej zasady udostępniania pełnej treści SWZ dotyczy wyłącznie tej części SWZ, w odniesieniu do której została spełniona jedna z przesłanek określonych w art. 65 ust. 1 Pzp. Zamawiający musi wówczas poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu, w jaki inny sposób można uzyskać dostęp do części SWZ nieudostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W art. 65 ust. 1 pkt 1–6 Pzp wymienione zostały przeszkody techniczne uprawniające zamawiającego do odstąpienia od obowiązku użycia środków komunikacji elektronicznej, w przypadku przetargu ograniczonego, przy składaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowego środka dowodowego lub przedmiotowego środka dowodowego.

Zgodnie zaś z art. 133 ust. 3 Pzp, do którego odsyła art. 141 zdanie drugie Pzp, zamawiający może nie udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ. Wówczas zamawiający musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu nie tylko sposób dostępu do tych informacji, ale również wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru. W takim przypadku może się zdarzyć, że zamawiający

zdecyduje się na ograniczenie grona osób ze strony potencjalnego wykonawcy, którzy będą mogli zapoznać się z poufną częścią SWZ.

Art. 142.

1. W przypadku trybu przetargu ograniczonego SWZ zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 1–12 i 17–21.

2. SWZ zawiera również:

1) **informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18;**
2) **informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość;**
3) **informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, o których mowa w art. 148, jeżeli są ustalone;**
4) **opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;**
5) **sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**

1. Znaczenie SWZ. W przetargu ograniczonym, podobnie jak w przetargu nieograniczonym, SWZ jest kluczowym dokumentem zamówienia, w którym wyczerpująco i precyzyjnie powinny być opisane (wyspecyfikowane) wszystkie warunki zamówienia, gdyż wykonawca, przygotowując wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę, opiera się na tym dokumencie. Należy przy tym wspomnieć, że w przetargu ograniczonym warunki zamówienia

niezbędne do złożenia ofert zostaną doprecyzowane w zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia 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 art. 142 Pzp uregulowany został zakres informacji zawartych w SWZ właściwy dla przetargu ograniczonego. W Pzp rezygnuje się z ogólnej regulacji dotyczącej SWZ i mającej odpowiednie zastosowanie do wszystkich trybów (art. 36 i 37 Pzp2004) na rzecz regulacji wskazującej zakres SWZ dla danego trybu udzielenia zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że w art. 142 Pzp zawarte są liczne odesłania do art. 134 Pzp, gdyż zakres warunków zamówienia wyspecyfikowanych w przetargu nieograniczonym jest podobny do zakresu SWZ w przetargu ograniczonym.

Zakres informacji wskazany w art. 142 Pzp jest precyzyjnie uregulowany, ale nie ma on charakteru katalogu zamkniętego.

2. Kompleksowy charakter SWZ. W przetargu ograniczonym SWZ jest opracowywana na etapie przygotowania postępowania, a jej treść musi być udostępniana niezwłocznie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE. W przetargu ograniczonym nie są dozwolone negocjacje, w wyniku których zamawiający precyzuje SWZ, dlatego też zamawiający powinien już na początku postępowania wyczerpująco i precyzyjnie przedstawić wykonawcy wszystkie warunki zamówienia. Dopuszczalne zmiany i wyjaśnienia SWZ nie powinny być regułą, a raczej możliwością – wyjątkiem od zasady. Należycie opisane w SWZ warunki

zamówienia zwiększają prawdopodobieństwo wyboru właściwego wykonawcy i jego oferty, a dobrze zaprojektowane postanowienia umowy stanowiące część SWZ sprzyjają – należytemu wykonaniu umowy nawet w niesprzyjających okolicznościach.

Pomimo tego, że w ogłoszeniu o zamówieniu zawarte są istotne warunki zamówienia, w SWZ zamawiający powinien powtórzyć te warunki, a w praktyce opisać je wyczerpująco, gdyż formularze ogłoszeń nie zawsze pozwalają na wpisanie pełnych treści bądź nie przewidują niektórych zagadnień (np. projektowanych postanowień umowy). Oczywistym jest, że w danych postępowaniu o udzielenie zamówienia warunki zamówienia określone w ogłoszeniu o zamówieniu muszą być tożsame z warunkami zamówienia wyspecyfikowanymi w SWZ.

3. Obowiązkowe elementy każdej SWZ. W przetargu ograniczonym, zgodnie z art. 142 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, do obligatoryjnych elementów każdej SWZ należą:

1) dane teleadresowe zamawiającego (tj. nazwa oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej) oraz adres strony internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania" – zob. komentarz do art. 64 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 1 Pzp;
2) dokładny adres (ścieżka dostępu) strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3) tryb udzielenia zamówienia, a więc przetarg ograniczony – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 3 Pzp;
4) opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte zostały w art. 99–103 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp;

5) informacje o przedmiotowych środkach dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 20 Pzp (regulacje dotyczące przedmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 104–107 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 5 Pzp;
6) termin wykonania zamówienia, a więc termin wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, który jest zależny od specyfiki danego zamówienia (zamawiający określając ten termin, musi uwzględnić regulacje określone w art. 434 Pzp – dotyczące terminu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 435 Pzp – dotyczące możliwości zawarcia umowy na czas nieoznaczony oraz art. 436 pkt 1 Pzp – dotyczące obowiązku określenia w umowie planowanego terminu wykonania umowy) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp;
7) obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 108 – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 7 Pzp;
8) informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu ujęte zostały w art. 112–117 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp;
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 17 Pzp (regulacje dotyczące podmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 124–128 Pzp, jak również w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki,

wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 9 Pzp;

10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (ramy prawne dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami ujęte zostały w art. 61–69 Pzp, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 10 Pzp;

11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 ust. 1–6, art. 66 i art. 69 Pzp (co do zasady wszelka komunikacja zamawiającego z wykonawcami powinna odbywać się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli jednak zaistnieje jedna z okoliczności określonych w art. 65 ust. 1 pkt 1–6, art. 66 i art. 69 Pzp, zamawiający może przewidzieć odstępstwa od komunikacji wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wówczas w SWZ musi podać szczegółowe informacje, tj. w jakim zakresie wprowadza odstępstwo oraz jaki będzie sposób komunikowania się, inny niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej; ponadto w myśl art. 61 ust. 2 Pzp w przetargu ograniczonym komunikacja ustna dopuszczalna jest w odniesieniu do informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu, ofert, o ile jej treść jest udokumentowana) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 11 Pzp;

12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami (zazwyczaj będą to pracownicy zamawiającego, w tym członkowie komisji przetargowej) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 12 Pzp;
13) sposób obliczenia ceny – powinien być określony na potrzeby danego postępowania i zależny od specyfiki przedmiotu zamówienia oraz rodzaju wynagrodzenia przewidzianego przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych (niejednokrotnie na podstawie określonego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny wykonawca wypełnia formularz cenowy stanowiący załącznik do oferty, a następnie do umowy w sprawie zamówienia publicznego) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp;
14) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zamawiający, opisując ten element SWZ, powinien uwzględnić regulacje dotyczące kryteriów oceny ofert ujęte w art. 239–247 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp;
15) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w tej części SWZ, oprócz kwestii formalnych związanych z reprezentacją osób uprawnionych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający powinien poinformować np. o obowiązku wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o ile je przewiduje, czy też o obowiązku przedłożenia kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia, o ile oferta takich wykonawców zostanie wybrana) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 19 Pzp;

16) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (Pzp szczegółowo reguluje możliwy zakres takich postanowień umownych, zamawiający, sporządzając projektowane postanowienia umowne, które zazwyczaj stanowią załącznik do SWZ, powinien w szczególności uwzględnić regulacje zawarte w art. 433 Pzp – zakazy dotyczące projektowanych postanowień umownych, art. 436–439 Pzp – obowiązkowe postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 441–443 Pzp prawo opcji, zaliczki na poczet wykonania zamówienia, zapłata wynagrodzenia w częściach) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp;

17) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (w przetargu ograniczonym zamawiający powinien pouczyć o możliwości złożenia przez wykonawcę odwołania do Prezesa KIO na niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy lub zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie Pzp, a także o przysługującym prawie wniesienia skargi na orzeczenie KIO do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych; w Pzp regulacje dotyczące środków ochrony prawnej, w tym terminy na ich wniesienie, ujęte zostały w dziale IX, tj. w przepisach art. 505–590 Pzp) – odesłanie do art. 134 ust. 1 pkt 21 Pzp;

18) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (sposób przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu determinowany jest zasadą składania tych wniosków w formie elektronicznej i przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) – zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 4 Pzp;
19) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (sposób składania wniosków determinowany jest zasadą ich składania w formie elektronicznej i przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania określone w art. 68 Pzp oraz rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp; w ślad za dyrektywą klasyczną ustawodawca w art. 144 Pzp określa minimalne terminy składania wniosków w przetargu ograniczonym, przy czym zamawiający, wyznaczając termin składania wniosków, powinien w myśl art. 131 Pzp uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania wniosków, przy czym w SWZ zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie tych wniosków) – zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 5 Pzp.

4. Elementy SWZ zależne od danego postępowania. W art. 142 ust. 2 pkt 1–3 Pzp zostały wymienione te elementy SWZ (warunki zamówienia), które nie są obligatoryjne w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Jednakże gdy zamawiający je przewidzi, obowiązkowo musi je opisać w SWZ, gdyż wprowadzenie do wyliczenia w art. 142 ust. 2 Pzp stanowi wyraźnie „SWZ zawiera również".

Stosownie do art. 142 ust. 2 pkt 1–3 Pzp w przetargu ograniczonym SWZ zawiera również:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp;
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych –odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 2 Pzp;
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 3 Pzp;
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający wraz z ofertą przewiduje obowiązek wniesienia wadium – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 4 Pzp;
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 5 Pzp;
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 6 Pzp;
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 7 Pzp;

8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (tj. zamówieniach polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych i zamówieniach na dodatkowe dostawy) – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 8 Pzp;
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 9 Pzp;
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 10 Pzp;
11) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 12 Pzp;
12) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 13 Pzp;
13) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp (tj. wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie

realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 14 Pzp;

14) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (tj. zamawiający może wymagać, aby zamówienie było realizowane przez osoby z określonych kategorii społecznych, np. przez bezrobotnych, osoby niepełnosprawne, młodocianych w celu przygotowania zawodowego) – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 15 Pzp;
15) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (zamawiający może zastrzec, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych) – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 16 Pzp;
16) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) i art. 121 Pzp (w przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotu udostępniającego zasoby) – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp;

17) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp – odesłanie do art. 134 ust. 2 pkt 18 Pzp;
18) informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość – zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 2 Pzp;
19) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, o których mowa w art. 148 Pzp, jeżeli są ustalone – zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jeżeli zatem zamawiający nie wymieni w SWZ któregoś z tych elementów, będzie to oznaczać, że nie przewiduje tego w danym postępowaniu. Przykładowo jeżeli zamawiający nie wskaże w treści SWZ, które z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 Pzp mają zastosowanie w danym postępowaniu (art. 109 ust. 2 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp, do którego odsyła art. 142 ust. 2 pkt 1 Pzp), wówczas należy przyjąć domniemanie, że w danym postępowaniu zamawiający nie stosuje żadnych fakultatywnych podstaw wykluczania wykonawców określonych w art. 109 ust. 1 Pzp.

Należy przy tym ponownie podkreślić, że treść ogłoszenia o zamówieniu musi być skorelowana z treścią SWZ. Nie powinno dochodzić do takich sytuacji, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskaże, iż dany warunek zamówienia przewiduje (np. fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy czy możliwość ograniczenia liczby wykonawców w oparciu

o kryteria selekcji), a w SWZ tego nie wpisze. W SWZ dany warunek zamówienia powinien być opisany przez zamawiającego wyczerpująco. Wypada również zauważyć, że w Pzp niezależnie od wartości zamówienia żądanie wadium czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest obligatoryjne. Dlatego też wymagania dotyczące wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały ujęte w art. 134 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp (do którego odsyła art. 142 ust. 2 pkt 1 Pzp), a więc nie stanowią one obligatoryjnych elementów SWZ, o ile zamawiający w danym postępowaniu nie przewidział obowiązku wniesienia wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
W praktyce może zdarzyć się, że zamawiający w SWZ będzie odnosił się do wszystkich elementów (warunków zamówienia) wyspecyfikowanych w art. 142 ust. 2 pkt 1–3 Pzp, wskazując przy niektórych z nich, że ich nie przewiduje. Taka praktyka nie jest błędną, a czasami może wpływać na przejrzystość SWZ oraz zmniejszać liczbę pytań ze strony potencjalnych wykonawców w zakresie przewidzenia przez zamawiającego w danym postępowaniu dodatkowych warunków zamówienia, ujętych jako nieobligatoryjne elementy SWZ.

Art. 143.

1. Do wyjaśnień oraz zmian treści SWZ, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136 i art. 137, z uwzględnieniem ust. 2–5.

2. Jeżeli wyjaśnienia treści SWZ są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed

upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni, a w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2, na 7 dni, przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia tych wniosków. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w ust. 2.

4. Niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

5. W przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

1. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Art. 143 Pzp stanowi o wyjaśnieniach oraz zmianach treści SWZ **w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** w trybie przetargu

ograniczonego. Wypada przy tym zauważyć, że w Pzp nie przewiduje się ogólnej regulacji dotyczącej wyjaśniania i zmiany treści SWZ mającej odpowiednie zastosowanie do wszystkich trybów na rzecz regulacji dostosowanej do danego trybu udzielenia zamówienia z zastosowaniem techniki odesłań, w przypadku trybu przetargu ograniczonego – do przepisów właściwych dla przetargu nieograniczonego (przepis art. 143 ust. 1 Pzp odsyła do art. 135 ust. 1 i 6, art. 136 i art. 137). Należy przy tym podkreślić, że przepis art. 143 Pzp stanowi o wyjaśnieniach i zmianach SWZ niezbędnych do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc dokonywanych przed składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z kolei o wyjaśnieniach i zmianach SWZ niezbędnych do złożenia oferty, a więc dokonywanych po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowi art. 150 ust. 2 Pzp.

Pomimo tego, że zamawiający w SWZ powinien wyczerpująco i precyzyjnie opisać (wyspecyfikować) wszystkie warunki zamówienia, niejednokrotnie zdarza się, że wykonawcy mają wiele pytań dotyczących jej treści wynikających często z większej znajomości określonej branży przez wykonawców – profesjonalistów.

2. Wyjaśnienia SWZ. Zgodnie z art. 135 ust. 1 Pzp, do którego odsyła art. 143 ust. 1 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W przetargu ograniczonym każdy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, a zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień, pod warunkiem że wykonawca uczyni to w terminie i w trybie przewidzianym w art. 143 Pzp.

3. Terminy na wyjaśnienia SWZ poprzedzone wnioskiem. Przepis art. 143 ust. 2 Pzp określa terminy, w których zamawiający powinien wyjaśnić treść SWZ w następstwie wniosku o wyjaśnienia SWZ.
Jeżeli wyjaśnienia treści SWZ są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak:

1) nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2) w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2 Pzp (tj. skrócenia terminu składania wniosków z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia), nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął we wskazanych terminach, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ, co nie oznacza, że Pzp tego nie dopuszcza.
Należy przy tym podkreślić, że aby powstał po stronie zamawiającego obowiązek odpowiedzi, Pzp wymaga, aby wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego w określonym terminie. Oznacza to, że w tym terminie zamawiający ma otrzymać wniosek o wyjaśnienie.
Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie po upływie terminu, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień.

4. Sposób liczenia terminu w przypadku złożenia wniosku o wyjaśnienia SWZ i udzielenia wyjaśnień. Aby ustalić, kiedy upływa termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązującego zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, należy najpierw od daty składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odjąć 7 lub 14 dni. Powstała w ten sposób data (tożsama w zakresie nazwy dnia tygodnia z datą składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) musi być jeszcze skonfrontowana z przepisem art. 115 Kc, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Ustaleniu bowiem podlega termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (termin do wykonania czynności). Gdyby okazało się, że data ta przypada na dzień ustawowo wolny od pracy (czyli niedzielę lub święto) albo na sobotę, termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązujący zamawiającego do udzielenia odpowiedzi upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Ponieważ Pzp nie reguluje w sposób szczególny początku i końca dnia, zgodnie z art. 111 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, termin upłynie o północy ostatniego dnia terminu.

Przykład. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przypada na 1 lipca. Punktem na osi czasu wyznaczającym upływ terminu na złożenie przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, na który zamawiający jest zobowiązany udzielić odpowiedzi, przypada na 17 czerwca (14 dni wstecz od dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bez wliczenia tego dnia, dzień tygodnia o tej

samej nazwie). Jeżeli dzień 17 czerwca przypadnie na sobotę, niedzielę lub święto, złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ w dniu następnym, tj. 18 czerwca (lub kolejnym w przypadku zbiegu soboty, niedzieli lub świąt), nastąpi z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 143 ust. 2 Pzp.
W podobny sposób należy postąpić w przypadku liczenia terminu na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień SWZ w odpowiedzi na wniosek wykonawcy. Również ten termin jest terminem końcowym. Zaczyna bieg w dniu, w którym wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, a kończy w 4 lub 6 dniu przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zatem od daty, w której upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy odjąć 4 lub 6. Jeżeli wyznaczony w ten sposób dzień przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień upływa z końcem (o północy) następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

5. Nieterminowe udzielenie wyjaśnień. Art. 143 ust. 3 Pzp ustala konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w terminach określonych art. 135 ust. 3 Pzp. W takim wypadku zamawiający musi przedłużyć termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia tych wniosków (zob. art. 143 ust. 3 zd. pierwsze Pzp).
Przy czym stosownie do art. 143 ust. 3 zd. drugie Pzp przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w art. 143 ust. 2 Pzp. Przedłużenie więc terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie daje wykonawcy uprawnienia do korzystania z normy, o której mowa w art. 143 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie ma zatem obowiązku udzielania „dodatkowych" wyjaśnień. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający nie może udzielić wyjaśnień, jeżeli uzna, że wątpliwości są uzasadnione, a wyjaśnienia niezbędne do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

6. Istotne wyjaśnienia SWZ. Stosownie do art. 143 ust. 5 Pzp, w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania. Przepis ten normuje sytuację, w której nie ma znaczenia, czy i kiedy wpłynął do zamawiającego wniosek o wyjaśnienia treści SWZ. Dotyczy to przypadków, gdy wyjaśnienia treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zazwyczaj takie wyjaśnienia pociągają za sobą istotne zmiany SWZ, dlatego też ustawodawca przewidział obowiązek przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowania, tak aby wykonawcy pozyskali dodatkowy czas na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

7. Udostępnianie wyjaśnień SWZ. W przypadku trybu przetargu ograniczonego odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 135 ust. 6 Pzp, do którego odsyła art. 143 ust. 1 Pzp. Zatem w celu zapewnienia transparentności i równego dostępu wszystkich potencjalnych wykonawców do wyjaśnień treści SWZ zamawiający – bez ujawniania źródła zapytania – treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

1) udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania,

2) w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (gdy część SWZ nie została udostępniona na stronie internetowej z przyczyn określonych w Pzp), przekazuje wykonawcom, którym przekazał tę część SWZ.

8. Wyjaśnienia SWZ podczas zebrania wykonawców. Pzp przewiduje również inny sposób wyjaśniania treści SWZ. Mowa tu o zebraniu wykonawców, które zamawiający może zwołać na podstawie art. 136 Pzp, do którego odsyła art. 143 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 136 ust. 1 Pzp zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ. Przy czym informację o terminie zebrania zamawiający musi udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Po zakończeniu zebrania zamawiający ma obowiązek sporządzić informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SWZ oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Dodatkowo informację z zebrania zamawiający musi udostępnić się na stronie internetowej prowadzonego postępowania (szerzej zob. komentarz do art. 136 Pzp).

9. Zmiany treści SWZ. W myśl art. 143 ust. 1 Pzp do zmian treści SWZ, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odpowiednio stosuje się przepisy art. 137 Pzp, z uwzględnieniem art. 143 ust. 4 i 5 Pzp.

Przepis art. 137 Pzp dotyczy trybu przetargu nieograniczonego, zatem „odpowiednie" stosowanie tego przepisu oznacza, że w trybie przetargu ograniczonego:

1) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu zmienić treść SWZ – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 1 Pzp,

2) dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 2 Pzp,
3) jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 Pzp, dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje się w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 3 Pzp,
4) w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 4 Pzp,
5) w przypadku, o którym mowa w art. 137 ust. 4 Pzp, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 5 Pzp,
6) w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przedłuża termin składania tych wniosków o czas niezbędny na zapoznanie się

ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosku; w takim przypadku przepisy art. 137 ust. 4 i 5 Pzp stosuje się, gdyż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazany jest w ogłoszeniu o zamówieniu, a więc należy dokonać jego zmiany we właściwy sposób – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 6 Pzp,

7) w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 Pzp – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 7 Pzp.

10. Niedopuszczalne zmiany SWZ. Pzp w art. 143 ust. 4 Pzp zastrzega, że niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Art. 144.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, należycie uzasadniona przez zamawiającego, może on wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

1. Minimalne terminy składania wniosków w przetargu ograniczonym. Minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu wskazane w art. 144 Pzp stanowią odzwierciedlenie przepisów dyrektywy klasycznej właściwych dla procedury ograniczonej. Należy przy tym podkreślić, że w myśl ogólnej normy mającej zastosowanie również do trybu przetargu ograniczonego (art. 131 Pzp) zamawiający, określając termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powinien uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania tego wniosku. Wykonawca przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potrzebuje czasu, aby zapoznać się z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SWZ nie tylko w zakresie specyfiki przedmiotu zamówienia, ale także by ocenić, czy jest w stanie samodzielnie (lub wspólnie z innym wykonawcą) spełnić przewidziane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a następnie dopełnić formalności związanych chociażby z wypełnieniem JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przy wyznaczaniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający powinien wziąć pod uwagę te okoliczności, jak również przewidywany termin udzielenia zamówienia.

2. Standardowy minimalny termin. Zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp zasadą jest, że w przetargu ograniczonym termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania).

3. Krótszy minimalny termin. Wyjątkowo, stosownie do art. 144 ust. 2 Pzp, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (tj. zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego), należycie uzasadniona przez zamawiającego, może on wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc od dnia wszczęcia postępowania).

4. Termin składania wniosków oznaczony datą i godziną. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie tych wniosków.

Art. 145.

Z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie można zapoznać się przed upływem terminu na ich składanie.

1. Termin otwarcia wniosków. Pzp nie określa terminu, w którym ma nastąpić otwarcie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odmiennie jest w przypadku terminu otwarcia ofert, o którym stanowi art. 222 Pzp. Ponadto z art. 142 Pzp wynika, że zamawiający nie ma też obowiązku wskazywania tej informacji w SWZ.

2. Nienaruszalność wniosków przed upływem terminu na ich składanie. W art. 145 Pzp zastrzeżono, że z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie można zapoznać się przed upływem terminu na ich składanie. Użyta w tym przepisie bezosobowa forma „nie można się zapoznać" wskazuje, że przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z ich zawartością nie może się nikt zapoznać, a nie tylko zamawiający. Ma to na celu zapewnienie równego traktowania wykonawców, tak aby informacje zawarte w złożonych wnioskach nie miały wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji.

3. Gwarancja nienaruszalności wniosków przed upływem terminu na ich składanie. W dobie elektronizacji zamówień zapewnienie wymogu określonego w art. 145 Pzp powinny gwarantować środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których odbywa się przekazywane wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W myśl bowiem art. 68 Pzp przekazywanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią włącznie po upływie terminu na ich składanie. Przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 Pzp przewidują dalsze wymagania dla środków komunikacji elektronicznej gwarantujące nienaruszalność wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto przepisy te nakazują, aby środki komunikacji elektronicznej zapewniały możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia nienaruszalności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu na ich składanie.

Art. 146.

1. Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) został złożony po terminie;

2) został złożony przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń;

3) jest niezgodny z przepisami ustawy;

4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;

5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

2. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert uznaje się za odrzucony.

1. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W Pzp wprowadzony został przepis stanowiący o podstawach do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Art. 146 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co oznacza, że zamawiający nie może odrzucić wniosku wykonawcy z innej przyczyny niż wskazane w treści tego przepisu. Art. 146 Pzp zawiera zatem nakaz dla zamawiającego odrzucenia wniosku, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka do jego odrzucenia. Zamawiający nie może zatem odstąpić od odrzucenia wniosku, jeśli występuje co najmniej jedna przesłanka odrzucenia wymieniona w tym przepisie.

Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu następuje na etapie oceny tych wniosków. Wykonawcy, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone, nie są zapraszani do składania ofert, a także uwzględniani w rankingu wniosków (w przypadku gdy zamawiający przewidział kryteria selekcji), niemniej jednak wnioski te są uznawane za złożone w ramach postępowania.
O wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 147 Pzp), co oznacza, że odrzucenie wniosku jest czynnością sformalizowaną, którą zamawiający powinien należycie uzasadnić.
Komentowany przepis ujęty został w oddziale dotyczącym przetargu ograniczonego, będzie on miał jednak poprzez ustawowe odesłania, zastosowanie do wszystkich trybów, w których wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a więc w negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym oraz partnerstwie innowacyjnym). Należy przy tym zauważyć, że przesłanki do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nawiązują do podstaw odrzucenia oferty, określonych w art. 226 Pzp.
2. Wniosek złożony po terminie. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony po terminie. W związku z obowiązkiem komunikacji elektronicznej, gdzie co do zasady za funkcjonowanie systemu służącego do składania wniosków (oraz ofert) formalnie odpowiada zamawiający, „złożenie wniosku po terminie" może nastąpić nie tylko na skutek działania lub zaniechania wykonawcy, ale także być efektem błędu, awarii działania systemu. Ustawodawca

w art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp przesądził, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega weryfikacji, czy został złożony w terminie oraz pod kątem ewentualnych przyczyn ujawnienia się tego wniosku w systemie teleinformatycznym zamawiającego po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W okolicznościach zatem, gdy wpływ wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po terminie składania wniosków nie budzi wątpliwości zamawiającego i brak jest przesłanek uzasadniających awarię systemu teleinformatycznego – zamawiający odrzuca taki wniosek.

3. Wniosek złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonywana jest przez zamawiającego kwalifikacja podmiotowa wykonawcy, w tym przede wszystkim w zakresie podstaw wykluczenia. Pzp wyraźnie podzieliła kwalifikację podmiotową na weryfikację podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (o ile zostały określone). Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zawsze będą to podstawy z art. 108 ust. 1 Pzp, mogą to być również podstawy z art. 108 ust. 2 Pzp (w zależności od wartości zamówienia) oraz 109 ust. 1 Pzp (w zależności od decyzji zamawiającego). W przetargu ograniczonym zamawiający weryfikuje, czy wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o JEDZ oraz podmiotowe środki dowodowe. Na etapie składania wniosków zamawiający będzie, co do zasady, weryfikował, czy wykonawca nie

podlega wykluczeniu w oparciu o JEDZ, gdyż w myśl art. 126 ust. 1 Pzp zamawiający dopiero przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Pzp wyraźnie dopuszcza możliwość żądania i weryfikacji podmiotowych środków dowodowych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie bowiem z art. 126 ust. 2 Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Przy czym w myśl art. 142 ust. 2 pkt 2 Pzp w przetargu ograniczonym SWZ zawiera informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość.

Analogiczną podstawę do odrzucenia oferty zawiera art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp (zob. komentarz do art. 226).

4. Wniosek wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonywana jest przez zamawiającego kwalifikacja podmiotowa wykonawcy. Pzp wyraźnie podzieliła kwalifikację podmiotową na weryfikację podstaw

wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (o ile zostały określone). Zamawiający może, ale nie musi, określić warunki udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli zmawiający przewiduje warunki udziału w postępowaniu, określa je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ (art. 112–123 Pzp). Jeżeli zamawiający określi takie warunki, musi zweryfikować ich spełnianie przez wykonawcę w oparciu o JEDZ, może również w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wyszczególnione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp. Na etapie składania wniosków zamawiający będzie, co do zasady, weryfikował, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu w oparciu o JEDZ, gdyż w myśl art. 126 ust. 1 Pzp zamawiający dopiero przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Pzp wyraźnie dopuszcza możliwość żądania i weryfikacji podmiotowych środków dowodowych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie bowiem z art. 126 ust. 2 Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Przy czym w myśl art. 142 ust. 2 pkt 2 Pzp w przetargu ograniczonym SWZ zawiera informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość.

Analogiczną podstawę do odrzucenia oferty zawiera art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp (zob. komentarz do art. 226 Pzp).

5. Wniosek wykonawcy, który nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę, który **nie złożył** w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (czyli JEDZ), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procederem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stosowne regulacje zawiera art. 125–128 Pzp.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, stosownie do art. 125 ust. 1 i 2 Pzp, wykonawca powinien do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (w zakresie wskazanym przez zamawiającego), które jest składane na formularzu JEDZ.

Co do zasady zamawiający dopiero przed wyborem najkorzystniejszej oferty, na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Pzp wyraźnie dopuszcza możliwość żądania i weryfikacji

podmiotowych środków dowodowych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie bowiem z art. 126 ust. 2 Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Taka możliwość powinna być zastrzeżona w SWZ, gdyż stosownie do art. 142 ust. 2 pkt 2 Pzp w przetargu ograniczonym SWZ zawiera informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość. W trybie przetargu ograniczonego zamawiający może więc żądać złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo niezwłocznie po jego złożeniu, złożenia niektórych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych.

Jako przykład niezłożenia „innych dokumentów" wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu można wskazać przypadek niezłożenia **pełnomocnictwa**, gdy wniosek jest składany przez osobę upoważnioną do złożenia wniosku w imieniu wykonawcy.

Należy przy tym zauważyć, że stosownie do art. 128 ust. 1 Pzp, **jeżeli wykonawca nie złożył** oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu **lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa** (jednokrotnie) **wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie**, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Należy przy tym dodać, że w myśl art. 128 ust. 3 Pzp złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Jeżeli więc wykonawca nie złoży (lub nie uzupełni lub nie poprawi) w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (czyli JEDZ), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, wniosek takiego wykonawcy zostanie odrzucony na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Analogiczną podstawę do odrzucenia oferty zawiera art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, z tą różnicą, że przepis ten, oprócz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, wymienia jeszcze przedmiotowy środek dowodowy.

6. Wniosek niezgodny z przepisami Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli jest niezgodny z przepisami Pzp. Art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp nawiązuje do art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowiącego o odrzuceniu oferty, jeżeli jest ona niezgodna z przepisami Pzp. Pod pojęciem „ustawy" należy rozumieć nie tylko Pzp, ale i akty wykonawcze do Pzp. W przypadku niezgodności wniosku z innymi aktami prawnymi niż Pzp (np. innymi ustawami) zastosowanie może znaleźć art. 146 ust. 1

pkt 4 Pzp. Norma art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp nie odwołuje się do żadnego zamkniętego katalogu możliwych uchybień w zakresie postaci, formy lub treści wniosku, które wskazywałyby na jego niezgodność z treścią Pzp. Przykładowe uchybienia skutkujące odrzuceniem wniosku będą dotyczyć braku zachowania właściwej formy wniosku, która określona została pod rygorem nieważności w Pzp (art. 63 ust. 1 Pzp). W postępowaniach o wartościach równych lub przekraczających progi unijne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieopatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym skutkować będzie odrzuceniem takiego wniosku.

Innym przykładem niezgodności wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z przepisami Pzp może być niezgodność wniosku z niektórymi zasadami Pzp, w szczególności zasadą pisemności i zasadą języka polskiego.

Analogiczną podstawę do odrzucenia oferty zawiera art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp (zob. komentarz do art. 226 Pzp).

7. Wniosek nieważny na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów. Pzp nie określa, na podstawie jakich innych przepisów wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być nieważny, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Na gruncie podobnego stanu prawnego dotyczącego Pzp2004 można uznać, że nieważność wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie odrębnych przepisów związana będzie najczęściej z normami Kc dotyczącymi zasad reprezentacji lub dokonania bezprawnej czynności.

7.1. Zasady reprezentacji. Art. 104 Kc stanowi, że jednostronna czynność prawna (a taki charakter ma złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niedołączenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego, niezawierającego umocowania do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp (pełnomocnictwo jest „innym dokumentem" w rozumieniu tego przepisu). Uprawnienie do podejmowania czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez pełnomocnika (osobę upoważnioną) wykonawcy powinno wynikać ze stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tą osobą, a więc z treści udzielonego pełnomocnictwa. Stąd też art. 128 ust. 1 Pzp przesądza o konieczności wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowego dokumentu. Pełnomocnictwo uzupełnione w tym trybie powinno być prawidłowe (wolne od wad) zarówno w zakresie treści, jak i formy. Powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania.

7.2. Czynność bezprawna. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Ponadto na podstawie art. 58 § 2 Kc nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 4 Pzp, w związku z art. 58 § 1 lub 2 Kc, wymaga uprzedniego ustalenia, że wniosek złożony

w postępowaniu został złożony bezprawnie (przepisy odrębne nie zezwalają na złożenie wniosku o takim kształcie lub przez takie podmioty) lub stanowi obrazę dla norm uznanych za powszechnie akceptowalne (zob. komentarz do art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp).

8. Wniosek nienależycie sporządzony lub przekazany. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Analogiczna regulacja stanowi jedną z przesłanek do odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp reguluje szeroki zakres możliwych okoliczności skutkujących odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, których przyczyną jest niezastosowanie lub niepełne zastosowanie wymagań zamawiającego co do sposobu sporządzenia lub przekazania wniosku przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W dużym uproszczeniu istotą regulacji z art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp jest usankcjonowanie tych wymogów zamawiającego, które dotyczą aspektów technicznych sporządzania i składania wniosku oraz wymaganych środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 67 Pzp zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych

sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Jak wynika z powyższego, to zamawiający określa (w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ) wymagania dotyczące sposobu sporządzania i przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak czyni to w oparciu o przepisy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 70 Pzp (rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej).

Omawiana przesłanka odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu reguluje szeroki zakres możliwych okoliczności skutkujących odrzuceniem wniosku, których przyczyną jest niezastosowanie lub niepełne zastosowanie wymagań zamawiającego co do sposobu sporządzenia lub przekazania wniosku przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przykładowo zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w następujących przypadkach:

1) złożenie wniosku w postaci elektronicznej niezgodnie z treścią rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 Pzp, tj. bez pośrednictwa systemu teleinformatycznego spełniającego wymogi wskazane w rozporządzeniu (i wbrew nakazowi zamawiającego), a zamiast tego – przekazanie wniosku pocztą elektroniczną,
2) przekazanie wniosku w postaci niewłaściwego dokumentu elektronicznego (pliku o niewłaściwym formacie danych).

Podkreślić jednak należy, że omawiana przesłanka odrzucenia wniosku nie upoważnia zamawiającego do odrzucania wniosku wykonawcy wyłącznie na podstawie zastosowanych przez wykonawcę graficznych odwzorowań wzoru wniosku (polegających na zamieszczeniu przez wykonawcę innego układu graficznego, wyboru czcionki, kształtu tabel itd.), jeżeli treść tego wniosku jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz SWZ, a wniosek został sporządzony lub przekazany zgodnie z wymaganiami określonymi w Pzp oraz rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 70 Pzp.

9. Wniosek wykonawcy niezaproszonego do składania ofert. Zgodnie z art. 146 ust. 2 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert uznaje się za odrzucony. Komentowany przepis będzie miał w szczególności zastosowanie do sytuacji, gdy zamawiający określił kryteria selekcji (zob. art. 148 i art. 149 ust. 1 Pzp). Wówczas wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zostanie odrzucony, ale z uwagi na nisko punktowane miejsce w tzw. rankingu zamawiający nie przekaże danemu wykonawcy zaproszenia do składania ofert, wówczas przyjmuje się domniemanie, że taki wniosek uznaje się za odrzucony. Dlatego też komentowana przesłanka do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została ujęta w odrębnym ustępie art. 146 Pzp. Zatem wniosek wykonawcy niezaproszonego do składania ofert (pomimo że formalnie nie podlegał odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp) uznaje się za odrzucony na podstawie art. 146 ust. 2 Pzp. Analogiczna regulacja stanowi jedną z przesłanek do odrzucenia oferty (zob. komentarz do art. 226 Pzp).

10. Zastosowanie przepisu w trybach poprzedzonych wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepis stanowiący o przesłankach odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma zastosowanie również w innych trybach poprzedzonych wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zastosowanie art. 146 ust. 1 Pzp do trybu negocjacji z ogłoszeniem wynika z art. 158 ust. 2 Pzp; do trybu dialogu konkurencyjnego – z art. 176 ust. 2 Pzp; do trybu partnerstwa innowacyjnego – z art. 194 ust. 2 Pzp.

Art. 147.

O wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

1. Informowanie wykonawców o wynikach oceny wniosków.
Po dokonaniu oceny złożonych przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje **wszystkich wykonawców**, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny tych wniosków, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający musi więc poinformować wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
Art. 147 Pzp nakazuje wprost, aby zamawiający niezwłocznie poinformował wszystkich wykonawców, nie wskazując przy tym, że musi to czynić jednocześnie. Jednak w związku z zasadą równego traktowania wykonawców oraz w celu zachowania ekonomiki postępowania, np. w związku z możliwością złożenia odwołania, wskazane jest, aby zamawiający jednocześnie informował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający musi bardzo precyzyjnie poinformować o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego (a więc okoliczności) oraz dokładnej podstawy prawnej, w szczególności stanowiącej o odrzucenia wniosku. Informacja zamawiającego musi być pełna, tzn. powinna zawierać informację o wszystkich złożonych wnioskach (także o wnioskach złożonych po terminie), wnioskach

odrzuconych oraz o wnioskach, które nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający musi podać dokładne uzasadnienie faktyczne i prawne, w szczególności z uwagi na przysługujące wykonawcom uprawnienie do złożenia odwołania na czynność oceny wniosków.

3. Kryteria selekcji. Jeżeli zamawiający zamierza ograniczyć liczbę wykonawców w oparciu o ustalone kryteria selekcji, w takiej informacji powinno znaleźć się szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie.

Art. 148.

1. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 5.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, 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 wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

1. Kryteria selekcji. Art. 148 Pzp stanowi wdrożenie art. 65 dyrektywy klasycznej w zakresie możliwości ograniczenia przez zamawiającego liczby wykonawców zapraszanych do złożenia oferty na podstawie tzw. kryteriów selekcji.

Definicja kryteriów selekcji zawarta jest w art. 7 pkt 9 Pzp. Przenosząc ją na grunt trybu przetargu ograniczonego, należy stwierdzić, że kryteriami selekcji są obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu

ograniczenia liczby wykonawców, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu (tj. wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu), których zamawiający zaprosi do złożenia ofert. Kryteria selekcji stosowane są w sytuacji, gdy danym postępowaniem może być zainteresowana bardzo duża liczba wykonawców spełniających określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i niepodlegających wykluczeniu, a więc wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp. Wówczas zamawiający, w celu zapewnienia ekonomiki postępowania, a jednocześnie przy zapewnieniu zachowania konkurencji, może zaprosić do składania ofert wyłącznie najlepszych wykonawców, tych którzy w najwyższym stopniu spełniają ustalone przez zamawiającego kryteria selekcji (tj. otrzymali najwięcej punktów).

2. Możliwość ograniczenia liczby wykonawców przez zastosowanie kryteriów selekcji. Stosownie do art. 148 ust. 1 Pzp zamawiający może (ale nie musi) spośród wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu (na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp), ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert. Ustalona przez zamawiającego ograniczona liczba wykonawców zapraszanych do składania ofert musi być wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie może być mniejsza niż 5. Na gruncie Pzp zostało przesądzone wprost, że zamawiający ma możliwość, a nie obowiązek, ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do złożenia ofert w oparciu o ustalone przez zamawiającego kryteria selekcji. W Pzp nie wskazano też maksymalnej liczby wykonawców, których zamawiający może zaprosić do składania ofert.

3. Informacja o możliwości ograniczenia zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ. Zgodnie z art. 148 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy zamawiający zamierza na etapie zaproszenia do składania ofert skorzystać z możliwości ograniczenia liczby wykonawców, musi on już na etapie wszczęcia postępowania wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert. Ponadto zamawiający musi podać minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert (tj. nie mniejszą niż 5 i wystarczającą, aby zapewnić konkurencję). Zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeżeli są ustalone kryteria selekcji, SWZ zawiera informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, o których mowa w art. 148 Pzp. Zamawiający może (ale nie musi) podać również maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

4. Mniejsza liczba wykonawców niż uprzednio określona. W przetargu ograniczonym zamawiający będzie zatem zapraszał do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji – wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego. Należy przy tym zaznaczyć, że stosownie do art. 149 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148 Pzp, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

5. JEDZ i podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania kryteriów selekcji. Jeżeli zamawiający określił kryteria selekcji, wówczas wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza nie tylko oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale także oświadczenie o spełnianiu kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1–5 Pzp). Zamawiający może żądać także podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania kryteriów selekcji (art. 124 pkt 2 Pzp); przy czym w trybie przetargu ograniczonego zamawiający może nawet na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (art. 126 ust. 2 Pzp). Zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 2 Pzp SWZ powinna zawierać informację o etapach postępowania, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość.

Art. 149.

1. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

2. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148, zamawiający może kontynuować

postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

1. Zaproszenie do składania ofert wykonawców, których wnioski nie podlegały odrzuceniu. Po dokonaniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po poinformowaniu o tym fakcie, zgodnie z art. 147 Pzp, wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski, zamawiający może przejść do kolejnego etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, tj. do etapu zaproszenia do składania ofert.

Zamawiający zaprasza do składania ofert tych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 146 ust. 2 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert uznaje się za odrzucony.

2. Kryteria selekcji. Jeżeli jednak zamawiający na etapie wszczęcia postępowania przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ możliwość ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert w oparciu o ustalone kryteria selekcji (art. 148 Pzp), zaprasza do składania ofert tych wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego, ale nie mniejszej niż 5. Wówczas pomimo tego, że dany wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegał odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp, uznaje się w myśl art. 146 ust. 2 Pzp za odrzucony, gdyż wykonawca nie został zaproszony do udziału w postępowaniu, ponieważ nie spełniał w wystarczającym stopniu ustalonych przez zamawiającego kryteriów selekcji.

W przypadku ustalenia kryteriów selekcji może się jednak zdarzyć w postępowaniu taki scenariusz, że liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148 Pzp. Wówczas zamawiający ma do wyboru dwa alternatywne rozwiązania:

1) może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, albo
2) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

3. Możliwość unieważnienia postępowania. W myśl **art. 258 ust. 1 Pzp** zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert. Jest to jedna z tzw. fakultatywnych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Zaproszenie do składania ofert przekazywane równocześnie. Należy podkreślić, że z art. 149 ust. 1 Pzp wynika wprost, że zamawiający jednocześnie kieruje zaproszenia do składania ofert, tak aby wszyscy wykonawcy mieli równie dużo czasu na przygotowanie i złożenie ofert. Zamawiający nie powinien więc poszczególnym wykonawcom sukcesywnie wysyłać zaproszeń do składania ofert.

Art. 150.

1. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu;

3) adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

4) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert;

5) sposób i termin składania ofert oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, a także termin otwarcia ofert;

6) termin związania ofertą.

2. Do wyjaśnień oraz zmian treści SWZ, w zakresie niezbędnym do złożenia oferty, odpowiednio stosuje się przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4.

1. Znaczenie zaproszenia do składania ofert. W przetargu ograniczonym kolejnym – oprócz SWZ – dokumentem zamówienia, który precyzuje warunki zamówienia niezbędne dla wykonawcy do złożenia oferty, jest zaproszenie do składania ofert.

Przepis art. 150 ust. 1 Pzp wyszczególnia minimalny katalog informacji, jakie powinny być zawarte w zaproszeniu do składania ofert. Należy też zaznaczyć, iż niektóre z informacji wymienionych w art. 150 ust. 1 Pzp

mają charakter porządkujący (przykładowo z pkt 1, 3 i 4), stanowiąc powtórzenie warunków zamówienia, jakie zostały określone na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ.

2. Obligatoryjne elementy zaproszenia do składania ofert. Zgodnie z art. 150 ust. 1 Pzp w przetargu ograniczonym zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej:

1) dane teleadresowe zamawiającego (tj. nazwa oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej) oraz adres strony internetowej prowadzonego postępowania (na temat „strony internetowej prowadzonego postępowania" zob. komentarz do art. 64 Pzp);
2) numer opublikowanego w DUUE ogłoszenia o zamówieniu (przy czym wskazanie numeru ogłoszenia powinno umożliwić identyfikację ewentualnych zmian dokonywanych w treści ogłoszenia o zamówieniu);
3) adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ, oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia (w przetargu ograniczonym zamawiający udostępnia SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE w sposób określony w art. 141 Pzp; należy przy tym zaznaczyć, że adres strony internetowej prowadzonego postępowania powinien być możliwie dokładny, tzw. ścieżka dostępu, tak aby zapewnić wykonawcom rzeczywisty bezpośredni dostęp do SWZ);
4) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania

wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert (warunek zamówienia możliwy do przewidzenia w kontekście art. 126 ust. 2 Pzp);

5) sposób składania ofert (sposób składania ofert determinowany jest zasadą składania ofert w formie elektronicznej i przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania określone w art. 68 Pzp oraz rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp);
6) termin składania ofert (w ślad za dyrektywą klasyczną ustawodawca w art. 151 Pzp określa minimalne terminy składania ofert w przetargu ograniczonym; określając termin składania ofert, zamawiający powinien uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty – art. 131 Pzp; natomiast w zaproszeniu do składania ofert zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania ofert, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie ofert);
7) język lub języki, w jakich muszą być sporządzone oferty (stosownie do art. 20 ust. 3 Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia oferty w innym języku niż polski, tj. w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane);
8) termin otwarcia ofert (zgodnie z art. 222 ust. 1 Pzp otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin

składania ofert; należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie Pzp zamawiający nie ma już obowiązku publicznego otwarcia ofert);

9) termin związania ofertą (stosownie do art. 220 ust. 2 Pzp, termin ten powinien być określony przez wskazanie daty).

3. Wizja lokalna przed składaniem ofert. Należy podkreślić, że Pzp nakazuje, aby zamawiający ujął w SWZ informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów. W przypadku gdy zamawiający wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu niezbędnych dokumentów, powinien ten warunek zamówienia precyzyjnie opisać w SWZ.
Jeżeli więc wykonawca na wcześniejszym etapie postępowania tego nie uczynił, powinien przed złożeniem oferty tego dokonać, by jego oferta nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp.

4. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Art. 150 ust. 2 Pzp stanowi o wyjaśnieniach oraz zmianach treści SWZ w zakresie niezbędnym do złożenia oferty w trybie przetargu ograniczonego. Wypada przy tym zauważyć, że w Pzp nie przewiduje się ogólnej regulacji dotyczącej wyjaśniania i zmiany treści SWZ mającej odpowiednie zastosowanie do wszystkich trybów (art. 38 Pzp2004) na rzecz regulacji dostosowanej do danego trybu udzielenia zamówienia z zastosowaniem techniki odesłań, w przypadku trybu przetargu ograniczonego – do przepisów właściwych dla przetargu nieograniczonego (przepis art. 150 ust. 2 Pzp odsyła do odpowiedniego stosowania art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze Pzp). Należy przy tym podkreślić, że przepis art. 150 ust. 2 Pzp stanowi o wyjaśnieniach i zmianach SWZ niezbędnych do złożenia oferty,

a więc dokonywanych po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z kolei o wyjaśnieniach i zmianach SWZ niezbędnych do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc dokonywanych przed składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowi art. 143 Pzp.

5. Wyjaśnienia SWZ. Zgodnie z art. 135 ust. 1 Pzp, do którego odpowiednio odsyła art. 150 ust. 2 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ **w zakresie niezbędnym do złożenia oferty**.

6. Terminy na wyjaśnienia SWZ poprzedzone wnioskiem wykonawcy. Przepis art. 150 ust. 2 Pzp odsyła do odpowiedniego stosowania art. 135 ust. 2 Pzp, określającego terminy, w których zamawiający powinien wyjaśnić treść SWZ w następstwie wniosku o wyjaśnienia SWZ. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni przed upływem terminu składania ofert.

Jednakże w przypadku skrócenia terminu składania ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia[143] zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

Należy przy tym zaznaczyć, że w przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminach wskazanych w art. 143 ust. 3

[143] W przypadku przetargu ograniczonego o możliwości skrócenia terminu składania ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia stanowi art. 151 ust. 2 pkt 2 Pzp

Pzp, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz przedłużania terminu składania ofert (odpowiednie stosowanie art. 135 ust. 5 Pzp), co nie oznacza, że Pzp tego nie dopuszcza.
Dodatkowo koniecznym jest wskazanie, że w art. 135 ust. 2 Pzp postawiono wymóg, aby wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego w określonym terminie. Oznacza to, że w tym terminie zamawiający ma otrzymać wniosek o wyjaśnienie.

7. Sposób liczenia terminu w przypadku złożenia wniosku o wyjaśnienia SWZ i udzielenia wyjaśnień. Aby ustalić, kiedy upływa termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązującego zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, należy najpierw od daty składania ofert odjąć 7 lub 14 dni. Powstała w ten sposób data (tożsama w zakresie nazwy dnia tygodnia z datą składania ofert) musi być jeszcze skonfrontowana z przepisem art. 115 Kc, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Ustaleniu bowiem podlega termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (termin do wykonania czynności). Gdyby okazało się, że data ta przypada na dzień ustawowo wolny od pracy (czyli niedzielę lub święto) albo na sobotę, termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązującego zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.
Ponieważ Pzp nie reguluje w sposób szczególny początku i końca dnia, zgodnie z art. 111 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, termin upłynie o północy ostatniego dnia terminu.
Przykład. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego dzień składania ofert przypada na 1 lipca. Punktem na osi czasu

wyznaczającym upływ terminu na złożenie przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, na który zamawiający jest zobowiązany udzielić odpowiedzi, przypada na 17 czerwca (14 dni wstecz od dnia składania ofert, bez wliczenia tego dnia, dzień tygodnia o tej samej nazwie). Jeżeli dzień 17 czerwca przypadnie na sobotę, niedzielę lub święto, złożenie wniosku w dniu następnym, tj. 18 czerwca (lub kolejnym w przypadku zbiegu soboty, niedzieli lub świąt), nastąpi z zachowaniem terminu określonego w art. 135 ust. 2 Pzp, do którego odsyła 150 ust. 2 Pzp.
W podobny sposób należy postąpić w przypadku liczenia terminu na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień w odpowiedzi na wniosek wykonawcy. Również ten termin jest terminem końcowym. Zaczyna bieg w dniu, w którym wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, a kończy w 4 lub 6 dniu przed upływem terminu składania ofert. Zatem od daty, w której upływa termin składania ofert, należy odjąć 4 lub 6 dni. Jeżeli wyznaczony w ten sposób dzień przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień upływa z końcem (o północy) następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

8. Nieterminowe udzielenie wyjaśnień. Jeżeli jednak zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w art. 135 ust. 2 Pzp, musi on przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia oferty (art. 135 ust. 3 Pzp, do którego odsyła art. 150 ust. 2 Pzp). Pzp zawiera wyraźną regulację, będącą odzwierciedleniem art. 47 ust. 3 dyrektywy klasycznej, stanowiącą o obowiązku przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert

w przypadku nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SWZ w przewidzianych Pzp terminach. W tym zakresie Pzp nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia. Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się kierować wagą i zakresem wyjaśnień.

Przy czym stosownie do art. 135 ust. 4 Pzp, do którego odsyła art. 150 ust. 2 Pzp, przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w art. 135 ust. 2 Pzp. Przedłużenie więc terminu składania ofert nie daje wykonawcy uprawnienia do ponownego korzystania z normy art. 135 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie ma zatem obowiązku udzielania „dodatkowych" wyjaśnień. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający nie może udzielić wyjaśnień, jeżeli uzna, że wątpliwości są uzasadnione, a wyjaśnienia niezbędne do złożenia oferty.

9. Wniosek o wyjaśnienie SWZ złożony po terminie. Zgodnie z art. 135 ust. 5 Pzp, do którego odsyła art. 150 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminach określonych w art. 135 ust. 2 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku:

1) udzielania wyjaśnień SWZ oraz
2) przedłużenia terminu składania ofert.

Z użytego w art. 135 ust. 5 Pzp sformułowania „nie ma obowiązku" należy wnioskować, że zamawiający nie musi wykonywać wskazanych wyżej czynności, jednak – jeżeli uzna to za uzasadnione, w szczególności z uwagi na efektywność postępowania – może udzielić wyjaśnień, może także przedłużyć termin składania ofert.

10. Udostępnianie wyjaśnień SWZ. W przypadku trybu przetargu ograniczonego odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 135 ust. 6 Pzp, do którego odsyła art. 150 ust. 2 Pzp. Zatem w celu zapewnienia

transparentności i równego dostępu wszystkich potencjalnych wykonawców do wyjaśnień treści SWZ zamawiający – bez ujawniania źródła zapytania – treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

1) udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
2) w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (gdy część SWZ nie została udostępniona na stronie internetowej z przyczyn określonych w Pzp), przekazuje wykonawcom, którym przekazał tę część SWZ.

11. Wyjaśnienia SWZ podczas zebrania wykonawców. Pzp przewiduje również inny sposób wyjaśniania treści SWZ. Mowa tu o zebraniu wykonawców, które zamawiający może zwołać na podstawie art. 136 Pzp, do którego odsyła art. 150 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 136 ust. 1 Pzp zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ; przy czym informację o terminie zebrania zamawiający musi udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Po zakończeniu zebrania zamawiający ma obowiązek sporządzić informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SWZ oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Dodatkowo informację z zebrania zamawiający musi udostępnić się na stronie internetowej prowadzonego postępowania (szerzej zob. komentarz do art. 136 Pzp).

12. Zmiany treści SWZ. W myśl art. 150 ust. 2 Pzp do zmian treści SWZ, w zakresie niezbędnym do złożenia oferty, odpowiednio stosuje się przepisy art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4 Pzp. Należy przy tym podkreślić, że po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ewentualne zmiany SWZ w zakresie niezbędnym do złożenia oferty są bardzo ograniczone. Zgodnie

bowiem z art. 143 ust. 4 Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Przepisy art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze Pzp dotyczą trybu przetargu nieograniczonego, zatem „odpowiednie" stosowanie tych przepisów oznacza, że w trybie przetargu ograniczonego:

1) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 1 Pzp,
2) dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 2 Pzp,
3) jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 Pzp dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje się w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 3 Pzp,
4) 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 – odpowiednie stosowanie art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp.

Należy przy tym podkreślić, że przepis art. 150 ust. 2 Pzp (w przeciwieństwie do art. 143 ust. 1 Pzp) nie odsyła do odpowiedniego stosowania art. 137 ust. 7 Pzp, co potwierdza, że w przypadku trybu przetargu ograniczonego zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie art. 256 Pzp

najpóźniej przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Art. 151.

1. Termin składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

2. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, w następujących przypadkach:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

3. W przypadkach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 terminy składania ofert, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni.

4. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

1. Minimalne terminy składania ofert w przetargu ograniczonym. W ślad za dyrektywą klasyczną komentowany przepis określa minimalne terminy składania ofert właściwe dla trybu przetargu ograniczonego. Należy przy tym podkreślić, że w myśl ogólnej normy mającej zastosowanie również do trybu przetargu ograniczonego (art. 131 Pzp) zamawiający, określając termin składania ofert, powinien uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, a także czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty.

2. Standardowy minimalny termin. Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp zasadą jest, że w przetargu ograniczonym termin składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni, licząc od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

3. Krótsze minimalne terminy. Wyjątkowo, stosownie do art. 151 ust. 2 Pzp, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w art. 151 ust. 1 Pzp, nie krótszy jednak niż 10 dni licząc od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, w następujących przypadkach:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89 Pzp, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji UPUE lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego (w profilu nabywcy) na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE (a więc przed dniem wszczęcia postępowania),

2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

4. Dłuższe minimalne terminy. Stosownie do art. 151 ust. 3 Pzp w przypadkach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (a więc gdy część SWZ nie była udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania) terminy składania ofert, o których mowa w art. 151 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni. Wówczas minimalny termin składania ofert w przypadku:

1) art. 151 ust. 1 Pzp wynosi 35 dni zamiast 30 dni,
2) art. 151 ust. 2 pkt 1 Pzp wynosi 15 dni zamiast 10 dni

5. licząc od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

5. Krótszy minimalny termin w przypadku ofert składanych elektronicznie. W art. 151 ust. 4 Pzp zawarto normę stanowiącą odzwierciedlenie art. 28 ust. 5 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w art. 151 ust. 1 Pzp, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (a więc bez możliwości odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), w sposób określony w art. 63 ust. 1 Pzp (tj. w formie elektronicznej). Wówczas minimalny termin składania ofert wynosi 25 dni zamiast 30 dni, licząc od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

6. Termin składania ofert oznaczony datą i godziną. Art. 151 Pzp stanowi o możliwych minimalnych terminach na składanie ofert, natomiast w zaproszeniu do składania ofert zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania ofert, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie ofert.

Oddział 4
Negocjacje z ogłoszeniem

Art. 152.

1. Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

2. Zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, o ile wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość.

1. Charakterystyka trybu udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Negocjacje z ogłoszeniem to jeden z trybów udzielenia zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. art. 129 ust. 1 pkt 3 Pzp). Tryb negocjacji z ogłoszeniem polega na tym, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych (art. 152 ust. 1 Pzp). Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem tylko w przypadkach określonych w Pzp (zob. art. 129 ust. 2 Pzp).

Przesłanki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem określa art. 153 Pzp. W konsekwencji, żeby ten tryb mógł zostać zastosowany, musi być spełniona co najmniej jedna przesłanka wymieniona w tym przepisie. Warto wskazać, że w Pzp wprowadzono rozwiązania mające na celu uelastycznienie trybu negocjacji z ogłoszeniem, co miało na celu zachęcenie zamawiających do jego stosowania. W art. 152 ust. 1 Pzp wskazano, że tryb negocjacji z ogłoszeniem polega na negocjowaniu treści ofert składanych na etapie negocjacji w celu ulepszenia ich treści. Przepis ten odzwierciedla art. 29 ust. 3 dyrektywy klasycznej, w myśl którego zamawiający negocjują z wykonawcami wstępne i wszystkie późniejsze złożone przez nich oferty, z wyjątkiem ofert ostatecznych, w celu ulepszenia ich treści. Art. 164 Pzp wskazuje przy tym, że negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW.

2. Możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji. Zgodnie z treścią art. 152 ust. 2 Pzp zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, o ile wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość. Zawarcie powyższej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu jest warunkiem koniecznym do skorzystania przez zamawiającego z możliwości przewidzianej w tym przepisie. Sposób badania i oceny ofert w tym przypadku określa art. 163 ust. 1 Pzp.

3. Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Przeprowadzenie postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem obejmuje następujące etapy:

1) zamawiający wszczyna postępowanie poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w DUUE (wyjątek – zob. art.

154 ust. 1 Pzp, który przewiduje możliwość odstąpienia od publikacji ogłoszenia w przypadku, o którym mowa w art. 153 pkt 5 Pzp);

2) zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania OPW, który jest dokumentem sporządzanym w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (art. 155 ust. 1 Pzp). Obowiązkową treść OPW określa art. 156 Pzp;
3) OPW musi być dostępny od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (art. 155 ust. 2 Pzp). OPW będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania, z wyjątkiem minimalnych wymogów oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, które nie podlegają negocjacjom. OPW podlega wyjaśnieniom (art. 157 Pzp);
4) w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, w określonym przez zamawiającego terminie, wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wyjątek – zob. art. 154 Pzp). Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musi być zgodny z dyspozycją art. 158 ust. 1 Pzp;
5) zamawiający bada złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a o wynikach oceny tych wniosków zamawiający informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zob. art. 158 ust. 2 w zw. z art. 147 Pzp). W ramach badania wniosków zamawiający sprawdza m.in. spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz istnienie podstaw wykluczenia z postępowania;

6) zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku kryteriów selekcji –zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych na zasadach określonych w art. 159 Pzp. Treść zaproszenia do składania ofert wstępnych określa art. 161 Pzp;
7) wykonawcy w terminie określonym przez zamawiającego składają oferty wstępne. Termin na składanie ofert wstępnych musi być zgodny z dyspozycją art. 162 ust.1 Pzp;
8) zamawiający dokonuje weryfikacji ofert wstępnych. Zamawiający jednocześnie zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu (art. 163 ust. 3 Pzp);
9) zamawiający prowadzi z wykonawcami negocjacje odnośnie do złożonych ofert wstępnych w celu ulepszenia ich treści. Negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW (art. 164 Pzp). Zasady prowadzenia negocjacji określa art. 165 Pzp i art. 166 ust. 1 Pzp. Negocjacje mogą być podzielone na etapy w celu ograniczenia liczby ofert w przypadku określonym w art. 163 ust. 4 Pzp;
10) wykonawcy w toku negocjacji mogą składać dalsze oferty;
11) zamawiający prowadzi z wykonawcami negocjacje odnośnie do ofert składanych w toku negocjacji w celu ulepszenia ich treści;
12) jeżeli zamawiający chce zakończyć negocjacje, informuje o tym równocześnie wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców

oraz wyznacza termin składania ofert ostatecznych (art. 167 ust. 1 Pzp);

13) po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, stanow-iącą doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji (art. 167 ust. 1 Pzp). SWZ jest udostępniana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych. Obligatoryjną treść SWZ określa art. 167 ust. 3 Pzp. SWZ podlega wyjaśnieniom i zmianom, na zasadach określonych w art. 167 ust. 4 Pzp;
14) zamawiający zaprasza wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców do składania ofert ostatecznych. Obowiązkową treść zaproszenia określa art. 168 ust. 2 Pzp;
15) wykonawcy zaproszeni do składania ofert ostatecznych składają swoje oferty ostateczne;
16) zamawiający dokonuje badania i oceny ofert ostatecznych. Oferty ostateczne nie podlegają negocjacjom;
17) zamawiający udziela zamówienia. Postępowanie może zakończyć się także unieważnieniem postępowania, jeżeli zachodzą przesłanki określone w Pzp.

Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem nieznacznie **różni się od wskazanego wyżej**, w przypadkach określonych w przepisach:

1) art. 152 ust. 2 Pzp, gdy zamawiający udziela zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji,
2) art. 153 pkt 5 Pzp, gdy postępowanie prowadzone jest na podstawie przesłanki wskazanej w tym przepisie.

Art. 153.

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

1) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego;

2) roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne;

3) zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami;

4) jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d, lub referencji technicznej;

5) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3.

1. Przesłanki stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Art 153 Pzp zawiera przesłanki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Wyliczenie to ma charakter zamknięty. W ślad za dyrektywą klasyczną

Pzp ustanawia identyczne przesłanki dla trybu negocjacji z ogłoszeniem, jak i dla trybu dialogu konkurencyjnego. Przypomnieć warto, że zgodnie z treścią art. 129 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem tylko w przypadkach określonych w Pzp. Zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem ma charakter fakultatywny, pod warunkiem jednak, że ziszczą się okoliczności wymienione w art. 153 Pzp. *A contrario*, wystąpienie którejkolwiek z przesłanek nie implikuje po stronie zamawiającego obowiązku wszczęcia postępowania w tym trybie, a jedynie daje taką możliwość. Należy wyraźnie podkreślić, że przesłanki mają charakter rozłączny, co oznacza, że wystarczy spełnienie choćby jednej z nich, aby zamawiający mógł zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem.

2. Brak dostępnych rozwiązań. Zgodnie z art. 153 pkt 1 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego.

Przesłanka z art. 153 pkt 1 Pzp dotyczy sytuacji, w której potrzeby zamawiającego są na tyle nietypowe i niestandardowe, że nie mogą być zaspokojone przez nabycie rozwiązania dostępnego już na rynku, bez dostosowania tego rozwiązania do indywidualnych wymagań zamawiającego.

3. Rozwiązania projektowe lub innowacyjne. Zgodnie z treścią art. 153 pkt 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne.

Warunkiem zastosowania analizowanego przepisu jest to, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi **obejmowały rozwiązania projektowe lub innowacyjne**. Wskazać należy, że Pzp wprowadziła i zdefiniowała pojęcie

„innowacyjności", co jest przydatne dla badania zaistnienia przesłanek stosowania analizowanego przepisu art. 153 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią art. 7 pkt 6 Pzp przez innowację należy rozumieć wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych.
Jak podkreśla ustawodawca unijny w motywie 42 i 43 dyrektywy klasycznej, państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. Jeżeli chodzi o zamówienia na roboty budowlane, sytuacje takie obejmują roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub przypadki, w których roboty budowlane obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne. Jeżeli chodzi o usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych, wartościowym rozwiązaniem może być wykorzystanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego. Takie prace dostosowawcze lub projektowe są konieczne szczególnie

w przypadku złożonych zakupów, takich jak wysokiej klasy produkty, usługi intelektualne, np. pewne usługi doradcze, usługi architektoniczne lub usługi z zakresu inżynierii bądź duże projekty z zakresu technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT). W takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, by zagwarantować, że dana dostawa lub usługa odpowiada potrzebom zamawiającego.

Zgodnie z intencją ustawodawcy krajowego i unijnego negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny nie są właściwymi czy zalecanymi procedurami w odniesieniu do gotowych bądź powszechnie dostępnych czy zdefiniowanych dostaw, usług lub robót budowlanych, które mogą być zrealizowane przez wielu różnych wykonawców działających na rynku.

4. Konieczność negocjacji. Zgodnie z art. 153 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami. Warunkiem koniecznym skorzystania z tej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest konieczność przeprowadzenia negocjacji, zanim udzielone zostanie zamówienie. Decyzję w tym zakresie podejmuje zamawiający, biorąc pod uwagę:

1) szczególne okoliczności dotyczące charakteru tego zamówienia,
2) stopień złożoności zamówienia, lub
3) uwarunkowania prawne, lub
4) uwarunkowania finansowe, lub
5) ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami.

5. Niemożność opisania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 153 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp, lub referencji technicznej.

Przepis ma zastosowanie do:

1) robót budowlanych,
2) dostaw,
3) usług.

Biorąc pod uwagę treść przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie komentowanej przesłanki, jeżeli nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej:

1) normy,
2) europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp,
3) wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp,
4) referencji technicznej.

Przez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez uznaną instytucję normalizacyjną (międzynarodową, europejską lub krajową) w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe. W przepisie mowa jest zarówno o Polskich Normach przenoszących normy europejskie, jak i normach innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących

normy europejskie, w zakresie określonym w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp (zob. art. 101 Pzp).

W zakresie europejskiej oceny technicznej i wspólnej specyfikacji technicznej wyjaśnić należy, iż zasady i sposób sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określa oddział 4 w Dziale II Pzp. W art. 101 Pzp wskazano kilka sposobów przy pomocy których opisuje się przedmiot zamówienia. Art. 101 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp wskazuje jeden z takich sposobów, w którym przedmiot zamówienia opisuje się przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 Pzp, oraz do europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia 305/2011 ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych. Biorąc pod uwagę powyższe, przez europejską ocenę techniczną należy rozumieć udokumentowaną ocenę właściwości użytkowych wyrobu budowlanego w odniesieniu do jego zasadniczych charakterystyk zgodnie z odnośnym europejskim dokumentem oceny. Natomiast drugi ze sposobów opisu przedmiotu zamówienia, określony w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp, stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 Pzp, oraz do wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej. Biorąc pod uwagę powyższe, przez wspólną specyfikację techniczną należy rozumieć specyfikację techniczną dotyczącą technologii informacyjno-komunikacyjnej (ICT), spełniającą wymagania określone w załączniku II do cyt. powyżej

rozporządzenia i zidentyfikowaną przez Komisję Europejską. Wspólne specyfikacje techniczne nie są normami krajowymi, europejskimi ani międzynarodowymi.

Poprzez referencje techniczne w rozumieniu tego przepisu należy zaś rozumieć inne nieobowiązkowe specyfikacje techniczne, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. f Pzp i inne systemy referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. g Pzp.

6. Unieważnienie poprzednio prowadzonego postępowania. Zgodnie z art. 153 pkt 5 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Przesłanki zastosowania omawianego przepisu są następujące:

1) zamawiający prowadził już postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia,
2) postępowanie to prowadzone było w trybie: przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego,
3) w uprzednio prowadzonym postępowaniu doszło do następujących zdarzeń:
   a. wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp, lub
   b. wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub
   c. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3.

Przesłanki wskazane w punkcie 1 i 2 muszą zaistnieć w każdym przypadku. Dodatkowo musi być spełniona jedna z przesłanek wskazanych w punkcie 3.

Element przesłanki obejmujący odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczy przypadku, gdy wszystkie wnioski zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) został złożony po terminie;
2) został złożony przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń;
3) jest niezgodny z przepisami ustawy;
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego.

Druga możliwość dotyczy odrzucenia wszystkich ofert w uprzednio prowadzonym postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, który stanowi, że 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, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, 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 omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym zawiadamia wykonawcę, którego oferta została poprawiona, wyznaczając mu termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia);
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 utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp (tj. zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza);
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 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.

Trzecia sytuacja dotyczy unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Nadmienić warto, że w zakresie tej przesłanki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem nastąpiła zmiana względem poprzedniego stanu prawnego z Pzp2004 (zob. art. 55 ust. 1 pkt 1 Pzp2004). Nastąpiło rozszerzenie możliwości zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia. Przepis art. 153 pkt 5 Pzp dotyczy wszystkich przypadków odrzucenia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w prowadzonym uprzednio przetargu nieograniczonym lub ograniczonym. Zrezygnowano z wymogu, by pierwotne warunki zamówienia z prowadzonego uprzednio postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego nie zostały w istotny sposób zmienione.

Art. 154.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 153 pkt 5, zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli

zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18.

2. Oferty wykonawców, o których mowa w ust. 1, uznaje się za oferty wstępne podlegające negocjacjom.

3. Zamawiający jednocześnie kieruje do wykonawców, o których mowa w ust. 1, zaproszenie do negocjacji ofert wstępnych, wskazując miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji oraz adres strony internetowej, na której udostępniony został opis potrzeb i wymagań.

1. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Zasadą jest, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający publikuje w DUUE ogłoszenie o zamówieniu.

2. Możliwość odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Wyjątek od obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem przewiduje art. 154 ust. 1 Pzp, który dotyczy sytuacji określonej w art. 153 pkt 5 Pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp (szerzej zob. art. 153 pkt 5 Pzp z komentarzem).

W omawianym przypadku zamiast opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w DUUE zamawiający wystosuje zaproszenie do negocjacji do podmiotów wskazanych w art. 154 ust. 1 Pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zaprosi do negocjacji **wyłącznie wszystkich wykonawców** (tzn. nie może zaprosić do negocjacji innych podmiotów – zamiast lub obok tych wykonawców), którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem,
2) w poprzednim postępowaniu, prowadzonym w trybie **przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego**, oferty złożone przez tych wykonawców **nie zostały odrzucone na podstawie:**
   a. art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp (oferta złożona po terminie składania ofert),
   b. art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp (oferta złożona przez wykonawcę:
      – podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
      – niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
      – który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń),

c. art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp (oferta 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),
d. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp (oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk),
e. art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp (oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert),
f. art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp (wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą),
g. art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp (wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą),
h. art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp (tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza),
i. art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp – oferta 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.

3. Oferty wstępne podlegające negocjacjom. Oferty wykonawców zaproszonych przez zamawiającego do negocjacji w trybie art. 154 ust. 1 Pzp uznawane są za oferty wstępne podlegające negocjacjom. W związku

z tym zamawiający zobowiązany jest do skierowania do tych wykonawców zaproszenia do negocjacji ofert. Zaproszenie to musi być skierowane do wykonawców jednocześnie. W treści zawiadomienia do negocjacji ofert, zgodnie z wymogiem art. 154 ust. 3 Pzp, muszą być zawarte następujące informacje:

1) miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji,
2) adres strony internetowej, na której udostępniony został OPW.

Art. 155.

1. W celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań.

2. Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do opisu potrzeb i wymagań od dnia:

1) publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
2) przekazania zaproszenia do negocjacji, w okolicznościach, o których mowa w art. 154 ust. 1

– nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

3. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się odpowiednio.

1. Opis potrzeb i wymagań. OPW jest dokumentem zamówienia, o którym mowa w art. 7 pkt 3 Pzp, sporządzanym przez zamawiającego na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Celem jego sporządzenia jest opisanie potrzeb zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 155 ust. 1 Pzp OPW służy ustaleniu przez wykonawców:

1) charakteru i zakresu zamówienia (co ma na celu wskazanie, co będzie przedmiotem zamówienia i jakie przedmiot zamówienia będzie miał cechy, w szczególności służy opisaniu potrzeb zamawiającego i wskazaniu cech charakterystycznych przedmiotu zamówienia oraz minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, które nie będą podlegały negocjacjom i które muszą spełnić wszystkie oferty) oraz
2) wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.

Opis potrzeb i wymagań zamawiającego powinien umożliwiać przygotowanie się wykonawców do udziału w postępowaniu. Informacje zamieszczone w OPW są niezbędne w celu uzyskania najlepszych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Udostępnienie przez zamawiającego OPW. OPW jest udostępniany przez zamawiającego **na stronie internetowej prowadzonego postępowania**. Dostęp ten musi być:

1) pełny,
2) bezpłatny,
3) bezpośredni,
4) nieograniczony.

Bezpłatny dostęp do OPW oznacza, że uzyskanie go jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za pobranie OPW ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.

Pełny dostęp do OPW oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres OPW, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane

w ogłoszeniu o zamówieniu. Pełny dostęp do OPW dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści OPW.

Bezpośredni dostęp do OPW oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do OPW, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca, w celu dostępu do OPW, nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia, w tym do OPW.

Nieograniczony dostęp do OPW oznacza, że każdy może mieć do niego dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Dostęp do OPW musi być zapewniony przez zamawiającego w określonym przez art. 155 ust. 2 Pzp okresie, mianowicie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, tj. w świetle art. 7 pkt. 25 Pzp – do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jeśli postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 153 pkt 5 Pzp, gdy zgodnie z art. 154 ust. 1 Pzp zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, dostęp do OPW musi być zapewniony przez zamawiającego od dnia przekazania zaproszenia do negocjacji, o którym mowa w art. 154 ust. 1 Pzp, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, tj. do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim wypadku zamawiający zobowiązany jest do wskazania adresu strony internetowej, na której udostępniony został OPW (zob. art. 154 ust. 3 Pzp).

3. Brak możliwości udostępnienia OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Do udostępnienia przez zamawiającego OPW stosuje się odpowiednio art. 133 ust. 2 i 3 Pzp. Dotyczy to sytuacji,

gdy zamawiający nie może udostępnić OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu:

1) **zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp**, tj. gdy:
   a. z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji,
   b. aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego,
   c. użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego,
   d. zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
   e. jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej,
   f. jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego,

g. zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

W przypadku gdy zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z wskazanych wyżej sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp, zamawiający **przekazuje ją w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu;**

2) ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych.

Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Art. 156.

1. Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) tryb udzielenia zamówienia;
4) określenie przedmiotu zamówienia;
5) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;
6) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną;
7) minimalne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty;
8) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
9) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
10) informację o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych;
11) informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;
12) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69;
13) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;

14) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
15) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
16) sposób informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
17) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez przeprowadzenia negocjacji;
18) informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział;
19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

2. Opis potrzeb i wymagań zawiera również informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18.

3. Informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań formułuje się w sposób wystarczająco precyzyjny, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 154 ust. 1, opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1–3, 5–13, 18 i 19 oraz w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18.

1. Treść opisu potrzeb i wymagań. Obligatoryjne elementy treści OPW określa art. 156 ust. 1 i ust. 2 Pzp. OPW w każdym przypadku musi zawierać następujące treści wymagane przepisem art. 156 ust. 1 Pzp:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) tryb udzielenia zamówienia;
4) określenie przedmiotu zamówienia;
5) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;
6) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną (zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przedmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia);
7) minimalne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty;
8) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
9) obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w 108 Pzp, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
10) informację o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych

podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 7 pkt 17 Pzp podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego);

11) informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;

12) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (przesłanki odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (sytuacje, w których zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (tj. możliwość wymagania przez zamawiającego w postępowaniach na roboty budowlane lub konkursy sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne);

13) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;

14) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

15) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
16) sposób informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
17) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez przeprowadzenia negocjacji (art. 152 ust. 2 Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, o ile wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość);
18) informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział;
19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (środki ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem przysługują wykonawcy na zasadach ogólnych, określonych w dziale IX Pzp; środkami ochrony prawnej są: odwołanie i skarga do sądu).

Ponadto zgodnie z art. 156 ust. 2 Pzp, **OPW zawiera także** informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18 Pzp, czyli:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust.1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje (art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp);
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (art. 134 ust. 2 pkt 2 Pzp);
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady,

mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części (art. 134 ust. 2 pkt 3 Pzp);

4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium (art. 134 ust. 2 pkt 4 Pzp);
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia (art. 134 ust. 2 pkt 5 Pzp);
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie (art. 134 ust. 2 pkt 6 Pzp);
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej (art. 134 ust. 2 pkt 7 Pzp);
8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych) i w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji), jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (art. 134 ust. 2 pkt 8 Pzp);

9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów (art. 134 ust. 2 pkt 9 Pzp);
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych (art. 134 ust. 2 pkt 10 Pzp);
11) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp (tj. obligatoryjne informacje w przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej, które wskazywane są w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia), jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną (art. 134 ust. 2 pkt 12 Pzp);
12) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot (art. 134 ust. 2 pkt 13 Pzp);
13) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp (tj. zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób

określony w art. 22 § 1 Kp), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (art. 134 ust. 2 pkt 14 Pzp);

14) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp (tj. wymagania w zakresie zatrudnienia: bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych, osób niepełnosprawnych, innych osób, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (art. 134 ust. 2 pkt 15 Pzp);

15) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp (tj. wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (art. 134 ust. 2 pkt 16 Pzp);

16) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp i art. 121 Pzp (chodzi o zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane i usługi; prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy) (art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp);

17) wymóg lub możliwość złożenia oferty w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp, tj. jeżeli komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji

elektronicznej, zamawiający może: wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów (art. 134 ust. 2 pkt 18 Pzp).

2. Obligatoryjna treść OPW w przypadku, o którym mowa w art. 154 ust. 1 Pzp. Wymogi w zakresie treści OPW w przypadku, o którym mowa w art. 154 ust 1 Pzp (tj. w sytuacji, w której postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 153 pkt 5 Pzp, kiedy zgodnie z art. 154 ust. 1 Pzp zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu), określa art. 156 ust. 4 Pzp, wskazując, że OPW musi zawierać co najmniej informacje, o których mowa we wskazanych niżej przepisach (obowiązkowa treść OPW):

1) art. 156 ust. 1 pkt 1 Pzp (tj. nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania);
2) art. 156 ust. 1 pkt 2 Pzp (adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia);
3) art. 156 ust. 1 pkt 3 Pzp (tryb udzielenia zamówienia);
4) art. 156 ust. 1 pkt 5 Pzp (opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia);
5) art. 156 ust. 1 pkt 6 Pzp (informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną – zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przedmiotowe środki

dowodowe to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia);

6) art. 156 ust. 1 pkt 7 Pzp (minimalne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty);
7) art. 156 ust. 1 pkt 8 Pzp (opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert);
8) art. 156 ust. 1 pkt 9 Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia);
9) art. 156 ust.1 pkt 10 Pzp (informację o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych);
10) art. 156 ust.1 pkt 11 Pzp (informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej);
11) art. 156 ust.1 pkt 12 Pzp (informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (przesłanki odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (sytuacje, w których zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń lub formatów

plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (tj. możliwość wymagania przez zamawiającego w postępowaniach na roboty budowlane lub konkursy sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne);

12) art. 156 ust. 1 pkt 13 Pzp (wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami);
13) art. 156 ust. 1 pkt 18 Pzp (informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział);
14) art. 156 ust. 1 pkt 19 Pzp (pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy – środki ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem przysługują wykonawcy na zasadach ogólnych, określonych w dziale IX Pzp; środkami ochrony prawnej są: odwołanie i skarga do sądu);
15) art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje);
16) art. 134 ust. 2 pkt 2 Pzp (opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych);
17) art. 134 ust. 2 pkt 3 Pzp (liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu

wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części);

18) art. 134 ust. 2 pkt 4 Pzp (wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium);
19) art. 134 ust. 2 pkt 5 Pzp (informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia);
20) art. 134 ust. 2 pkt 6 Pzp (informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie);
21) art. 134 ust. 2 pkt 7 Pzp (maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej);
22) art. 134 ust. 2 pkt 8 Pzp (informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych) i w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji);
23) art. 134 ust. 2 pkt 9 Pzp (informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa

w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów);

24) art. 134 ust. 2 pkt 10 Pzp (informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych);

25) art. 134 ust. 2 pkt 12 Pzp (informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp (tj. obligatoryjne informacje w przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej, które wskazywane są w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia), jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną);

26) art. 134 ust. 2 pkt 13 Pzp (informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot);

27) art. 134 ust. 2 pkt 14 Pzp (wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp – tj. zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania);

28) art. 134 ust. 2 pkt 15 Pzp (wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp – tj. wymagania w zakresie zatrudnienia: bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób

usamodzielnianych, młodocianych, osób niepełnosprawnych, innych osób, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym, osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania);

29) art. 134 ust. 2 pkt 16 Pzp (informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp – tj. wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania);
30) art. 134 ust. 2 pkt 17 Pzp (informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp i art. 121 Pzp – chodzi o zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane i usługi, prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy);
31) art. 134 ust. 2 pkt 18 Pzp (wymóg lub możliwość złożenia oferty w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp – tj. jeżeli komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może: wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego, albo wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo przewidzieć

obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów).

3. Zasady formułowania OPW. Zgodnie z art. 156 ust. 3 Pzp informacje zawarte w OPW muszą być sformułowane w sposób precyzyjny, tak żeby umożliwić wykonawcom:

1) ustalenie charakteru i zakresu zamówienia (co ma na celu wskazanie, co będzie przedmiotem zamówienia i jakie przedmiot zamówienia będzie miał cechy, w szczególności służy opisaniu potrzeb zamawiającego i wskazaniu cech charakterystycznych przedmiotu zamówienia oraz minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, które nie będą podlegały negocjacjom i które muszą spełnić wszystkie oferty) oraz
2) podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Regulacja ta koresponduje z przepisem art. 155 ust. 1 Pzp, który wskazuje, że celem sporządzenia OPW jest ustalenie przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia, a także wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 157.

1. Do wyjaśnień oraz zmian treści opisu potrzeb i wymagań, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136, art. 137 ust. 1–6 oraz art. 143 ust. 2–5.

2. Jeżeli zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, do wyjaśnień oraz zmian treści opisu potrzeb i wymagań niezbędnych do złożenia tych ofert

odpowiednio stosuje się przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3, ust. 6 zdanie pierwsze i ust. 7 oraz art. 143 ust. 4.

1. Wyjaśnienia opisu potrzeb i wymagań. Do wyjaśnień i zmian OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku stosuje się odpowiednio następujące regulacje właściwe dla przetargu nieograniczonego:

1) art. 135 ust. 1 Pzp,
2) art. 135 ust. 6 Pzp,
3) art. 136 Pzp.

Z przywołanych wyżej przepisów wynika, że:

1) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści OPW, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 157 ust. 1 w zw. z art. 135 ust. 1 Pzp); w zakresie zasad ustalania terminów na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści OPW, który zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi i terminu na udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego zastosowanie znajdzie art. 135 Pzp (zob. komentarz do art. 135 Pzp);
2) treść zapytań do OPW wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (tj. jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp oraz jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych), przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, bez ujawniania źródła zapytania (art. 157 ust. 1 w zw. z art. 135 ust. 1 pkt 6 Pzp).

W tym miejscu warto wskazać, że zgodnie z art. 155 ust. 2 Pzp OPW udostępniany jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dlatego również treść zapytań i wyjaśnień udostępniana jest w tym samym miejscu;

3) istnieje możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Następnie zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści OPW oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania. (art. 157 ust. 1 w zw. z art. 136 Pzp).

2. Zmiana opisu potrzeb i wymagań. Do zmiany treści opisu potrzeb i wymagań stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 137 ust. 1 Pzp – zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść OPW;
2) art. 137 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym dokonaną zmianę treści OPW zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
3) art. 137 ust. 3 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zmiana dotyczy części OPW, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, wówczas (zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 Pzp) dokonaną zmianę przekazuje się w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu;
4) art. 137 ust. 4 Pzp – zgodnie z którym w przypadku, gdy zmiana treści OPW prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie, o którym mowa w art. 90

ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. W takim przypadku stosuje się przepisy art. 87 Pzp i art. 88 Pzp, co oznacza, że ogłoszenie to przygotowuje się zgodnie z wzorem standardowego formularza i przekazuje zgodnie z formatem i procedurami przesyłania takich ogłoszeń. Zamawiający zobligowany jest do udokumentowania daty przekazania tego ogłoszenia i przechowywana dowodu jego przekazania. Ponadto zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w innym miejscu, na zasadach określonych w art. 88 ust. 2–4 Pzp;

5) art. 137 ust. 5 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zachodzi sytuacja, w której zmiana treści OPW prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, w wyniku czego publikowane jest ogłoszenie, o którym mowa była powyżej, udostępnienie zmiany treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia. Wyjątkiem jest sytuacja, w której zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia;
6) art. 137 ust. 6 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zmiany treści OPW:
   - są istotne dla sporządzenia oferty lub
   - wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty,

   zamawiający przedłuża termin składania wniosków o czas niezbędny do zapoznania się ze zmianą treści OPW i przygotowanie oferty.

W takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do przekazania ogłoszenia o zmianie o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp;

7) art. 143 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli wyjaśnienia treści OPW są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni, a w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia (art. 144 ust. 2 Pzp) – na 7 dni przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
8) art. 143 ust. 3 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w art. 143 ust. 2 Pzp (zob. wyżej), przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia tych wniosków. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu do składania wniosku o wyjaśnienie treści OPW, o którym mowa w art. 143 ust. 2 Pzp;
9) art. 143 ust. 4 Pzp – zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści OPW po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;

10) art. 143 ust. 5 Pzp – zgodnie z którym, w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

3. Wyjaśnienia i zmiany OPW w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji. Zgodnie z treścią art. 157 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji (przypadek z art. 152 ust. 2 Pzp), do wyjaśnień oraz zmian treści OPW niezbędnych do złożenia tych ofert odpowiednio stosuje się następujące przepisy:

1) art. 135 ust. 1 Pzp – zgodnie z którym wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści OPW, w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2) art. 135 ust. 6 Pzp – zgodnie z którym treść zapytań do OPW wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp, przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, bez ujawniania źródeł zapytania;
3) art. 136 ust. 1 Pzp – zgodnie z którym istnieje możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
4) art. 136 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści OPW oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł

zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania;

5) art. 137 ust.1 Pzp – zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść OPW;
6) art. 137 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym dokonaną zmianę OPW zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
7) art. 137 ust. 3 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zmiana dotyczy części OPW, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 Pzp, dokonaną zmianę OPW zamawiający przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu;
8) art. 137 ust. 4 Pzp – zgodnie z którym w przypadku, gdy zmiana treści OPW prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp (art. 157 ust. 2 Pzp w zw. z art. 137 ust. 4 Pzp). Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. W takim przypadku stosuje się przepisy art. 87 Pzp i art. 88 Pzp, co oznacza, że ogłoszenie to przygotowuje się zgodnie z wzorem standardowego formularza i przekazuje zgodnie z formatem i procedurami przesyłania takich ogłoszeń. Zamawiający zobligowany jest do udokumentowania daty przekazania tego ogłoszenia i przechowywania dowodu przekazania tego ogłoszenia. Ponadto zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Może

dodatkowo udostępnić ogłoszenie w innym miejscu, na zasadach określonych w art. 88 ust. 2–4 Pzp;

9) art. 137 ust. 5 Pzp – zgodnie z którym w sytuacji, o której mowa powyżej, udostępnienie zmiany treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z art. 90 ust. 1 Pzp;
10) art. 137 ust. 6 Pzp – zgodnie z którym w przypadku, gdy zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty. Stosuje się przepisy art. 137 ust. 4 i 5 Pzp;
11) art. 143 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli wyjaśnienia treści OPW są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2 Pzp, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści OPW wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni, a w przypadku, o którym mowa w art. 144 ust. 2 Pzp, na 7 dni przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
12) art. 143 ust. 3 Pzp – zgodnie z którym, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w art. 143 ust. 2 Pzp (zob. wyżej), przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania

i złożenia tych wniosków. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu do składania wniosku o wyjaśnienie treści OPW, o którym mowa w art. 143 ust. 2 Pzp;

13) art. 143 ust. 4 Pzp – zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści OPW po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;

14) art. 143 ust. 5 Pzp – zgodnie z którym w przypadku, gdy wyjaśnienia lub zmiany OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

Art. 158.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2. Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147.

3. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert wstępnych uznaje się za odrzucony.

1. Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art 158 ust. 1 Pzp termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE.

2. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 158 ust. 2 Pzp do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się właściwe dla przetargu ograniczonego regulacje stanowiące w szczególności o podstawach odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mianowicie:

1) art. 145 Pzp,
2) art. 146 ust. 1 Pzp,
3) art. 147 Pzp.

3. Zapoznanie się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie można zapoznać się przed upływem terminu na ich składanie (art. 158 ust. 2 w zw. z art. 145 Pzp).

4. Odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu, gdy zaistnieją okoliczności wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp, tj. jeżeli:

1) został złożony po terminie,
2) został złożony przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,

3) jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego (art. 158 w zw. z art. 146 ust. 1).

Ponadto zgodnie z art. 158 ust. 3 Pzp, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę, który nie został zaproszony przez zamawiającego do składania ofert wstępnych, uznaje się za odrzucony.

5. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny wniosków. Zamawiający podaje uzasadnienie faktyczne i prawne w tym zakresie (art. 158 ust. 2 w zw. z art. 147 Pzp).

Art. 159.

1. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych podlegających negocjacjom, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych.

Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych.

1. Ograniczenie przez zamawiającego liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych. Co do zasady zamawiający zaprasza do składnia ofert wstępnych wszystkich wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu (zob. art. 160 ust. 1 Pzp).

Zamawiający może jednak ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych. Minimalna liczba zapraszanych w takim wypadku wykonawców wynosi 3.

W celu ograniczenia liczby wykonawców, zamawiający wskazuje

1) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz
2) w OPW:
   a. kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych podlegających negocjacjom oraz
   b. podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych.

Przypomnieć warto, że przez kryteria selekcji należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu ograniczenia liczby wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, których zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych lub ofert albo do negocjacji (zob. art. 7 pkt 9 Pzp).

Zamawiający uprawniony jest także do wskazania maksymalnej liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych.

Art. 160.

1. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wstępnych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego, zgodnie z art. 159.

2. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 159, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert wstępnych tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

1. Zaproszenie do składania ofert wstępnych. Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych:

1) wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zostały odrzucone,
2) w przypadku ustalenia kryteriów selekcji – wykonawców, którzy spełniają te kryteria.

Wykonawcy muszą być zaproszeni przez zamawiającego jednocześnie. Rozumieć przez to należy, że zaproszenie musi być wystosowane do wykonawców w tym samym czasie, w praktyce w tym samym dniu. Liczba wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert wstępnych, ustalana jest przez zamawiającego z zachowaniem dyspozycji art. 159 Pzp. Jeżeli liczba wykonawców, którzy podlegają zaproszeniu do składania ofert wstępnych, jest mniejsza od liczby określonej przez zamawiającego, zamawiający może:

1) kontynuować postępowanie i zaprosić do składania ofert wstępnych tych wykonawców

lub

2) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

Powyższa regulacja stanowi odzwierciedlenie art. 65 dyrektywy klasycznej, dotyczącego możliwości ograniczania liczby wykonawców na podstawie tzw. kryteriów selekcji.

Art. 161.

1. Zaproszenie do składania ofert wstępnych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu;

3) adres strony internetowej, na której jest dostępny opis potrzeb i wymagań oraz zmiany i wyjaśnienia jego treści, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

4) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty wstępnej, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert wstępnych;

5) sposób i termin składania ofert wstępnych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert wstępnych.

2. Jeżeli część opisu potrzeb i wymagań nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3,

zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych nieudostępnioną część opisu potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści tej części opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

1. Treść zaproszenia do składania ofert wstępnych. Art. 161 Pzp wprowadza regulację, która wprost określa, jakie elementy zawiera zaproszenie do składania ofert wstępnych.

Przepis wskazuje obowiązkową treść zaproszenia do składania ofert wstępnych. Użycie zwrotu „w szczególności" oznacza, że w każdym prawidłowo skonstruowanym zaproszeniu do składania ofert wstępnych znajdują się informacje wskazane w art. 161 ust. 1 Pzp, natomiast nie ma przeszkód, aby zamawiający, jeśli uzna to za uzasadnione, zawarł w zaproszeniu także inne jego zdaniem istotne informacje.

2. Zaproszenie do składania ofert wstępnych w sytuacji, gdy część OPW nie została udostępniona na stronie internetowej. Zasadą jest, że OPW, który jest dokumentem sporządzanym przez zamawiającego w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia, podlega udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (zob. art. 155 Pzp). Jednakże w niektórych przypadkach część OPW nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania (zob. art. 155 ust. 3 Pzp). W takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do załączenia do zaproszenia do składania ofert wstępnych tej nieudostępnionej części OPW wraz z jego ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści. Zamawiający jest zobowiązany do załączenia również innych dokumentów

zamówienia bezpośrednio związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 161 ust. 2 Pzp).

Art. 162.

1. Termin składania ofert wstępnych nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych.

2. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert wstępnych krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych, w następujących przypadkach:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

3. W sytuacjach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 terminy składania ofert wstępnych, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni.

4. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert wstępnych o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się

w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

1. Termin składania ofert wstępnych – zasada. Przepis art. 162 Pzp określa minimalne terminy składania ofert wstępnych. Termin składania ofert wstępnych wyznacza zamawiający, który musi uwzględnić terminy minimalne wskazywane przez Pzp. Zasadą jest, że termin składania ofert wstępnych **nie może być krótszy niż 30 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych (art. 162 ust. 1 Pzp).

2. Skrócenie terminu składania ofert wstępnych. Zgodnie z art. 162 ust. 2 Pzp zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż wskazany wyżej (tj. 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych), **nie może on być jednak krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych. Możliwość ta dotyczy następujących sytuacji:

1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89 Pzp, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

Możliwość skrócenia terminu składania ofert wstępnych zawiera także art. 162 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wyznaczyć

termin o 5 dni krótszy niż 30 dni na składanie ofert wstępnych, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1 Pzp, tj. kiedy składana jest pod rygorem nieważności w formie elektronicznej. Przepis ten jest nowością względem przepisów Pzp2004.

3. Wydłużenie terminu składania ofert wstępnych. Zgodnie z treścią art. 162 ust. 3 Pzp termin składania ofert wstępnych **ulega wydłużeniu o 5 dni** w następujących przypadkach:

1) określonym w art. 133 ust. 2 Pzp – jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp i przekazuje ją w inny sposób określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu,
2) określonym w art. 133 ust. 3 Pzp – jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w SWZ, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Wydłużenie terminu jest w tych przypadkach obligatoryjne.

Art. 163.

1. Jeżeli zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji i na ich podstawie dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty, do badania i oceny ofert wstępnych odpowiednio stosuje się przepisy art. 218, art. 219, art. 221–225, art. 226 ust. 1 pkt 1–11 i 15–17, art. 227–251 oraz art. 253, z tym że zamawiający odrzuca

ofertę wstępną, która nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

2. Do badania i oceny ofert wstępnych oraz kolejnych ofert podlegających negocjacjom odpowiednio stosuje się przepisy art. 218, art. 219, art. 221, art. 222 ust. 1–3, 5 i 6, art. 223 oraz art. 226 ust. 1 pkt 1–7, 9, 15 i 16, z tym że zamawiający odrzuca ofertę wstępną oraz kolejne oferty podlegające negocjacjom, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

3. Zamawiający jednocześnie zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i numer opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

4. Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

1. Badanie i ocena ofert. Przepis art. 163 ust. 1 i 2 Pzp wskazuje, jak należy dokonać badania i oceny ofert w postępowaniu, dokonując rozróżnienia na sytuację, w której zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji i taką gdy nie przewidział tej możliwości. W konsekwencji tego podziału art. 163 ust. 1 Pzp reguluje badanie i ocenę ofert w sytuacji, w której zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert

wstępnych bez negocjacji, natomiast art. 163 ust. 2 Pzp dotyczy badania i oceny ofert wstępnych i kolejnych podlegających negocjacjom.

2. Badanie i ocena ofert, gdy zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji (art. 163 ust. 1 Pzp). Oferta wstępna jest to oferta złożona przez wykonawcę w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert wstępnych. Zgodnie z treścią art. 152 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, o ile wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość. W takim przypadku zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ofert wstępnych. Zasady badania i oceny ofert w takim przypadku określa art. 163 ust. 1 Pzp, wskazując, że odpowiednie zastosowanie mają następujące przepisy:

1) art. 218 Pzp,
2) art. 219 Pzp,
3) art. 221–225 Pzp,
4) art. 226 ust. 1 pkt 1–11 Pzp,
5) art. 226 ust. 1 pkt 15–17 Pzp,
6) art. 227–251 Pzp,
7) art. 253 Pzp,

z tym że zamawiający odrzuca ofertę wstępną, która nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

Przywołane przepisy wskazują na:

1) **możliwość złożenia tylko jednej oferty wstępnej.** Zgodnie z art. 218 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przepisów określonych w ustawie. W przypadku negocjacji

z ogłoszeniem oznacza to, że **wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę wstępną;**

2) **wymagania dotyczące treści ofert wstępnych.** Zgodnie z art. 218 ust. 2 Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Obowiązkowym elementem zaproszenia do składania ofert wstępnych jest informacja na temat adresu strony internetowej, na której dostępny jest OPW oraz zmiany i wyjaśnienia jego treści, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Oferta wstępna musi być zatem zgodna z OPW i innymi dokumentami zamówienia bezpośrednio związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) **termin składania ofert wstępnych.** W zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje m.in. termin składania ofert wstępnych. Oferta wstępna może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert (zob. art. 219 ust. 1 Pzp). Do upływu terminu składania ofert wstępnych wykonawca może wycofać swoją ofertę wstępną (art. 219 ust. 2 Pzp);
4) **otwarcie ofert wstępnych.** Zgodnie z dyspozycją art. 163 ust. 2 Pzp do otwarcia ofert wstępnych stosuje się odpowiednio przepisy art. 221–222 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie, aby przed upływem terminu otwarcia ofert wstępnych nie można zapoznać się było z ich treścią (art. 221 Pzp). Działania zamawiającego wyglądają w tym przypadku następująco:
   a. termin składania ofert wstępnych i termin otwarcia ofert wstępnych zamawiający wskazuje w zaproszeniu do składania ofert wstępnych (art. 161 ust. 1 pkt 5 Pzp),
   b. otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert wstępnych, nie później niż następnego dnia

po dniu, w którym upłynął termin składania ofert wstępnych (zob. art. 222 ust. 1 Pzp); jeżeli otwarcie ofert następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje niemożność otwarcia ofert wstępnych w terminie ich otwarcia określonym przez zamawiającego, otwarcie ofert wstępnych następuje niezwłocznie po usunięciu awarii (zob. art. 222 ust. 2 Pzp),

c. zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o zmianie terminu otwarcia ofert wstępnych na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 222 ust. 3 Pzp),

d. zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte (art. 222 ust. 5 pkt 1 Pzp); wskazać należy, że w przypadku ofert, które podlegają negocjacjom (tj. także ofert wstępnych), zamawiający udostępnia informacje o cenach lub kosztach zawartych w tych ofertach niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo po unieważnieniu postępowania (art. 222 ust. 6 Pzp);

5) **możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert** oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a także poprawiania omyłek w ofercie (art. 223 Pzp);

6) **badanie przez zamawiającego rażąco niskiej ceny w ofercie** (art. 224 Pzp);

7) **doliczanie przez zamawiającego do ceny oferty kwoty podatku od towarów i usług**, którą miałby obowiązek rozliczyć, jeżeli złożona została oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 225 Pzp);
8) **przesłanki odrzucenia ofert** (art. 226 ust. 1 pkt 1–11, pkt 15–17 Pzp). Zgodnie z przywołanymi przepisami zamawiający odrzuca ofertę wstępną, która:
   a. została złożona po upływie terminu składania ofert (art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp),
   b. została złożona przez wykonawcę:
      – podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
      – niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
      – który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp),
   c. jest niezgodna z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp),
   d. jest nieważna na podstawie innych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp),
   e. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp),
   f. 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 art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp),

g. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp),

h. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp),

i. została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp),

j. zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp),

k. wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp),

l. oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia (art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp),

m. przyjęcie oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób (art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp),

n. obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy o krajowym rejestrze cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe (art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp);

9) **stosowanie aukcji elektronicznej** (art. 227–238 Pzp). Zgodnie z treścią art. 227 ust. 1 Pzp w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji

z ogłoszeniem zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.;

10) **wybór najkorzystniejszej oferty** (art. 239–251 i art. 253 Pzp).

Należy również zwrócić uwagę na końcowe zastrzeżenie w art. 163 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wstępną, która nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

3. Badanie i ocena ofert wstępnych i ofert kolejnych podlegających negocjacjom (art. 163 ust. 2 Pzp). Zasadą w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest, że oferty wstępne i kolejne składane przez wykonawców oferty podlegają negocjacjom. Wyjątkiem jest sytuacja opisana w art. 152 ust. 2 Pzp, w której zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, pod warunkiem że wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość. Kwestię badania i oceny ofert wstępnych i kolejnych ofert podlegających negocjacjom reguluje art. 163 ust. 2 Pzp, wskazując, że w tym przypadku odpowiednie zastosowanie mają następujące przepisy:

1) art. 218 Pzp,
2) art. 219 Pzp,
3) art. 221 Pzp,
4) art. 222 ust. 1–3 Pzp,
5) art. 222 ust. 5 Pzp,

6) art. 222 ust. 6 Pzp,
7) art. 223 Pzp,
8) art. 226 ust. 1 pkt 1–7 Pzp,
9) art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp,
10) art. 226 ust.1 pkt 15 Pzp,
11) art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp,

z tym że zamawiający odrzuca ofertę wstępną, która nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

Przywołane przepisy wskazują na:

1) **możliwość złożenia tylko jednej oferty.** Zgodnie z art. 218 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przepisów określonych w ustawie. W przypadku negocjacji z ogłoszeniem oznacza to, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę wstępną i jedną ofertę ostateczną;
2) **wymagania dotyczące treści oferty wstępnej.** Zgodnie z art. 218 ust. 2 Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Obowiązkowym elementem zaproszenia do składania ofert wstępnych jest informacja na temat adresu strony internetowej, na której dostępny jest OPW oraz zmiany i wyjaśnienia jego treści, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Oferta musi być zatem zgodna z OPW i innymi dokumentami zamówienia bezpośrednio związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) **termin składania ofert.** W zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje m.in. termin składania ofert wstępnych.

Oferta wstępna może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert (zob. art. 219 ust. 1 Pzp). Do upływu terminu składania ofert wstępnych wykonawca może wycofać swoją ofertę wstępną (art. 219 ust. 2 Pzp);

4) **otwarcie ofert.** Zgodnie z dyspozycją art. 163 ust. 2 Pzp do otwarcia ofert wstępnych stosuje się odpowiednio przepisy art. 221 Pzp, art. 222 ust. 1–3, 5 i 6 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie, aby przed upływem terminu otwarcia ofert wstępnych nie można zapoznać się było z ich treścią (art. 221 Pzp). Czynności zamawiającego wyglądają w tym przypadku następująco:
   a. termin składania ofert wstępnych i termin otwarcia ofert wstępnych zamawiający wskazuje w zaproszeniu do składania ofert wstępnych (art. 161 ust. 1 pkt 5 Pzp),
   b. otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert wstępnych, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert wstępnych (zob. art. 222 ust. 1 Pzp); jeżeli otwarcie ofert następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje niemożność otwarcia ofert wstępnych w terminie ich otwarcia określonym przez zamawiającego, otwarcie ofert wstępnych następuje niezwłocznie po usunięciu awarii (zob. art. 222 ust. 2 Pzp),
   c. zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o zmianie terminu otwarcia ofert wstępnych na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 222 ust. 3 Pzp),
   d. zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach

prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte (art. 222 ust. 5 pkt 1 Pzp); wskazać należy, że w przypadku ofert, które podlegają negocjacjom (tj. także ofert wstępnych), zamawiający udostępnia informacje o cenach lub kosztach zawartych w tych ofertach niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo po unieważnieniu postępowania (art. 222 ust. 6 Pzp);

5) **możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert** oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a także poprawiania omyłek w ofercie (art. 223 Pzp);
6) **przesłanki odrzucenia ofert** (art. 226 ust. 1 pkt 1–7, 9, 15, 16). Zgodnie z przywołanymi przepisami zamawiający odrzuca ofertę wstępną, która:
   a. została złożona po upływie terminu składania ofert (art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp),
   b. została złożona przez wykonawcę:
      – podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
      – niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
      – który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp);
   c. jest niezgodna z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp),
   d. jest nieważna na podstawie innych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp),

e. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp),
f. 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 (art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp),
g. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp),
h. została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp),
i. oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia (art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp),
j. przyjęcie oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób (art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp).

Należy również zwrócić uwagę na końcowe zastrzeżenie w art. 163 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wstępną oraz kolejne oferty podlegające negocjacjom, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych przez zamawiającego.

4. Zaproszenie do negocjacji. Zgodnie z art. 163 ust. 3 Pzp zamawiający jednocześnie zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i numer opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w pierwszej kolejności bada oferty wstępne pod kątem tego, czy nie podlegają one odrzuceniu. Przesłanki odrzucenia oferty wstępnej (w przypadku

prowadzenia ich negocjacji) określa art. 163 ust. 2 Pzp. Następnie zamawiający zaprasza wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, do negocjacji. Zaproszenie ma odbyć się jednocześnie, co oznacza, że zaproszenie powinno być wystosowane do wszystkich wykonawców w tym samym czasie. W zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskazuje termin opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i jego numer.

5. Podział negocjacji na etapy. Art. 163 ust. 4 Pzp daje zamawiającemu prawo podzielenia negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Warunkiem jest, aby zamawiający taką możliwość przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW. Zgodnie z art. 156 ust. 1 pkt 18 Pzp OPW zawiera informację o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział. Podział negocjacji na etapy jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. W takim przypadku zamawiający stosuje kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW.

Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców. Z przepisem tym wiąże się regulacja art. 258 ust. 1, 2 i 3 Pzp, dotycząca przesłanek unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 258 ust. 1 Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert albo ofert wstępnych. Natomiast zgodnie z treścią art. 258 ust. 2 Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie

o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba niepodlegających odrzuceniu ofert wstępnych lub ofert, które podlegają negocjacjom, jest mniejsza niż minimalna liczba określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak stanowi art. 258 ust. 3 Pzp, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba ofert niepodlegających odrzuceniu, które podlegają negocjacjom na ostatnim etapie, jest mniejsza niż 2.

Pzp nie reguluje, na ile etapów mogą być podzielone negocjacje. Kwestia ta pozostaje w gestii zamawiającego i zależy od przebiegu negocjacji. Wskazać także należy, że zamawiający nie musi wskazywać liczby etapów negocjacji na początkowym etapie postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu ani w OPW.

Wydaje się zatem, że liczba etapów negocjacji będzie zależała od przebiegu postępowania. Istotne jest jednak, by została zachowana zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym kontekście należy pamiętać także, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się pisemnie. W związku z czym zamawiający powinien należycie udokumentować przebieg i etapy negocjacji z każdym wykonawcą w nim uczestniczącym.

Podział negocjacji na etapy ma na celu stopniowe ograniczanie liczby ofert, które są przedmiotem negocjacji. W tym celu zamawiający stosuje kryteria oceny ofert określone uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań. Zamawiający zobowiązany jest wskazać w OPW opis kryteriów, którymi będzie się kierował, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie było możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego i na tej podstawie ogranicza

liczbę rozwiązań. Art. 163 ust. 4 Pzp wskazuje również, że liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewnić konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

Art. 164.

Negocjacje ofert 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.

1. Negocjacje ofert. Przepis dotyczy ofert wstępnych i ofert składanych w trakcie negocjacji. Negocjacje prowadzone są w celu ulepszenia treści ofert wstępnych i ofert składanych na etapie negocjacji (zob. art. 152 ust. 1 Pzp). Negocjacje nie mogą prowadzić do:

1) zmiany minimalnych wymagań oraz
2) kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW.

Przepis koresponduje z motywem art. 45 dyrektywy klasycznej, który wskazuje na specyfikę trybu negocjacji z ogłoszeniem, w tym wskazuje na możliwy zakres negocjacji oraz wyjaśnia rozumienie minimalnych wymagań niepodlegających negocjacjom. Jak wskazano w uzasadnieniu do omawianego przepisu, w trybach negocjacyjnych powinny być zapewnione odpowiednie zabezpieczenia gwarantujące przestrzeganie zasad równego traktowania i przejrzystości. W szczególności zamawiający powinni uprzednio wskazać minimalne wymagania opisujące charakter zamówienia, które nie powinny być zmieniane podczas negocjacji. Kryteria udzielenia zamówienia i ich waga powinny być stałe przez cały czas trwania postępowania i nie powinny podlegać negocjacjom, w celu zagwarantowania równego traktowania wszystkich wykonawców. Negocjacje

powinny służyć poprawie ofert, by umożliwić zamawiającym zakup robót budowlanych, dostaw i usług idealnie dostosowanych do ich konkretnych potrzeb. Negocjacje mogą dotyczyć wszystkich cech zamawianych robót budowlanych, dostaw i usług, w tym na przykład jakości, ilości, klauzul handlowych oraz aspektów społecznych, środowiskowych i innowacyjnych, o ile nie stanowią one wymagań minimalnych. Należy wyjaśnić, że minimalnymi wymaganiami, ustanawianymi przez zamawiającego, są te warunki i cechy (zwłaszcza cechy fizyczne, funkcjonalne i prawne), które powinna spełniać lub posiadać każda oferta, by umożliwić zamawiającemu udzielenie zamówienia zgodnie z wybranymi kryteriami udzielenia zamówienia. Aby zapewnić przejrzystość i możliwość śledzenia procesu, wszystkie jego etapy powinny być należycie udokumentowane.

Art. 165.

1. Podczas negocjacji ofert zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców.

2. Zamawiający nie udziela informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

3. Zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców o wynikach kwalifikacji ofert do kolejnego etapu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów, o wszelkich zmianach mających wpływ na treść ofert składanych na etapie negocjacji lub ofert, w szczególności o zmianach związanych z opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiących przedmiot zamówienia, warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego,

tak aby wykonawcy mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert składanych na etapie negocjacji lub ofert.

1. Negocjacje ofert. Przepis ma zastosowanie zarówno do ofert wstępnych, jak i ofert składanych w trakcie negocjacji. Stanowi doprecyzowanie przepisów dotyczących etapu negocjacji ofert. Wskazuje zasady prowadzenia negocjacji ofert, mianowicie:

1) nakaz równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w negocjacjach,
2) zakaz udzielania informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

Zasady te korespondują z art. 16 Pzp, który określa naczelne zasady przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

2. Informacja o wynikach kwalifikacji ofert. Zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców o wynikach kwalifikacji ofert do kolejnego etapu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Ma to na celu zapewnienie przestrzegania zasad równego traktowania i przejrzystości. Zapoznanie się z treścią informacji pozwala na zapoznanie się z argumentacją zamawiającego, a także weryfikację prawidłowości tej czynności zamawiającego.

3. Informacja o zmianach mających wpływ na treść oferty. Zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów, o wszelkich zmianach

mających wpływ na treść ofert składanych na etapie negocjacji lub ofert, w szczególności o zmianach związanych z:

1) opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia,
2) warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ma obowiązek poinformować o tych zmianach wszystkich wykonawców równocześnie, tak aby mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert składanych na etapie negocjacji lub ofert.

Art. 166.

1. Treść oferty wstępnej, ofert składanych w trakcie negocjacji oraz prowadzone negocjacje mają charakter poufny.

2. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem.

3. Zamawiający udostępnia oferty, o których mowa w ust. 1, wraz z załącznikami, od dnia otwarcia ofert ostatecznych, a jeżeli udziela zamówienia na podstawie ofert wstępnych – od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

1. Poufność ofert i negocjacji – uwagi ogólne. Zgodnie z treścią art. 166 ust. 1 Pzp poufny charakter mają:

1) treść oferty wstępnej,
2) treść ofert składanych w trakcie negocjacji,
3) prowadzone negocjacje.

Przepis stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 18 ust. 1 Pzp. Koresponduje z treścią art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w wypadkach określonych w ustawie. Przez poufność należy rozumieć nieujawnianie i nieprzekazywanie treści wskazanych w analizowanym przepisie innym podmiotom. Wiedzę o ich treści może mieć tylko zamawiający i wykonawca, który odpowiednio – złożył ofertę lub prowadzi negocjacje z zamawiającym.
Ujawnienie informacji przekazywanych w toku negocjacji czy zawartych w treści oferty wstępnej lub ofert składanych w toku negocjacji może wyrządzić szkodę, dlatego Pzp przewiduje, że są one objęte poufnością.
2. Poufność oferty. Treść oferty wstępnej i treść ofert składanych w toku negocjacji jest poufna do momentu określonego w art. 166 ust. 3 Pzp, który określa, kiedy następuje udostępnienie ofert przez zamawiającego. Co do zasady oferty wstępne i oferty składane w trakcie negocjacji są udostępniane przez zamawiającego od dnia otwarcia ofert ostatecznych. Jeżeli zachodzi sytuacja, o której mowa w art. 152 ust. 2 Pzp, tj. gdy zamawiający zastrzegł, że udzieli zamówienia na podstawie ofert wstępnych, oferty te udostępnia się od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferty udostępniane są wraz z załącznikami.
3. Poufność negocjacji. Zamawiający prowadzi negocjacje z każdym wykonawcą z osobna. Zgodnie z treścią art. 166 ust. 1 Pzp prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że poufny nie jest fakt prowadzenia negocjacji z danym podmiotem w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale treść tych negocjacji, w tym wszelkie informacje pozyskiwane przez strony w toku negocjacji. Zasadą zatem

jest, że żadna ze stron biorących udział w negocjacjach, tj. zarówno zamawiający, jak i wykonawca, nie może ujawnić informacji pozyskanych w toku negocjacji.

Art. 166 ust. 2 Pzp przewiduje możliwość uchylenia obowiązku tajemnicy negocjacji na mocy zgody stron. Treścią tego przepisu objęte są informacje techniczne i handlowe związane z negocjacjami. Jeżeli któraś ze stron negocjacji chciałaby ujawnić jakieś informacje, musi wystąpić o zgodę drugiej strony na ich ujawnienie. Zgoda musi być udzielona przed ujawnieniem informacji i dotyczyć konkretnie wskazanych informacji. Z powyższego wynika, że treść zgody musi dokładnie określać, jakich informacji dotyczy. Zgoda, która nie wskazuje konkretnych informacji, których dotyczy, będzie bezskuteczna.

Art. 167.

1. W przypadku gdy zamawiający zamierza zakończyć negocjacje, informuje o tym równocześnie wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wyznacza termin na złożenie ofert ostatecznych.

2. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

3. SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 i ust. 2 pkt 1–10 i 12–18.

4. Do wyjaśnień i zmiany treści SWZ przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

1. Zakończenie negocjacji. Gdy zamawiający zamierza zakończyć etap negocjacji, zobowiązany jest do poinformowania o tym wykonawców, którzy pozostali

w postępowaniu. Wraz z informacją o zakończeniu negocjacji zamawiający wyznacza tym wykonawcom termin na złożenie ofert ostatecznych. Wykonawców należy powiadomić równocześnie, co oznacza, że informacja o zakończeniu negocjacji wraz z terminem na złożenie ofert ostatecznych powinna być do nich wysłana w tym samym czasie.

Wskazać warto, że w celu uelastycznienia trybu negocjacji z ogłoszeniem w Pzp zrezygnowano z wyznaczania minimalnego terminu składania ofert ostatecznych. Jest to zgodne z przepisami dyrektywy klasycznej, które nie wskazują w tym zakresie terminów minimalnych, a jedynie wytyczne do ich wyznaczania (art. 47 dyrektywy klasycznej). Główną zasadą przewidzianą w art. 47 dyrektywy klasycznej jest nakaz uwzględniania przez instytucje zamawiające podczas wyznaczania terminów składania ofert złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na sporządzenie ofert, bez uszczerbku dla terminów minimalnych. Wskazany przepis dyrektywy określa sposób wyznaczania terminu składania ofert, w sytuacji gdy oferty mogą zostać złożone po odbyciu wizyty na miejscu albo sprawdzenia na miejscu dokumentów. Określa także, kiedy termin składania ofert należy przedłużyć.

2. Specyfikacja warunków zamówienia. SWZ to dokument zamówienia, sporządzony przez zamawiającego, służący do określenia lub opisania warunków zamówienia (zob. art. 7 pkt 3 Pzp). Zgodnie z art. 167 ust. 2 Pzp SWZ w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

Obowiązkową treść SWZ określa art. 167 ust. 3 Pzp, wskazując, że SWZ zawiera informacje, o których mowa w:

1) art. 134 ust. 1 Pzp,
2) art. 134 ust. 2 pkt 1–10 Pzp,
3) art. 134 ust. 2 pkt 12–18 Pzp.

Z powyższego wynika, że SWZ musi obowiązkowo zawierać następujące elementy:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) tryb udzielenia zamówienia;
4) opis przedmiotu zamówienia;
5) informację o przedmiotowych środkach dowodowych;
6) termin wykonania zamówienia;
7) obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp;
8) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych;
10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;
11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (przesłanki odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (sytuacje, w których zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (tj. możliwość wymagania

przez zamawiającego w postępowaniach na roboty budowlane lub konkursy sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne);

12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;
13) termin związania ofertą;
14) opis sposobu przygotowywania oferty;
15) sposób oraz termin składania ofert;
16) termin otwarcia ofert;
17) sposób obliczenia ceny;
18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego;
21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy;
22) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje;
23) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
24) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady,

mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;

25) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium;
26) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia;
27) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;
28) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
29) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych) i w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji), jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;
30) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych

do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;

31) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;

32) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami niezbędnymi do jej przeprowadzenia, o których mowa w art. 230 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;

33) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;

34) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp (tj. zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;

35) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, (tj. wymagania w zakresie zatrudnienia: bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych, osób niepełnosprawnych, innych osób, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;

36) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp (tj. wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
37) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp – chodzi o zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane i usługi; prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy;
38) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp (tj. jeżeli komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może: wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów).

3. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Do wyjaśnień i zmiany treści SWZ stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 135 Pzp,

2) art. 136 Pzp,
3) art. 137 ust. 1–3 Pzp,
4) art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp,
5) art. 143 ust. 4 Pzp.

Oznacza to, że:

1) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (zob. art. 135 ust. 1 Pzp). Zasady ustalania terminów na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, zostały uregulowane w art. 135 Pzp (patrz komentarz do art. 135 Pzp),
2) zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w terminie określonym w art. 135 ust. 2 Pzp (tj. co do zasady niezwłocznie, nie później niż w terminach wskazanych w tym przepisie). Zasady ustalania terminów na udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego zostały uregulowane w art. 135 Pzp (zob. komentarz do art. 135 Pzp),
3) konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w terminie określa art. 135 ust. 3 i 4 Pzp (przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się z wyjaśnieniami i należytego przygotowania i złożenia ofert; przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu do składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ – szerzej zob. komentarz do art. 135 ust. 3 i 4 Pzp),
4) konsekwencje niezłożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w terminie reguluje art. 135 ust. 5 Pzp (brak obowiązku udzielenia wyjaśnień SWZ i brak obowiązku przedłużenia terminu składania ofert – szerzej zob. komentarz do art. 135 ust. 5 Pzp),
5) zamawiający ma obowiązek udostępnienia treści zapytań do SWZ wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego

postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp, przekazuje wykonawcom, którym przekazał SWZ, bez ujawniania źródła zapytania (art. 135 ust. 6 Pzp),

6) zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ, a następnie sporządza informację zawierającą zgłoszone na tym zebraniu pytania oraz odpowiedzi na nie, którą udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (zob. art. 136 ust. 1 i 2 Pzp),
7) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ (zob. art. 137 ust.1 Pzp),
8) zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokonaną zmianę treści SWZ (zob. art. 137 ust. 2 Pzp),
9) jeżeli dokonana zmiana SWZ dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (zob. art. 137 ust. 3 Pzp),
10) zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty 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 (zob. art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp),
11) zamawiający nie może dokonywać zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (zob. art. 143 ust. 4 Pzp).

Zasady ustalania terminów na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi i terminu na udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego zostały uregulowane w art. 135 Pzp (zob. komentarz do art. 135 Pzp).

Art. 168.

1. Zamawiający zaprasza do składania ofert ostatecznych wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców.

2. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych;

4) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

3. Jeżeli część SWZ nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych nieudostępnioną część

SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

1. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych. Zamawiający wraz z informacją o zakończeniu negocjacji wyznacza wykonawcom termin na złożenie ofert ostatecznych (zob. art. 167 ust. 1 Pzp). Zamawiający zaprasza do składania ofert ostatecznych wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców.

2. Treść zaproszenia do składania ofert ostatecznych. Obowiązkową treść zaproszenia do składania ofert ostatecznych określa art. 168 ust. 1 Pzp, wskazując, że zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych,
4) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

Odnotować warto, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem zrezygnowano z obowiązku zamieszczania w zaproszeniu do składania ofert informacji

na temat wykazu podmiotowych środków dowodowych. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych będzie zamieszczana wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę danego postępowania zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert.

3. Obowiązek załączenia do zaproszenia do składania ofert ostatecznych nieudostępnionej części SWZ. Zgodnie z treścią art. 168 ust. 3 Pzp, jeżeli część SWZ nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych nieudostępnioną część SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Powyższe ma na celu umożliwienie należytego przygotowania oferty ostatecznej przez wykonawców.

Oddział 5
Dialog konkurencyjny

Art. 169.

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w dialogu wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert.

1. Definicja dialogu konkurencyjnego. Zgodnie z art 169 Pzp dialog konkurencyjny to tryb, w którym wszyscy zainteresowani wykonawcy

mogą wziąć udział, składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w odpowiedzi na ogłoszenie zamieszczone w DUUE. Następnie zamawiający prowadzi dialog w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert.

Tryb dialogu konkurencyjnego jest procedurą kilkuetapową, która pozwala na stopniowe zmniejszanie liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach. Procedura ta została przewidziana dla zamówień szczególnie złożonych, w których zamawiający potrzebuje wiedzy profesjonalistów do prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.

2. Cel i zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego. W motywie 42 preambuły dyrektywy klasycznej wskazano, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. Mając na uwadze te uwarunkowania, ustawodawca europejski w art. 31 dyrektywy klasycznej uregulował zasady prowadzenia dialogu konkurencyjnego.

3. Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Przeprowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego następuje zgodnie z poniższym schematem:

1) zamawiający wszczyna postępowanie poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w DUUE (wyjątek – zob. art. 170 w zw. z art. 154 ust. 1 Pzp, który przewiduje możliwość odstąpienia od publikacji ogłoszenia w przypadku, o którym mowa w art. 153 pkt 5 Pzp);
2) zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania OPW, który jest dokumentem sporządzanym w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (art. 172 Pzp). Obowiązkową treść OPW określa art. 174 Pzp;
3) OPW musi być dostępny od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (art. 173 Pzp). OPW będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania. OPW podlega wyjaśnieniom. (art. 175 Pzp);
4) w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, w określonym przez zamawiającego terminie, wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wyjątek – zob. art. 170 w zw. z art. 154 Pzp). Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musi być zgodny z dyspozycją art. 176 ust. 1 Pzp;
5) zamawiający bada złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a o wynikach oceny tych wniosków zamawiający informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zob. art. 176 ust. 2 w zw. z art. 147

Pzp). W ramach badania wniosków zamawiający sprawdza m.in. spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz istnienie podstaw wykluczenia z postępowania;

6) zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku kryteriów selekcji – zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu na zasadach określonych w art. 177 Pzp. Treść zaproszenia do dialogu określa art. 179 Pzp;
7) zamawiający prowadzi z wykonawcami dialog. Podczas dialogu zamawiający może omawiać z zaproszonymi wykonawcami wszystkie warunki zamówienia (art. 180 Pzp). Zasady prowadzenia dialogu określa art. 181 Pzp i art. 182 Pzp. Dialog może być podzielony na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań w przypadku określonym w art. 183 Pzp;
8) zamawiający prowadzi z wykonawcami dialog w celu określenia rozwiązań najbardziej spełniających jego potrzeby;
9) jeżeli zamawiający chce zakończyć dialog, informuje o tym równocześnie wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców (art. 184 ust. 2 Pzp);
10) po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza SWZ, stanowiący doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW na podstawie rozwiązań przedstawionych w dialogu (art. 185 ust. 1 Pzp). SWZ jest udostępniany wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Obligatoryjną treść SWZ określa art. 185 ust. 2 Pzp. SWZ podlega wyjaśnieniom i zmianom, na zasadach określonych w art. 185 ust. 3 Pzp;

11) zamawiający zaprasza wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców do składania ofert. Obowiązkową treść zaproszenia określa art. 186 ust. 2 Pzp;
12) wykonawcy zaproszeni do składania ofert składają swoje oferty;
13) zamawiający dokonuje badania i oceny ofert. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ (art. 187 Pzp);
14) zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców (art. 188 Pzp);
15) zamawiający udziela zamówienia. Postępowanie może zakończyć się także unieważnieniem postępowania, jeżeli zachodzą przesłanki określone w Pzp.

Art. 170.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 153. Przepis art. 154 stosuje się odpowiednio.

1. Wprowadzenie. Przepis art. 170 Pzp określa przesłanki zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego, odsyłając w tym celu do art. 153 Pzp,

w którym zostały wymienione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. W ślad za dyrektywą klasyczną Pzp ustanawia identyczne przesłanki zarówno dla trybu negocjacji z ogłoszeniem, jak i dla trybu dialogu konkurencyjnego.

Uwzględniając powyższe, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego;
2) roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne;
3) zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami;
4) zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp, lub referencji technicznej;
5) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego ma charakter fakultatywny, pod warunkiem jednak, że ziszczą się okoliczności wymienione w Pzp. A zatem wystąpienie którejkolwiek z przesłanek nie implikuje po stronie zamawiającego obowiązku wszczęcia postępowania w tym trybie, a jedynie daje taką możliwość. Należy wyraźnie podkreślić, że przesłanki mają charakter rozłączny, co oznacza, że wystarczy spełnienie choćby jednej z nich, aby zamawiający mógł zastosować tryb dialogu konkurencyjnego.

Warto również podkreślić, że zastosowanie którejkolwiek z przytoczonych przesłanek nie jest uzależnione od rodzaju zamówienia, a więc przedmiotowe przesłanki mają zastosowanie niezależnie od tego, czy zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi, dostawy czy roboty budowlane.

2. Brak dostępnych rozwiązań. Zgodnie z art. 170 w zw. z art. 153 pkt 1) Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego. Powyższa przesłanka dialogu konkurencyjnego dotyczy sytuacji, gdy istniejące na rynku rozwiązania czy produkty nie są wystarczające, by zaspokoić potrzeby zamawiającego i należy je dostosować do jego indywidualnych wymagań. Zamawiający niejednokrotnie nie jest w stanie samodzielnie dokładnie określić i opisać przedmiotu zamówienia i w tym celu musi zasięgnąć wiedzy wykonawców, prowadząc z nimi dialog, by ustalić, w jaki sposób osiągnąć zamierzony rezultat. Omawiana przesłanka dotyczy zatem sytuacji, w której potrzeby zamawiającego są na tyle nietypowe i niestandardowe, że nie mogą być zaspokojone przez nabycie rozwiązania dostępnego już na rynku, bez dostosowania tego rozwiązania do indywidualnych wymagań zamawiającego.

3. Rozwiązania projektowe lub innowacyjne. Kolejną przesłanką zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego uregulowaną w art. 170 w zw. z art. 153 pkt 2 Pzp jest okoliczność, że roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne. Ustawodawca nie wymaga, by całe zamówienie było projektem lub innowacją, zamówienie ma jedynie obejmować rozwiązania projektowe lub innowacyjne. W przepisie jest mowa o innowacyjności, a zatem należy odwołać się do definicji z art. 7 pkt 6 Pzp, zgodnie z którą przez innowację należy rozumieć wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych.
Jak podkreśla ustawodawca unijny w motywie 42 i 43 preambuły dyrektywy klasycznej, państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. Jeżeli chodzi o zamówienia na roboty budowlane, sytuacje takie obejmują roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub przypadki, w których

roboty budowlane obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne. Jeżeli chodzi o usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych, wartościowym rozwiązaniem może być wykorzystanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego. Takie prace dostosowawcze lub projektowe są konieczne szczególnie w przypadku złożonych zakupów, takich jak wysokiej klasy produkty, usługi intelektualne, np. pewne usługi doradcze, usługi architektoniczne lub usługi z zakresu inżynierii bądź duże projekty z zakresu technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT). W takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, by zagwarantować, że dana dostawa lub usługa odpowiada potrzebom zamawiającego. W odniesieniu do gotowych usług lub dostaw, które mogą być zrealizowane przez wielu różnych wykonawców działających na rynku, nie należy stosować procedury konkurencyjnej z negocjacjami ani dialogu konkurencyjnego.
Zgodnie z intencją ustawodawcy krajowego i unijnego procedura konkurencyjna z negocjacjami oraz dialog konkurencyjny nie są właściwymi czy zalecanymi procedurami w odniesieniu do gotowych bądź powszechnie dostępnych czy zdefiniowanych zamówień, które mogą być zrealizowane przez wielu różnych wykonawców działających na rynku.

4. Konieczność negocjacji. Zgodnie z art. 170 w zw. z art. 153 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, gdy zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami. Warunkiem koniecznym skorzystania z tej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego jest konieczność przeprowadzenia negocjacji, zanim udzielone zostanie zamówienie. Decyzję w tym zakresie

podejmuje zamawiający, biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące charakteru zamówienia, stopnia jego złożoności czy też uwarunkowań prawnych lub finansowych związanych z planowanym zamówieniem lub ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami.

5. Niemożność opisania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z brzmieniem art. 170 w zw. z art. 153 pkt 4 Pzp może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego również w sytuacji, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp, lub referencji technicznej.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie przesłanki określonej w art. 153 pkt 4 Pzp, jeżeli nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej:

1) normy,
2) europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp,
3) wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp,
4) referencji technicznej.

Przez normę należy rozumieć specyfikację techniczną przyjętą przez uznaną instytucję normalizacyjną (międzynarodową, europejską lub krajową) w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe. W przepisie mowa jest zarówno o Polskich Normach przenoszących normy europejskie, jak i normach innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących

normy europejskie, w zakresie określonym w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp (zob. art. 101 Pzp).

W zakresie europejskiej oceny technicznej i wspólnej specyfikacji technicznej wyjaśnić należy, iż zasady i sposób sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określa oddział 4 w dziale II Pzp. W art. 101 Pzp wskazano kilka sposobów, przy pomocy których opisuje się przedmiot zamówienia. Art. 101 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp wskazuje jeden z takich sposobów, w którym przedmiot zamówienia opisuje się przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 Pzp, oraz do europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia 305/2011 ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych. Biorąc pod uwagę powyższe, przez europejską ocenę techniczną należy rozumieć udokumentowaną ocenę właściwości użytkowych wyrobu budowlanego w odniesieniu do jego zasadniczych charakterystyk zgodnie z odnośnym europejskim dokumentem oceny. Natomiast drugi ze sposobów opisu przedmiotu zamówienia, określony w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. d Pzp, stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102 Pzp, oraz do wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej. Biorąc pod uwagę powyższe, przez wspólną specyfikację techniczną należy rozumieć specyfikację techniczną dotyczącą technologii informacyjno-komunikacyjnej (ICT),spełniającą wymagania określone w załączniku II do cyt. powyżej

rozporządzenia i zidentyfikowaną przez Komisję Europejską. Wspólne specyfikacje techniczne nie są normami krajowymi, europejskimi ani międzynarodowymi.

Poprzez referencje techniczne w rozumieniu tego przepisu należy zaś rozumieć inne nieobowiązkowe specyfikacje techniczne, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. f i inne systemy referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. g.

6. Unieważnienie uprzednio prowadzonego postępowania. Zgodnie z ostatnią przesłanką określoną w art. 170 w zw. z art. 153 pkt 5 Pzp zamawiający może również wybrać tryb dialogu konkurencyjnego, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Przesłanki zastosowania omawianego przepisu są następujące:

1) zamawiający prowadził już postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia,
2) postępowanie to prowadzone było w trybie: przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego,
3) w uprzednio prowadzonym postępowaniu doszło do następujących zdarzeń:
   a. wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub
   b. wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub

c. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3.

Przesłanki wskazane w punkcie 1 i 2 muszą zaistnieć w każdym przypadku. Dodatkowo musi być spełniona jedna z przesłanek wskazanych w punkcie 3.

Element przesłanki obejmujący odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczy przypadku, gdy wszystkie wnioski zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) został złożony po terminie,
2) został złożony przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,
3) jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego.

Druga możliwość dotyczy odrzucenia wszystkich ofert w uprzednio prowadzonym postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, który stanowi, że 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, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, 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 znk,
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 omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (zamawiający

poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym zawiadamia wykonawcę, którego oferta została poprawiona, wyznaczając mu termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia),

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 utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp (tj. zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza),
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 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.

Trzecia sytuacji dotyczy unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Nadmienić warto, że w zakresie tej przesłanki zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego nastąpiła zmiana względem poprzedniego stanu prawnego z Pzp2004 (zob. art. 55 ust. 1 pkt 1 Pzp2004). Nastąpiło rozszerzenie możliwości zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia. Przepis art. 153 pkt 5 Pzp dotyczy wszystkich przypadków odrzucenia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w prowadzonym uprzednio przetargu nieograniczonym lub ograniczonym. Zrezygnowano z wymogu, by pierwotne warunki zamówienia z prowadzonego uprzednio postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego nie zostały w istotny sposób zmienione.

7. Odstąpienie od publikacji ogłoszenia. Zgodnie z art. 170 Pzp, przepis art. 154 Pzp stosuje się odpowiednio, co oznacza, że w przypadku, o którym mowa w art. 153 pkt 5 Pzp, zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zaprosi do dialogu wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio

postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18. Zamawiający zobowiązany jest zatem do zaproszenia do dialogu wszystkich wykonawców (biorących udział w poprzednim postępowaniu), którzy spełniają następujące wymogi:

1) nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego,
2) w poprzednim postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, oferty złożone przez tych wykonawców nie zostały odrzucone na podstawie:
   a. art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp (oferta złożona po terminie składania ofert),
   b. art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp (oferta złożona przez wykonawcę:
      – podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
      – niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
      – który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń),
   c. art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp (oferta 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),

d. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp (oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk),
e. art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp (oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert),
f. art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp (wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą),
g. art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp (wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą),
h. art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp),
i. art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp (oferta 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).

W omawianym przypadku wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie następowało przez publikację ogłoszenia o zamówieniu, ale wyjątkowo poprzez przekazanie zaproszenia do dialogu wyłącznie do właściwych wykonawców. Rozwiązanie zawarte w art. 154 ust. 1 Pzp powoduje, że w tym przypadku przebieg postępowania jest niejako „skrócony".

Art. 171.

1. Zamówienia udziela się na podstawie kryteriów jakościowych, o których mowa w art. 242 ust. 2, oraz ceny lub kosztu.

2. Zamawiający przypisuje wagi poszczególnym kryteriom oceny ofert, nie później niż wraz z zaproszeniem do składania ofert.

1. Kryteria jakościowe w dialogu. Zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego można udzielić tylko na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu. Jest to wymaganie odróżniające dialog od negocjacji z ogłoszeniem, w których nie ma zawartego takiego wymagania i w konsekwencji w trybie negocjacji z ogłoszeniem kryteria mogą być tylko cenowe lub kosztowe albo mieszanką kryteriów cenowych lub kosztowych i jakościowych. W dialogu obowiązkowo zamawiający musi stosować kryteria jakościowe obok cenowych lub kosztowych, a zamówienie nie może być udzielone tylko na podstawie kryterium cenowego lub kosztowego.

Przepis odsyła do katalogu przykładowych kryteriów jakościowych określonych w art. 242 ust. 2 Pzp. Kryteria jakościowe to kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych, takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,
2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1,
3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia,
4) aspektów innowacyjnych,
5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia,

6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy, takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Katalog ten ma charakter otwarty, na co wskazuje, zwrot „w szczególności", co oznacza, że zamawiający może ustalić również inne kryteria jakościowe w zależności od realizowanego przedmiotu zamówienia.

2. Moment przypisania wag kryteriom oceny ofert. Art. 171 ust. 2 Pzp dotyczy doprecyzowania momentu, w którym powinno nastąpić ostateczne określenie wag poszczególnych kryteriów oceny ofert. Powyższe ma na celu zapobieżenie sytuacji, w której zamawiający po złożeniu przez wykonawców ofert dopiero wskazuje poszczególne wagi w zakresie wybranych kryteriów oceny ofert w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję.

Zamawiający ma obowiązek określić wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert nie później niż wraz z zaproszeniem do składania ofert. Moment ten jest ostateczny, ale zamawiający może określić wagi kryteriów oceny ofert na wcześniejszym etapie, np. po zakończeniu dialogu. Należy jednak podkreślić, że z uwagi na specyfikę postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający – w przeciwieństwie do trybu negocjacji z ogłoszeniem (art. 164 Pzp) – nie ma obowiązku określania wag przypisanym kryteriom wcześniej niż w momencie przekazania zaproszenia do składania ofert.

Art. 172.

W celu ustalenia przez wykonawców potrzeb zamawiającego dotyczących charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań.

1. OPW – uwagi ogólne. Opis potrzeb i wymagań jest dokumentem zamówienia, który ustawodawca przywołuje już w definicji dokumentu zamówienia, tj. w art. 7 pkt 3 Pzp. Opis potrzeb i wymagań zamawiającego powinien umożliwiać przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu. Informacje zamieszczone w OPW są niezbędne w celu uzyskania najlepszych rozwiązań, które będą przedmiotem prowadzonego dialogu. OPW będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania w wyniku prowadzonego dialogu. Informacje, które muszą i mogą się znaleźć w OPW, zostały określone w art. 174 Pzp.

2. Cel OPW. Celem jego sporządzenia jest opisanie potrzeb i wymagań zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 172 Pzp OPW ma służyć ustaleniu przez wykonawców:

1) charakteru i zakresu zamówienia – a więc wskazanie, co będzie przedmiotem zamówienia i jakie przedmiot zamówienia będzie miał cechy, opisanie potrzeb zamawiającego i wskazanie cech charakterystycznych przedmiotu zamówienia,
2) wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.

W odróżnieniu od OPW w negocjacjach z ogłoszeniem OPW w dialogu, ze względu na charakter przedmiotu dialogu, nie musi zawierać minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, które nie będą podlegały negocjacjom i które muszą spełnić wszystkie oferty (art. 156 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Art. 173.

Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do opisu potrzeb i wymagań od dnia publikacji ogłoszenia

o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się odpowiednio.

1. Udostępnienie przez zamawiającego OPW. OPW jest udostępniany przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE i powinien być dostępny co najmniej do dnia udzielenia zamówienia rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dostęp do OPW musi być bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony.
Bezpłatny dostęp do OPW oznacza, że jego uzyskanie jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za pobranie OPW ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.
Pełny dostęp do OPW oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres OPW, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w ogłoszeniu o zamówieniu. Pełny dostęp do OPW dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści OPW.
Bezpośredni dostęp do OPW oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do OPW, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca w celu dostępu do OPW nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia, w tym do OPW.

Nieograniczony dostęp do OPW oznacza, że każdy może mieć do niego dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia.

2. Brak możliwości udostępnienia OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Do udostępnienia przez zamawiającego opisu potrzeb i wymagań stosuje się odpowiednio art. 133 ust. 2 i 3 Pzp. Dotyczy to sytuacji, gdy zamawiający nie może udostępnić OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu:

1) **zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp**, tj. gdy:
   a. z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji,
   b. aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego,
   c. użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego,
   d. zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
   e. jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej,

f. jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego,

g. zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

W takim przypadku, gdy zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z wskazanych wyżej sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp, przekazuje ją w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu;

2) **ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych.**

Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Art. 174.

1. Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 156 ust. 1 pkt 1–4, 9–16 i 19, oraz może zawierać również informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18.

2. Opis potrzeb i wymagań zawiera również:

1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia;

2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody;

3) wstępny harmonogram postępowania o udzielenie zamówienia;

4) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;

5) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie liczby wykonawców;

6) informację o podziale dialogu na etapy, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział w celu ograniczenia liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach.

3. Informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań formułuje się w sposób wystarczająco precyzyjny, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

1. Obligatoryjna zawartość opisu potrzeb i wymagań. Obowiązkową treść opisu potrzeb i wymagań określa art. 174 ust. 1 Pzp, wskazując, że OPW zawiera informacje, o których mowa w art. 156 ust. 1 pkt 1–4, 9–16 i 19 Pzp. Wynika stąd, że OPW musi obowiązkowo zawierać następujące elementy:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) tryb udzielenia zamówienia;
4) określenie przedmiotu zamówienia;
5) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp (tj. obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy związane z dopuszczeniem się określonych kategorii przestępstw lub naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, orzeczeniem zakazu ubiegania się o zamówienie, zawarciem niedozwolonego porozumienia, zakłóceniem konkurencji wynikającym z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy), oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
6) informację o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych;

7) informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;
8) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69 Pzp (tj. wyspecjalizowany charakter zamówienia, który wymagałby użycia równie specjalistycznych narzędzi i urządzeń; czy wówczas, gdy jest wymagane przedstawienie modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej; czy ze względu na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych);
9) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;
10) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
11) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
12) sposób informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
13) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Ponadto, zgodnie z dyspozycją art. 174 ust. 2 Pzp OPW, w trybie dialogu konkurencyjnego powinien zawierać:

1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia – opis ten jest konieczny z uwagi na to, że zamawiający nie jest

w stanie na tym etapie postępowania dokładnie określić przedmiotu zamówienia. OPW powinien zostać sporządzony w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom przygotowanie się do dialogu;

2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody. Zamawiający ma możliwość przewidzenia za udział w dialogu nagród dla tych wykonawców, których rozwiązania stanowią podstawę do składania ofert. A zatem zamawiający będzie nagradzał tych wykonawców, którzy będą brali efektywny udział w dialogu. Jeżeli zamawiający przewiduje nagrody, to ich wysokość musi być z góry określona w OPW. Przewidziana dla zamawiającego możliwość ustalenia nagród jest jednym z elementów odróżniających tryb dialogu konkurencyjnego od negocjacji z ogłoszeniem;
3) wstępny harmonogram postępowania o udzielenie zamówienia – OPW musi zawierać określenie wstępnego harmonogramu postępowania. Wstępny harmonogram postępowania stanowi jasną informację dla wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu o przewidywanym czasie trwania dialogu oraz konkretnych przedziałach czasowych. Harmonogram ma charakter wstępny, co oznacza, że na etapie trwania postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego może ulec zmianie, w zależności od przebiegu postępowania. Powyższe stanowisko potwierdza w szczególności przyjęte przez ustawodawcę sformułowanie „wstępny";
4) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia

postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;

5) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie liczby wykonawców;
6) informację o podziale dialogu na etapy, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział w celu ograniczenia liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach – jeżeli zamawiający przewiduje podział dialogu na etapy powinien przewidzieć tę informację w OPW. Przepis nie wymaga, aby zamawiający z góry w OPW przewidział liczbę etapów dialogu, a jedynie informację o podziale na etapy. Podział dialogu na etapy jest uprawnieniem zamawiającego, a nie obowiązkiem. Przepis nie ogranicza liczby etapów podczas dialogu, pozostawiając to w gestii zamawiającego.

2. Fakultatywne elementy opisu potrzeb i wymagań. OPW może także zawierać informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–10 i 12–18 Pzp. Wynika z tego, że OPW może także zawierać następujące elementy:

1) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp (tj. fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy związane z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, naruszeniem obowiązków związanych z ochroną środowiska, likwidacją lub upadłością, naruszeniem obowiązków zawodowych, konfliktem interesów, nienależytym wykonaniem wcześniejszego zamówienia, wprowadzeniem zamawiającego w błąd z winy umyślnej lub nieumyślnej, bezprawnym wpłynięciem lub próbą wpłynięcia na czynności zamawiającego), jeżeli zamawiający je przewiduje;

2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium;
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia;
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;

10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
11) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;
12) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
13) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
14) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
15) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
16) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp;
17) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp.

3. Zasady formułowania OPW. Zgodnie z art. 174 ust. 3 Pzp informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań muszą być sformułowane w sposób precyzyjny, tak żeby umożliwić wykonawcom:

1) ustalenie charakteru i zakresu zamówienia (co ma na celu wskazanie, co będzie przedmiotem zamówienia i jakie przedmiot zamówienia

będzie miał cechy, w szczególności służy opisaniu potrzeb zamawiającego i wskazaniu cech charakterystycznych przedmiotu zamówienia) oraz

2) podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Regulacja ta koresponduje z przepisem art. 172 Pzp, który wskazuje, że celem sporządzenia OPW jest ustalenie przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia, a także wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 175.

Do wyjaśnień oraz zmian treści opisu potrzeb i wymagań w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136, art. 137 ust. 1–6 oraz art. 143 ust. 2–5.

1. Wyjaśnienia i zmiany opisu potrzeb i wymagań. Do wyjaśnień i zmian OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku stosuje się odpowiednio następujące regulacje właściwe dla przetargu nieograniczonego i ograniczonego:

1) art. 135 ust. 1 Pzp,
2) art. 135 ust. 6 Pzp,
3) art. 136 Pzp,
4) art. 137 ust. 1–6 Pzp,
5) art. 143 ust. 2–5 Pzp.

2. Wyjaśnienia opisu potrzeb i wymagań. W zakresie wyjaśniania OPW z przywołanych wyżej przepisów wynika, że:

1) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści opisu potrzeb i wymagań, w zakresie

niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 175 w zw. z art. 135 ust. 1 Pzp);

2) treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3 Pzp (tj. jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp oraz jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych), przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, bez ujawniania źródła zapytania (art. 175 w zw. z art. 135 ust. 6 Pzp). W tym miejscu warto wskazać, że zgodnie z art. 155 ust. 2 Pzp OPW udostępniany jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dlatego również treść zapytań i wyjaśnień udostępniana jest w tym samym miejscu;
3) istnieje możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Następnie zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści opisu potrzeb i wymagań oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 175 w zw. z art. 136 Pzp).

3. Zmiana opisu potrzeb i wymagań. W tym zakresie odpowiednie stosowanie wskazanych na wstępie przepisów oznacza, że:

1) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmienić treść OPW (art. 175 w zw. z art. 137 ust. 1 Pzp);
2) dokonaną zmianę treści OPW zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 175 w zw. z art. 137 ust. 2 Pzp);
3) jeżeli zmiana dotyczy części OPW, która nie została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 133 ust. 2 i 3 dokonaną zmianę treści OPW przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 175 w zw. z art. 137 ust. 3 Pzp);
4) w przypadku gdy zmiana treści OPW prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp (art. 175 Pzp w zw. z art. 137 ust. 4 Pzp). Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. W takim przypadku stosuje się przepisy art. 87 Pzp i art. 88 Pzp, co oznacza, że ogłoszenie to przygotowuje się zgodnie z wzorem standardowego formularza i przekazuje zgodnie z formatem i procedurami przesyłania takich ogłoszeń. Zamawiający zobligowany jest do udokumentowania daty przekazania tego ogłoszenia i przechowywania dowodu przekazania tego ogłoszenia. Ponadto zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia jego publikacji w DUUE. Może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w innym miejscu, na zasadach określonych w art. 88 ust. 2-4 Pzp;

5) w przypadku, o którym mowa w pkt 4 powyżej, udostępnienie zmiany treści opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia (art. 175 w zw. z art. 137 ust. 5 Pzp);
6) jeżeli zmiany treści opisu potrzeb i wymagań są:
   a. istotne dla sporządzenia wniosku lub
   b. wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie wniosku,

   zamawiający przedłuża termin składania wniosków o czas niezbędny do zapoznania się ze zmianą treści OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do przekazania ogłoszenia o zmianie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. (art. 175 w zw. z art. 137 ust. 6 Pzp);
7) jeżeli wyjaśnienia treści OPW są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści wpłynął do zamawiającego nie później niż na 1 4 dni, a w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia – na 7 dni przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (art. 175 w zw. z art. 143 ust. 2 Pzp). W zakresie

zasad ustalania terminów na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści OPW, który zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi i terminu na udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego zastosowanie znajdzie art. 135 Pzp (zob. komentarz do art. 135 Pzp).

Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia tych wniosków. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści opisu potrzeb i wymagań (art. 175 w zw. z art. 143 ust. 3 Pzp);

8) niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści OPW po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 175 w zw. z art. 143 ust. 4 Pzp);
9) w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą opisu potrzeb i wymagań i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania (art. 175 w zw. z art. 143 ust. 5 Pzp).

Art. 176.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2. Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147.

3. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do dialogu uznaje się za odrzucony.

1. Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art 176 ust. 1 Pzp termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu DUUE.

2. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 176 ust. 2 Pzp do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy właściwe dla przetargu ograniczonego, w tym regulacje stanowiące o podstawach odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mianowicie:

1) art. 145 Pzp,
2) art. 146 ust. 1 Pzp,
3) art. 147 Pzp.

3. Zapoznanie się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający na tym etapie zapoznaje się z zawartością złożonych w postępowaniu wniosków i dokonuje ich weryfikacji, tj. dokonuje oceny wniosków pod kątem podstaw wykluczenia z postępowania oraz warunków udziału w postępowaniu. Z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie można jednak zapoznać się przed upływem terminu na ich składanie (art. 175 ust. 2 w zw. z art. 145 Pzp).

4. Odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega

odrzuceniu, gdy zaistnieją okoliczności wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp (art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 Pzp), tj. jeżeli:

1) został złożony po terminie,
2) został złożony przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń;
3) jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 176 ust. 3 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę, który nie został zaproszony przez zamawiającego do dialogu, uznaje się za odrzucony. Warto zauważyć, iż we wcześniejszych regulacjach w systemie zamówień publicznych nie było instytucji odrzucenia wniosku o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu, a wykonawcę, który nie został zaproszony do dialogu, traktowało się jako wykluczonego z postępowaniu.

5. Obowiązek informacyjny. Zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny wniosków. Na gruncie Pzp brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie". W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (art. 8 ust. 1 Pzp). Sąd Najwyższy[144] stwierdził, że „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie" nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie" oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc[145]. Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie" należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (355 § 1 Kc). Tym samym termin „niezwłocznie", którym ustawodawca posłużył się w art. 147 w zw. z art. 176 ust. 2 Pzp, należy interpretować w ten sposób, że po dokonaniu czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający przekazuje informacje bez zbędnej zwłoki. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwe najkrótszym terminie od dokonania czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

---

[144] Wyrok SN z dnia 13 grudnia 2006 r. sygn. akt II CSK 293/06

[145] Tak: wyrok SN z dnia 22 marca 2001 r., sygn. akt V CKN 769/00; wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03

Zamawiający, podając uzasadnienie faktyczne i prawne oceny wniosków (art. 176 ust. 2 w zw. z art. 147 Pzp), powinien w sposób wyczerpujący wyjaśnić przesłanki dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznie wskazać wszystkie podstawy prawne. Jeżeli zatem w wyniku dokonanej oceny wniosków zamawiający odrzucił wniosek wykonawcy z uwagi np. na podleganie wykluczeniu przez wykonawcę, powinien wskazać podstawę prawną tego wykluczenia oraz uzasadnić swoje stanowisko w sposób czytelny i jasny.

Art. 177.

1. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do tego dialogu. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu.

1. Ograniczenie przez zamawiającego liczby wykonawców zaproszonych do dialogu. Co do zasady zamawiający zaprasza do dialogu wszystkich wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, którzy zostaną przez niego zaproszeni do dialogu. Warunkiem jest to, żeby złożone przez tych wykonawców wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a liczba wykonawców zaproszonych do dialogu była wystarczająca

do zapewnienia konkurencji. Minimalna liczba wykonawców w takim przypadku wynosi 3.

W celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do dialogu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW:

1) kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz
2) podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu, nie mniejszą niż 3.

W tym miejscy należy wskazać, że na gruncie Pzp przez kryteria selekcji należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu ograniczenia liczby wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, których zamawiający zaprosi do dialogu (zob. art. 7 pkt 9 Pzp). A zatem zamawiający zastosuje ustalone wcześniej kryteria selekcji w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekracza liczbę określoną w ogłoszeniu oraz w OPW. Wówczas zamawiający zaprasza do dialogu tylko tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższą punktację w ramach ustalonych kryteriów. Oznacza to, że nie wszyscy wykonawcy, którzy spełniają określone warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu, zostaną zaproszeni do dialogu.

Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu. Górny limit nie został określony w ustawie. Przepis ma charakter fakultatywny. Decyzję w tej kwestii ustawodawca pozostawił zamawiającemu, jeżeli jednak zamawiający przewidział górny limit wykonawców, których zaprosi do dialogu, informację taką musi zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW.

Art. 178.

1. Zamawiający zaprasza jednocześnie do dialogu wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego, zgodnie z art. 177.

2. (*uchylony*)

3. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 177, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do udziału w dialogu tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

1. Zaproszenie do składania ofert wstępnych. Zgodnie z art. 178 ust. 1 Pzp zamawiający jednocześnie zaprasza do dialogu wykonawców:

1) których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zostały odrzucone,
2) którzy – w przypadku ustalenia kryteriów selekcji – spełniają te kryteria.

Art. 178 ust. 1 Pzp wskazuje zatem, że wykonawcy muszą być zaproszeni przez zamawiającego jednocześnie. Rozumieć przez to należy, że zaproszenie musi być wystosowane do wykonawców w tym samym czasie, w praktyce w tym samym dniu.

2. Mniejsza liczba wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu i OPW. Jeżeli liczba wykonawców, którzy podlegają zaproszeniu do dialogu, ponieważ ich wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

nie zostały odrzucone, jest mniejsza od liczby określonej przez zamawiającego, zamawiający może:

1) kontynuować postępowanie i zaprosić do dialogu tych wykonawców lub
2) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

Art. 258 Pzp stanowi, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego.

Art. 179.

1. Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu;

3) adres strony internetowej, na której dostępny jest opis potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, niezbędne do przygotowania się wykonawców do udziału w dialogu;

4) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wszystkich lub wybranych podmiotowych środków dowodowych na etapie dialogu;

5) wagę przypisaną kryteriom oceny ofert lub w stosownych przypadkach, kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań;

6) informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu;

7) informację o języku lub językach, w jakich będzie prowadzony dialog.

2. Jeżeli część opisu potrzeb i wymagań nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do dialogu nieudostępnioną część opisu potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści tej części opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

1. Treść zaproszenia do dialogu. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp określa katalog informacji, jakie musi zawierać zaproszenie do dialogu, przy czym należy zauważyć, że jest to katalog otwarty, na co wskazuje zwrot „co najmniej". A zatem nie ma przeszkód, by zamawiający zawarł w zaproszeniu do dialogu także inne informacje, o ile uzna to za uzasadnione.

Art. 179 ust. 1 Pzp wskazuje obligatoryjne elementy, jakie powinno zawierać zaproszenie do dialogu:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu,

3) adres strony internetowej, na której dostępny jest OPW oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, niezbędne do przygotowania się wykonawców do udziału w dialogu,
4) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wszystkich lub wybranych podmiotowych środków dowodowych na etapie dialogu,
5) wagę przypisaną kryteriom oceny ofert lub – w stosownych przypadkach – kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW;
6) informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu,
7) informację o języku lub językach, w jakich będzie prowadzony dialog.

W Pzp zrezygnowano z obowiązku zamieszczania przez zamawiającego w zaproszeniu do dialogu informacji na temat wykazu podmiotowych środków dowodowych. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych będzie zamieszczana wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę danego postępowania zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie dialogu lub składania ofert.

2. Zaproszenie do składania ofert wstępnych w sytuacji, gdy część OPW nie została udostępniona na stronie internetowej. Zasadą jest, że OPW, który jest dokumentem sporządzanym przez zamawiającego w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia, podlega udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (zob. art. 173 Pzp). Jednakże

w niektórych przypadkach część OPW nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 173 zd. 2 Pzp). W takich sytuacjach zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do dialogu nieudostępnioną część OPW oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści tej części OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Do udostępnienia przez zamawiającego OPW stosuje się odpowiednio art. 133 ust. 2 i 3 Pzp. Dotyczy to sytuacji, gdy zamawiający nie może udostępnić OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania:

1) **z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp**, tj. gdy:
   a. z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji,
   b. aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego,
   c. użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego,
   d. zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

e. jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej,
f. jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego,
g. zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne

– w takim przypadku zamawiający przekazuje OPW w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu;

2) **z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych**

– w takim przypadku zamawiający przekazuje OPW w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Art. 180.

Zamawiający podczas dialogu może omawiać z zaproszonymi wykonawcami wszystkie warunki zamówienia.

1. Charakter dialogu. Przepis art. 180 Pzp wskazuje na zakres możliwych zagadnień, które będą przedmiotem dialogu. Zamawiający

może omawiać z wykonawcami, których zaprosił do dialogu, wszystkie warunki zamówienia. Przepis nawiązuje do brzmienia art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którym przez warunki zamówienia 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.

Należy zauważyć, że zakres prowadzonego dialogu jest bardzo szeroki. Dialog może zatem dotyczyć zarówno szczegółów technicznych związanych z przedmiotem zamówienia, jak i warunków wykonania zamówienia czy też projektowanych postanowień umownych i sposobu realizacji umowy.

Art. 181.

1. Podczas dialogu zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców.

2. Zamawiający nie udziela informacji w sposób, który może zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

3. Zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców o wynikach kwalifikacji propozycji do kolejnego etapu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Zamawiający informuje jednocześnie wszystkich wykonawców, których propozycje zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów dialogu, na podstawie art. 183, o wszelkich zmianach mających wpływ na treść kolejnych propozycji, w szczególności o zmianach związanych z opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiących przedmiot

zamówienia, warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak aby poszczególni wykonawcy mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie kolejnych poprawionych propozycji.

1. Równe traktowanie wykonawców. Zamawiający w świetle art. 181 ust. 1 Pzp zobligowany jest do zachowania równości wykonawców podczas prowadzonego dialogu. Powyższy przepis stanowi przejaw realizacji zasady wyrażonej w art. 16 Pzp stanowiącej, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 181 ust. 2 Pzp dodatkowo wzmacnia zasadę wyrażoną w ust. 1 i zakazuje zamawiającemu udzielać informacji w taki sposób, by zapewnić przewagę jednemu lub niektórym wykonawcom nad innymi wykonawcami uczestniczącymi w prowadzonym dialogu.

2. Informacja o wynikach kwalifikacji propozycji. Zamawiający ma ponadto obowiązek poinformować w tym samym czasie wszystkich wykonawców o wynikach kwalifikacji propozycji do kolejnego etapu (o ile taki przewidział). Zamawiający musi podać uzasadnienie prawne i faktyczne.

3. Informacja o zmianach mających wpływ na treść propozycji. Na zamawiającym ciąży obowiązek jednoczesnego poinformowania wszystkich wykonawców, których propozycje zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów dialogu, o wszelkich zmianach, które mają wpływ na treść kolejnych propozycji. Zmiany te mogą dotyczyć w szczególności opisu potrzeb zamawiającego i cech charakterystycznych dostaw, robót budowlanych i usług stanowiących przedmiot zamówienia, warunków

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog ten jest otwarty, a zatem wszystkie istotne informacje, które wpływają na kształt kolejnych propozycji, zamawiający ma obwiązek przekazać wykonawcom. Zamawiający powinien zagwarantować odpowiedni, jednakowy dla wszystkich wykonawców czas, by mieli możliwość modyfikacji i ponownego złożenia kolejnych poprawionych propozycji. Pzp nie precyzuje minimalnych terminów na składanie kolejnych propozycji, pozostawiając to w gestii zamawiającego. Należy jednak pamiętać, że czas ten musi być odpowiednio długi, tak by wykonawcy mogli wprowadzić zmiany i modyfikacje w swoich propozycjach. W tym kontekście zamawiający powinien mieć na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, które zostały wyrażone w art. 16 ust. 1 Pzp.

Art. 182.

1. Treść propozycji wykonawców oraz prowadzony dialog mają charakter poufny.

2. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem.

1. Poufność propozycji i dialogu – uwagi ogólne. Zgodnie z art. 182 Pzp poufny charakter mają:

1) treść propozycji wykonawców,
2) dialog.

2. Poufność. Przez poufność należy rozumieć nieujawnianie i nieprzekazywanie treści wskazanych w analizowanym przepisie innym podmiotom oraz niewykorzystywanie ich we własnym celu,

innym niż prowadzone postępowanie w sprawie zamówienia publicznego. Wiedzę o ich treści może mieć tylko zamawiający i wykonawca, który odpowiednio – złożył treść propozycji lub prowadzi dialog z zamawiającym. Poufny charakter ma treść dialogu oraz propozycje wykonawców, w tym wszelkie informacje pozyskiwane przez strony w toku dialogu, nie zaś fakt prowadzenia dialogu z określonym wykonawcą w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem nazwy wykonawców czy terminy spotkań z poszczególnymi wykonawcami są jawne.

Powyższy przepis stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 18 ust. 1 Pzp. Koresponduje z treścią art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w wypadkach określonych w ustawie. Dialog prowadzony jest odrębnie z każdym z wykonawców.

3. Zgoda stron na ujawnienie informacji technicznych i handlowych.

W art. 182 ust. 2 Pzp ustawodawca wprowadził możliwość uchylenia obowiązku zachowania w tajemnicy informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem na mocy zgody stron. Jeżeli któraś ze stron negocjacji chciałaby ujawnić jakieś informacje innym wykonawcom, musi wystąpić o zgodę drugiej strony na ich ujawnienie. Zgoda musi być udzielona przed ujawnieniem informacji i dotyczyć konkretnie wskazanych informacji. A zatem treść zgody musi dokładnie określać zakres i treść informacji, których dotyczy.

Art. 183.

Zamawiający może podzielić dialog na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań. Liczba rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

1. Możliwość podziału dialogu na etapy. Zgodnie z art. 183 Pzp zamawiający może podzielić dialog na etapy. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest to, że informacja o podziale dialogu na etapy musi zostać już uprzednio zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW. W innym przypadku zamawiający nie będzie mógł podzielić dialogu na etapy.

2. Etapy dialogu. Przepis nie wymaga, aby zamawiający z góry przewidział liczbę etapów dialogu, a jedynie informację o podziale na etapy. Podział dialogu na etapy jest uprawnieniem zamawiającego, a nie obowiązkiem. Przepis nie ogranicza liczby etapów podczas dialogu, pozostawiając to w gestii zamawiającego. Wydaje się zatem, że liczba etapów dialogu będzie zależała od przebiegu postępowania. Istotne jest jednak, by została zachowana zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym kontekście należy pamiętać także, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się pisemnie, w związku z czym zamawiający powinien należycie udokumentować przebieg i etapy dialogu z każdym wykonawcą uczestniczącym w dialogu.

3. Cel etapów. Podział dialogu na etapy ma na celu stopniowe ograniczanie liczby rozwiązań, które są przedmiotem dialogu. W tym celu zamawiający stosuje kryteria oceny ofert określone uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW. Zamawiający zobowiązany jest wskazać w OPW opis kryteriów, którymi będzie się kierował, wraz

z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie było możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego i na tej podstawie ogranicza liczbę rozwiązań.

4. Liczba rozwiązań na ostatnim etapie. Art. 183 Pzp wskazuje również, że liczba rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewnić konkurencję, o ile istnieje wystarczającą liczba wykonawców. Z tym przepisem koresponduje treść art. 258 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba rozwiązań przedstawionych przez wykonawców podczas dialogu konkurencyjnego jest mniejsza niż minimalna liczba określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Art. 184.

1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby.

2. O zakończeniu dialogu zamawiający jednocześnie informuje wszystkich pozostałych, uczestniczących w dialogu wykonawców.

1. Moment zakończenia dialogu. Przepis art. 184 ust. 1 Pzp określa moment zakończenia dialogu zamawiającego z wykonawcami, stanowiąc, że dialog prowadzony jest do czasu, gdy zamawiający jest w stanie określić rozwiązanie lub kilka rozwiązań, które najpełniej spełniają jego oczekiwania. Z uwagi na fakt, że dialog konkurencyjny to tryb, w którym przedmiot zamówienia nie jest jednoznacznie określony od początku postępowania, celem prowadzonego z wykonawcami dialogu jest pozyskanie wiedzy na temat

proponowanych rozwiązań w tym zakresie. W oparciu o pozyskaną podczas dialogu wiedzę zamawiający będzie mógł sporządzić SWZ.

2. Obowiązek poinformowania o zakończeniu dialogu. Po zakończeniu dialogu zamawiający zobligowany jest do poinformowania wszystkich wykonawców, z którymi prowadził dialog, a którzy pozostali w postępowaniu, o jego zakończeniu. Informacja ta musi zostać przekazana do wykonawców w tym samym czasie. Powyższy przepis koresponduje z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 16 Pzp. Obowiązek poinformowania wykonawców o zakończeniu dialogu spoczywa na zamawiającym niezależnie od obowiązku zaproszenia do składania ofert.

Art. 185.

1. Po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu.

2. SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 i ust. 2 pkt 1–10 i 12–18.

3. Do wyjaśnień i zmian treści SWZ przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

1. Moment sporządzenia specyfikacji warunków zamówienia. SWZ to dokument zamówienia, sporządzony przez zamawiającego, służący do określenia lub opisania warunków zamówienia (zob. art. 7 pkt 3 Pzp). Art. 185 Pzp wprowadza zasadę, że zamawiający sporządza SWZ po zakończeniu dialogu z wykonawcami. SWZ sporządzana jest na podstawie zgromadzonych podczas dialogu informacji oraz w oparciu

o przedstawione przez wykonawców rozwiązania. SWZ w trybie dialogu konkurencyjnego stanowi uściślenie i uzupełnienie informacji, które zostały zawarte w OPW dostępnym od chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

2. Obligatoryjne i fakultatywne elementy SWZ. Art. 185 ust. 2 Pzp wskazuje, jakie informacje powinny znaleźć się w SWZ. W tym celu przepis odsyła do art. 134 ust. 1 i ust. 2 pkt 1–10 i 12–18 Pzp. Uwzględniając powyższe, SWZ opracowana na potrzeby postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego musi zatem zawierać następujące **elementy obligatoryjne**:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) tryb udzielenia zamówienia,
4) opis przedmiotu zamówienia,
5) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
6) termin wykonania zamówienia,
7) obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108,
8) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych,
10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej,

11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (przesłanki odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (sytuacje, w których zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (tj. możliwość wymagania przez zamawiającego w postępowaniach na roboty budowlane lub konkursy sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne),
12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
13) termin związania ofertą,
14) opis sposobu przygotowywania oferty,
15) sposób oraz termin składania ofert,
16) termin otwarcia ofert,
17) sposób obliczenia ceny,
18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,

21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Ponadto SWZ może zawierać następujące **fakultatywne elementy**:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje,
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie,
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub

robót budowlanych) i w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp (tj. zamówienie z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji), jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,

9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
11) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
12) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp (tj. zamieszczane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

13) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, (tj. wymagania w zakresie zatrudnienia: bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych, osób niepełnosprawnych, innych osób, o których mowa w ustawie o zatrudnieniu socjalnym), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp (tj. wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
15) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp – chodzi o zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane i usługi, prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy,
16) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp. (tj. jeżeli komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może: wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo wymagać dołączenia

katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów).

3. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Do wyjaśnień i zmiany treści SWZ stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 135 Pzp,
2) art. 136 Pzp,
3) art. 137 ust. 1–3 Pzp,
4) art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp,
5) art. 143 ust. 4 Pzp.

Oznacza to, że:

1) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (zob. art. 135 ust. 1 Pzp),
2) zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w terminie określonym w art. 135 ust. 2 Pzp,
3) konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w terminie określa art. 135 ust. 3 i 4 Pzp,
4) konsekwencje niezłożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w terminie reguluje art. 135 ust. 5 Pzp,
5) zamawiający ma obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania na zasadach określonych w art. 135 ust. 6 Pzp,
6) zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ, a następnie sporządza informację zawierającą zgłoszone na tym zebraniu pytania oraz odpowiedzi na nie, którą udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (zob. art. 136 ust. 1 i 2 Pzp),

7) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ (zob. art. 137 ust.1 Pzp),
8) dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (zob. art. 137 ust. 2 Pzp),
9) jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (zob. art. 137 ust. 3 Pzp),
10) jeśli zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert na zasadach określonych w art. 137 ust. 6 Pzp,
11) niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 143 ust. 4 Pzp).

Art. 186.

1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził dialog i którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych etapach.

2. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne

dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) **informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert;**
4) **wagę poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie została ona przypisana na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;**
5) **sposób i termin składania ofert oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert.**

3. Jeżeli część SWZ nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert nieudostępnioną część SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

1. Zaproszenie do składania ofert. Na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest zaprosić do składania ofert wykonawców, z którymi prowadzony był dialog i którzy nie zostali wyeliminowani na poszczególnych etapach dialogu. Powyższe oznacza, że zaproszenie do składania ofert otrzymują tylko wykonawcy, którzy pozostali w postępowaniu do momentu składania ofert.

2. Treść zaproszenia do składania ofert. Przepis art. 186 ust. 2 Pzp określa katalog informacji, jakie musi zawierać zaproszenie do składania ofert, przy czym należy zauważyć, że jest to katalog otwarty, na co wskazuje zwrot „co najmniej".

Art. 186 ust. 2 Pzp wskazuje obligatoryjne elementy, jakie powinno zawierać zaproszenie do składania ofert:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert,
4) wagę poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie została ona przypisana na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia,
5) sposób i termin składania ofert oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert.

W Pzp rezygnowano z obowiązku zamieszczania przez zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert informacji na temat wykazu podmiotowych środków dowodowych. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych będzie zamieszczana wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę danego postępowania zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie dialogu lub składania ofert.

3. Załączenie do zaproszenia nieudostępnionej części SWZ.

Przepis art. 186 ust. 3 Pzp wskazuje, że jeżeli część SWZ nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej

prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert nieudostępnioną część SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Dotyczy to sytuacji, gdy zamawiający nie może udostępnić SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania:

1) **z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp**, tj. gdy:
   a. z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji,
   b. aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego,
   c. użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego,
   d. zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
   e. jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej,
   f. jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować

w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego,

g. zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej w państwie trzecim, niebędącym członkiem Unii Europejskiej, z którym Unia Europejska nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne

– w takim przypadku zamawiający przekazuje OPW w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu;

2) **z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nim zawartych**

– w takim przypadku zamawiający przekazuje OPW w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Art. 187.

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

1. Uszczegółowienie, wyjaśnienie lub ulepszenie treści oferty.

Co do zasady zgodnie z brzmieniem art. 223 ust. 1 Pzp nie jest dopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą

negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem art. 187 i poprawienia w ofercie omyłek rachunkowych, pisarskich i innych omyłek. Art. 187 Pzp stanowi zatem wyjątek od tej zasady i dotyczy sytuacji, w której zamawiający w toku oceny i badania ofert może żądać od wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, uszczegółowienia, wyjaśnienia lub ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Jednakże przepis zastrzega, że nie jest dopuszczalne dokonywanie istotnych zmian w treści oferty czy też zmian wymagań, które zostały zwarte w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ. Uszczegółowienie bądź wyjaśnienie dotyczy przede wszystkim przypadku, gdy oferta złożona przez wykonawcę jest nieprecyzyjna w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Należy jednak pamiętać, że art. 187 Pzp pozwala na drobne, nieistotne zmiany oraz na przedstawienie dodatkowych informacji, o ile nie zmienią w istotny sposób treści oferty lub też nie doprowadzą do zmian w opisie potrzeb lub wymagań lub SWZ.

Art. 188.

Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców.

1. Negocjacje ostatecznych warunków umowy. Przepis art. 188 Pzp reguluje sytuację, w której przed wyborem najkorzystniejszej oferty

zamawiający może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, ostateczne warunki umowy. Przepis wskazuje na moment, w którym negocjacje mogą być prowadzone, tj. do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający negocjuje z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, tj. z wykonawcą, który uplasował się na najwyższej pozycji w rankingu ofert.

2. Warunki prowadzenia negocjacji ostatecznych warunków umowy. Warunkiem skorzystania z takiej możliwości jest to, że negocjacje te nie będą skutkowały:

1) istotnymi zmianami elementów oferty lub
2) zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu lub w OPW,
3) zakłóceniem konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

Oddział 6
Partnerstwo innowacyjne

Art. 189.

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego w przypadku zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, jeżeli nie są one dostępne na rynku.

2. Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza do składania ofert obejmujących prace badawczo-rozwojowe, których

celem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, a po ich opracowaniu dokonuje zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych, pod warunkiem że odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom, uzgodnionym między zamawiającym a wykonawcą lub wykonawcami.

1. Uwagi ogólne. Partnerstwo innowacyjne jest procedurą udzielania zamówień publicznych wprowadzoną wraz z implementacją do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektyw z 2014 r. Procedura ta posiada dwie charakterystyczne cechy. Po pierwsze, służy zakupowi produktów, usług i robót budowlanych, które w momencie inicjowania procedury nie istnieją na rynku. Po drugie, w ramach procedury prowadzonej w trybie partnerstwa innowacyjnego dokonuje się zarówno stworzenia przedmiotu zamówienia, jak i zakupienia jego komercyjnych ilości.

2. Przesłanka stosowania partnerstwa innowacyjnego. Pzp formułuje warunek wstępny zastosowania procedury partnerstwa innowacyjnego, którym jest niedostępność na rynku poszukiwanych przez zamawiającego produktów, usług lub robót budowlanych. W związku z takim warunkiem zamawiający będzie musiał dokonać uprzedniego rozeznania rynku dla stwierdzenia rzeczywistej niedostępności poszukiwanego produktu, usługi lub robót budowlanych. Taka uprzednia analiza rynku ma zapobiec potraktowaniu jako innowacji przedmiotu dostępnego na rynku oraz rozpoczynaniu rozbudowanej i długotrwałej procedury, jeśli dane rozwiązanie już funkcjonuje lub istnieją powody pozwalające sądzić, że w najbliższym czasie powstanie.

Wydaje się, że w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, dokonanie uprzedniego rozeznania rynku i wykazanie niedostępności pożądanego przedmiotu zamówienia

powinno zostać przeprowadzone w ramach analizy potrzeb i wymagań, do dokonania której zobowiązuje zamawiających nowy przepis artykułu 83 Pzp. Obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań nie dotyczy zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, stąd w takich przypadkach ustawodawca pozostawia zamawiającemu ustalenie sposobu rozeznania rynku i wykazania niedostępności pożądanego przedmiotu zamówienia.

Niedostępność pożądanego przedmiotu zamówienia powinna być rozwiązywana poprzez zastosowanie trybu partnerstwa innowacyjnego tylko w sytuacjach, gdy bezpośrednia i długotrwała współpraca pomiędzy zamawiającym i wykonawcą lub wykonawcami biorącymi w niej udział będzie uzasadniona. W związku z tym w ramach analizy potrzeb i wymagań zamawiający powinien również rozważyć możliwość zakupu innowacji za pośrednictwem alternatywnych do partnerstwa innowacyjnego trybów lub instrumentów. Takim instrumentem będzie np. zakup usług badawczych i rozwojowych poza Pzp w formule zamówienia przedkomercyjnego (czyli na podstawie wyłączenia przewidzianego w art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp) lub skorzystanie z innych niż partnerstwo innowacyjne trybów przewidzianych do zakupu rozwiązań innowacyjnych czy rozwiązań wymagających dostosowania do potrzeb zamawiającego, takich jak negocjacje z ogłoszeniem czy dialog konkurencyjny.

3. Etapy procedury prowadzonej w trybie partnerstwa innowacyjnego.

Procedura partnerstwa innowacyjnego jest dwuetapowa. W pierwszym etapie dokonuje się wyboru wykonawców dopuszczonych do udziału w procedurze, a w drugim – wyboru oferty lub ofert stanowiących podstawę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanego w trybie partnerstwa innowacyjnego.

Procedura ta obejmuje:

1) publikację ogłoszenia o zamówieniu w trybie partnerstwa innowacyjnego,
2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału przez zainteresowanych wykonawców,
3) zaproszenie do składania ofert wstępnych przez dopuszczonych wykonawców,
4) składanie przez wykonawców dopuszczonych do udziału ofert wstępnych,
5) prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z wykonawcami ich ofert wstępnych,
6) składanie przez wykonawców kolejnych ofert,
7) prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z wykonawcami ofert kolejnych,
8) zaproszenie do składania ofert ostatecznych obejmujących prace badawczo-rozwojowe, których celem jest opracowanie innowacji,
9) zakup innowacji po jej opracowaniu.

4. Prace badawczo rozwojowe. Z definicji partnerstwa innowacyjnego wynika, że oferty powinny obejmować prace badawczo-rozwojowe. Pojęcie prac badawczo-rozwojowych odnosi się do dwóch pojęć pochodzących z Prawa o szkolnictwie wyższym, tj. pojęcia badań i pojęcia prac rozwojowych. Prawo o szkolnictwie wyższym w art. 4 definiuje **badania naukowe** jako działalność obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne, oraz

2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Natomiast **prace rozwojowe** zdefiniowane są jako działalność obejmująca nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. Pomocniczo, w celu lepszego rozumienia pojęć „usługi badawcze" i „usługi rozwojowe", można odwołać się również do definicji prac badawczych i rozwojowych ujętych w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości[146]. Zgodnie z definicją prac badawczych, którą posłużono się w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości MSR 38 Wartości niematerialne, prace badawcze są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej (paragraf 8 MSR 38). Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,

[146] Załącznik do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3.11.2008 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE nr L 320 z 29.11.2008, str. 1).

3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług oraz
4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 56 MSR 38).

Zgodnie z definicją przyjętą w paragrafie 8 MSR 38 prace rozwojowe są praktycznym zastosowaniem odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce przed rozpoczęciem produkcji seryjnej lub zastosowaniem. Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż oraz
4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 59 MSR 38).

5. Specyfika szacowania wartości zamówienia. Etapy procedury prowadzonej w trybie partnerstwa innowacyjnego zostały selektywnie wskazane w definicji tego trybu. Istotną czynnością poprzedzającą wszczęcie procedury w trybie partnerstwa innowacyjnego jest szacowanie jego wartości. Czynność ta powinna nastąpić po stwierdzeniu

niedostępności przedmiotu zamówienia na rynku i korespondować z podjęciem decyzji o zasadności wszczęcia procedury w takim trybie. Szacowanie wartości partnerstwa innowacyjnego reguluje art. 31 Pzp, zgodnie z którym wartością partnerstwa innowacyjnego jest maksymalna wartość wszystkich działań w procesie badawczo-rozwojowym, które mają zostać przeprowadzone w ramach każdego z etapów planowanego partnerstwa, oraz wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa. Dodatkowo jeżeli w partnerstwie innowacyjnym zamawiający przewiduje nagrody, również ich wartość uwzględnia się w szacunkowej wartości zamówienia (art. 31 ust. 4 Pzp). Wydaje się, że dookreślenie wszystkich działań badawczo-rozwojowych składających się na realizację umowy, a następnie wyszacowanie ich wartości będzie zadaniem, które może domagać się zaadresowania w ramach wstępnych konsultacji rynkowych (zobacz art. 84 Pzp). Może też być elementem analizy potrzeb i wymagań.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 206 ust. 2 Pzp od wartości prac badawczo-rozwojowych uzależnia się wartość finalnych zakupów poprzez wymóg, że wartość zakupów musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania. Takie powiązanie wynika z tego, że tylko odpowiednia wielkość (skala) ostatecznych zakupów będzie uzasadniać poniesienie znaczących kosztów całej procedury i inwestycji związanych z wypracowaniem innowacji. Dlatego też szacowanie wartości partnerstwa innowacyjnego musi uwzględniać istnienie tego wprowadzonego przez ustawodawcę powiązania.

6. Cechy odróżniające partnerstwo innowacyjne od innych trybów ustawowych. Partnerstwo innowacyjne służy zakupowi produktów, usług i robót budowlanych, które w momencie inicjowania procedury

nie istnieją na rynku. W ramach realizacji umowy zawartej w wyniku partnerstwa innowacyjnego dokonuje się dwóch procesów: zarówno stworzenia przedmiotu zamówienia, jak i zakupienia jego komercyjnych ilości. Współpraca zamawiającego z wykonawcą lub wykonawcami w ramach realizacji umowy ma długotrwały charakter i obejmuje aktywny udział zamawiającego w trakcie opracowywania innowacji. Jeśli zamawiający zawrze umowy z kilkoma partnerami i kilku z nich wypracuje adekwatne do potrzeb zamawiającego rozwiązanie, zamawiający może nabyć różne rozwiązania od kilku partnerów (o ile taka możliwość została uprzednio przewidziana).

Art. 190.

1. Zamawiający może podjąć decyzję o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego z jednym partnerem lub kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne prace badawczo-rozwojowe, w szczególności w celu zapobieżenia ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji.

2. Ilekroć w niniejszym oddziale jest mowa o partnerze, należy przez to rozumieć wykonawcę, który zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, przedmiotem której jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego.

1. Partner. Art. 190 ust. 2 definiuje partnera jako wykonawcę – stronę umowy, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego. Partner to zatem wykonawca wybrany zgodnie z przepisami Pzp do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanego w trybie partnerstwa innowacyjnego. Wykonawcy często działają wspólnie – w formie konsorcjum – co w przypadku partnerstw innowacyjnych wydaje się szczególnie zasadne, ponieważ wykonawca musi być w stanie z jednej strony przeprowadzić prace badawczo-rozwojowe, a z drugiej strony

zapewnić produkcję na skalę przemysłową i rzadko się zdarza, aby jeden podmiot łączył obie te zdolności w niezbędnym na potrzeby partnerstwa innowacyjnego wymiarze.

2. Kilku partnerów. W przypadku gdy zamawiający wybrał kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców, zawiera umowy w sprawie zamówienia publicznego z kilkoma partnerami. Wydaje się, że partnerstwo z kilkoma partnerami ma nie tylko zapobiegać ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji, ale również tę konkurencję stymulować. Zawarcie umów z kilkoma wykonawcami, którzy równolegle będą prowadzić prace badawczo-rozwojowe, zwiększa szanse na ostateczny sukces takich prac i stworzenie oczekiwanego prototypu lub protoptypów. Umowy z kilkoma wykonawcami pozwalają na wypracowanie kilku rozwiązań, spośród których zamawiający będzie mógł wybrać rozwiązanie najbardziej satysfakcjonujące (np. najbardziej efektywne kosztowo). W przypadku gdy spośród wypracowanych rozwiązań kilka spełni oczekiwania zamawiającego, może on dokonać zakupu od kilku wykonawców. Wszystkie te możliwości zamawiający musi jednak uprzednio uwzględnić w dokumentacji postępowania, a przede wszystkim już na początku przesądzić, czy planuje zawrzeć umowę, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego z jednym czy z kilkoma wykonawcami. Następuje to już na etapie formułowania OPW, gdzie zamawiający przesądza, czy ustanowi partnerstwo innowacyjne z jednym, czy z wieloma partnerami, jak również określa zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów.

Art. 191.

1. Zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania dotyczącego opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót

budowlanych oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do opisu potrzeb i wymagań od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się.

1. Wymóg OPW. W przypadku partnerstwa innowacyjnego, tak jak w przypadku innych procedur o niedoprecyzowanym przedmiocie zamówienia i elemencie negocjacji, zamawiający sporządza OPW, który w tej procedurze ma przybliżyć charakter i zakres oczekiwanej innowacji oraz wskazać wymagania formalno-proceduralne. OPW musi być dostępne na stronie internetowej przez cały okres od upublicznienia procedury do udzielenia zamówienia. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie ze względów wskazanych w art. 133 ust. 2 w powiązaniu z art. 65 ust. 1 (odstąpienie od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), przekazuje informacje w inny sposób określony uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu. Podobnie w przypadku informacji poufnych (art. 133 ust. 3), zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do informacji poufnych zawartych w OPW oraz wymagania związane z ich ochroną.

W tym kontekście warto zauważyć, że w trakcie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego zamawiający sporządza OPW na potrzeby wszczęcia procedury (art. 192 ust. 1 Pzp), a następnie doprecyzowuje w wyniku prowadzonych negocjacji (art. 202 ust. 1 Pzp). OPW w wersji zweryfikowanej staje się podstawą wyboru finalnych ofert (partnerów) i zastępuje SWZ, która w trybie partnerstwa

innowacyjnego nie występuje. Sporządzenie OPW zamiast SWZ podyktowane zostało charakterem procedury partnerstwa innowacyjnego – zawarcie umowy będącej efektem przeprowadzenia postępowania w tym trybie nie jest tożsame z dokonaniem zakupu na podstawie precyzyjnej specyfikacji, co ma miejsce w innych procedurach. Podczas gdy warunki zakupu powinny zostać przesądzone w umowie, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego (czasami w sposób bardziej ogólny), samo dostarczenie przedmiotu zamówienia nastąpi dopiero po jego wypracowaniu.

Art. 192.

1. Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 156 ust. 1 pkt 1–6, 9–16 i 19, oraz może zawierać informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 1–9 i 11–17.

2. Opis potrzeb i wymagań zawiera również:

1) określenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, które nie może zostać zaspokojone przez zakup produktów, usług lub robót budowlanych już dostępnych na rynku;

2) informację, które elementy opisu potrzeb i wymagań stanowią minimalne wymagania, niepodlegające negocjacjom, jakie muszą spełniać wszystkie oferty;

3) minimalne wymagania, jakie muszą spełniać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość złożenia ofert wariantowych;

4) informację o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego tylko z jednym partnerem lub możliwość jego ustanowienia z wieloma partnerami;

5) zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów;

6) kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na etapie wszczęcia postępowania, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;

7) informacje o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas negocjacji przedstawili propozycję innowacyjnych rozwiązań w zakresie przedmiotu zamówienia, jeżeli je przewiduje;

8) informację o wypłacie wynagrodzenia w częściach.

3. Informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań formułuje się w sposób wystarczająco precyzyjny, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania oraz podjęcie decyzji o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. Do wyjaśnień treści opisu potrzeb i wymagań w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136, art. 137 ust. 1–6 oraz art. 143 ust. 2, 3 i 5.

5. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmienić treść opisu potrzeb i wymagań. Przepisy art. 143 ust. 4 i 5 stosuje się odpowiednio.

1. Zakres OPW. W ramach art. 192 skumulowano obligatoryjne i fakultatywne informacje składające się na OPW, służący zainicjowaniu procedury w trybie partnerstwa innowacyjnego. Informacje te można podzielić na trzy kategorie: informacje obligatoryjne podstawowe, informacje obligatoryjne dodatkowe oraz informacje fakultatywne.

2. Informacje obligatoryjne podstawowe. Podstawowe informacje obligatoryjne zostały określone na bazie OPW dla procedury negocjacji z ogłoszeniem. Obejmują one większość ze wskazanych dla negocjacji z ogłoszeniem wymagań informacyjnych (art. 156 ust. 1 pkt 1–6, 9–16 i 19 Pzp) i mają uniwersalny charakter, typowy dla większości procedur. Obejmują one:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) tryb udzielenia zamówienia,
4) określenie przedmiotu zamówienia,
5) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia,
6) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną,
7) obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
8) informację o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych,
9) informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami,

wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej,

10) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji uprawniających do odstąpienia od tej formy komunikacji (określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69 Pzp),
11) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
12) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
13) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
14) sposób informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
15) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

3. Informacje obligatoryjne dodatkowe. Informacje obligatoryjne dodatkowe zostały wskazane w art. 192 ust. 2 Pzp. Wskazane tu wymagania informacyjne są charakterystyczne wyłącznie dla partnerstwa innowacyjnego lub w przypadku partnerstwa będą miały szczególne znaczenie. Do najważniejszych z nich należy określenie zapotrzebowania na innowację, które zastępuje sporządzenie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, jak również określenie kryteriów oceny ofert i raczej ich kolejności niż wag, ponieważ jak wydaje się na tym etapie postępowania zamawiający najprawdopodobniej rzadko będzie w stanie precyzyjnie określić wagę poszczególnych kryteriów. Na etapie formułowania OPW zamawiający musi również przesądzić, czy ustanowi partnerstwo innowacyjne

z jednym, czy z wieloma partnerami, jak również określić zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów. Ważnym rozwiązaniem wprowadzonym do partnerstwa innowacyjnego jest możliwość nagradzania wykonawców. I właśnie w ramach formułowania OPW zamawiający informuje o wysokości nagród dla wykonawców, jeżeli przewiduje ich przyznawanie za pomysły innowacyjnych rozwiązań.

4. Informacje fakultatywne. Zgodnie z art. 192 ust. 1 Pzp OPW może zawierać informacje stanowiące wybrane elementy SWZ dla przetargu nieograniczonego, w zależności od tego, z jakich rozwiązań proceduralnych zamawiający będzie korzystał (np. fakultatywne przesłanki wykluczenia, podział zamówienia na części, warianty, wadium i inne). Informacje takie mogą obejmować:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje,
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne

warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie,

7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
8) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp (polegające na powtórzeniu – odpowiednio – usług lub robót budowlanych lub dodatkowych dostaw), jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
10) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
11) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
12) wymagania w zakresie zatrudnienia osób społecznie marginalizowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, tj. mających status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz innych wykonawców, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna

i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

14) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp.

5. Wystarczająca precyzja OPW. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 3 Pzp informacje zawarte w OPW formułuje się w sposób wystarczająco precyzyjny, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania oraz podjęcie decyzji o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepis ten uszczegóławia treść art. 191 ust. 1 Pzp, w którym mowa o tym, że zamawiający sporządza OPW w celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania dotyczącego opracowania innowacji. Wymóg „wystarczającej precyzji" będzie należało połączyć z koniecznością stworzenia pewnej bardziej ogólnej idei skoncentrowanej na potrzebach zamawiającego. O ile zamawiający powinien być precyzyjny w określaniu swoich potrzeb, o tyle nie powinien szczegółowo sugerować, jaki charakter techniczny czy technologiczny powinno mieć rozwiązanie służące ich zaspokojeniu. To ostatnie należy pozostawić potencjalnym wykonawcom. OPW powinien z jednej strony pozwolić ustalić, co jest przedmiotem zamówienia, a z drugiej pozwalać wykonawcom na swobodę w proponowaniu innowacyjnych pomysłów i rozwiązań. Jednocześnie sposób sformułowania OPW powinien zapewnić porównywalność ofert na potrzeby ich oceny.

6. Wyjaśnianie treści OPW. Do wyjaśnień treści OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mają zastosowanie wybrane przepisy procedury przetargu nieograniczonego i ograniczonego. Oznacza to, że wykonawca może zwrócić się

do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści OPW. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bez ujawniania źródła zapytania. W przypadku gdy zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej z powodu odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej (art. 133 ust. 2 w związku z art. 65 ust. 1 Pzp), przekazuje ją w inny sposób określony w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części OPW na stronie internetowej z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w OPW (art. 133 ust. 3 Pzp), określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Ponadto zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW, udostępniając na stronie internetowej postępowania informację o terminie zebrania. Zamawiający sporządza informację ze zgłoszonymi na zebraniu pytaniami oraz odpowiedziami na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść OPW. Dokonaną zmianę treści OPW zamawiający udostępnia na stronie internetowej postępowania. Jeżeli zmiana dotyczy części OPW, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 133 ust. 2 i 3), dokonaną zmianę treści OPW przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku gdy zmiana treści OPW prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. W takim przypadku udostępnienie zmiany treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed

publikacją ogłoszenia przekazanego UPUE, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia. W przypadku gdy zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty.
Jeżeli wyjaśnienia treści OPW są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków, w przypadku gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści OPW wpłynął do zamawiającego nie później niż na 14 dni, a w przypadku pilnej potrzeby, na 7 dni przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).
W zakresie zasad ustalania terminów na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści OPW, który zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, i terminu na udzielenie wyjaśnień przez zamawiającego zastosowanie znajdzie art. 135 Pzp (zob. komentarz do art. 135 Pzp).
Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień we wskazanych terminach, przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia tych wniosków. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści OPW.

W przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

7. Zmiana treści OPW. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmienić treść OPW. W takiej sytuacji zastosowanie mają wybrane przepisy procedury przetargu ograniczonego:

1) niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści OPW po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu,
2) w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

Art. 193.

1. Zamawiający, określając spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, uwzględnia w szczególności zdolności wykonawców w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych.

2. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. Przepisy art. 159 i art. 160 stosuje się.

1. Zdolności wykonawców do tworzenia i wdrażania innowacji. W odniesieniu do warunków udziału w procedurze partnerstwa innowacyjnego wskazuje się szczególnie na zdolności wykonawców do tworzenia i wdrażania innowacji. Zdolności takie będą dookreślone szczególnie w warunkach dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz w warunkach dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp). Warunki takie należy sformułować w taki sposób, aby umożliwiły ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia – czyli zarówno stworzenia samej innowacji, jak i jej wdrożenia poprzez wyprodukowanie gotowych do wykorzystania znaczących ilości komercyjnie pożądanych produktów, usług lub robót budowlanych do wykorzystania przez samego zamawiającego lub odpowiednie podmioty. Warunki takie powinny być ustalane jako minimalne poziomy zdolności (art. 112 ust. 1 Pzp). Możliwe jest również określenie innych warunków udziału w procedurze partnerstwa innowacyjnego – podczas gdy zdolność wykonawców do tworzenia i wdrażania innowacji wskazano jako szczególnie istotną do uwzględnienia, należy podkreślić, że nie wyczerpuje ona kwestii warunków udziału w postępowaniu. Warunki takie mogą obejmować szereg innych kwestii i podlegać adekwatnej weryfikacji zamawiającego.

2. Warunek sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej lub finansowej właściwe będzie wymaganie spełnienia warunków pozwalających przede wszystkim na wdrożenie innowacji poprzez uruchomienie linii produkcji komercyjnej znacznych ilości przedmiotu zamówienia (por. art. 115 ust. 1 Pzp).

3. Warunek zdolności technicznej lub zawodowej. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z art. 116 Pzp, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, które umożliwiają realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością. W tym kontekście zasadne wydaje się wymaganie wskazania konkretnych osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia z podaniem informacji dotyczących zdolności tych osób w zakresie tworzenia i wdrażania innowacji. Jak wskazano wyżej, wymagania te należy wyrazić jako minimalne poziomy zdolności. Wymagania te mogą obejmować informacje dotyczące wykształcenia adekwatnego do pracy składającej się na realizację zamówienia; doświadczenia w prowadzeniu indywidualnych lub wspólnych prac badawczo-rozwojowo-innowacyjnych, w tym np. tworzenia prototypów; wykonywania ról, zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji w ramach samego procesu badawczo-rozwojowego lub zarządzania takim procesem (np. badacz, researcher, kierownik sekcji badawczej, kierownik projektu badawczego); doświadczenia w kierowaniu pracami zespołów badawczych; przykładów dotychczas wypracowanych innowacji zakończonych pełnym wdrożeniem; posiadanych patentów; posiadania publikacji naukowych w określonej rangi czasopismach w danej lub pokrewnych dziedzinach. Wśród wymagań o charakterze technicznym znaleźć mogą się wymagania dotyczące posiadania określonych narzędzi, sprzętu, urządzeń, rozwiązań technologicznych pozwalających zarówno na prowadzenie prac badawczo-rozwojowo-innowacyjnych, jak również tych pozwalających na produkcję komercyjną. Ponadto zasada proporcjonalności wymaga uwzględnienia zdolności podmiotów nieposiadających dużego doświadczenia, ale

zdolnych do opracowywania nowatorskich rozwiązań, takich jak np. startupy.

4. Selekcja wykonawców. W odniesieniu do art. 193 ust. 2 Pzp wydaje się, że zdolność do tworzenia i wdrażania innowacji powinna być również podstawą ewentualnej selekcji wykonawców. Wskazane powyżej warunki mogą bowiem stać się bazą dla opracowania kryteriów selekcji. W toku selekcji zamawiający może ograniczyć liczbę potencjalnych wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych pod warunkiem, że ich liczba będzie wystarczająca dla zapewnienia konkurencji i nie mniejsza niż 3 (art. 159 Pzp). W takiej sytuacji zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW kryteria selekcji, które zamierza stosować i podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych. Może również wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wstępnych zakwalifikowanych (wyselekcjonowanych) wykonawców, a jeżeli ich liczba jest mniejsza niż przewidziana, może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert wstępnych tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie zgodnie z art. 258 ust. 1 Pzp.

Art. 194.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2. Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy art. 145, art. 146 ust. 1, art. 147 i art. 158 ust. 3.

1. Wnioski o dopuszczenie do udziału – termin. Minimum 30-dniowy termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w procedurze jest taki sam jak dla wszystkich procedur dwuetapowych przy zamówieniach klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

2. Zastosowanie innych przepisów. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie partnerstwa innowacyjnego mają zastosowanie wskazane przepisy odnoszące się do przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z nimi:

1) wniosków nie można otwierać przed upływem terminu na ich składanie,
2) odrzuca się wnioski złożone po terminie, złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, wykonawcę niespełniającego warunków udziału, wykonawcę, który nie złożył w terminie JEDZ lub podmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów albo oświadczeń,
3) odrzuca się wnioski niezgodne z Pzp, nieważne na podstawie innych przepisów, nieadekwatne do wymogów zamawiającego dotyczących komunikacji elektronicznej,
4) o wynikach oceny wniosków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy je złożyli, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
5) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert wstępnych uznaje się za odrzucony.

Art. 195.

1. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wstępnych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego, zgodnie z art. 159. Przepisy art. 258 stosuje się.

2. Zaproszenie do składania ofert wstępnych zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 161 ust. 1.

3. W zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje również kryteria oceny ofert wraz z podaniem ich wag, a jeżeli przypisanie wag nie jest, z obiektywnych przyczyn, możliwe na tym etapie postępowania, wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

4. Jeżeli część opisu potrzeb i wymagań nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych nieudostępnioną część opisu potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści tej części opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

1. Składanie ofert wstępnych. Zaproszenie do składania ofert wstępnych zawiera te same elementy jak takie zaproszenie w procedurze negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z art. 195 ust. 3 Pzp w zaproszeniu do składania ofert wstępnych zamawiający wskazuje kryteria oceny i ich wagi lub – jeśli to niemożliwe – tylko ich kolejność. Na potrzeby zaproszenia do składania

ofert wstępnych zamawiający powtarza kryteria i ich wagi lub kolejność, które zostały już określone w OPW zgodnie z art. 192 ust. 2 pkt 6 Pzp. Nie jest zasadne formułowanie na tym etapie innych kryteriów, wag lub kolejności kryteriów niż te wskazane w ramach OPW. Zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych również część OPW nieudostępnioną na stronie postępowania z powodu odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej (art. 133 ust. 2 w związku z art. 65 ust. 1 Pzp) oraz z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w OPW (art. 133 ust. 3 Pzp). Udostępniane są również ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści tej części OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z prowadzonym postępowaniem.

Art. 196.

Termin składania ofert wstępnych nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert wstępnych.

1. Termin składania ofert wstępnych. Minimum 30-dniowy termin na składanie ofert wstępnych jest taki sam jak dla wszystkich procedur dwuetapowych.

Art. 197.

1. Do badania i oceny ofert wstępnych oraz kolejnych ofert składanych na etapie negocjacji odpowiednio stosuje się przepisy art. 218, art. 219, art. 221, art. 222 ust. 1–3, 5 i 6, art. 223 oraz art. 226 ust. 1 pkt 1–7, 9, 15 i 16, z tym że zamawiający odrzuca ofertę wstępną oraz kolejne oferty składane na etapie negocjacji, które nie spełniają minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego.

2. Zamawiający jednocześnie zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu oraz miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji.

1. Badanie i ocena ofert wstępnych. Badanie i ocena ofert w procedurze partnerstwa innowacyjnego przebiegają według ogólnych zasad przewidzianych przez Pzp dla tych etapów w dziale II rozdziały 4 i 5, z pominięciem niektórych przepisów, które są nieadekwatne dla partnerstwa innowacyjnego. Zastosowania nie będą mieć przepisy dotyczące związania ofertą, w tym przewidziane terminy związania. Zamawiający nie musi udostępniać na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4). Nie ma również obowiązku badania rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 224) – w przypadku innowacji rozpiętość cenowa lub kosztowa może być bowiem znaczna. Nie ma zastosowania art. 225 dotyczący dodatkowego obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego.

2. Odrzucanie ofert składanych na etapie negocjacji. Zamawiający odrzuca ofertę wstępną oraz kolejne oferty składane na etapie negocjacji, które nie spełniają minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego.

3. Zaproszenie do negocjacji. Dla zachowania zasad równego traktowania i transparencji zamawiający ma obowiązek jednocześnie zaprosić do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. W ramach zaproszenia zamawiający wskazuje numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu (zawierającego lub odsyłającego do większej ilości szczegółów dotyczących zamówienia), miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji.

Art. 198.

Zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Przepis art. 163 ust. 4 stosuje się.

1. Podział negocjacji na etapy. Podobnie jak w procedurze negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW, jeśli skorzystanie z tej możliwości uprzednio przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi nadal zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jak określono w przepisie – celem podziału negocjacji na etapy jest selekcja ofert. Kolejne etapy negocjacji powinny sprzyjać wyłanianiu spośród wielu ofert prezentujących wiele różnych koncepcji tych rozwiązań, które będą najbliższe oczekiwaniom zamawiającego i najkorzystniejsze pod kątem określonych przez niego kryteriów i warunków.

Art. 199.

Negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań.

1. Minimalne wymagania. Tak jak w przypadku innych procedur negocjacyjnych, negocjacje prowadzone w trybie partnerstwa innowacyjnego nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań i kryteriów oceny ofert. W przypadku zakupu innowacyjnego przedmiotu zamówienia minimalne wymagania, jak i kryteria oceny ofert nabierają szczególnego znaczenia. Przez minimalne wymagania należy rozumieć takie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji

zamówienia, które muszą spełnić wszystkie oferty. Minimalne wymagania w przypadku partnerstwa innowacyjnego będą stanowiły istotę OPW zastępującego opis przedmiotu zamówienia. Zmiana takich warunków byłaby porównywalna do niedopuszczalnej zmiany przedmiotu zamówienia w trakcie trwania procedury przetargowej.

Przy braku możliwości odniesienia się do konkretnego czy typowego produktu, usługi lub roboty budowlanej zamawiający najprawdopodobniej opisze minimalne wymagania poprzez odniesienie do wymagań funkcjonalnych i wydajnościowych, które przedmiot zamówienia powinien spełniać. Będą one stanowić o istocie innowacji, która ma zostać wypracowana w ramach realizacji umowy, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego. W przypadku partnerstwa innowacyjnego minimalne wymagania co do nieistniejącego przedmiotu zamówienia, w tym wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, będą zarazem w praktyce przekraczać wymagania maksymalne, jakie może w danej chwili zaoferować rynek w dziedzinie (obszarze), w której rozwijana będzie innowacja. Minimalne wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia muszą pozostać niezmienione przez cały okres trwania procedury i w związku z tym powinny być w ten sam sposób ujęte w OPW. Wszystkie oferty składane w trakcie procedury (wstępne, kolejne, ostateczne) nie mogą zejść poniżej minimalnych wymagań.

2. Kryteria oceny ofert. Zmianie nie mogą również ulec kryteria oceny ofert. Na etapie prowadzonych negocjacji (w oparciu o wstępnie sporządzony OPW) mogą mieć one formę uszeregowania od najważniejszego do najmniej ważnego bez konieczności precyzowania wag poszczególnych kryteriów. Natomiast w ramach formułowania doprecyzowanego OPW kryteriom należy przypisać konkretną wagę.

Art. 200.

Do negocjacji oferty wstępnej oraz ofert składanych w trakcie negocjacji stosuje się przepisy art. 165 i art. 166.

1. Negocjacje ofert. Negocjacje ofert w trybie partnerstwa innowacyjnego przebiegają zgodnie z przepisami dotyczącymi trybu negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z nimi zamawiający:

1) zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców,
2) nie udziela informacji w sposób zapewniający przewagę niektórym wykonawcom,
3) informuje równocześnie wszystkich wykonawców o wynikach kwalifikacji ofert do kolejnego etapu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
4) informuje zakwalifikowanych do kolejnych etapów o wszelkich zmianach mających wpływ na treść ofert, w szczególności o zmianach związanych z opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót lub usług, stanowiących przedmiot zamówienia, warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert.

2. Poufność ofert i negocjacji. Treść oferty wstępnej, ofert składanych w trakcie negocjacji oraz negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, a zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem. Zamawiający udostępnia oferty wraz z załącznikami, od dnia otwarcia ofert ostatecznych, a jeżeli udziela zamówienia na podstawie ofert wstępnych – od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 201.

W przypadku gdy zamawiający zamierza zakończyć etap negocjacji, informuje o tym równocześnie wszystkich pozostałych wykonawców.

1. Informacja o zamiarze zakończenia negocjacji. Planując zakończyć dany etap negocjacji (w tym ostatni etap zamykający całość prowadzonych negocjacji), zamawiający ma obowiązek równoczesnego poinformowania o tym wszystkich uczestniczących w nim wykonawców, co stanowi praktyczną realizację zasady równego traktowania.

Art. 202.

1. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, który stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań udostępnianym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

2. Opis potrzeb i wymagań, o którym mowa w ust. 1, zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 156 ust. 1 pkt 1–6, 11–13 i 19, oraz zawiera również informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2–10 i 12–18.

3. Opis potrzeb i wymagań, o którym mowa w ust. 1, zawiera również:

1) **opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich wag;**
2) **informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert;**

3) informacje o etapach partnerstwa innowacyjnego, celach do osiągnięcia po każdym z nich oraz celach pośrednich, które mają osiągnąć partnerzy;

4) informację o możliwości zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie oraz warunki skorzystania z tych możliwości, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość;

5) obiektywne kryteria wyboru najkorzystniejszego opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych będącego wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje ustanowienie partnerstwa innowacyjnego z wieloma partnerami;

6) zasady, na jakich nastąpi zakup dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje zakup dostaw, usług lub robót budowlanych od wielu partnerów;

7) rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej.

1. Doprecyzowanie OPW. Jak wskazano wyżej, w trakcie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego zamawiający sporządza OPW na potrzeby prowadzenia negocjacji, który po zakończeniu negocjacji podlega doprecyzowaniu i uzupełnieniu w zakresie, w jakim podlegał negocjacjom. Informacje składające się na doprecyzowany OPW można podzielić na dwie kategorie: informacje obligatoryjne podstawowe oraz informacje obligatoryjne dodatkowe.

2. Informacje obligatoryjne podstawowe (określone na bazie wybranych informacji OPW dla procedury negocjacji z ogłoszeniem, tj. art. 156 ust. 1 pkt 1–6, 11–13 i 19 Pzp) obejmują:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której udostępnione zostaną zmiany i wyjaśnienia treści opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) tryb udzielenia zamówienia,
4) określenie przedmiotu zamówienia,
5) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia,
6) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną,
7) informację o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, wraz z informacją o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej,
8) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69 Pzp,
9) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
10) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

3. Informacje obligatoryjne dodatkowe (stanowiące wybrane elementy SWZ dla przetargu nieograniczonego, tj. art. 134 ust. 2 pkt 2–10 i 12–18 Pzp) obejmują:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (zamówienia powtarzające się, zamówienia dodatkowe),
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych

do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,

9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,

10) jak również informacje obligatoryjne dodatkowe bezpośrednio wskazane w art. 202 Pzp, tj.:

   a. opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich wag (na tym etapie zamawiający obowiązkowo dookreśla wagi dla kryteriów wyboru ofert, podczas gdy na etapie poprzedzającym negocjacje możliwe było wskazanie jedynie ich kolejności),

   b. informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich podmiotowych środków dowodowych na etapie składania ofert,

   c. informacje o etapach partnerstwa innowacyjnego, celach do osiągnięcia po każdym z nich oraz celach pośrednich, które mają osiągnąć partnerzy (co jest równoznaczne z przesądzeniem sposobu zorganizowania etapu realizacji umowy),

   d. informację o możliwości zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie oraz warunki skorzystania z tych możliwości, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość,

   e. obiektywne kryteria wyboru najkorzystniejszego opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych będącego wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach

partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje ustanowienie partnerstwa innowacyjnego z wieloma partnerami,

f. zasady, na jakich nastąpi zakup dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje zakup dostaw, usług lub robót budowlanych od wielu partnerów (w przypadku zakupu wypracowanej innowacji od wielu partnerów zasady zakupu może określić np. umowa ramowa zawarta między zamawiającym a partnerami, którzy równolegle wypracowali satysfakcjonującą zamawiającego innowację),
g. rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej.

W uszczegółowionym OPW zwiększa się zakres wymaganych informacji obligatoryjnych, które po etapie negocjacji powinny być łatwiejsze do dookreślenia dla zamawiającego. OPW w zaktualizowanej wersji staje się najistotniejszym dokumentem postępowania odpowiadającym SWZ w innych procedurach. Stanowi on podstawę dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (ofert), czyli wyboru partnera (partnerów), który zrealizuje umowę w sprawie zamówienia publicznego, jest również źródłem informacji o szczegółach realizacji takiej umowy.

Art. 203.

1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje i którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych etapach.

2. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) adres strony internetowej, na której jest dostępny opis potrzeb i wymagań, o którym mowa w art. 202, oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) sposób i termin składania ofert oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, a także termin otwarcia ofert.

3. Jeżeli część opisu potrzeb i wymagań, o którym mowa w art. 202, nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 133 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert nieudostępnioną część opisu potrzeb i wymagań, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

4. Do wyjaśnień i zmian treści opisu potrzeb i wymagań, o którym mowa w art. 202, odpowiednio stosuje się przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4.

1. Wykonawcy składający oferty ostateczne. Treść art. 203 ust. 1 odnosi się do wykonawców, którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych jego etapach, czyli zostali zakwalifikowani do udziału w postępowaniu, przeszli ewentualną selekcję wykonawców (jeżeli zamawiający ją przewidział), a następnie ich oferty na etapie prowadzonych negocjacji nie zostały odrzucone jako niesatysfakcjonujące zamawiającego w porównaniu z innymi ofertami. Gdy zamawiający

zdecyduje o zakończeniu negocjacji, tacy wykonawcy zostają zaproszeni do złożenia ofert ostatecznych.

2. Zaproszenie do składanie ofert. Przepis art. 203 Pzp wskazuje również na zawartość zaproszenia do składania ofert ostatecznych. Zaproszenie powinno zawierać przede wszystkim adres strony internetowej, na której zamieszczono OPW, który będzie podstawą opracowania ofert ostatecznych. Oprócz sposobu i terminu składania ofert, terminu ich otwarcia w ramach zaproszenia, zamawiający wskazuje również język lub języki, w jakich oferty ostateczne powinny być sporządzone – w przypadku skali inwestycji, jakimi są partnerstwa innowacyjne, bardzo prawdopodobne, że zamawiający w uzasadnionych przypadkach będą decydować się na prowadzenie postępowania, a szczególnie złożenie ofert ostatecznych, w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym (por. art. 20 Pzp).

Zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert również część OPW nieudostępnioną na stronie postępowania z powodu odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej (art. 133 ust. 2 w związku z art. 65 ust. 1 Pzp) oraz z powodu ochrony poufnego charakteru informacji zawartych w OPW (art. 133 ust. 3 Pzp). Udostępniane są również inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z prowadzonym postępowaniem.

Art. 204.

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

2. Zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców.

1. Najlepsza relacja jakości do ceny lub kosztu. W art. 204 ust. 1 Pzp przesądzono, że w procedurze partnerstwa innowacyjnego wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje się wyłącznie na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny lub kosztu. Oznacza to, że cena lub koszt nie mogą być jedynymi kryteriami wyboru oferty, a zamawiający ma obowiązek zastosowania kryteriów jakościowych. Wymaganie takie wydaje się uzasadnione, biorąc pod uwagę fakt nieistnienia przedmiotu zamówienia, specyfikę opisu takiego przedmiotu, konieczność prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, charakter konkurencji pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu czy rodzaj współpracy, która na długi okres połączy zamawiającego z partnerami realizującymi umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zawarty w niniejszym artykule wymóg wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny lub kosztu jest spójny z przepisem artykułu 243, który stwierdza, że w postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejsza oferta jest wybierana wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych.

2. Kryteria jakościowe. Spośród przykładowych kryteriów jakościowych wskazanych w Pzp (art. 242 ust. 2 Pzp) niektóre będą mieć szczególne znaczenie w przypadku partnerstwa innowacyjnego. Należą do nich:

1) kryterium jakości, w tym parametry techniczne i właściwości funkcjonalne,
2) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia,
3) aspekty innowacyjne,

4) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Możliwość dodatkowego premiowania ofert, które osiągają wysokie pułapy jakościowe, na które składają się m.in. parametry techniczne i właściwości funkcjonalne, stanowi zasadniczy aspekt pozwalający osiągnąć innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia. Strategicznie wspierane ekoinnowacje, innowacje klimatyczne i różnego rodzaju rozwiązania prośrodowiskowe poszukujące nowych rozwiązań kryzysu środowiskowego często są przedmiotem partnerstw innowacyjnych i mogą być skutecznie realizowane za pośrednictwem środowiskowych kryteriów oceny ofert, również tych odnoszących się do kosztów cyklu życia. Z kolei szeroko rozumiane aspekty innowacyjne pozwalają na doszczegółowienie adekwatnie do specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia na innowacje poszczególnych elementów takiego zamówienia. Szczególną możliwością jest również premiowanie w ramach kryteriów oceny ofert kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, które wykraczają poza warunki udziału w postępowaniu czy kryteria selekcji.

3. Wybór kilku ofert złożonych przez kilku wykonawców. Zgodnie z art. 204 ust. 2 Pzp zamawiający ma możliwość wybrania kilku ofert złożonych przez kilku wykonawców tylko w sytuacji, jeżeli uprzednio podjął decyzję o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne prace badawczo-rozwojowe i wskazał na taką możliwość w treści ogłoszenia o zamówieniu i w OPW, a także określił w nich zasady dokonania takiego wyboru.

Art. 205.

1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, z jednym partnerem, a w przypadku, o którym mowa w art. 190 ust. 1, zawiera umowy z kilkoma partnerami.

2. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, zawiera co najmniej postanowienia dotyczące spraw, o których mowa w art. 192 ust. 2 pkt 1, 2, 4 i 8 oraz art. 202 ust. 3 pkt 3–6.

1. Zawarcie umowy. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanego w trybie partnerstwa innowacyjnego kończy postępowanie (art. 254 pkt 1 Pzp). Do umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanego w trybie partnerstwa innowacyjnego zastosowanie mają ogólne przepisy Pzp dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych oraz przepisy, do których w tym zakresie Pzp odsyła. Jeżeli zamawiający podjął decyzję o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne prace badawczo-rozwojowe, zawiera umowy z kilkoma partnerami. Taka sytuacja oznacza, że w tym samym czasie realizowanych jest równolegle kilka umów w sprawie zamówienia publicznego. W realizację każdej z nich zaangażowany jest zamawiający, współpracując z poszczególnymi partnerami nad wypracowywanymi innowacjami. Realizacja każdej umowy (każdego ustanowionego partnerstwa) może prowadzić do stworzenia innowacji.

2. Minimalny zakres umowy. W art. 205 ust. 2 Pzp wymieniono minimalne wymagania co do zakresu umowy, bazując na najważniejszych wymaganiach, które wcześniej składały się na OPW. Umowa taka powinna co najmniej zawierać:

1) określenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, które nie może zostać zaspokojone przez zakup produktów, usług lub robót budowlanych już dostępnych na rynku,
2) informację, które elementy opisu potrzeb i wymagań stanowią minimalne wymagania, niepodlegające negocjacjom, jakie muszą spełniać wszystkie oferty,
3) informację o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego tylko z jednym partnerem lub możliwość jego ustanowienia z wieloma partnerami,
4) informację o wypłacie wynagrodzenia w częściach,
5) informacje o etapach partnerstwa innowacyjnego, celach do osiągnięcia po każdym z nich oraz celach pośrednich, które mają osiągnąć partnerzy,
6) informację o możliwości zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie oraz warunki skorzystania z tych możliwości, jeżeli zamawiający przewiduje taką możliwość,
7) obiektywne kryteria wyboru najkorzystniejszego opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych będącego wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje ustanowienie partnerstwa innowacyjnego z wieloma partnerami,
8) zasady, na jakich nastąpi zakup dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem prac badawczo-rozwojowych, powstałych w ramach partnerstwa innowacyjnego, jeżeli zamawiający przewiduje zakup dostaw, usług lub robót budowlanych od wielu partnerów.

Art. 206.

1. Partnerstwo innowacyjne składa się z etapów odpowiadających kolejności działań w procesie badawczo-rozwojowym, w szczególności może obejmować opracowanie prototypów oraz wytworzenie produktów, świadczenie usług lub ukończenie robót budowlanych.

2. Zamawiający zapewnia, aby struktura partnerstwa innowacyjnego, w szczególności okres obowiązywania oraz wartość poszczególnych etapów, odzwierciedlała stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania i kolejność działań niezbędnych do opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych. Szacowana wartość innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania.

3. W ramach partnerstwa innowacyjnego zamawiający ustala cele do osiągnięcia po każdym jego etapie lub cele pośrednie, oraz przewiduje wynagrodzenie w częściach uwzględniających etapy partnerstwa lub cele pośrednie.

4. Na podstawie celów, o których mowa w ust. 3, zamawiający po każdym etapie może zakończyć partnerstwo innowacyjne lub, w przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów przez wypowiedzenie poszczególnych umów, pod warunkiem że zamawiający przewidział w opisie potrzeb i wymagań, o którym mowa w art. 202, taką możliwość oraz określił warunki skorzystania z niej.

5. W przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zamawiający nie ujawnia pozostałym partnerom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych w ramach

partnerstwa innowacyjnego przez jednego z partnerów, bez jego zgody. Przepisy art. 165 ust. 2 i art. 166 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

1. Etapy realizacji umowy partnerstwa innowacyjnego. Przebieg partnerstwa innowacyjnego podobny jest do fazy badawczo-rozwojowej w zamówieniu przedkomercyjnym[147]. Zamówienie przedkomercyjne oznacza zakup usług badawczo-rozwojowych poza Pzp na podstawie wyłączenia przewidzianego w jej art. 11 ust. 1 pkt 3 (wyłączenie ustawowe odzwierciedla podobny przepis dyrektyw zamówieniowych). Zamówienie przedkomercyjne kończy się na opracowaniu innowacji, natomiast zakupu jej większych ilości dokonuje się na podstawie odrębnej procedury prowadzonej w jednym z ustawowych trybów. Proces udzielania zamówienia przedkomercyjnego oparty jest na typowym cyklu życia innowacji. Cykl życia innowacji obejmuje:

1) etap wstępnych badań zakończony powstaniem pomysłu na produkt lub jego ogólnej wizji,
2) etap poszukiwania rozwiązań zakończony powstaniem koncepcji konkretnego rozwiązania,
3) etap prototypowania zakończony powstaniem prototypu,
4) etap opracowania ograniczonej ilości nowych produktów lub usług zakończony powstaniem serii testowej (demonstratory), oraz
5) etap stworzenia finalnego produktu gotowego do uruchomienia procesu produkcji i komercjalizacji.

Należy jednak pamiętać, że pomiędzy zamówieniami przedkomercyjnymi a partnerstwem innowacyjnym zachodzi zasadnicza różnica, ponieważ zamówienia przedkomercyjne nie były nigdy przewidziane jako pełna

[147] COM(2007) 799 – *Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie*; N. Spiegel, Procedures Innovation-related aspects, 2014

procedura pozwalająca na zakup innowacyjnych produktów czy usług, lecz wyraźnie oddzielały etap badawczo-rozwojowy od etapu komercyjnego rozpowszechniania produktów końcowych[148].

2. Organizacja partnerstwa. Zarówno Pzp, jak i dyrektywy wymagają, by czas trwania i wartość poszczególnych etapów partnerstwa były adekwatne do stopnia innowacyjności proponowanego rozwiązania. O ile partnerstwo z jednym partnerem będzie zorganizowane wyłącznie wokół logiki prac badawczo-rozwojowych, o tyle partnerstwo z kilkoma partnerami będzie wymagało zorganizowania struktury nie tylko wokół logiki prac badawczo-rozwojowych, ale najprawdopodobniej również wokół potrzeby ograniczenia liczby partnerów. Taka organizacja może wykraczać poza prostą zasadę eliminacji partnera po zakończonym etapie poprzez przewidziane uprzednio rozwiązanie umowy partnerstwa. Etapy partnerstwa powinny osiągać ustalone cele pośrednie, za realizację których partnerowi (partnerom) wypłaca się odpowiednią ratę wynagrodzenia. W oparciu o takie cele pośrednie zamawiający może po każdym etapie postanowić o zakończeniu partnerstwa lub w przypadku partnerstwa z kilkoma partnerami zmniejszyć liczbę partnerów (pod warunkiem uprzedniego przewidzenia i dookreślenia warunków takiej możliwości w opisie potrzeb i wymagań). W dyskusjach nad kwestią formułowania celów pośrednich do osiągnięcia przez partnerów w trakcie partnerstwa rozważa się możliwości formułowania takich celów w kategoriach kosztów, wydajności czy też połączenia obydwu tych elementów[149].

---

[148] Szerzej: P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 248–250.

[149] P. Telles, L.R.A. Butler, 2014, *Public Award procedures in Directive 2014/24/EU*; P. Cerqueira Gomes, 2014, *The innovative innovation partnerships under the 2014 public procurement directive*

3. Poufność w trakcie realizacji umowy. Podobnie jak na etapie składania ofert i prowadzenia negocjacji, zamawiającego obowiązuje zasada poufności – zamawiający nie ujawnia pozostałym partnerom proponowanych rozwiązań i innych informacji poufnych udzielanych przez jednego z partnerów, bez jego zgody. Zamawiający nie udziela również informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym partnerom przewagę nad innymi partnerami (art. 165 ust. 2 Pzp). Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, a zgoda taka jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem (art. 166 ust. 2 Pzp).

Art. 207.

W przypadku ustanowienia partnerstwa innowacyjnego z wieloma partnerami zamawiający wybiera najkorzystniejsze rozwiązanie lub rozwiązania, stosując obiektywne kryteria, o których mowa w art. 202 ust. 3 pkt 5, oraz dokonuje zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych od jednego lub kilku partnerów, stosując zasady zakupu, o których mowa w art. 202 ust. 3 pkt 6.

1. Wybór najkorzystniejszego rozwiązania. Gdy w ramach realizacji umowy, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, kilku partnerów wypracowało innowacje, zamawiający jest zobowiązany wybrać najkorzystniejsze rozwiązanie lub rozwiązania, stosując obiektywne kryteria wyboru najkorzystniejszego opracowania sporządzone w sposób ostateczny po zakończeniu negocjacji z potencjalnymi wykonawcami i ujęte w OPW. Przy zakupie komercyjnych ilości innowacji zamawiający powinien również kierować się zasadami zakupu, które ostatecznie

doprecyzował w ramach OPW. Zarówno kryteria, jak i zasady powinny zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji.

2. Wybór więcej niż jednego rozwiązania. Zamawiający będzie zainteresowany zakupem najefektywniejszego jakościowo i kosztowo rozwiązania, więc wybierze je spośród wypracowanych rozwiązań. Ale możliwe jest również, że kilka wypracowanych rozwiązań spełni oczekiwania zamawiającego i zamawiający wybierze spośród powstałych innowacji więcej niż jedno rozwiązanie. W takiej sytuacji zamawiający dokona zakupu od kilku partnerów. Warunki dokonania zakupu zarówno od jednego, jak i kilku partnerów muszą zostać uprzednio przewidziane w umowie partnerstwa. Zamawiający może np. przewidzieć zawarcie umowy ramowej z kilkoma partnerami, którzy wypracowali satysfakcjonujące rozwiązania i finalna cena dostarczanych produktów lub usług zostanie przesądzona w ramach minikonkurencji prowadzonej w ramach takiej umowy ramowej.

3. Rozwiązania wypracowane, ale niewybrane przez zamawiającego. Umowa partnerstwa powinna również odnosić się do kwestii rozwiązań, które zostaną wypracowane, ale nie zostaną wybrane przez zamawiającego. Do kwestii tej należy odnieść się w ramach regulowania zarówno praw własności intelektualnej, jak i kwestii korzyści, w przypadku gdyby wykonawca chciał dalej komercjalizować swoją niewybraną przez zamawiającego innowację po zakończeniu współpracy w ramach partnerstwa innowacyjnego.

Oddział 7
Negocjacje bez ogłoszenia

Art. 208.

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

2. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

1. Charakterystyka trybu udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Negocjacje bez ogłoszenia to jeden z dwóch niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. art. 129 ust. 1 pkt 6 Pzp). Polega na tym, że zamawiający najpierw negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia tylko w przypadkach określonych w Pzp (art. 129 ust. 2 Pzp). Przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia określa art. 209 ust. 1 Pzp.

2. Przebieg postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Postępowanie o udzielenie zamówienia, prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia przebiega w następujący sposób:

1) postępowanie wszczyna przekazanie przez zamawiającego wybranym przez niego wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Wymogi dotyczące treści zaproszenia do negocjacji zawiera

art. 210 ust. 2 Pzp. Regulacje dotyczące liczby wykonawców, których zamawiający zaprasza do negocjacji zawiera art. 210 ust. 3 i 4 Pzp;

2) zamawiający prowadzi z zaproszonymi wykonawcami poufne negocjacje dotyczące warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacje dotyczące zasad prowadzenia negocjacji określa art. 211 Pzp;
3) zamawiający kończy fazę negocjacji, o czym informuje wszystkich pozostałych wykonawców. Następnie zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu. Wymogi dotyczące treści zaproszenia do składania ofert zawiera art. 210 ust.2 Pzp;
4) wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcom SWZ;
5) zaproszeni wykonawcy składają oferty w postępowaniu. Podkreślić należy, że w postępowaniu skutecznie mogą złożyć ofertę tylko wykonawcy, którzy zostali zaproszeni do złożenia oferty. Oferta wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp;
6) zamawiający bada i ocenia oferty oraz dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona;
7) zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców zaproszonych do składania ofert;
8) postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem z wybranym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z dyspozycją art. 254 pkt 2 Pzp postępowanie może się także zakończyć unieważnieniem postępowania, jeżeli zajdą ku temu ustawowe przesłanki.

3. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia może przekazać do publikacji UPUE ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Celem tego ogłoszenia jest poinformowanie wykonawców o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Powzięcie informacji w tym zakresie umożliwia przede wszystkim zakwestionowanie przez wykonawców podstaw do zastosowania przez zamawiającego tego trybu postępowania. W tym celu wykonawca może skorzystać z przysługujących mu na gruncie Pzp środków ochrony prawnej. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma **charakter fakultatywny**, a jego zamieszczenie jest pozostawione do decyzji zamawiającego.

Pzp nie precyzuje, w jakim konkretnie terminie zamawiający ma zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, podając jedynie, że przekazanie do publikacji UPUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli **po przekazaniu przez zamawiającego wybranym przez niego wykonawcom zaproszenia do negocjacji**. Skoro podstawowym celem tego ogłoszenia jest umożliwienie wykonawcom weryfikacji prawidłowości wyboru trybu udzielenia zamówienia, przyjąć należy, że jeśli zamawiający zdecyduje się na zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, to powinno być ono opublikowane **najpóźniej do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego**. Po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający zobligowany jest bowiem do zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w trybie art. 265 Pzp. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy przygotowuje i publikuje się na zasadach określonych w dziale III, rozdziale 1,

oddziale 2 Pzp „Ogłoszenia". Zgodnie z art. 87 ust.1 Pzp zamawiający przygotowuje ogłoszenie zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń. Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE (art. 87 ust. 2 Pzp). Więcej na temat publikacji ogłoszenia – zob. oddział II „Ogłoszenia" w dziale II, rozdziale 1 Pzp wraz z komentarzem.

4. Brak obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że na gruncie przepisów Pzp2004 istniał obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Pzp nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku.

Art. 209.

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

1) **w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały**

odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;

3) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju;

4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający przekazuje Komisji Europejskiej protokół postępowania, jeżeli Komisja Europejska wystąpiła o jego przekazanie.

1. Przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Art. 209 Pzp zawiera przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Wyliczenie to ma charakter zamknięty. Przypomnieć warto, że zgodnie z art. 129 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia tylko w przypadkach określonych w Pzp. Przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być

zastosowany tylko w sytuacji, gdy w danym stanie faktycznym zachodzi co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 209 Pzp.

2. Bezskuteczność wcześniejszych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, albo nie zostały złożone żadne oferty, albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Bezskuteczność wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w komentowanym przepisie, dotyczy tylko postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Omawiany przepis wskazuje, że tylko jedna podstawa odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. wskazana w art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp) stanowi przesłankę do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Inne podstawy odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie

mieszczą się w dyspozycji komentowanego przepisu. W szczególności sytuacja, w której co prawda wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału zostały odrzucone, jednak część na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, a pozostałe na zasadzie innego przepisu, nie wypełnia dyspozycji komentowanego przepisu i nie uprawnia do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę:

1) podlegającego wykluczeniu z postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający może także udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Przepis dotyczy sytuacji, w której we wcześniej prowadzonym postępowaniu nie było ofert, z tego powodu, że żadnych ofert nie złożono, lub oferty co prawda złożono, jednak wszystkie zostały

odrzucone. Przepis wskazuje na dwie podstawy odrzucenia tych ofert – są nimi art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Inne podstawy odrzucenia ofert w postępowaniu nie mieszczą się w dyspozycji art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp, co oznacza, że odrzucenie ofert na podstawie innych przepisów nie stanowi przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Treścią omawianego przepisu objęte są sytuacje, w których:

1) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,
3) wszystkie oferty zostały odrzucone, z czego część na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, a część na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

1) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
2) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
3) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego) lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przesłanka z art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp **obejmuje jeszcze dodatkowe wymaganie dotyczące tego, aby pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione**. Mowa tu o zmianie względem warunków zamówienia obowiązujących w poprzednio prowadzonym, bezskutecznym postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego lub nieograniczonego. Warunki zamówienia definiuje art. 7 pkt 29 Pzp, wskazując, że przez warunki zamówienia 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. (zob. komentarz do art. 7 pkt 29 Pzp). Pojęcie „istotna zmiana warunków" nie została sprecyzowana w Pzp. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że za istotną zmianę warunków należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty[150]. Za istotną zmianę należy zatem uznać taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nie można zmieniać przedmiotu zamówienia czy też jego istotnych cech w sposób, który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Przejawem zmiany warunków zamówienia będzie ich poszerzenie o nowe elementy, które

[150] Zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:338, pkt 52

pierwotnie nie były przewidziane, co w konsekwencji może prowadzić do udzielenia zamówienia odmiennego od pierwotnego. Istotną zmianą pierwotnych warunków zamówienia będzie również obniżenie wymagań w ramach negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w stosunku do wymagań stawianych wykonawcom w poprzednim, bezskutecznym postępowaniu.

W przypadku, o którym mowa w art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z treścią art. 210 ust. 4 Pzp zamawiający zobowiązany jest do zaproszenia do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Oznacza to, że wykonawcy ci muszą zostać zaproszeni, a do decyzji zamawiającego pozostaje, czy zaprosi – obok nich – również innych wykonawców. Na zamawiającym, również w tym przypadku, ciąży obowiązek zaproszenia tylu wykonawców, aby ich liczba zapewniła konkurencję w postępowaniu. Liczba zaproszonych wykonawców nie może być mniejsza niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących wykonać to zamówienie jest mniejsza niż 3, to wtedy minimalna liczba wykonawców zapraszanych do negocjacji wynosi 2 (art. 210 ust. 4 w zw. z art. 210 ust. 3 Pzp).

3. Nagroda w konkursie. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych. Procedura konkursowa uregulowana jest w art. 325–358 Pzp. Celem konkursu jest wybór pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej w szczególności: planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego,

projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Zgodnie z art. 326 pkt 2 Pzp nagrodą w konkursie jest zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. Z powyższego wynika, że rodzajem świadczenia udzielanego na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp może być tylko usługa o charakterze twórczym, co wynika z art. 325 ust. 1 Pzp. Należy podkreślić, że musi być zachowany ścisły funkcjonalny związek pracy konkursowej z finalnym kształtem i wykonaniem zamówienia. Więcej na temat konkursu – zob. art. 325–358 Pzp.

Udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga od zamawiającego uprzedniego przeprowadzenia konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 326 pkt 2 Pzp). Następnie zamawiający zaprasza zwycięzcę lub zwycięzców konkursu do negocjacji. Przedmiot usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie wybranej pracy konkursowej, istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz orientacyjny termin realizacji usługi wynika z treści regulaminu konkursu (zob. art. 333 ust. 3 Pzp). Dalej zamawiający postępuje zgodnie z przepisami właściwymi dla trybu negocjacji bez ogłoszenia.

4. Rzeczy wytwarzane w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdy przedmiotem zamówienia

na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Przedmiotem zamówienia w tym przypadku może być jedynie dostawa rzeczy:

1) wytwarzanych wyłącznie w celach: badawczych, doświadczalnych naukowych lub rozwojowych,
2) które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Zgodnie z art. 7 pkt 4 Pzp przez dostawę należy 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. Jak stanowi art. 45 Kc, rzeczami są tylko przedmioty materialne. W art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp chodzi wyłącznie o wytworzenie rzeczy, a nie jej modyfikację i np. nadanie jej w ten sposób nowych cech i funkcjonalności.

4.1. Cele badawcze, doświadczalne, naukowe i rozwojowe. Pzp nie zawiera definicji pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe", stąd w pierwszym rzędzie należy sięgnąć do definicji legalnych dostępnych w innych aktach prawnych. Należy zatem sięgnąć do Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. Zgodnie z art. 4 ust. 2 tej ustawy badania naukowe są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne oraz
2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Z kolei prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń (art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce). Wskazać także należy, że w świetle art. 5 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce badania naukowe i prace rozwojowe prowadzi się w dziedzinach nauki i dyscyplinach naukowych, których klasyfikację określa minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego i nauki w drodze rozporządzenia. Mowa tu o rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 20 września 2018 r. w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych oraz dyscyplin artystycznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1818). Art. 209 ust. 1 pkt 3 wprowadza zastrzeżenie, że wskazane w nim cele nie mogą służyć prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W analizowanym przypadku kluczowe jest niepodjęcie przez

zamawiającego produkcji masowej, której skutkiem będzie osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju
Wyjaśniając znaczenie pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe", można również pomocniczo odwołać się do definicji pojęć prac: badawczych, eksperymentalnych i naukowych ujętych w międzynarodowych standardach rachunkowości. Zgodnie z międzynarodowym standardem rachunkowości nr 38 „Wartości niematerialne" prace badawcze są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej. Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług, oraz
4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§ 56 standardu).

Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania);
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii;
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż, oraz

4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§ 59 standardu).

Badania podstawowe mają na celu zdobycie nowej wiedzy o zjawiskach, faktach oraz procesach (np. społecznych lub ekonomicznych), czyli przykładem może być opracowanie diagnozy w danym obszarze problemowym. Natomiast badania stosowane jak prace rozwojowe podejmowane są w celu zdobycia nowej wiedzy ukierunkowanej na zastosowanie w praktyce. Badania podstawowe niemal zawsze mają odniesienie praktyczne, zaś ich uzasadnienia często odwołują się do oczekiwanych korzyści (pożytków) w przyszłości. Zatem różnica polega głównie na efekcie prac, a w zasadzie – sposobie ich wykorzystania. Poprzestanie na opisie, diagnozie, zrozumieniu obszaru problemowego i procesów zachodzących pomiędzy badanymi zjawiskami jest domeną badań podstawowych. Natomiast w przypadku prac rozwojowych kluczowe jest położenie nacisku na wykorzystanie wyników badań – typowym efektem prac jest opracowanie metody (koncepcji, modelu itp.) rozwiązywania danego problemu społecznego lub ekonomicznego (m.in. na podstawie diagnoz i procesów zbadanych w ramach badań podstawowych), a następnie sprawdzenie skuteczności tego rozwiązania. Prace rozwojowe bazują na dostępnej wiedzy w celu dopracowania i przygotowania do wdrożenia nowych metod (koncepcji) lub ulepszenia rozwiązania danego problemu. Testowanie prowadzone jest zazwyczaj na szerszą skalę niż w przypadku badań przemysłowych. W ramach tych prac można dopracowywać poszczególne elementy składowe tworzące finalne rozwiązanie, np. platformę internetową, która będzie obsługiwała opracowaną metodę. Prace rozwojowe mogą również obejmować zarządzanie procesem, czyli planowanie wdrożenia (przygotowanie

niezbędnych elementów), kontrolę czy ewaluację wypracowanych rozwiązań. Prace rozwojowe dopuszczają także możliwość tworzenia i testowania „prototypów", jednakże te mogą powstawać w wyniku kumulacji dostępnej już wiedzy, co oznacza, że ryzyko niepowodzenia jest zdecydowanie mniejsze niż w przypadku badań przemysłowych. Prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do istniejących metod (modeli) rozwiązywania problemów, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń[151]. **„Prace eksperymentalne"** nie występują w definicji samodzielnie, ale w ramach pojęcia eksperymentalnych prac rozwojowych. Zgodnie z rozporządzeniem 651/2014 uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym, eksperymentalne prace rozwojowe oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosownej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług (por. art. 2 pkt 86 rozporządzenia Nr 651/2014 uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym).

4.2. Produkcja masowa. Przepis art. 29 ust. 1 pkt 3 Pzp wprowadza zastrzeżenie, że wskazane w nim cele wytworzenia rzeczy nie mogą służyć prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Zatem rzeczy nabywane na podstawie omawianego przepisu

---

[151] Narodowe Centrum Badania i Rozwoju, *Poradnik kwalifikowania zadań w projektach B+R o charakterze społeczno-ekonomicznym, Do ustawy o zasadach finansowania nauki*, Warszawa, 2018 r., s. 9-11 i 14

nie mogą służyć osiągnięciu przez zamawiającego rentowności rynkowej (czyli generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, bez względu na to, czy produkcja będzie miała charakter produkcji masowej, czy seryjnej. Taki wniosek wypływa zresztą z podstawowego celu, któremu ma służyć zamówienie, a więc przeznaczenia jego przedmiotu wyłącznie dla celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych. Pod pojęciem „produkcji masowej" należy rozumieć produkcję dużej liczby identycznych wyrobów w sposób ciągły. Powyższej regulacji nie należy jednakże rozumieć w ten sposób, że zamawiający, uzyskując jakiekolwiek finansowanie zewnętrzne na dany projekt, np. w postaci grantów czy też subwencji, nie może zastosować trybu negocjacji bez ogłoszenia. Celem bowiem wprowadzenia przedmiotowej regulacji było uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych mających nieść korzyści społeczeństwu oraz zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej różnego rodzaju podmiotów. Odmienna interpretacja art. 209 ust. 1 p kt 3 Pzp wprowadziłaby nieuzasadnione przeszkody w uzyskaniu finansowania prac badawczych.

5. Nieprzewidywana i pilna konieczność udzielenia zamówienia.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp, ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Przepis ten określa przesłanki, które muszą być spełnione łącznie:

1) występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia,

2) pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
3) potrzeby tej wcześniej nie można było przewidzieć,
4) nie można zachować terminów określonych przez Pzp dla:
   a. przetargu nieograniczonego,
   b. przetargu ograniczonego, lub
   c. negocjacji z ogłoszeniem.

Pzp nie definiuje pojęcia **pilnej potrzeby udzielenia zamówienia**.
Na gruncie komentowanego przepisu jest to w szczególności konieczność ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, który może doznać szkody w przypadku opóźnienia w udzieleniu zamówienia publicznego. Jako interes taki można uznać np. ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo. Możliwość udzielenia zamówienia na podstawie omawianej przesłanki musi wynikać z okoliczności, za które zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, że powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale pomimo tego, że zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.
Przepis wymaga, aby przyczyny tej nie można było przewidzieć**.**
Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidzenia określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny i indywidualnie dla tej sytuacji.
Warunkiem zastosowania analizowanego przepisu jest także niemożność zachowania terminów określonych przez Pzp dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Wszystkie wymienione tryby pozwalają na skrócenie minimalnych terminów z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Niemożność zachowania terminów oznacza zatem, że w danym przypadku nie ma możliwości udzielenia zamówienia z zachowaniem skróconych terminów określonych dla trybów wskazanych w analizowanym przepisie. Mowa tu o obiektywnej niemożności dochowania tych terminów.
W sytuacji, w której podstawą udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego
Zwrócić warto uwagę, że omawiana przesłanka jest podobna do przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Różnica polega na tym, że w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia mowa o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia, a w przypadku zamówienia z wolnej ręki przepis stanowi o wymaganiu natychmiastowego wykonania zamówienia. Więcej na temat przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia – zob. art. 214 ust.1 pkt 5 Pzp wraz z komentarzem.

6. Przekazanie protokołu postępowania Komisji Europejskiej. Protokół postępowania jest dokumentem sporządzanym przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. art. 7 pkt 19 Pzp). Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania (zob. art. 71 Pzp). Zgodnie z art. 209 ust. 1 Pzp, w przypadku gdy postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia prowadzone jest na podstawie art. 209 ust. 1

pkt. 1 Pzp, jeżeli Komisja Europejska wystąpiła o przekazanie protokołu postępowania, zamawiający zobowiązany jest do jego przekazania. Przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 32 ust. 2 lit a *in fine* dyrektywy 2014/24/UE.

Art. 210.

1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji.

2. Zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia zawiera co najmniej:

1) nazwę i adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania;

3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;

4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;

5) termin wykonania zamówienia;

6) warunki udziału w postępowaniu;

7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;

8) miejsce i termin oraz sposób prowadzenia negocjacji z zamawiającym.

3. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 209 ust. 1 pkt 1, zamawiający zaprasza do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Przepis ust. 3 stosuje się.

1. Wszczęcie postępowania. Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia przez przekazanie wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji.

2. Treść zaproszenia do negocjacji. Art. 210 ust. 2 Pzp określa elementy, które muszą znajdować się w treści zaproszenia do negocjacji (minimalna treść zaproszenia do negocjacji). Sformułowanie „co najmniej" wskazuje, że zamawiający może w treści zaproszenia do negocjacji zawrzeć także inne informacje ponad te, które ten przepis wskazuje jako obowiązkowe. Zaproszenie do negocjacji musi zawierać następujące elementy:

1) nazwę i adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania (wskazanie stosowanej przesłanki z art. 209 ust.1 Pzp),
3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych,
4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej,
5) termin wykonania zamówienia,
6) warunki udziału w postępowaniu,
7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie,
8) miejsce i termin oraz sposób prowadzenia negocjacji z zamawiającym.

3. Liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji. Decyzja, których wykonawców zamawiający zaprosi do negocjacji, należy do zamawiającego. Art. 210 ust. 3 Pzp wprowadza ogólną zasadę, że liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji musi zapewniać konkurencję, a minimalna liczba zaproszonych wykonawców wynosi 3. W przypadku gdy ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących wykonać to zamówienie jest mniejsza niż 3, minimalna liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji wynosi 2. Specjalną regulację dotyczącą liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji zawiera art. 210 ust. 4 Pzp. Dotyczy ona sytuacji, w której przesłanką przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp, to jest przypadku, kiedy wszczęcie tego trybu jest konsekwencją nieskutecznego przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego i nieograniczonego. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest do zaproszenia do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Oznacza to, że wykonawcy ci muszą zostać zaproszeni, a do decyzji zamawiającego pozostaje, czy zaprosi – obok nich – również innych wykonawców. Na zamawiającym, również w tym przypadku, ciąży obowiązek zaproszenia tylu wykonawców, aby ich liczba zapewniła konkurencję w postępowaniu. Liczba zaproszonych wykonawców nie może być mniejsza niż 3. Jeśli ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących wykonać to zamówienie jest mniejsza niż 3, minimalna liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji wynosi 2.

Art. 211.

1. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Przepis art. 166 ust. 2 stosuje się.

2. Do negocjacji przepisy art. 165 ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

1. Poufność negocjacji. Negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji, przed ich ujawnieniem (art. 166 ust. 2 Pzp).

2. Zasady prowadzenia negocjacji. Zgodnie z art. 211 ust. 2 Pzp do negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia stosuje się odpowiednio przepisy art. 165 ust. 1 i 2 Pzp. Prowadząc negocjacje, zamawiający zobowiązany jest zatem do:

1) zapewnienia podczas negocjacji ofert równego traktowania wszystkich wykonawców,
2) nieudzielania informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami (zob. art. 165 ust. 1 i 2 Pzp wraz z komentarzem).

Powyższe koresponduje z zasadą ogólną udzielania zamówień wyrażoną w art. 16 pkt 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców.

Wskazać należy, że Pzp nie precyzuje, jaki ma być czas trwania negocjacji, pozostawiając to do uznania zamawiającego.

Art. 212.

1. O zakończeniu negocjacji zamawiający informuje równocześnie wszystkich pozostałych wykonawców, a następnie zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu.

2. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 168 ust. 2.

3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje SWZ zawierającą co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

5. Do wyjaśnień i zmian treści SWZ przepisy art. 135 ust. 1, art. 136, art. 137 ust. 1 i ust. 6 zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio.

1. Zakończenie negocjacji. Zgodnie z art. 212 ust. 1 Pzp zamawiający informuje o zakończeniu negocjacji wszystkich pozostałych wykonawców. Przepis wymaga, aby zamawiający o tym fakcie powiadomił równocześnie wszystkich wykonawców, z którymi prowadził negocjacje. Następnym krokiem w postępowaniu jest zaproszenie przez zamawiającego do składania ofert wykonawców, z którymi zamawiający prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu. Oznacza to, że zaproszenie do składania ofert może być skierowane tylko do tych wykonawców, którzy brali udział w negocjacjach i którzy pozostali w postępowaniu, czyli nie wycofali się z udziału w postępowaniu w toku negocjacji.

2. Zaproszenie do składania ofert. Art. 212 ust. 2 Pzp określa minimalną treść zaproszenia do składania ofert, tj. elementy, które są obowiązkowe.

Zamawiający poza informacjami obowiązkowymi może również zamieścić inne, istotne z jego punktu widzenia informacje. Obowiązkowe elementy zaproszenia do składania ofert to informacje wymienione w art. 168 ust. 2 Pzp, czyli:

1) nazwa oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych,
4) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą być one sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

3. Obowiązek przekazania SWZ. Art. 212 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania wraz z zaproszeniem do składania ofert SWZ, która musi zawierać co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 Pzp, czyli:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,

3) tryb udzielenia zamówienia,
4) opis przedmiotu zamówienia,
5) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
6) termin wykonania zamówienia,
7) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp (tj. obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania),
8) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych,
10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej,
11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69,
12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
13) termin związania ofertą,
14) opis sposobu przygotowywania oferty,
15) sposób oraz termin składania ofert,
16) termin otwarcia ofert,
17) sposób obliczenia ceny,
18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,

19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,
21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

4. Wyjaśnienia i zmiany treści SWZ. Zgodnie z treścią art. 212 ust. 5 Pzp w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne do wyjaśnień i zmian treści SWZ **stosuje się odpowiednio** następujące przepisy:

1) art. 135 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ,
2) art. 136 Pzp, który stanowi, że zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ, a następnie sporządza informację zawierającą zgłoszone na tym zebraniu pytania oraz odpowiedzi na nie, którą udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
3) art. 137 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ,
4) art. 137 ust. 6 zd. pierwsze Pzp, o następującym brzmieniu: 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.

5. Możliwość odstąpienia od żądania oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 125 ust. 1 Pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W sytuacji, w której podstawą udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. zaistnienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć na skutek czego nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Przypomnieć warto, że oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się na formularzu JEDZ, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu o JEDZ.

Oddział 8
Zamówienie z wolnej ręki

Art. 213.

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

2. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, z uwzględnieniem art. 216 ust. 1.

1. Pojęcie zamówienia z wolnej ręki. Zamówienie z wolnej ręki jest szczególnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienionym w art. 129 ust. 1 Pzp. Celem trybu z wolnej ręki jest daleko idące odformalizowanie oraz przyśpieszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego w okolicznościach świadczących o braku rzeczywistej konkurencji w zakresie zamawianych usług, dostaw lub robót budowlanych lub w innych szczególnych okolicznościach uzasadniających celowość bądź konieczność szybkiego wyboru wykonawcy. Wszczęcie postępowania następuje zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp z chwilą przekazania zaproszenia do negocjacji. Tryb z wolnej ręki polega na prowadzeniu negocjacji tylko z jednym wykonawcą. Pojęcie negocjacji nie zostało w Pzp zdefiniowane. Istota negocjacji polega na prowadzeniu przez strony rokowań w celu wspólnego, zgodnego ustalenia postanowień przyszłej umowy. Wszelkie czynności stron bezpośrednio zmierzające do uzgodnienia stanowisk, w szczególności przekazywanie stanowisk negocjacyjnych lub posiedzenia uzgodnieniowe, należy zatem uznać za element negocjacji. Sama czynność negocjowania stanowi wyjątek od generalnej zasady komunikacji elektronicznej w postępowaniu o zamówienie publiczne. Potwierdzeniem powyższego znalazło swój wyraz w dopuszczeniu komunikacji ustnej w toku negocjacji na mocy art. 61 ust. 2 Pzp.

2. Ustawowe przesłanki zastosowania trybu. Zastosowanie trybu z wolnej ręki dopuszczalne jest tylko w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z ustawowych przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 Pzp. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 129 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia tylko w przypadkach określonych w Pzp. Z uwagi

na istotę zamówienia z wolnej ręki polegającego na wyjątkowym, niekonkurencyjnym wyborze wykonawcy, określone w Pzp przesłanki zastosowania tego trybu należy interpretować ściśle. Nadto należy wskazać, że zamawiający powołujący się na przesłankę zastosowania innego trybu niż przetarg nieograniczony oraz ograniczony musi być w stanie udowodnić jej wystąpienie. Powyższa zasada, podkreślana wielokrotnie przez UZP, znajduje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie krajowym, jak i orzecznictwie TSUE[152]. Decyzja o zastosowaniu trybu z wolnej ręki powinna być należycie przemyślana i uzasadniona (faktycznie i prawnie), co podkreśla znaczenie rzetelnego przeprowadzenia etapu przygotowawczego dla takiego udzielenia.

3. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Publikacja w DUUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest dobrowolna, przy czym w odniesieniu do zamówień z wolnej ręki udzielanych w oparciu o przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp (współpraca publiczno-publiczna) istnieje obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 Pzp. W zakresie publikacji ogłoszeń w DUUE stosuje się odpowiednio przepisy art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, co oznacza, że zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń (ust. 1), natomiast

[152] M.in. wyrok z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1987:115; wyrok z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECLI:EU:C:1994:178 oraz wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2003:220, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01; uchwała KIO z dnia 4 października 2012 r. sygn. akt KIO/KD 81/12, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 sygn. akt KIO 1560/13

przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy klasycznej (ust. 2). Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy przekazuje się do publikacji w DUUE po wszczęciu postępowania, które następuje wraz z przekazaniem zaproszenia do negocjacji (szerzej zob. art. 216 Pzp oraz komentarz do działu III rozdział 2 Ogłoszenia).

Art. 214.

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
   a) technicznych o obiektywnym charakterze,
   b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

2) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;

3) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;

4) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;

5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

6) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

7) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;

8) w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których

celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;

9) **możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;**

10) **zamówienie na dostawy jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe, w tym na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 312), giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych, lub na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;**

11) **zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:**

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

– w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających

sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

14) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

2. W opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 7, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

3. Okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 8, nie może przekraczać 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

4. Istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11–14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11–14, w terminie 30 dni po upływie każdych

12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

5. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

6. W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

7. Wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozoru.

8. Zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c i pkt 13 lit. c, nie stosuje się do:

1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 i 2275 oraz z 2021 r. poz. 868) lub

2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu[153].

2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, w przypadku prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu[154].

9. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11–13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

1. Monopol wykonawcy. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a. technicznych o obiektywnym charakterze,
b. związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

---

[153] W tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany wprowadzonej przez art. 18 ustawy z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 288 i 875 oraz z 2021 r. poz. 187), o której mowa w odnośniku nr 154

[154] W brzmieniu ustalonym przez art. 18 ustawy z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 288 i 875 oraz z 2021 r. poz. 187), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2020 r.; wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2021 r.

1.1. Możliwość świadczenia zamówienia tylko przez jednego wykonawcę z powodu braku rozwiązań alternatywnych lub zastępczych. Jak wynika z brzmienia art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp, aby możliwe było przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki w oparciu o ten przepis, konieczne jest, aby nie istniało rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie może być wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, że motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej wyraźnie określa konieczność udowodnienia prawidłowości zastosowania tej przesłanki, wskazując, że instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług. Zamawiający zatem musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie określone zamówienie wykonać. Z tego względu niezbędne jest obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do określonego zamówienia istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Zakres terytorialny poszukiwań potencjalnego wykonawcy, jak wynika z motywu 50 preambuły do dyrektywy klasycznej, nie powinien być z góry zawężany terytorialnie, natomiast powinien wynikać z poszukiwań rozsądnych rozwiązań alternatywnych. Pojęcie rozsądnych rozwiązań alternatywnych skonkretyzować się może jedynie w odniesieniu do konkretnego zamówienia oraz bieżącej sytuacji rynkowej, niemniej

jednak warto przypomnieć, że zamawiający dysponują środkami publicznymi i w związku z tym powinni przestrzegać zasad wydatkowania tych środków, realizując ustalone potrzeby zakupowe. Naczelne wytyczne wskazują w tym zakresie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zobowiązujący do dysponowania środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Uwzględnienia wymaga ponadto zasada efektywności sformułowana w art. 17 Pzp.

Druga część przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp wymaga, by brak konkurencji nie wynikał z celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wyłączna możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę musi wynikać z obiektywnych przyczyn, tj. rzeczywistych potrzeb zamawiającego oraz sytuacji rynkowej, a nie konsekwencji wyborów i działań zamawiającego promujących dany produkt. Na zarzut celowego zawężania parametrów zamówienia może się zamawiający narazić również w odniesieniu do zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki ze względu na ochronę praw wyłącznych, w sytuacji gdy nie uwzględni on na etapie pierwotnego zamówienia przeniesienia praw autorskich niezbędnych do zachowania możliwości konkurencyjnego udzielania dalszych powiązanych z nim zamówień.

1.2. Przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Zasadniczo przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp, odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem. Wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o tę przesłankę uzależniony jest od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać

zamówienie[155]. Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego przekonania zamawiającego. W szczególności niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie do konkretnego wykonawcy, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne. Również do takiego uznania nie wystarcza fakt, że zamówienie ma złożony charakter, długi czas realizacji lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu[156]. Choć w przeważającej mierze przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, będzie odnosiła się do monopolu jednego wykonawcy z uwagi na aspekty technologiczne przedmiotu zamówienia, niewykluczone jest faktyczne ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców do jednego z uwagi na inne niezależne od zamawiającego i obiektywne przyczyny. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że nagła zmiana prawodawcza (zmieniająca zasady świadczenia usług niezbędnych do realizacji przez zamawiającego jego obowiązków ustawowych) może w rzeczywistości stanowić przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze uzasadniającą zawarcie umowy w trybie bezprzetargowym (z wolnej ręki), z podmiotem, który dotychczas na rzecz zamawiającego świadczył te usługi, o ile żaden z innych wykonawców, funkcjonujących na rynku nie byłby w stanie rozpocząć świadczenia tych usług w takim terminie, zaś zamawiający nie miał wpływu na czas wprowadzenia zmian legislacyjnych i nie mógł ich

[155] Por. uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18
[156] Por. uchwała KIO z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 33/17

przewidzieć odpowiednio wcześniej, tak aby przeprowadzić postępowanie przetargowe[157].

1.3. Ochrona praw wyłącznych wynikających z innych przepisów. Przesłanka ta odwołuje się przede wszystkim do ochrony przewidzianej w przepisach ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz Prawa własności przemysłowej, a więc dotyczy głównie zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne. Prawo wyłączne oznacza jednak nie tylko prawo autorskie bądź patent, ale również prawo własności i pochodne od niego prawa względne, ograniczone prawa rzeczowe i inne wyłączne prawa. W tym zakresie uwagi poczyniła KIO na kanwie zamówienia na dostawę energii elektrycznej do punktów oświetleniowych, wskazując, że ustawowego pojęcia „prawo wyłączne" nie można sprowadzić znaczeniowo do pojęcia „prawa nieprzenoszalnego". Uprawniony może jak najbardziej, w sposób dowolny, w granicach dozwalanych w stosownych przepisach, przenosić przysługujące mu prawa wyłączne i w ten sposób de facto wskazać innego wykonawcę zamówienia publicznego, do którego odnosić się będzie przesłanka możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych.

2. Monopol wykonawcy w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Dla skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia w trybie

[157] Wyrok SN z dnia 12 maja 2016 r. sygn. akt I CSK 335/15

z wolnej ręki w okolicznościach, o których mowa w tej przesłance, wymagane jest kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek w nim zawartych. Trudności interpretacyjne mogą się pojawić ze względu na brak w Pzp definicji „działalności twórczej lub artystycznej". Ustalając znaczenie tego pojęcia, należy posiłkować się normami prawnymi regulującymi obszar aktywności twórców i artystów, a zatem ustawą o prawie autorskim. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tejże ustawy przedmiotem prawa autorskiego jest utwór, tzn. każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż określenie „przejaw działalności twórczej" oznacza, że utwór powinien stanowić uzewnętrzniony rezultat działalności o charakterze kreacyjnym. Przesłanka ta określana niekiedy jako przesłanka „oryginalności" utworu, zrealizowana jest wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu; jest ona zatem ujmowana wyłącznie w płaszczyźnie nowości subiektywnej i zorientowana retrospektywnie. Istnienie przesłanki „oryginalności" nie jest jednak warunkiem wystarczającym do zakwalifikowania określonego wytworu jako przedmiotu prawa autorskiego. Konieczne jest bowiem, aby wytwór taki miał indywidualny charakter. Oznacza to, iż przy kształtowaniu formy oraz treści utworu twórca powinien dokonać osobistego, swobodnego wyboru i uporządkowania jego składników. Uwzględniając powyższe uwagi, można wysunąć tezę, iż aby określony wytwór mógł zostać objęty ochroną prawnoautorską, musi mieć charakter twórczy, przez co należy rozumieć jednoczesne spełnianie przesłanki oryginalności i indywidualności. Niejednokrotnie w orzecznictwie sądów podnosi się, iż istotnym dla oceny, czy dany wytwór intelektualny podlega ochronie w prawie autorskim, jest ustalenie, czy wykazuje on znamiona wyróżniające go od innych

dzieł osobliwością pomysłu i umiejętnością ujęcia tematu. Działalność artystyczna natomiast to każda działalność wykonawcza (w odróżnieniu od wytwórczej) o charakterze twórczym, indywidualnym. Działalność taka różni się od działalności mechanicznej, tzn. produkcyjnej czy technicznej, której nie znamionuje cecha twórczości.

Sformułowanie: „udzielenie zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej" należy rozumieć w ten sposób, że zamówienie udzielane z wolnej ręki obejmuje zarówno działalność twórczą lub artystyczną *sensu stricte*, jak również usługi lub roboty budowlane towarzyszące tej działalności, niezbędne z punktu widzenia osiągnięcia zamierzonego, unikalnego efektu twórczego bądź artystycznego.

2.1. Niepowtarzalny charakter zamówienia w zakresie działalności twórczej. Art. 214 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy zamówień, które cechuje najwyższy stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności. O możliwości jego zastosowania decydują więc szczególne, istotne dla zamawiającego cechy artysty lub twórcy, jego pozycja, renoma czy też walory jego twórczości (dzieł). Zgodnie z motywem 50 preambuły dyrektywy klasycznej taka sytuacja będzie zachodzić w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozerwalnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła. W tym wypadku decydują więc szczególne cechy twórcy i walory jego prac, które przekładają się na fakt, że jest on jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia. Chodzi tu o sytuację istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki, a więc gdy wykonanie określonego dzieła przez innego autora nie przyniosłoby zamierzonego rezultatu[158]. Podkreślić należy, iż zamówienia z wolnej ręki można udzielić, jeżeli

[158] Por. wyrok NSA z dnia 17 lipca 2003 r., sygn. akt II SA 3944/02, podobnie w wyroku NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., sygn. akt II GSK 7/06

jego przedmiotem będzie wykonywanie działalności twórczej lub artystycznej o charakterze unikalnym, a nie okoliczność, że twórca-architekt jest w stanie zrealizować jakikolwiek dowolny projekt objęty ochroną praw autorskich. To renoma i indywidualność twórcy oraz twórczy i identyfikowalny z autorem utwór przesądza o możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przesłanką do udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie może być w tym świetle wyłącznie zdolność do stworzenia utworu objętego prawami autorskimi, w takim bowiem ujęciu każdy architekt opracowujący projekt architektoniczny mógłby uzyskać zamówienie z wolnej ręki. Zauważyć przy tym należy, że Pzp przewiduje konkurs jako procedurę przeznaczoną dla zamawiających oczekujących np. rozwiązań projektowych innych niż standardowe (arg. z art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp, 214 ust. 1 pkt 4 Pzp). Zgodnie z art. 325 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, zamówienie takie poprzedzone jest konkursem.

3. Zamówienia w zakresie badawczym i rozwojowym. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę.

3.1. Dostawa rzeczy. Przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp ograniczona jest do jednego rodzaju zamówień, tj. dostaw, 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. Dla wypełnienia przesłanki dostawy mogą objąć jedynie rzeczy, wobec czego należy odwołać się do definicji legalnej rzeczy przyjętej w Kc. Zgodnie z wąską koncepcją rzeczy przyjętą przez ustawodawcę w art. 45 Kc rzeczami są jedynie przedmioty materialne. Z definicji rzeczy wyłączone są dobra niematerialne, co w konsekwencji wyłącza z przedmiotu dostaw, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp, w szczególności prawa jako dobra samoistne stanowiące samodzielny przedmiot obrotu (np. autorskie, wynalazcze) i energię. Dostawę rzeczy na gruncie tego przepisu należy rozumieć w ten sposób, że niezbędne jest przeniesienie posiadania przedmiotów materialnych na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. W istocie na podstawie takich umów następuje przeniesienie określonych praw majątkowych do tych przedmiotów materialnych oraz przeniesienie posiadania[159].

3.2. Rzeczy wytwarzane w celu badawczym, doświadczalnym, naukowym lub rozwojowym. Pzp nie zawiera definicji pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe", stąd w pierwszym rzędzie należy sięgnąć do dostępnych definicji legalnych dostępnych w innych aktach prawnych. Należy zatem sięgnąć do Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. Zgodnie z art. 4 ust. 2 tej ustawy badania naukowe są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej

[159] W świetle z art. 336 Kc definiującego pojęcie posiadania obejmie to zarówno posiadanie samoistne (jak właściciel) w przypadku sprzedaży lub dostawy, jak również posiadanie zależne w przypadku najmu, dzierżawy oraz leasingu.

wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne oraz

2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Z kolei prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń (art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce). Wskazać także należy, że w świetle art. 5 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce, badania naukowe i prace rozwojowe prowadzi się w dziedzinach nauki i dyscyplinach naukowych, których klasyfikację określa minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego i nauki, w drodze rozporządzenia. Mowa tu o rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 20 września 2018 r. w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych oraz dyscyplin artystycznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1818). Art. 209 ust. 1 pkt 3 wprowadza zastrzeżenie, że wskazane w nim cele nie mogą służyć prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W analizowanym przypadku kluczowe jest niepodjęcie przez zamawiającego produkcji masowej, której skutkiem będzie osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju.

Wyjaśniając znaczenie pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe" można również pomocniczo odwołać się do definicji pojęć prac: badawczych, eksperymentalnych i naukowych ujętych w międzynarodowych standardach rachunkowości. Zgodnie z międzynarodowym standardem rachunkowości nr 38 „Wartości niematerialne" prace badawcze są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej. Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług, oraz
4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§ 56 standardu).

Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż, oraz

4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§ 59 standardu).

Badania podstawowe mają na celu zdobycie nowej wiedzy o zjawiskach, faktach oraz procesach (np. społecznych lub ekonomicznych), czyli przykładem może być opracowanie diagnozy w danym obszarze problemowym. Natomiast badania stosowane jak prace rozwojowe podejmowane są w celu zdobycia nowej wiedzy ukierunkowanej na zastosowanie w praktyce. Badania podstawowe niemal zawsze mają odniesienie praktyczne, zaś ich uzasadnienia często odwołują się do oczekiwanych korzyści (pożytków) w przyszłości. Zatem różnica polega głównie na efekcie prac, a w zasadzie – sposobie ich wykorzystania. Poprzestanie na opisie, diagnozie, zrozumieniu obszaru problemowego i procesów zachodzących pomiędzy badanymi zjawiskami jest domeną badań podstawowych. Natomiast w przypadku prac rozwojowych kluczowe jest położenie nacisku na wykorzystanie wyników badań – typowym efektem prac jest opracowanie metody (koncepcji, modelu itp.) rozwiązywania danego problemu społecznego lub ekonomicznego (m.in. na podstawie diagnoz i procesów zbadanych w ramach badań podstawowych), a następnie sprawdzenie skuteczności tego rozwiązania. Prace rozwojowe bazują na dostępnej wiedzy w celu dopracowania i przygotowania do wdrożenia nowych metod (koncepcji) lub ulepszenia rozwiązania danego problemu. Testowanie prowadzone jest zazwyczaj na szerszą skalę niż w przypadku badań przemysłowych. W ramach tych prac można dopracowywać poszczególne elementy składowe tworzące finalne rozwiązanie, np. platformę internetową, która będzie obsługiwała opracowaną metodę. Prace rozwojowe mogą również obejmować zarządzanie procesem, czyli planowanie wdrożenia (przygotowanie

niezbędnych elementów), kontrolę czy ewaluację wypracowanych rozwiązań. Prace rozwojowe dopuszczają także możliwość tworzenia i testowania „prototypów", jednakże te mogą powstawać w wyniku kumulacji dostępnej już wiedzy, co oznacza, że ryzyko niepowodzenia jest zdecydowanie mniejsze niż w przypadku badań przemysłowych. Prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do istniejących metod (modeli) rozwiązywania problemów, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń. „Prace eksperymentalne" nie występują w definicji samodzielnie, ale w ramach pojęcia eksperymentalnych prac rozwojowych. Zgodnie z rozporządzeniem 651/2014 uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym eksperymentalne prace rozwojowe oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosownej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług.

Cele wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w Prawie o szkolnictwie wyższym i nauce. W świetle art. 4 ust. 2 prawa o szkolnictwie wyższym i nauce, badania naukowe są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne oraz
2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie

nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Zgodnie z art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. Jednocześnie należy wskazać, że w świetle art. 5 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce badania naukowe i prace rozwojowe prowadzi się w dziedzinach nauki i dyscyplinach naukowych, których klasyfikację określa minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego i nauki w rozporządzeniu.

3.3. Produkcja masowa. Przedmiotem dostaw nie mogą być rzeczy będące powszechnie w obrocie, a jedynie specjalnie wytwarzane na potrzeby badawcze, doświadczalne, naukowe lub rozwojowe, co ma się wiązać z tym, że produkujący je podmiot będzie faktycznym monopolistą w zakresie ich wytwarzania albo jako jedyny jest w stanie je wytworzyć. W świetle brzmienia art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp dostawa rzeczy nie może służyć osiągnięciu przez zamawiającego rentowności rynkowej (czyli generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, bez względu na to, czy produkcja będzie miała charakter produkcji masowej, czy seryjnej. Taki wniosek wypływa zresztą z podstawowego celu, któremu ma służyć zamówienie, a więc przeznaczenia jego przedmiotu wyłącznie dla celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych. Pod pojęciem „produkcji masowej" należy rozumieć produkcję dużej liczby

identycznych wyrobów w sposób ciągły. Powyższej regulacji nie należy jednakże rozumieć w ten sposób, że zamawiający, uzyskując jakiekolwiek finansowanie zewnętrzne na dany projekt, np. w postaci grantów czy też subwencji, nie może zastosować trybu negocjacji bez ogłoszenia. Celem bowiem wprowadzenia przedmiotowej regulacji było uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych zamówień mających nieść korzyści społeczeństwu oraz zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej różnego rodzaju podmiotów. Odmienna interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 3 Pzp wprowadziłaby nieuzasadnione przeszkody w uzyskaniu finansowania prac badawczych.

4. Zamówienie z wolnej ręki jako nagroda w konkursie. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

4.1. Ścisły związek między postępowaniem a konkursem. Możliwość udzielenia zamówienia z trybie z wolnej ręki na podstawie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp opiera się na założeniu, że konkurencja w zakresie wyboru wykonawcy została zapewniona na etapie procedury konkursowej. Procedura konkursowa uregulowana została w art. 325–358 Pzp. Zgodnie z art. 326 pkt 2 Pzp nagrodą w konkursie może być w szczególności zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. Oznacza to, że rodzajem świadczenia w zamówieniu udzielanym z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp jest jedynie usługa i to usługa o charakterze twórczym, co wynika z treści art. 325 ust. 1 Pzp.

Dla możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki konieczny jest funkcjonalny związek konkursu (pracy konkursowej) z finalnym kształtem i wykonaniem zamówienia. Mając powyższe na uwadze, zamawiający stosując art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp, zaprasza do negocjacji podmiot, który wygrał konkurs w celu ustalenia warunków wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej (art. 326 pkt 2 Pzp).

4.2. Negocjacje ze zwycięzcą konkursu. Negocjacje ze zwycięzcą konkursu rozpoczynają się możliwie zgodnie z terminem planowanym na etapie konkursu (termin ten ma jednak charakter informacyjny, nie bezwzględny) podanym w regulaminie konkursu (art. 333 ust. 3 pkt 2 lit. a Pzp). Zakres negocjacji zamawiającego z wykonawcą doznaje ograniczeń wynikających z przedmiotu prac konkursowych określonego w regulaminie konkursu. Należy wskazać, że zaszła istotna zmiana w odniesieniu do dopuszczalnego zakresu zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki w stosunku do regulacji zawartej w Pzp2004 r. (art. 111 ust. 2 Pzp2004). Zamówienie realizowane w trybie z wolnej ręki mogło dotyczyć wyłącznie przedmiotu konkursu, co oznaczało, że wykonawca mógł dokonać doprecyzowania, uszczegółowienia rozwiązań zaproponowanych w pracy konkursowej. Niedopuszczalne było udzielenie autorowi zwycięskiej pracy konkursowej zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w zakresie wykraczającym poza granice szczegółowego opracowania pracy konkursowej określone w regulaminie konkursu. Art. 326 pkt 2 Pzp stanowi natomiast, że nagrodą w konkursie jest zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. To oznacza, że przedmiotem zamówienia może być szersze, samodzielne przedsięwzięcie twórcze, którego podstawą jest praca

konkursowa, a nie jedynie jej uszczegółowienie. Niemniej jednak należy wskazać na kluczowy charakter pracy konkursowej dla przyszłej usługi, który będzie determinował kierunek negocjacji zamawiającego z wykonawcą (w szczególności dotyczących technicznych aspektów wykorzystania pracy konkursowej i wykonania usługi), a propozycje negocjacyjne zamawiający kieruje przede wszystkim do autora pracy konkursowej, bez akceptacji którego nie ma możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przedmiot usługi, która ma być realizowana w postępowaniu w trybie z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie wybranej pracy konkursowej oraz istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, będących obligatoryjnym elementem regulaminu konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do negocjacji, wynika z treści regulaminu konkursu (art. 333 ust. 3 pkt 2 lit b i c Pzp). W tym kontekście niezwykle istotne rozwiązanie dla zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 4 Pzp przewiduje art. 356 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli negocjacje prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki z autorem wybranej pracy konkursowej nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może zaprosić do negocjacji w tym trybie uczestnika konkursu, którego praca konkursowa otrzymała drugą w kolejności najwyższą ocenę, a zamawiający przewidział taką możliwość w regulaminie konkursu.

5. Sytuacja nadzwyczajna. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

5.1. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Zgodnie z przesłanką z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp zastosowanie trybu z wolnej ręki możliwe jest w razie wystąpienia okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Przyjąć należy, że natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji najszybciej jak to możliwe. Określenie „natychmiast" wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.

5.2. Nieprzewidywalna, wyjątkowa przyczyna. Aby możliwe było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, natychmiastowość wykonania musi być, w myśl art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a zatem i uniknąć. Natomiast potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania natychmiastowych działań. Okoliczności uzasadniające muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od zamawiającego, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia[160]. Odwołując się do konkretnych przykładów, za każdym razem trzeba mieć jednak na uwadze, że kwalifikacji prawnej zawsze trzeba dokonać w konkretnym stanie faktycznym z wszechstronnym rozważeniem okoliczności sprawy. Zasadniczo nieprzewidywalne będą przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, trzęsienia ziemi itp. Natomiast nie można uznać za wyjątkowe sytuacje np. wystąpienia mrozów lub opadów śniegu

[160] Por. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2005:336

w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują[161]. Nie będzie uzasadniać zastosowania trybu z wolnej ręki sama okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia bądź ryzyko utraty finansowania (w przypadku późnego przekazania środków na sfinansowanie zadania w stosunku do oznaczonego w decyzji o finansowaniu terminu realizacji, zagrażającemu zablokowaniem dalszych prac). Przy rozważaniu przez jednostkę sektora finansów publicznych zaistnienia tego warunku należy mieć na uwadze, iż okolicznością, o której tu mowa, nie może być samo nieprzewidziane zwiększenie planu finansowego jednostki czy, ujmując to generalnie, tylko okoliczność pozyskania przez nią dodatkowych środków. W takiej sytuacji z punktu widzenia jednostki udzielającej zamówienia wydaje się, iż natychmiastowa potrzeba udzielenia zamówienia wynika z faktu, że najczęściej dodatkowe środki można wydać w bieżącym roku budżetowym, zwiększenie środków jest od jednostki niezależne i nie można ich było wcześniej przewidzieć, a terminów, o których mowa, nie da się dotrzymać, jeśli zamówienie ma być wykonane w danym roku. Trzeba w tej sytuacji jednak wziąć pod uwagę jedną z podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych. W systemie finansów publicznych nie ma obowiązku wydatkowania środków. Plan finansowy, niezależnie od dokonywanych w nim zmian, zawiera m.in. nieprzekraczalne limity wydatków, co jest równoznaczne z określeniem kwot maksymalnych. Nie może być zatem mowy o konieczności wydatkowania środków w danym roku budżetowym, a tym samym o natychmiastowej potrzebie wykonania zamówienia z tego powodu[162]. Warto też wskazać, że okolicznością

[161] Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. V SA/Wa 3975/15

[162] M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, Warszawa 2009, s 52

mogącą mieć znaczenie dla ewentualnego stwierdzenia naruszenia normy wynikającej z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest zakres zamówienia, jaki zamawiający ustali dla postępowania z wolnej ręki. Sytuacja dotyczy np. zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów, kiedy to świadczenie powinno być nieprzerwane ze względu na ewentualne zagrożenia epidemiologiczne, a postępowanie przetargowe nadmiernie się przedłuża lub kończy się nieskutecznie (np. brak ofert).

6. Nieskuteczność poprzedniego konkurencyjnego postępowania.

Na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

6.1. Przyczyny unieważnienia postępownia konkurencyjnego.

Art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy obiektywnie brak jest zainteresowania wykonawców postępowaniem konkurencyjnym bądź postępowanie konkurencyjne okazało się nieskuteczne z przyczyn leżących po stronie wykonawców. Oznacza to także, że brak ofert (a zatem zainteresowania postępowaniem konkurencyjnym) nie może być przez zamawiającego wykreowany warunkami zamówienia. W przetargu ograniczonym oprócz braku wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przesłanka

ta obejmuje również sytuację braku wniosków od wykonawców, którzy pozytywnie „przeszliby" kwalifikację podmiotową, tj. wszystkie wnioski zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem odrzucenie wniosku następuje, jeżeli został on złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lit a), niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (lit. b), który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c). Odrzucenie wniosku na tej podstawie wymaga zakończenia przez zamawiającego toku czynności niezbędnych do dokonania kwalifikacji podmiotowej w szczególności, tj. najczęściej zastosowania dyspozycji art. 126 oraz 128 Pzp, przy czym możliwa jest sytuacja, w której już z treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, wynika, że wykonawca nie spełnia warunków zamówienia. W przetargu nieograniczonym albo w przetargu ograniczonym na etapie oceny ofert, po ustaleniu listy dopuszczonych wykonawców, nieskuteczność postępowania znajdzie wyraz w braku ofert bądź odrzuceniu ich na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Podobnie jak w przetargu ograniczonym jest to brak ofert od wykonawców, którzy pozytywnie „przeszliby" kwalifikację podmiotową, jak również odrzucenie oferty ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że nie każde odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest przesłanką nieskuteczności dającą podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. Przepis ten stanowi o odrzuceniu z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, natomiast

opis przedmiotu zamówienia jest tylko jednym z elementów warunków zamówienia.

6.2. Zakaz zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp warunki zamówienia to 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. Pojęcie ,,warunków zamówienia'' jest szersze niż pojęcie ,,warunków udziału w postępowaniu'' i obejmuje także wymagania dotyczące procedury, sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia (realizacji zamówienia), wymagania związane z kwalifikacją do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także *essentialia negotii* przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Pzp oraz dyrektywy unijne w sprawie zamówień publicznych, nie definiują natomiast pojęcia ,,istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia''. Pomocniczo można to sformułowanie doprecyzować w oparciu o orzecznictwo TSUE oraz analizę podstawowych zasad prawa unijnego, mających zastosowanie do zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. W świetle powyższego za istotną zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia, polegającą na wprowadzeniu zmian, które – gdyby zostały ujęte w treści pierwotnej procedury udzielania zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali początkowo (wcześniej) dopuszczeni do udziału w postępowaniu, tj. miałyby wpływ na zmianę potencjalnego kręgu wykonawców

zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a zarazem naruszałyby zasadę równego traktowania wykonawców[163].

6.3. Nieskuteczność poprzedniego konkurencyjnego postępowania a oferty częściowe. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z ust. 3, zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji. Wątpliwość sprowadza się do pytania, czy pomimo formalnie jednego postępowania na całość zamówienia ziści się przesłanka do zastosowania trybu z wolnej ręki w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego ofertą częściową, w przypadku gdy na daną część nie zostały złożone żadne oferty częściowe bądź zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Przy uwzględnieniu celu i sensu dokonywania przez zamawiającego podziału zamówienia, również poprzez przewidzenie

[163] TSUE potwierdził, że zmiana początkowego warunku zamówienia (tzw. renegocjacje) może być uznana za istotną, w szczególności, gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu; por. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:338

składania ofert częściowych, nie wydaje się zasadnym wykluczenie z góry możliwości odniesienia wymogu nieskuteczności uprzedniego postępowania oddzielnie do poszczególnych części zamówienia (na które składa się oferty częściowe w jednym postępowaniu). Należy jednak zwrócić uwagę, że warunkiem zamówienia w świetle regulacji Pzp (o charakterze proceduralnym oraz związanym z realizacją zamówienia) w zamówieniu podzielonym na części jest podział zamówienia oraz wymaganie zamawiającego dotyczące ograniczenia liczby części zamówienia, o które może ubiegać się jeden wykonawca (tytuł oddziału 3 to „Ustalenie niektórych warunków zamówienia"). Założeniem, które przyświeca zamawiającemu w planowaniu zamówienia, może być bowiem dywersyfikacja wykonawców, którym zostanie udzielone dane zamówienie. Złożenie oferty na maksymalną liczbę części przez danego wykonawcę bezpośrednio eliminuje go z konkurencji w zakresie części pozostałych, o które mógłby się ubiegać, gdyby ten warunek zamówienia nie został postawiony. Istnieje duże prawdopodobieństwo, że to nie brak zainteresowania wykonaniem pozostałych części zamówienia, ale niemożność złożenia oferty w tych częściach (przez wykonawców, którzy złożyli ofertę na maksymalną liczbę części) powoduje brak ofert częściowych i konieczność unieważnienia postępowania w ramach tych części. W takim wypadku nie można wykluczyć, iż udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp na nierozstrzygnięte części zamówienia (jedną lub więcej) wykonawcy, który złożył już w uprzednim przetargu nieograniczonym (ograniczonym) ofertę na maksymalną, przewidzianą w pierwotnych warunkach zamówienia liczbę części, może oznaczać, że zamawiający nie zastosuje się do określonych przez siebie warunków realizacji zamówienia. Zakaz istotnych zmian tych warunków, jak wynika z treści art. 214 ust. 1 pkt 6

Pzp, należy bowiem odnieść do całości zamówienia pierwotnego, a nie do wydzielonej części tego zamówienia, bez uwzględnienia kontekstu, który spowodował brak ofert częściowych.

7. Powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

7.1. Związek z postępowaniem podstawowym. Skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki na zasadach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp uzależnione jest od łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Po pierwsze, udzielić tego rodzaju zamówienia można jedynie, jeśli od udzielenia zamówienia podstawowego nie upłynął okres 3 lat. Zamawiający może udzielić tego zamówienia jedynie wykonawcy zamówienia podstawowego. Należy tu podkreślić, że wymóg dotychczasowego wykonawcy jest jedną z przesłanek, a nie swoistym przywilejem dotychczasowego wykonawcy. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może stanowić podstawy domagania się przez wykonawcę rozszerzenia pierwotnego zakresu zamówienia nawet wówczas, gdy byłoby to możliwe w procedurze z wolnej ręki. Decyzja o udzieleniu zamówienia, a zatem również o skorzystaniu z dyspozycji komentowanego przepisu, należy do zamawiającego.

7.2. Podobne usługi i roboty budowlane. Zamówienie, które ma być udzielone zgodnie z regulacją zawartą w art. 214 ust. 1

pkt 7 Pzp, musi polegać na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych. Zamówienia polegające na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych albo dodatkowych dostaw zachowują odrębność od zamówienia podstawowego, jednak nie są to zamówienia zupełnie nowe (całkowicie oderwane funkcjonowanie od zamówienia podstawowego). Zamówienia podobne pozostają w związku z zamówieniem podstawowym z uwagi na przedmiot, procedurę szacowania wartości zamówienia i konieczność uwzględnienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Warunkiem koniecznym do skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp jest również obowiązek przewidzenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego oraz uwzględnienie jego całkowitej wartości przy obliczaniu wartości zamówienia podstawowego. To oznacza, że zamówienie podstawowe powinno być udzielone w procedurze otwartej przewidującej publikację ogłoszenia o zamówieniu, co w świetle art. 129 ust. 1 Pzp wyłącza tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz tryb z wolnej ręki. Zamówienie podobne ponadto powinno, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp, być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Oznacza to, że powinno ono dotyczyć tego przedmiotu zamówienia, który został opisany w specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający, podając informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 8 Pzp, powinien wskazać zakres ewentualnego zamówienia.

7.3. Zakres podobnych usług lub robót budowlanych. Zgodnie z art. 214 ust. 2 Pzp w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 7 Pzp, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

W tym miejscu należy podkreślić, że zakres zamówienia podstawowego musi być ustalony w sposób definitywny (tj. sztywny), stosownie do wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp zasad opisywania przedmiotu zamówienia, co będzie następnie determinowało zakres świadczenia wynikającego z umowy realizującej zamówienie podstawowe. Natomiast w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego w celu możliwości ewentualnego skorzystania z dyspozycji art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp należy ustalić również zakres ewentualnych świadczeń podobnych (podobnych usług lub robót budowlanych) w znaczeniu ograniczenia ilościowego (maksymalnego) oraz warunków, na jakich wykonanie takich świadczeń przez wykonawcę zamówienia podstawowego zostanie zlecone (warunki te mogą przykładowo dotyczyć cen, po jakich udzielone będzie przyszłe świadczenie podobne, przewidywanych kar umownych). Zakres zamówienia kolejnego nie musi być natomiast ustalony w sposób sztywny na etapie postępowania pierwotnego. Będzie on zależał od decyzji zamawiającego w szczególności z uwagi no to, że zamówienie udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp jest w istocie odrębnym zamówieniem, dlatego ostateczne warunki, na jakich zostanie udzielone zamówienie, zostaną sprecyzowane w treści umowy, która zostanie ustalona w wyniku negocjacji między zamawiającym i wykonawcą. Decyzje zamawiającego będą jednak ograniczone koniecznością spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp.

8. Dodatkowe dostawy. Na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli

zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Na podstawie tego przepisu można zatem udzielić zamówienia jedynie dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, a rodzaj świadczenia obejmuje tylko dostawy.

8.1. Cel dodatkowych dostaw. Celem dodatkowych dostaw jest wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji. W odróżnieniu od przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp, przewidującej powtórzenie usług lub robót budowlanych, przepis ten obejmuje swoim zastosowaniem również potrzeby incydentalne nieprzewidziane przez zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego. Znamiennym jest również, że wymóg wcześniejszego poinformowania o planowanym zamówieniu dodatkowym, o którym mowa w art. 214 ust. 2 Pzp, nie odnosi się do zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp. Potrzeba współpracy z dotychczasowym dostawcą może być przewidziana z góry w specyfikacji warunków zamówienia (art. 134 ust. 2 pkt 8 Pzp), przy czym należy zastrzec, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp nie został zaprojektowany jako służący wykorzystywaniu ewentualnych finansowych oszczędności zamawiającego, a raczej jako wsparcie umożliwiające wymianę dostaw w trakcie ich realizacji albo tuż po jej zakończeniu, gdy zachodzi ryzyko, że dostawy z innego źródła mogą być niekompatybilne z dotychczasowymi. Jednocześnie należy odróżnić możliwość udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp od opcji, o której mowa w art. 34 ust. 5 Pzp. Instytucja opcji służy najczęściej rozszerzeniu zakresu dostawy lub usługi względem zakresu

przewidzianego do realizacji. Z drugiej strony określona w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp podstawa zastosowania trybu z wolnej ręki odwołuje się do celu uniknięcia niekompatybilności technicznej. Ewentualna zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji.

8.2. Niekompatybilność techniczna lub nieproporcjonalnie duże trudności. Okolicznościami uzasadniającymi pominięcie konkurencyjnej procedury są tylko nadmierne, nieproporcjonalnie duże trudności technicznie, co wyłącza możliwość powoływania się przez zamawiającego jedynie na ewentualne wysokie koszty zapewnienia niezbędnej kompatybilności technicznej nowych dostaw uzyskiwanych od innego wykonawcy. Wymóg wykazania przez zamawiającego zagrożenia dla kompatybilności nowych dostaw z dotychczasowymi dostawami w przypadku zmiany wykonawcy potwierdza również to, co zostało wskazane w treści komentowanego przepisu, mianowicie to, że wymiana dostarczonych produktów lub instalacji ma być częściowa (zatem *a contrario* nie może objąć całego wolumenu dostaw), gdyż w przeciwnym razie nie mogłoby być mowy o konieczności zachowania kompatybilności. Całkowita wymiana dostaw oznaczałaby w istocie również, że zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia, a wykonawca wykonywałby w istocie zupełnie nowe zamówienie (nowe dostawy według innych specyfikacji) bez przeprowadzenia konkurencyjnej procedury.

8.3. Okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w warunkach niekompatybilności technicznej. Zgodnie z art. 214 ust. 3 Pzp umowa na dostawy zawarta

w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki ze względu na zagrożenie niekompatybilnością techniczną z produktami lub instalacjami dotychczas zamówionymi nie może przekroczyć 3 lat, począwszy od momentu udzielenia zamówienia podstawowego.

9. Szczególnie korzystne warunki. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 9 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym. Może to przede wszystkim obejmować udzielenie zamówienia spółce handlowej likwidowanej stosownie do przepisów Ksh, zakup ruchomości od syndyka zgodnie z Prawem upadłościowym lub od komornika stosownie do przepisów Kpc regulujących prowadzenie egzekucji z majątku dłużnika. Zastosowanie trybu z wolnej ręki uwarunkowane jest ponadto szczególnie korzystnymi warunkami dostaw, co w praktyce oznaczać będzie szczególnie niską cenę (ewentualnie szczególnie niską cenę w stosunku do jakości przedmiotu dostaw). Szczególnie korzystne warunki dostaw występują, jeżeli zamawiający ma możliwość uzyskania przedmiotu dostawy za cenę, która jest wyraźnie niższa od tej, którą byłby zobowiązany uiścić w normalnych warunkach rynkowych bez względu na obrany tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto podkreślić należy, iż zastosowanie tej przesłanki może dotyczyć tylko dostaw, a nie może dotyczyć usług lub robót budowlanych.

10. Giełdy towarowe. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 10 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie na dostawy jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe, w tym na giełdzie towarowej w rozumieniu

ustawy o giełdach towarowych, giełdzie towarowej innych państw członkowskich EEA lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy o giełdach towarowych, lub na giełdzie towarowej innych państw członkowskich EEA. Przesłanka ta daje możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki w przypadku zakupu towarów na polskich giełdach towarowych oraz giełdach towarowych państw członkowskich EEA. EEA jest strefą wolnego handlu zrzeszającą kraje Unii Europejskiej (kraje UE) oraz Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) z wyjątkiem Szwajcarii. Towarami giełdowymi w myśl art. 2 pkt 2 ustawy o giełdach towarowych są (lit. a) oznaczone co do gatunku rzeczy, (lit. b) różne rodzaje energii lub paliwa gazowe w rozumieniu Prawa energetycznego, (lit. d) prawa majątkowe wynikające ze świadectw, o których mowa w Prawie energetycznym, oraz ze świadectw pochodzenia i świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, o których mowa w ustawie o odnawialnych źródłach energii, (lit. f) prawa majątkowe wynikające ze świadectwa efektywności energetycznej, o których mowa w przepisach dotyczących efektywności energetycznej. W świetle tego przepisu stronami (poza dodatkowo enumeratywnie wymienionymi podmiotami) tych transakcji są przede wszystkim członkowie giełd towarowych, tj. podmioty wymienione w art. 9 ust. 3 tej ustawy.

11. Współpraca publiczno-publiczna – geneza i implementacja.

U podstaw wyłączenia zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno-publicznej spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych leży przekonanie, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciążących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania

się do jednostek zewnętrznych, nienależących do ich służb i mogą to czynić również we współpracy z innymi organami publicznymi. W oparciu o wyrok TSUE w sprawie *Teckal*[164] w orzecznictwie ukształtowała się jedna z form współpracy publiczno-publicznej, tzw. współpraca *in house*. Poprzez zamówienia typu *in house* (inaczej zamówienie wewnętrzne) rozumieć należy formę współpracy, jaka występuje pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. Równolegle, w orzeczeniu w sprawie *Hamburg*[165], TSUE wskazał drugą formę współpracy publiczno-publicznej, tj. współpracę międzyinstytucjonalną. Bezpośrednia współpraca międzyinstytucjonalna występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Na podstawie obu orzeczeń ustalono, że do tak rozumianej współpracy publiczno-publicznej (będącej w istocie szczególną formą aktywności instytucji zamawiających w celu realizacji swoich zadań) nie znajdą bezpośredniego zastosowania przepisy dyrektyw o zamówieniach publicznych. Unijny prawodawca w dyrektywie klasycznej skodyfikował ustalone w orzecznictwie zasady uznawania form aktywności instytucji zamawiających za współpracę publiczno-publiczną i przesądził, że obie formy współpracy są szczególnymi zamówieniami publicznymi. W art. 12 dyrektywy klasycznej przewidziano jednakże szczegółowe przesłanki, których spełnienie wyłącza obowiązek stosowania dyrektywy do ich udzielenia.

---

[164] Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562

[165] Wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357

Ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 dyrektywy klasycznej na grunt prawa krajowego. Jednocześnie zagwarantowana przez ustawodawcę unijnego swoboda państw członkowskich w kwestii przeniesienia przedmiotowego wyłączenia na grunt prawa krajowego oznaczała również możliwość transpozycji zamówień *in house* przy jednoczesnym zaostrzeniu warunków jej stosowania. Implementując art. 12 dyrektywy klasycznej, przepisy art. 214 ust. 1 pkt 11–13 Pzp regulują zamówienia udzielane przez podmioty z sektora finansów publicznych, tj. jednostki samorządu terytorialnego, organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, a także inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz podmioty prawa publicznego – osobom prawnym, jeżeli podmioty te (zamawiający) sprawują nad osobami prawnymi kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Natomiast art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp implementując art. 12 ust. 4 dyrektywy, ustala ramy prawne dla współpracy międzyinstytucjonalnej (inaczej współpracy niezinstytucjonalizowanej) pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi, podejmowane bez powoływania nowego podmiotu, w celu realizacji ich wspólnych zadań. Jednocześnie należy wskazać, że niezależnie od regulacji zawartej w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji na mocy art. 10 ust. 2 pkt 3 (tzw. mały *in house*) pozostają wyłączone spod zastosowania Pzp.

11.1. Gospodarka komunalna. Regulacja dotycząca współpracy publiczno-publicznej zawarta w Pzp nie zmienia funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Powyższe reguluje ustawa o gospodarce komunalnej, zgodnie z którą gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 tej ustawy gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej[166]. Wybór określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). W takim przypadku można stwierdzić, że gmina działa za pośrednictwem swojej spółki.

[166] Szerzej zob. zachowująca aktualność opinia UZP: *Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu Pzp*, www.uzp.gov.pl

Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak ekwiwalentności świadczeń. Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny[167], stwierdzając, że wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym na podstawie orzecznictwa TSUE wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Na przykład TSUE stwierdził[168], że przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna organów administracji publicznej nie podlega regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, organy administracji publicznej sprawują nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, przedsiębiorstwo to wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy zamawiającym a jej spółką wykonawczą miały charakter wewnętrzny, tj. aby podmiot, za pośrednictwem którego jednostka samorządu terytorialnego realizuje swoje zadania publiczne, był od niej zależny pod względem gospodarczym i był jej podległy organizacyjnie. W takim przypadku podmiot wewnętrzny

[167] Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r. sygn. akt II GSK 105/05

[168] Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 65

nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy. Podobnie jest w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, doprecyzowujące zakres zadań i obowiązków, jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. Podkreślono również[169], że w sytuacji gdy porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie podmiot zależny, odbiegając niekiedy znacząco od zwykłych warunków rynkowych, należy uznać, że w odniesieniu do takiego porozumienia nie znajdują zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki czy powierzonych w drodze umowy należy z kolei odróżnić od powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będą miały przepisy Pzp, w tym możemy mieć do czynienia z udzieleniem zamówienia typu *in house* w oparciu o regulacje zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 11–13 Pzp.

---

[169] Wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815

11.2. *In house* wertykalny. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
2) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w pkt. 1,
3) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

11.2.1. Zakres podmiotowy. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp statuuje tzw. *in house* wertykalny. Przesłanki zastosowania instytucji *in house* mają charakter podmiotowy, krąg zamawiających został ograniczony jedynie do podmiotów wskazanych w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zakresem podmiotowym przepisu objęci są zatem jedynie zamawiający publiczni, tj. wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, „podmioty prawa publicznego" oraz związki tych podmiotów (zamawiający z art. 4 pkt 3 i 4 Pzp). Zamawiający publiczni sektorowi (art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp) również mogą udzielać zamówień *in house* na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji *in*

house, nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. Zamawiający taki może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej, w szczególny sposób od niego zależnej. Tym samym z instytucji *in house* mogą korzystać (po spełnieniu wskazanych w ustawie przesłanek) zarówno jednostki samorządu terytorialnego, które udzielają zamówień swoim spółkom komunalnym (ale w formie umowy), jak i np. organy władzy publicznej utworzonym przez siebie jednostkom.

11.2.2. Kontrola nad osoba prawną. Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki, jeśli łącznie zostają spełnione trzy przesłanki, określone kolejno w lit. a–c. Przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia z wolnej ręki takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Definicja „sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa TSUE, tj. przede wszystkim orzeczenia w sprawie *Teckal*[17] oraz orzeczenia w sprawie *Parking Brixen*[171]. Interpretacja pojęcia „sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni

[170] Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562

[171] Wyrok z dnia 13 sierpnia 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605

europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje ona zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od zamawiającego. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną. W wyroku *Coditel Brabant*[172] TSUE zauważył, że istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem (jednostką zależną) była skuteczna. Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca powinna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki. Przejawem takiej kontroli jest co najmniej udział przedstawicieli instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych instytucji podległej. W orzeczeniu w sprawie *Carbotermo*[173] stwierdzono, że okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami. Na podstawie tego orzeczenia można wskazać, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad

[172] Wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 46

[173] Wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37

taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami – jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc. Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nie oznacza przy tym, że musi być to kontrola identyczna, jaką jednostka nadzorująca ma nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, oznacza to natomiast, że każdorazowo musi to być kontrola skuteczna. Ustawodawca doprecyzował w lit. a, że kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu

strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody. W Wytycznych Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe[174], które pomocniczo mogą mieć zastosowanie dla oceny charakteru powiązań pomiędzy zamawiającym a podległymi mu osobami prawnymi, zauważono, że jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej. Mając na względzie stanowisko TSUE w sprawie *Parking Brixen*[175], można zwrócić uwagę na przykładowe okoliczności, które mogą świadczyć o takim osłabieniu kontroli zamawiającego nad podległą osobą prawną, że nie będzie możliwe uznanie zamawiającego za podmiot skutecznie dominujący. Te okoliczności to np.: autonomiczne rozszerzenie działalności spółki na nowe sektory, rozszerzenie zasięgu terytorialnego działalności spółki – szczególnie w ujęciu międzynarodowym, przyznanie przez jednostkę nadzorującą znaczących uprawnień zarządowi spółki – co może oddziaływać na charakter relacji, czy też niemożność wykorzystania przez zamawiającego posiadanych 100% udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników), szczególnie połączona z koniecznością uzyskania zgody innego organu

[174] Komunikat Komisji Europejskiej: Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe (2016/C 276/01) (Dz. Urz. UE nr C 276 z 29.7.2016, str. 1)

[175] Wyrok z dnia 13 sierpnia 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605

na podejmowanie wszystkich lub niektórych strategicznych decyzji, w tym zmiany zarządu. Za sprawowanie kontroli nad osobą prawną, w sposób uprawniający do stwierdzenia, że spełniona została przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a Pzp, należy uznać również sytuację, gdy kontrolę nad taką osobą prawną sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez danego zamawiającego. Ustawodawca przewidział sytuację, w której zamawiający udzielający zamówienia wewnętrznego osobie prawnej nie musi być instytucją kontrolującą tę osobę prawną w sposób bezpośredni, ale jedynie instytucją kontrolującą ją pośrednio – za pośrednictwem innej osoby prawnej. Powyższa relacja trzech podmiotów:

1) zamawiający,
2) osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego i jednocześnie kontrolująca osobę prawną, której zamawiający udziela zamówienia,
3) osoba prawna, której udziela się zamówienia, podległa osobie prawnej z pkt 2

– przypomina swoją strukturą schemat „spółek matek i córek" znany z grup kapitałowych. W ramach tego schematu zamawiający kontroluje w sposób opisany powyżej „spółkę-matkę", ta zaś w ten sam sposób kontroluje „spółkę-córkę". Nie istnieje natomiast dla udzielenia zamówienia wewnętrznego konieczność, aby w takiej relacji zamawiający kontrolował „spółkę-córkę" (osobę prawną z pkt 3) bezpośrednio. Uwagi dotyczące osłabienia kontroli zamawiającego przedstawione wcześniej, pozostają również aktualne co do przedmiotowej kwestii.

11.2.3. Zadania kontrolowanej osoby prawnej. W art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp ujęto kolejną przesłankę, która musi być spełniona, aby było możliwe udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Przesłanka jest

spełniona, jeśli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a. Równowartość 90% jest regulacją bardziej restrykcyjną niż przewidziana w art. 12 dyrektywy klasycznej, która uznaje próg 8% działalności za wystarczający. Reguły obliczenia procentu działalności, które należy interpretować w świetle brzmienia dyrektywy klasycznej, opisane zostały w art. 214 ust. 5 i 6 Pzp (zob. komentarz do art. 214 ust. 5 i 6 Pzp).

11.2.4. Zakaz udziału kapitału prywatnego. W art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c Pzp wskazano, że w kontrolowanej osobie prawnej nie może zaistnieć bezpośredni udział kapitału prywatnego. W tym miejscy należy przytoczyć treść art. 461 Pzp regulującego szczególne przypadki wygaśnięcia umowy zawartej z osobą prawną. Zgodnie z tym przepisem umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8 Pzp. Generalny zakaz udziału kapitału prywatnego w przesłankach *in house* nie odnosi się do przypadków określonych w art. 214 ust. 8 Pzp (zob. komentarz do tego przepisu).

Zgodnie z art. 214 ust. 8 Pzp zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c i pkt 12 lit. c, nie stosuje się do:

1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym lub
2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki (a od 1 lipca 2021 r. również w przypadku

prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki) posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

Pomimo tego istotnego wyłączenia przepis Pzp wprowadza rozwiązanie bardziej restrykcyjne niż przewidziane w art. 12 dyrektywy klasycznej, gdzie dopuszczono udział kapitału prywatnego pod warunkiem, że ma on charakter niekontrolujący i nieblokujący. Ustawodawca krajowy postanowił zatem, że dla udzielenia tego rodzaju zamówień publicznych konieczne jest wprowadzenie szczególnych rozwiązań uwzględniających nasze uwarunkowania krajowe.

11.3. *In house* odwrócony oraz *in house* pomiędzy podmiotami podległymi temu samemu zamawiającemu. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego innemu zamawiającemu publicznemu, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

1) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,
2) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w pkt 1, lub przez inną osobę

prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w pkt 1,

3) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp statuuje więc kolejne dwie formy zamówień wewnętrznych: *in house* odwrócony oraz *in house* pomiędzy podmiotami podległymi temu samemu zamawiającemu. Pojęcia użyte w art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp do opisu charakteru powiązań między podmiotami zasadniczo muszą być interpretowane analogicznie jak pojęcia z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Dopuszczalne na gruncie powyższego przepisu będzie udzielanie zamówień pomiędzy podmiotami, z których jeden będzie jednostką sektora finansów publicznych hierarchicznie podporządkowaną drugiej jednostce tego sektora (przy spełnieniu wszystkich pozostałych przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp). Poprzez sprawowanie kontroli w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp należy rozumieć kontrolę, o jakiej mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp. Podobnie wymóg wykazania, że co najmniej 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, należy interpretować podobnie jak regulację z art. 214 ust. 1 pkt 11 l it. b Pzp. Rozszerzono również w przepisie wymóg braku udziału kapitału prywatnego, który w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp dotyczy nie tylko podmiotu kontrolowanego, ale także kontrolującego. Jak wynika z treści art. 461 Pzp, umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8 Pzp. Oznacza to, że pojawienie się

kapitału prywatnego po stronie zamawiającego nadzorującego nie skutkuje wygaśnięciem umowy o zamówienie wewnętrzne.

Krąg zamawiających nadzorowanych (a zatem tych, którzy udzielają zamówienia) obejmuje wszystkich zamawiających publicznych, również tych, którzy wykonują działalność sektorową (art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp), tj. jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, „podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 4 ust. pkt 3 Pzp) oraz związki tych podmiotów. Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji *in house*, nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. Podmiotami, którym można udzielić zamówienia z art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp, są wszyscy zamawiający publiczni oraz osoby prawne kontrolowane przez tego samego zamawiającego, który kontroluje jednostkę udzielającą zamówienia. Kontrola taka nie musi być tożsama, musi jednak niewątpliwie spełniać te same przesłanki w rozumieniu definicji z art.214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

11.4. Jednostka podległa wielu zamawiającym – uwagi ogólne.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi publicznymi sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a. w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
b. uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
c. kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

2) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
3) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp reguluje sytuację wspólnej kontroli zamawiającego wraz z innymi zamawiającymi nad jednostką wspólnie im podległą. Przesłanki zastosowania instytucji *in house* mają charakter podmiotowy. Zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji *in house* nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. Krąg zamawiających, którzy mogą udzielić zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z tego przepisu, obejmuje wszystkich zamawiających publicznych również tych, którzy wykonują działalność sektorową (art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp), tj. jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, „podmioty prawa publicznego"

(zamawiający z art. 4 ust. pkt 3 Pzp) oraz związki tych podmiotów. Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp nie może udzielić zamawiający, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. podmiot prywatny wykonujący działalność sektorową albo przedsiębiorstwo publiczne, nawet jeśli jest jednym z podmiotów, które kontrolują podległą osobę prawną. Zamawiający sektorowy z art. 5 ust. 1 pkt 2 Pzp do udzielenia zamówienia jednostce podległej może skorzystać z przepisów wyłączających stosowanie Pzp (właściwych dla zamawiających sektorowych), tj. art. 365 i 366 Pzp, po spełnieniu przesłanek dopuszczających zastosowanie tych przepisów.

11.4.1. Warunek kontroli. Zamawiający może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej zależnej od zamawiających, wśród których występuje, którzy wspólnie go kontrolują. W orzeczeniu TSUE w sprawie *Coditel Brabant*[176] zwrócono uwagę, że kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym musi być skuteczna, ale nie jest konieczne, aby była ona sprawowana samodzielnie. TSUE potwierdził tym samym zasadę stanowiącą, że kontrola w rozumieniu pierwszego kryterium określonego w sprawie *Teckal*[177] może być sprawowana wspólnie.

Zgodnie z przesłanką z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

---

[176] Wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 46

[177] Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562

1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
2) uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
3) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Niewątpliwie sprawowanie kontroli nad osobą prawną przez zamawiającego, ale występującego wspólnie z innymi zamawiającymi, ma inny charakter, niż gdyby zamawiający kontrolował taką osobę prawną samodzielnie (przypadek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp).

11.4.2. Kontrola sprawowana wspólnie. Pojęcie „sprawowania kontroli nad jednostką" zasadniczo odpowiada pojęciu z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i orzecznictwo przywołane przy tamtej okazji zachowuje aktualność także w tym przypadku, jednakże z uwzględnieniem istotnej różnicy, jaką jest odniesienie tego pojęcia nie do konkretnego zamawiającego, ale łącznie do zamawiających działających wspólnie. Pojedynczy zamawiający, z racji tego, że występuje wspólnie z innymi zamawiającymi, nie sprawuje, co do zasady, takiej samej kontroli nad jednostką kontrolowaną jak nad własnymi jednostkami wewnętrznymi. Występuje naturalna w takiej relacji partycypacja „we władzy" nad jednostką nadzorowaną. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do podmiotów wspólnie kontrolowanych przez grupy zamawiających (np. spółki zajmujące się transportem międzygminnym, w których udziały mają gminy partycypujące w transporcie, spalarnie śmieci powołane i kontrolowane przez jednostki – udziałowców etc.) orzecznictwo musiało ustalić, co oznacza zakres pojęcia „sprawowania

kontroli nad jednostką", ale w odniesieniu do pojedynczego zamawiającego występującego jako element całości. Na kanwie tego wniosku ustalono pojęcie „kontroli analogicznej" lub „kontroli podobnej" do kontroli w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, co znalazło odzwierciedlenie także w orzeczeniach TSUE. W orzeczeniu TSUE w sprawie *Coditel Brabant*[178] stwierdzono, że w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających, „podobną kontrolę" mogą sprawować wspólnie te instytucje, zaś samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. W cytowanym już orzeczeniu *Tragsa*[179] uznano, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą może być spełniony, jeżeli instytucja taka posiada tylko 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego. Orzeczenie wskazuje więc, że co do zasady, aby mówić o podobnym sprawowaniu kontroli nad spółką, zamawiający pojedynczy winien posiadać w niej jakieś udziały. Z kolei w sprawie *Econord*[180] TSUE stanął na stanowisku, że pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu, niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką, pozwalałaby na obchodzenie przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce

[178] Wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale,* ECLI:EU:C:2008:621, pkt 46

[179] Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227,

[180] Wyrok z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 31

lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli" nad tą jednostką. Podsumowując, wspólna, analogiczna kontrola możliwa jest nawet w przypadku, jeżeli odsetek posiadanych udziałów w spółce jest bardzo niski, pod warunkiem że prawa wynikające z tych udziałów są wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę. Powyższe ustalenia TSUE doprowadziły do wykształcenia się zasad wspólnego sprawowania kontroli, które zostały wyrażone w art. 12 ust. 3 dyrektywy klasycznej, którą implementuje art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp. Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowani w tym składzie powinni być wszyscy zamawiający, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jednego, kilku lub wszystkich zamawiających) ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko zamawiający. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki w sposób umożliwiający udzielenie jej zamówień z wolnej ręki.

Zawarta w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a Pzp przesłanka niedziałania w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad osobą prawną kontrolę oznacza, że kontrolowana osoba prawna nie musi

wyrażać celów każdego z zamawiających, istotne jest, żeby nie stała tym celom na przeszkodzie. Przeciwne ujęcie (tożsamość celów każdego z zamawiających z celami osoby prawnej) oznaczałoby w praktyce, że wspólnie kontrolować osobę prawną mogliby tylko zamawiający posiadający identyczne cele, co czyniłoby regulację praktycznie niestosowalną.

11.4.3. Zadania i kapitał prywatny. Przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b i c Pzp mają takie samo znaczenie jak w przypadku analogicznych przesłanek art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Podnieść jednak należy, że procent działalności dotyczy łącznej działalności wykonywanej na rzecz wszystkich zamawiających wspólnych i wszystkich podległych im osób prawnych w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp (także gdy podległe osoby prawne są kontrolowane przez co najmniej jednego z zamawiających na zasadach wspólnej kontroli, np. z innymi zamawiającymi).

11.5. Umowa między zamawiającymi. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi publicznymi, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,
2) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,
3) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

11.5.1. Współpraca między uczestniczącymi zamawiającymi. Współpraca, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. a Pzp, ma na celu

wspólne zapewnianie wykonania zadania publicznego, do którego wykonania zobowiązani są wszyscy partnerzy. Celem takiej wzajemnej współpracy musi być zapewnienie wykonania usług publicznych, które zamawiający nawiązujący współpracę muszą wykonać z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Przy czym podkreślić należy, iż porozumienie o współpracy publiczno-publicznej musi ustanawiać lub wdrażać współpracę pomiędzy objętymi porozumieniem stronami na rzecz realizacji tych publicznych zadań, do których każda z tych stron jako podmiot publiczny jest powołana, a zatem wspólna misja zamawiających podejmujących wzajemną współpracę powinna przyświecać stronom już w momencie zawarcia umowy i nie może mieć charakteru doraźnego. Oznacza to także, że nie jest wystarczające, ażeby cel przyświecał jednemu z zamawiających, a dla drugiego był to cel jedynie niesprzeczny. Wspólne wykonanie zadania powinno charakteryzować się zaangażowaniem i wzajemnymi zobowiązaniami stron umowy oraz powinno przyczynić się do powstania wzajemnych efektów synergii. Niekoniecznie oznacza to, że każdy ze współpracujących partnerów uczestniczy w faktycznym wykonaniu zadania w równym stopniu, współpraca może opierać się na podziale zadań lub określonej specjalizacji. Niemniej jednak umowie powinien przyświecać wspólny cel, do którego realizacji przyczynia się wspólna realizacja określonych zadań, często komplementarnych względem siebie. Konstrukcja współpracy publiczno-publicznej nie wymaga, by zakres działań, do których zobowiązani zostają partnerzy, był zawsze tożsamy. Wymogiem jest, aby działania wykonywane przez poszczególne instytucje prowadziły do wypełnienia celów partnerstwa. Aby spełnić warunki określone w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. a Pzp, współpraca pomiędzy zamawiającymi powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie

wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Innymi słowy, nawiązując do cech wskazanych w definicji zamówienia publicznego (art. 7 pkt 32 Pzp), można wskazać, że we współpracy publiczno-publicznej zawierający porozumienie, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp, zamawiający występują względem siebie w roli zamawiającego i wykonawcy (w dowolnej konfiguracji szczegółowej) świadczących usługi na podstawie dobrowolnej ich decyzji, doprowadzając w ten sposób do realizacji zadań publicznych przez wszystkie strony porozumienia. Za współpracę nie można więc uznać jednostronnego powierzenia wykonania zadania przez jednego zamawiającego – drugiemu. Cechy tego porozumienia odróżniają również współpracę publiczno-publiczną od wspólnego udzielania zamówienia publicznego w celu realizacji przez zamawiających zbieżnego celu.

11.5.2. Cel współpracy. W odniesieniu do drugiej przesłanki wymienionej w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. b Pzp wskazać należy, że z ogólnej interpretacji dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie wynika, że współpraca powinna być motywowana względami interesu publicznego. Dlatego, jeżeli przyświecają jej inne względy (tj. jest ona zasadniczo determinowana innymi względami), zwłaszcza komercyjne, nie będziemy mieli wówczas do czynienia ze współpracą, którą kierują jedynie względy publiczne. Stąd współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Innymi słowy porozumienie o współpracy nie powinno obejmować działalności, która jest oferowana na wolnym rynku. Dla oceny, czy wdrożeniem opisanej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, niezbędna jest również szczegółowa informacja na temat

charakteru danego porozumienia, w szczególności sposobu ustalenia wzajemnych rozliczeń przy realizacji usług objętych porozumieniem. Analiza takiego porozumienia musi wykluczać ewentualne korzyści stron o charakterze komercyjnym. Współpracę publiczno-publiczną powinny determinować wyłącznie względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Instytucja umów między podmiotami sektora publicznego, mimo że została włączona przez ustawodawcę krajowego do reżimu zamówień publicznych, stanowi jego specyficzną odmianę, w której element odpłatności musi być interpretowany w ten sposób, że obejmuje on wyłącznie zwrot kosztów poniesionych wzajemnie przez strony porozumienia. Powyższa konstatacja wynika również z dotychczasowego orzecznictwa TSUE, w świetle którego współpraca ta nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw. W jednym z dokumentów Komisji Europejskiej[181] podkreślono, że „współpracę regulują względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Tak więc choć współpraca może przewidywać wzajemne prawa i obowiązki, nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw: świadczenie usług za wynagrodzeniem jest cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych".

[181] *Dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna")* SEC(2011) 1169 dostępny pod adresem https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/

Zatem porozumienie o współpracy międzyinstytucjonalnej zawarte przez podmioty publiczne nie może przewidywać ani przesądzać o udzieleniu ewentualnych zamówień publicznych, gdyż zadania publiczne przewidziane do wspólnej realizacji na mocy porozumienia powinny być realizowane bezpośrednio przez umawiających się zamawiających. W kontekście regulacji art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej dalsze powierzenie realizacji zadania publicznego przez współpracujących zamawiających albo nawet przez jednego z nich powinno nastąpić w trybie Pzp, gdyż do takiej sytuacji wyłączenie to nie znajduje zastosowania. Zatem przepływ zasobów i odpowiedzialności za realizację publicznych zadań z jednej instytucji publicznej na inną nie jest objęty dyrektywą, dopóki nie skutkuje kontraktowaniem zadań za wynagrodzeniem. Jeżeli w związku z realizacją porozumienia mogą powstać zapotrzebowania na realizację odpłatnych świadczeń przez którąkolwiek ze stron porozumienia, to tylko w zakresie nieobjętym porozumieniem. Świadczenie usług za wynagrodzeniem jest bowiem cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

11.5.3. Działalność na wolnym rynku. W celu oceny spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. c Pzp, tj. ograniczenia działalności do 10% wykonywania na wolnym rynku objętej przedmiotem współpracy, należy przyjąć, iż wymagane 10% działalności ustalane będzie poprzez odniesienie średniego przychodu z tytułu komercyjnego świadczenia usług do średniego przychodu uzyskiwanego z tytułu świadczenia tego rodzaju usług ogółem (tj. na wolnym rynku i poza nim). Proporcję należy zatem obliczać, mając na względzie sferę działalności obu zamawiających, nie zaś konkretny przedmiot współpracy. Przykładowo zamierzenie wdrożenia

współpracy polegającej na wspólnej budowie konkretnego systemu teleinformatycznego będzie możliwe na gruncie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. c Pzp, jeśli działalność na wolnym rynku każdego z podmiotów, polegająca na realizacji (różnych) projektów teleinformatycznych (a nie tego konkretnego, będącego przedmiotem współpracy), nie przekroczy 10% takiej działalności w tej sferze, dla każdego z nich. Interpretacja zawężająca (odniesienie procentu do przedmiotu współpracy, a nie do działalności podmiotów) może odkodować normę zawartą w przepisie w sposób niezgodny z celami dyrektywy. Procent wykonywanej na wolnym rynku działalności objętej porozumieniem należy ustalić w sposób wskazany w art. 214 ust. 5 i 6 Pzp (zob. komentarz do tych przepisów).

12. Trwałość przesłanek przy zamówieniach *in house*. Istotnym zagadnieniem w zamówieniach *in house* jest ocena, w jakim momencie bada się wystąpienie przesłanek pozwalających na udzielenie zamówienia z wolnej ręki oraz czy realizacja zamówienia z wolnej ręki może być kontynuowana, gdy podmiot realizujący, któremu udzielono zamówienia w trybie z wolnej ręki, przestanie te przesłanki spełniać. Co do zasady fakt spełniania przesłanek bada się na dzień udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zakres kontroli i udział kapitału prywatnego muszą być zgodne z przesłankami z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a i c Pzp na dzień podpisywania umowy o zamówienie. Zasadniczo jeżeli w trakcie realizacji zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki jako *in house* zamawiający utraci nad jednostką kontrolę w taki sposób, że nie będzie możliwe spełnienie przesłanki z lit. a – wygaśnie podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W szczególności niedopuszczalne są zmiany dotyczące udziału kapitału prywatnego w osobie prawnej. W wyroku

TSUE w sprawie *Sea*[182] stwierdzono, że jeżeli jednak zamówienie miałoby zostać udzielone przedsiębiorstwu bez postępowania przetargowego, na podstawie wyjątku, z racji istnienia powiązania wewnętrznego, późniejsze nabycie udziału w tym przedsiębiorstwie przez inwestorów prywatnych w dowolnym momencie w okresie obowiązywania zamówienia stanowiłoby zmianę podstawowego warunku udzielenia zamówienia. W takich okolicznościach zamówienie musi zostać więc udzielone w postępowaniu przetargowym. Art. 214 ust. 4 jest wyrazem przyjętej w orzecznictwie TSUE zasady spełniania przesłanek przez cały okres wykonania zamówienia. Potwierdza to również art. 461 Pzp, który stanowi, że umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 Pzp wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11, pkt 12 lub pkt 13 Pzp, udział uzyskał kapitał prywatny (z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8 Pzp). Przepis art. 214 ust. 4 Pzp przewiduje również coroczny obowiązek publikacji oświadczenia o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, w przypadku gdy czas trwania umowy jest dłuższy niż 12 miesięcy.

13. Ustalanie procentu działalności – średni przychód za 3 poprzedzające lata jako sposób wyjściowy. Wskazać należy, że w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przykładowo udzielenie

[182] Wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa*, ECLI:EU:C:2009:532, pkt 46 i nast.

zamówienia w 2022 roku oznaczać będzie dla zamawiającego przeanalizowanie źródeł przychodów za lata 2019–2021. Jeżeli zamówienie będzie udzielane przed dniem zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez organ zarządzający, np. na miesiąc marzec 2022 r. i brak jest zatwierdzonego sprawozdania za 2021 r. – do analizy źródeł przychodów należy posłużyć się sprawozdaniem niezatwierdzonym. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującego zamawiającego lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego zamawiającego. Pojęcie „zadanie powierzone" dotyczy wszystkich grup zamawiających, nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego" gminy. Poprzez „zadania powierzone" należy bez wątpienia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez zamawiającego podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia, czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem), to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres

wymaganych 90% działalności. W odniesieniu natomiast do kwestii obliczenia procentu działalności w realizacji „zadań powierzonych" dla osób prawnych działających w podsektorze samorządowym, należy zauważyć, że aktywność gospodarcza takich podmiotów opiera się nie tylko na zleceniach otrzymywanych od zamawiających, ale także na realizacji ich zadań własnych w ich imieniu, które nie muszą mieć bezpośredniego odzwierciedlenia w strukturze przychodów tych osób prawnych. Wydaje się zatem, że obok zadań powierzonych samorządowym osobom prawnym w formie takich zleceń, do procentu działalności należy także zaliczyć zadania realizowane przez takie spółki jako zadania własne gminy (w rozumieniu ustawy o gospodarce komunalnej i wykonywane na podstawie poszczególnych „ustaw samorządowych"). Nieujęcie w procencie działalności zadań własnych, których wielkość jest, co do zasady, znaczna w ramach całej działalności osoby prawnej, doprowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień wewnętrznych w podsektorze samorządowym i mogłoby uniemożliwić udzielanie zamówień takim jednostkom, których przeważająca działalność dotyczy realizowania zadań własnych gminy, a znikoma (ale ujęta w przychodzie) stanowi, np. pożytki z działalności podstawowej. Wydaje się, że trafnym uproszczeniem jest przyjęcie, że przez działalność w ramach „zadań powierzonych" należy rozumieć działalność niekomercyjną osób prawnych (tj. świadczoną na rzecz/w imieniu zamawiającego, który taką działalność tej osobie prawnej powierzył). Zarazem, jak wskazał TSUE w wyroku w sprawie *Undis Servizi*[183], w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej,

[183] Wyrok z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935, pkt 38

w szczególności na rzecz będących jego wspólnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego wspólnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są wspólnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

14. Reorganizacja. Jeżeli z uwagi na m.in. reorganizację, np. przekształcenia podmiotowe, zmiany struktury właścicielskiej lub zakresu działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające są niedostępne lub niewiarygodne, należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie, wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego zamawiającego. Jednakże jeżeli nie jest możliwe ustalenie procentu działalności z uwagi na to, że dane te są nieadekwatne lub nieaktualne, co wynika z okoliczności obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregokolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Terminu tego w Pzp nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 214 ust. 6 Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe, zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, jak i przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

W art. 214 ust. 7 Pzp ustawodawca zastrzegł, że jeżeli reorganizacja podmiotu kontrolowanego została przeprowadzona dla pozoru, uznaje się, że podmiot ten nie spełnił wymagania dotyczącego 90% działalności na rzecz zamawiającego. Celem tej nowo wprowadzonej regulacji jest przeciwdziałanie sztucznemu kreowaniu przesłanek przez podmioty-strony zainteresowane udzieleniem zamówienia z ominięciem zasad konkurencji (na proces reorganizacji podmiotu kontrolowanego zasadniczy wpływ będzie miał zamawiający kontrolujący). Strony zainteresowane nie mogą wykorzystywać swobody w zakresie kształtowania prawnych form prowadzenia działalności podmiotu kontrolowanego (w szczególności przewidzianych w kodeksie spółek handlowych) oraz modyfikowania zakresu ich działalności jedynie w celu ukrycia, że w rzeczywistości podmiot kontrolowany prowadzi działalność (w więcej niż 10%) w zakresie niezwiązanym z wykonywaniem zadań na rzecz zamawiającego. Zakres zastosowania (w odniesieniu do pozorności działań) art. 214 ust. 7 Pzp wykazuje podobieństwo do ogólnej regulacji zawartej w art. 58 § 1 Kc, zgodnie z którą czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Należy jednak wskazać, że w przypadku kreowania przesłanek do udzielenia zamówienia na zasadach wewnętrznych (współpracy publiczno-publicznej) oddzielna regulacja w Pzp jest potrzebna. Otóż sama reorganizacja podmiotu kontrolowanego obejmująca ewentualne zmiany formy prawnej i/lub zakresu działalności w taki sposób, że metoda obliczania procentu działalności da wynik mieszczący się w granicach przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14

lit. c Pzp, nie jest sama w sobie czynnością (czynnościami) sprzeczną z bezwzględnie wiążącymi przepisami nakazującymi bądź zakazującymi określone zachowanie. Czynnością sprzeczną z Pzp jest dopiero udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia przesłanek. Przepisy statuujące przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki są bez wątpienia przepisami bezwzględnie obowiązującymi, natomiast nie ustalają prawnie przewidzianego zachowania w określonych okolicznościach (normy bezwzględnie wiążącej, jak np. ogólne obowiązki ogłoszeniowe dla zamówień objętych zastosowaniem Pzp), natomiast wskazują okoliczności, w których dopuszczalne jest określone zachowanie (udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki). Celem ukrytym pozornej reorganizacji nie jest uniknięcie stosowania przepisów Pzp, a raczej sztuczne wytworzenie okoliczności objętych przepisem łagodzącym warunki proceduralne udzielenia zamówienia i skorzystanie z jego dyspozycji w sposób formalnie uprawniony. Przepis art. 214 ust. 7 Pzp zwykle znajdzie zastosowania dopiero po udzieleniu zamówienia (np. w trakcie kontroli lub na skutek odwołania do KIO), przewiduje również szczególną sankcję w postaci automatycznego uznania przesłanki pozorowanej za niespełnioną, natomiast nie podważa legalności samych czynności reorganizacyjnych podejmowanych przez strony zainteresowane ewentualnym udzieleniem zamówienia na zasadach wewnętrznych. Ciężar udowodnienia pozorności spoczywa na podmiocie zarzucającym pozorność, a zatem na odwołującym się bądź instytucji kontrolującej postępowanie.

15. Wyłączenie zakazu udziału kapitału prywatnego. Przesłanka zakazu bezpośredniego udziału kapitału prywatnego dla zamówień typu *in house* doznaje ograniczeń w odniesieniu do osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą o partnerstwie

publiczno-prywatnym lub udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki (a od 1 lipca 2021 r. również w przypadku prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki), posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu. Pomimo tego istotnego wyłączenia przepisy Pzp przewidują i tak rozwiązanie bardziej restrykcyjne (w granicach swobody implementacji) niż przewidziane w art. 12 dyrektywy klasycznej, gdzie dopuszczono udział kapitału prywatnego pod warunkiem, że ma on charakter niekontrolujący i nieblokujący. Ustawodawca krajowy postanowił zatem, że dla udzielenia tego rodzaju zamówień publicznych konieczne jest wprowadzenie szczególnych rozwiązań uwzględniających nasze uwarunkowania krajowe.

16. Podwykonawstwo w zamówieniach *in house*. Art. 214 ust. 9 Pzp jest wyrazem szczególnego charakteru zamówień typu *in house*. Zasadą w zamówieniach publicznych jest możliwość podzlecania zamówienia przez wykonawcę kolejnym podmiotom – podwykonawcom. Na gruncie zamówień wewnętrznych ta generalna zasada nie jest wyłączona, niemniej jednak specyfika zamówienia wewnętrznego może na nią oddziaływać. Zamówienie wewnętrzne jest sposobem wykonywania zadań przez zamawiających, jednak odrębnie niż ma to miejsce przy standardowych zamówieniach publicznych, zadania wykonuje się przy wykorzystaniu zasobów własnych i zasobów podmiotów ściśle od zamawiających uzależnionych. Z powyższego konsekwentnie wynika, że aby uzyskać zamówienie wewnętrzne, podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty

nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia, takie zamierzenie powinno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji, nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotna jest jego zdolność do realizacji konkretnego zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom, to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów Pzp. Dopuszczalne natomiast wydaje się podzlecenie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w Pzp. Podobnie zastosowanie znajdą ogólne przepisy o zamówieniach publicznych, gdy wymóg pozyskania zasobów nieznajdujących się w dyspozycji zamawiających dotyczyć będzie prowadzonej przez nich współpracy międzyinstytucjonalnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp. Potwierdzeniem reguły, że udzielenie zamówienia wewnętrznego musi być ściśle skorelowane ze zdolnością podmiotu do jego wykonania,

jest art. 214 ust. 9 Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11–13 Pzp, nie może powierzyć podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Wymóg osobistego wykonania kluczowych części jest niczym innym, jak założeniem, że podmiot otrzymujący zamówienie wewnętrzne jest samodzielnie zdolny do jego realizacji. W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której zamawiający podzlecaliby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień. Niewątpliwie taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług i robót budowlanych przez zamawiających i podmioty przez nich kontrolowane. W skrajnych przypadkach prowadziłoby to do uchylania się przez te podmioty od obowiązku udzielania zamówień w trybach podstawowych. Każdorazowo zlecenie świadczenia poza układ współpracy wewnętrznej powinno mieć miejsce z uwzględnieniem bezwzględnego zakazu obejścia zasady konkurencyjności i przejrzystości zamówień publicznych.

Art. 215.

1. Zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 53–55, art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 217 ust. 1 w przypadku zamówień udzielonych na podstawie art. 214 ust. 1:

1) pkt 1 lit. b, pkt 2, 4, 9 i 10;

2) pkt 5, w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach;

3) pkt 1 lit. a, których przedmiotem są:

a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,

b) dostawy gazu z sieci gazowej,

c) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,

d) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 6, zamawiający przekazuje Komisji Europejskiej protokół postępowania, jeżeli Komisja Europejska wystąpiła o jego przekazanie.

1. Rodzaje wyłączeń proceduralnych. Udzielając zamówienia z wolnej ręki, zamawiający stosuje ogólne przepisy Pzp właściwe dla wszystkich trybów postępowań ze względu na wartość zamówienia, z zastrzeżeniem przewidzianych wyłączeń. Wyłączenia te określa przede wszystkim art. 215 Pzp dla kategorii zamówień określonych w ust. 1 pkt 1–3. Wyłączenia obejmują brak obowiązku powoływania komisji przetargowej (art. 53–55 Pzp), możliwość niestosowania podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1pkt 1 i 2 Pzp (kiedy prawomocnie skazany jest wykonawca lub urzędujący członek jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurent) związanych ze skazaniem za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, lub za odpowiedni czyn zabroniony przepisami prawa obcego. Zamawiający

może również odstąpić od obowiązku przewidzianego w art. 217 ust. 1 Pzp, tj. przekazania wraz z zaproszeniem do negocjacji informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Zamówienia, w których można stosować wyłączenia bez ograniczeń. Zgodnie z art. 215 ust. 1 pkt 1 Pzp wyłączenia w nim przewidziane stosuje się bez ograniczeń w przypadku zamówień:

1) na dostawy, usługi lub roboty budowlane, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów,
2) na dostawy, usługi lub roboty budowlane, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej,
3) udzielanych po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 326 pkt 2 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej,
4) na dostawy udzielanych na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym,
5) na dostawy na rynku towarowym, w tym na giełdzie towarowej polskiej bądź giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

3. Zamówienia, w których można zastosować wyłączenia w celu przeciwdziałania skutkom zdarzeń losowych. Zgodnie z art. 215 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może nie stosować art. 53–55 Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 217 ust. 1 Pzp w przypadku zamówienia

udzielanego z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, to jest gdy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp). Jednakże zamawiający może nie stosować wyłączonych przepisów jedynie w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach.

4. Zamówienia realizowane przez monopolistów. Zgodnie z art. 215 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może nie stosować wyłączonych przepisów, jeżeli przedmiotem świadczenia są:

1) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
2) dostawy gazu z sieci gazowej,
3) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
4) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych, jeżeli mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

5. Obowiązek przekazania protokołu nieskutecznych postępowań będących podstawą do zastosowania trybu z wolnej ręki. Art. 215 ust. 2 Pzp statuuje obowiązek przekazania protokołu postępowania na wniosek Komisji Europejskiej w odniesieniu do zamówień udzielanych z wolnej ręki ze względu na nieskuteczność poprzedzającego postępowania konkurencyjnego.

Art. 216.

1. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1.

3. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

1. Obowiązek ogłoszeniowy przy zamówieniach *in house*.

Publikacja w DUUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki jest co do zasady dobrowolna zgodnie z art. 213 ust. 2 Pzp, jednak w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp (współpraca publiczno-publiczna) istnieje obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 Pzp. W odróżnieniu od regulacji Pzp2004 r., ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp publikowane jest zawsze w BZP, a nie na stronie podmiotowej BIP bądź ewentualnie stronie internetowej zamawiającego. Szczegółowy zakres informacji, które

powinno zawierać ogłoszenie, określa załącznik nr 2 do wydanego zgodnie z delegacją art. 272 ust. 2 Pzp rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP. Warto tutaj jedynie nadmienić, że szczególnie istotnym elementem tego ogłoszenia jest uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest obligatoryjne dla zamówień z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp i od momentu jego zamieszczenia rozpoczyna się 14-dniowy okres oczekiwania, po którym zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Niezwłocznie po zakończeniu postępowania, tj. zgodnie z art. 254 Pzp po zawarciu umowy (art. 254 pkt 1 Pzp) bądź unieważnieniu postępowania (art. 254 pkt 2 Pzp) najpóźniej w ciągu 14 dni, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania (szczegółowy zakres informacji określa załącznik nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP). Należy podkreślić, że zgodnie z art. 515 ust. 4 Pzp brak zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania albo publikacji w DUUE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierających uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki skutkuje wydłużeniem terminu na wniesienie odwołania do 1 miesiąca w przypadku braku ogłoszenia w BZP albo 6 miesięcy w przypadku braku ogłoszenia w DUUE (szerzej zob. komentarz do działu IX Środki ochrony prawnej).

Art. 217.

1. Zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Wykonawca składa oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

1. Wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki. Art. 217 ust. 1 Pzp wskazuje minimalne wymogi formalne, które musi dopełnić zamawiający przesyłający zaproszenie do negocjacji. Zgodnie z tym przepisem wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Katalog dokumentów stanowiących załączniki do zaproszenia jest katalogiem otwartym i zakres niezbędnych dokumentów określa autonomicznie zamawiający. Niemniej jednak przekazane dokumenty muszą pozwalać wykonawcy na ogólną orientację co do zakresu planowanego zamówienia, innymi słowy, muszą stanowić podstawę do przeprowadzenia negocjacji. W postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zamawiający może nie żądać składania przez wykonawcę oświadczenia w postaci JEDZ, natomiast ma obowiązek zażądać od wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz – o ile żądał – spełnianie

warunków udziału w postępowaniu najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Obowiązek przekazania oświadczenia oraz podmiotowych środków dowodowych. Po zakończeniu negocjacji, których kształt ustawodawca pozostawił zainteresowanym stronom – zamawiającemu i wykonawcy – niezbędną czynnością postępowania w trybie z wolnej ręki jest złożenie przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych najpóźniej w chwili zawierania umowy. W świetle dyspozycji art. 217 ust. 3 Pzp jest natomiast jasne, że składanie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a zatem dokonywanie wstępnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, nie jest niezbędne, co odpowiada maksymalnemu odformalizowaniu trybu z wolnej ręki.

Rozdział 4
Składanie i otwarcie ofert

Oddział 1
Składanie ofert

Art. 218.

1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie.

2. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

1. Oferta w Kc. Pzp nie definiuje pojęcia oferty i nie reguluje zagadnień dotyczących składania oświadczeń woli, zatem w związku z art. 8 ust. 1 Pzp będą miały w tym zakresie zastosowanie przepisy Kc. Zgodnie z art. 66 § 1 Kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Żeby oświadczenie było

ofertą, musi posiadać dwie cechy. Po pierwsze oświadczenie to powinno zawierać skierowaną do drugiej strony (tzw. oblata) stanowczą propozycję zawarcia umowy. Po drugie zaś powinno określać istotne postanowienia tej umowy. Propozycja zawarcia umowy jest stanowcza wówczas, gdy z treści oświadczenia woli w sposób nie budzący wątpliwości wynika wola oferenta, aby zawrzeć umowę o określonej treści. Stanowczy charakter oświadczenia skutkuje tym, że – poza przypadkami, gdy z przepisów prawa wynika szczególna forma związana z zawarciem umowy – oferent nie musi składać dodatkowych oświadczeń, aby umowa doszła do skutku. Po złożeniu oferty zawarcie umowy zależy już tylko od decyzji oblata, od tego, czy przyjmie on ofertę. Oblat może przyjąć albo odrzucić ofertę. Oferta odrzucona (nieprzyjęta) wygasa w całości. Oferta będzie ofertą bez względu na nadaną jej nazwę, jeżeli będzie zawierać stanowczą wolę zawarcia umowy oraz będzie określać wspomniane wyżej minimum treści. Ponadto oferta powinna być podpisana przez osobę składającą oświadczenie, upoważnioną do reprezentowania podmiotu składającego ofertę. Kc nie precyzuje, co należy rozumieć przez pojęcie „istotne postanowienia umowy", ale można przyjąć, iż chodzi o takie określenie przez oferenta minimalnych warunków proponowanej umowy, które wystarczą do zawarcia umowy, czyli określających typ i charakter zawieranej umowy (najczęściej określenie stron i ich świadczeń oraz ceny jak przy umowie sprzedaży). Warto zaznaczyć, że istotne postanowienia umowy nie muszą być wpisane bezpośrednio do samej oferty, aby być jej częścią. Tak dzieje się w przypadku, gdy oferent składa ofertę, przystępując do warunków zawarcia umowy określonych np. dla przetargu. Skutkiem prawnym złożenia oferty jest związanie oferenta złożoną ofertą, tzn. oferta taka nie może już być odwołana, co wynika z jej stanowczego charakteru. Oferta jest wyrazem stanowczej i ostatecznej woli zawarcia

umowy przez oferenta i na oferencie, po przyjęciu oferty przez oblata, ciąży obowiązek jej realizacji. Ten stanowczy charakter oferty pozwala odróżnić ją od propozycji niewiążących zawierających postanowienia jedynie wstępnie regulujące niektóre warunki przyszłej umowy, które mogą być zmienione, doprecyzowane lub dopełnione w ofercie ostatecznej (końcowej).

2. Pojęcie oferty w Pzp. Przyjmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozumienie pojęcia oferty z Kc, trzeba pamiętać o istnieniu specyficznych dla zamówień publicznych rozwiązań modyfikujących kodeksowy tryb zawierania umowy przez złożenie oferty oraz tryb złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do takich kwestii, jak związanie ofertą (początek związania ofertą i upływ okresu związania ofertą) lub konieczność stosowania, poddanych ogólnym zasadom rządzącym zamówieniami publicznymi, formalnych czynności proceduralnych wynikających z zastosowania określonego trybu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd samo pojęcie „oferta" w Pzp nie zawsze odpowiada definicji kodeksowej. Jest ono traktowane w Pzp w sposób funkcjonalny; odnosi się bądź to do oświadczenia woli (np. w art. 59 Pzp jest mowa o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), bądź do materialnej postaci, w jakiej przedstawiane jest oświadczenie woli (np. w art. 65 ust. 1 pkt 2 Pzp o aplikacjach do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert). Pzp wyraźnie odróżnia ofertę od przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych. Takie rozumienie oferty wynika bezpośrednio z treści Pzp, np. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je **wraz z ofertą** (art. 107 ust. 1 Pzp), wykonawca, który

polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa **wraz z ofertą** zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 Pzp), albo **do oferty wykonawca dołącza** oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1 Pzp). Oferta nie zawsze będzie miała postać jednego dokumentu. Integralną częścią oferty będą np. specyfikacje techniczne, opisy oferowanych przez wykonawcę produktów czy kosztorysy ofertowe. Pzp przewiduje również między innymi techniczną możliwość złożenia oferty częściowo w postaci elektronicznej i częściowo w postaci papierowej, co oznacza rozdzielenie treści tworzących ofertę (por. art. 65 ust. 3 Pzp). Mimo że w przypadku przekazywania każdej z tych części oferty zamawiającemu obowiązują zasady właściwe dla składania oferty (m.in. termin składania, podpis pod oświadczeniem woli), części te oddzielnie nie tworzą odrębnych ofert, ale składają się na jedną ofertę. Sytuacja taka wystąpi również w przypadku, gdy do oferty składanej w postaci katalogu elektronicznego zostaną załączone dokumenty lub oświadczenia uzupełniające ofertę (art. 93 ust. 3 Pzp), czy w przypadku dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty (art. 93 ust. 1 Pzp). W art. 63 Pzp została zastrzeżona szczególna forma, w jakiej powinna być złożona oferta. Przewiduje on m.in., że w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi

unijne ofertę składa się pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym). Forma elektroniczna pod rygorem nieważności została zastrzeżona dla postąpień składanych przez wykonawcę w toku aukcji elektronicznej (por. art. 234 ust. 2 Pzp). Szczególna forma, w jakiej należy złożyć ofertę, została przewidziana również dla przypadków wyjątkowych, określonych art. 65 ust. 1 Pzp, w których zamawiający odstępuje od obowiązku użycia środków elektronicznych. W takich sytuacjach m.in. oferta albo jej część muszą być złożone, zgodnie z wyborem zamawiającego, pod rygorem nieważności w formie pisemnej, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (por. art. 65 ust. 3 Pzp). Składanie ofert w formie pisemnej pod rygorem nieważności ma miejsce jako zasada w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W postępowaniach takich nie ma obowiązku użycia środków komunikacji elektronicznej. Jednak w przypadku gdy zamawiający w celu przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyrazi zgodę na składnie ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oferty składane drogą elektroniczną muszą być złożone pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (por. art. 401 ust. 5 Pzp). Pojęcia „formy pisemnej" i „formy elektronicznej" nie są definiowane w Pzp, stąd ich rozumienie powinno być zgodne z przepisami Kc. Jak wynika z art. 78 § 1 Kc, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Natomiast zgodnie z art. 78^1 § 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go

kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zarówno oferta sporządzona bezpośrednio w systemie teleinformatycznym, jak i oferta stanowiąca cyfrowe odwzorowanie treści (oferty) sporządzonej pierwotnie w postaci nieelektronicznej, o ile będą podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, będą złożone w formie elektronicznej. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej oferta lub odpowiednio jej część, zgodnie z wyborem zamawiającego, pod rygorem nieważności, może być złożona w formie pisemnej, w formie elektronicznej, a w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne dopuszczalne jest złożenie oferty także w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (por. art. 65 ust. 3 Pzp). W przypadku wyboru przez zamawiającego formy pisemnej może być złożona wyłącznie jako dokument w postaci papierowej z własnoręcznym podpisem osoby upoważnionej do składania podpisu pod treścią oferty. Dla ofert składanych w postępowaniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zasadą jest, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, a za zgodą zamawiającego, również pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (art. 401 ust. 5 Pzp). Brak zachowania wybranej przez zamawiającego formy składania ofert, dla której Pzp przewidziała rygor nieważności, skutkuje nieważnością oferty złożonej z naruszeniem zastrzeżonej formy, zgodnie z art. 73 § 1 Kc, który stanowi, że jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. W Pzp rygor taki został przewidziany, a zatem brak wymaganej Pzp formy oferty niesie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutek w postaci odrzucenia takiej oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych

przepisów (por. art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp). Szczególny przypadek związany z technicznym tworzeniem oferty przez samego zamawiającego Pzp przewiduje w odniesieniu do realizacji umowy ramowej zawartej z większą liczbą wykonawców, gdy wszystkie oferty zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych. W takim przypadku zamawiający może zdecydować (taka możliwość jest uwarunkowana uprzednią informacją na ten temat w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia) o ponownym poddaniu zamówienia konkurencji w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne, poprzez pobranie danych potrzebnych do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia. Aktualizacji może dokonywać wykonawca albo zamawiający, zaś przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, pobrane dane, oraz wyznacza mu odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów, a jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie nie zakwestionuje tak sporządzonej oferty, uznaje się, że złożył ofertę (art. 315 i art. 389 ust. 7 i 8 Pzp).

3. Pełnomocnictwo do złożenia oferty. Osoba, która podpisuje ofertę składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi być właściwie umocowana do złożenia takiego oświadczenia woli. W przeciwnym razie złożenie oferty jest nieskuteczne (zgodnie z art. 104 Kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna, co w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutkuje odrzuceniem takiej oferty). Pzp nie wskazuje na obowiązek załączenia do składanej oferty dokumentu, z którego wynika fakt umocowania osoby podpisującej ofertę. Z § 13 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków

dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika, że zamawiający może żądać od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy, jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów pozyskanych z właściwych ogólnodostępnych rejestrów (jak KRS, CEIDG). W zakresie pełnomocnictw składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, mają zastosowanie przepisy Kc dotyczące pełnomocnictwa, a w odniesieniu do organów spółek kapitałowych i zasad reprezentacji w tych spółkach – przepisy Ksh. Pełnomocnictwo do złożenia oferty może być udzielone zarówno przez wykonawcę będącego osobą fizyczną, jak i wykonawcę będącego osobą prawną. Jednak w przypadku gdy osobami podpisanymi pod ofertą są osoby uprawnione do działania w imieniu wykonawcy będącego osobą prawną, nie działają oni często jako pełnomocnicy, ale osoby reprezentujące ten podmiot z bezpośrednim skutkiem dla tego podmiotu. W takim przypadku upoważnienie do działania nie wynika z udzielonego pełnomocnictwa, ale wiąże się z wykonywaną funkcją. Podobnie jednak jak w przypadku pełnomocnictwa, zamawiający jest uprawniony do sprawdzenia, czy osoby działające w takim przypadku w imieniu wykonawcy są uprawnione do złożenia podpisów pod ofertą. Jeżeli uprawnienie to wynika z ogólnodostępnych rejestrów, a zamawiający może samodzielnie dotrzeć do takiej informacji, wykonawca nie musi składać wraz z ofertą dokumentu w postaci wyciągu z właściwego rejestru, np. z KRS. Także w przypadku spółki cywilnej umocowanie do reprezentowania wykonawcy może wynikać

z przepisów prawa, nie z udzielonego pełnomocnictwa[184]. Z perspektywy Pzp wspólnicy spółki cywilnej składający ofertę są wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W przypadku spółki cywilnej, jakkolwiek nie ma przeszkód do ustanowienia przez wspólników spółki pełnomocnika posiadającego uprawnienie do złożenia w ich imieniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, każdy ze wspólników spółki, o ile nic innego nie wynika

[184] Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2000 r., sygn. akt II CKN 298/00, https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-ckn-298-00-wyrok-sadu-najwyzszego-520146266, każdy wspólnik spółki cywilnej jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw (art. 866 Kc). Umocowanie to opiera się na przepisie ustawy, a więc mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, a nie pełnomocnictwem (art. 96 Kc). W miejsce regulacji wynikającej z art. 107 Kc ma zatem zastosowanie art. 865 Kc. Oznacza to, że każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. Natomiast zgodnie wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r, sygn. akt V CSK 132/07, http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/V%20CSK%20132-07-1.pdf, sposób reprezentacji spółki cywilnej został uregulowany w art. 866 Kc W myśl tego przepisu w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Z przepisu tego wynika, że o tym, kto i na jakich zasadach może zaciągnąć zobowiązanie z takim skutkiem, że jego dłużnikami staną się wspólnicy, decydują przede wszystkim postanowienia umowy lub uchwały wspólników dotyczące reprezentowania spółki wobec osób trzecich. Jeśli umowa nie rozstrzyga tych kwestii, zastosowanie znajdzie w tym zakresie unormowanie zawarte w art. 865 § 2 k.c. dotyczące prowadzenia spraw spółki, czyli stosunków wewnętrznych spółki. W przypadku braku stosownych postanowień umownych lub uchwały – jak to wynika z art. 866 i art. 865 § 2 Kc – każdy wspólnik może sam zaciągnąć ze skutkiem wobec spółki zobowiązanie mieszczące się w zakresie zwykłych czynności spółki. Zaciągnięcie ze skutkiem dla spółki zobowiązania przekraczającego zakres zwykłych czynności zastrzeżone jest dla wszystkich wspólników (por. uzasadnienia wyroków SN w z dnia 5 czerwca 1997 r., l CKN 70/97, OSNC 1997, nr 11, poz. 179 oraz z dnia 13 października 2000 r., II CKN 298/00, niepubl.).

z postanowień umowy spółki lub uchwały wspólników, jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki i składania w jej imieniu oświadczeń woli w zakresie, w jakim jest uprawniony do prowadzenia jej spraw, czyli w zakresie zwykłych czynności spółki. Mimo że w przypadku spółki cywilnej uprawnienie do podpisania oferty przez jednego ze wspólników spółki cywilnej zazwyczaj będzie wynikać z przedstawicielstwa ustawowego, w celu wyeliminowania ryzyka złożenia podpisu pod ofertą przez osobę nieuprawnioną zamawiający może także w przypadku spółki cywilnej wymagać załączenia do oferty dokumentu, z którego wynika umocowanie do samodzielnej reprezentacji spółki danego wspólnika spółki (może to być umowa spółki, uchwała wspólników, a nawet odrębne pełnomocnictwo) albo pełnomocnictwa. Umocowanie do podpisania oferty nie zastępuje ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, będących spółką cywilną.

4. Forma pełnomocnictwa. Zastrzeżenie w Pzp szczególnej formy, w jakiej musi być złożona oferta (z zasady formy elektronicznej pod rygorem nieważności, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne – formy elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym pod rygorem nieważności – por. art. 63 Pzp i art. 234 ust. 2 Pzp, jak również formy pisemnej w przypadkach określonych w art. 65 ust. 3 Pzp oraz art. 401 ust. 5 Pzp), ma znaczenie dla ustalenia właściwej formy, w jakiej powinno być złożone pełnomocnictwo uprawniające do złożenia tej oferty. Zgodnie z art. 99 § 1 Kc, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Na gruncie Pzp dopuszczalną formę (postać) pełnomocnictwa określają wprost przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 Pzp. Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Oznacza to, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się w formie elektronicznej, a więc w postaci dokumentu elektronicznego (bez względu na to, czy jest to dokument sporządzony pierwotnie w systemie teleinformatycznym, czy cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego pierwotnie w innej postaci) podpisanego podpisem kwalifikowanym przez wykonawcę albo – w przypadku wykonawców będących osobami prawnymi – przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy na podstawie: przepisów prawa, uchwały właściwego organu albo umowy. Zgodnie zaś z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, w przypadku gdy pełnomocnictwo zostało sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. W przypadku pełnomocnictwa poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej – dokonuje mocodawca.
Z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej

wyraźnie wynika, że poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa z dokumentem pełnomocnictwa w postaci papierowej może dokonać również notariusz. Forma szczególna pełnomocnictwa nie będzie zachowana wówczas, gdy pod dokumentem pełnomocnictwa złoży podpis inna osoba, np. pełnomocnik ustanowiony do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzając zgodność cyfrowego odwzorowania dokumentu pełnomocnictwa z oryginałem. W przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczona forma pisemna ofert, pełnomocnictwo do złożenia oferty sporządzone w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem przekazuje się w oryginale lub jako kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem, przy czym należy podkreślić, że w przypadku pełnomocnictwa poświadczenia za zgodność z oryginałem (przez opatrzenie kopii pełnomocnictwa sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem) dokonuje mocodawca (§ 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej). Z § 9 ust. 4 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej wynika, że poświadczenia za zgodność z oryginałem może dokonać również notariusz.

5. Jedna oferta. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każdy wykonawca, w tym grupa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, może złożyć tylko jedną ofertę. Jest to reguła, od której Pzp przewiduje wyjątki. Do takich wyjątków należy przewidziana w Pzp możliwość wymagania lub dopuszczenia przez zamawiającego złożenia przez wykonawcę oferty wariantowej obok oferty podstawowej (w przypadku dopuszczenia takiej możliwości przez zamawiającego lub żądania przez zamawiającego złożenia ofert wariantowych wraz z ofertami podstawowymi – por. art. 92 ust. 1 Pzp i art. 403 ust. 1 Pzp). Oferta

wariantowa jest inną ofertą niż oferta podstawowa, ponieważ zawiera, przy zachowaniu zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, inny sposób realizacji zamówienia niż przewidziany w ofercie podstawowej (np. inne materiały, technologie, sposób świadczenia), a co za tym idzie może zawierać inne warunki cenowe lub kosztowe niż w ofercie podstawowej, na jakich proponowane jest zawarcie umowy przez wykonawcę. Do wyjątków w zakresie zasady składania jednej oferty należy również składanie przez wykonawców kolejnych ofert jako postąpień w ramach aukcji elektronicznej. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza elektronicznego umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają w formie elektronicznej (czyli w postaci elektronicznej z podpisem kwalifikowanym) kolejne korzystniejsze postąpienia, tj. oferty, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Każde kolejne postąpienie oznacza, że oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej i w takim przypadku bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu (art. 234 ust. 1 Pzp i art. 235 Pzp). Innego rodzaju wyjątkiem szczególnym na tle innych jest możliwość złożenia przez tego samego wykonawcę kilku ofert częściowych w tym samym postępowaniu. W tym przypadku zasada składania tylko jednej oferty odnosi się do danej części zamówienia, natomiast w skali całego zamówienia ten sam wykonawca z zasady może złożyć więcej niż jedną ofertę. Jak stanowi definicja, oferta częściowa przewiduje, zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia (art. 7 pkt 15 Pzp). Możliwość złożenia ofert częściowych w postępowaniu wynika z dokonanego przez zamawiającego podziału zamówienia na części, gdy świadczenie będące przedmiotem zamówienia jest

podzielne, przy czym decyzja o podziale zamówienia w celu składania ofert częściowych jest prawem zamawiającego. Podział zamówienia na części skutkujący możliwością składania ofert częściowych oznacza, że udzielanie zamówienia następuje w istocie poprzez udzielenie zamówień odrębnie w odniesieniu do każdej z części. Zamawiający, przewidując możliwość składania ofert częściowych, określa w dokumentach zamówienia zakres i przedmiot części oraz wskazuje, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia (art. 91 ust. 1 Pzp). W przypadku wprowadzenia przez zamawiającego ograniczenia, gdy ten sam wykonawca (w tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) złoży więcej ofert niż zostało to dozwolone w postępowaniu, wszystkie oferty złożone przez tego wykonawcę (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) będą podlegały odrzuceniu jako niezgodne z Pzp na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający może również ograniczyć liczbę części zamówienia, w których zamówienie może być udzielone temu samemu wykonawcy (art. 91 ust. 3 Pzp).

6. Zgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego. Treść oferty musi odpowiadać wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia, w szczególności wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach realizacji zamówienia. Przy czym należy pamiętać, że wymagania te nie muszą być określane jedynie w dokumentach sporządzonych przez zamawiającego, jak SWZ, ale również mogą wynikać z innych dokumentów, do których odwołuje się zamawiający, służących do określenia lub opisania warunków zamówienia (por. art. 7 pkt 3 Pzp). Wymagania zamawiającego inne niż opis przedmiotu zamówienia mogą dotyczyć w szczególności jakości związanej z realizacją zamówienia, kwestii ilościowych, zakresu, warunków

realizacji w tym kwestii związanych z przestrzeganiem prawa pracy, ochroną środowiska czy innowacyjności i innych elementów dotyczących wykonania zamówienia. Oferta musi w pełni odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia i – jednocześnie – wymaganiom z nim związanym dotyczącym realizacji zamówienia, i tylko wówczas można uznać, że jest ona zgodna z wymaganiami zamawiającego. W przypadku niezgodności oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie z wymaganiami zamawiającego istnieje niezgodność zakresu zobowiązania wykonawcy (treści oferty) z warunkami zamówienia, co musi prowadzić do odrzucenia takiej oferty (por. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp). Wykonawca ma swobodę w kształtowaniu treści oferty, o ile treść ta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Wykonawca indywidualizuje te elementy oferty, które będą podlegały ocenie przy użyciu kryteriów oceny ofert, w szczególności wysokość ceny ofertowej lub kosztu, i te elementy oferty, które są oczekiwane przez zamawiającego i wychodzą poza wymagania i warunki minimalne określone przez zamawiającego w zakresie np. jakości oferowanych towarów czy usług, terminu wykonania zamówienia, organizacji sposobu realizacji zamówienia.

Art. 219.

1. Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert.

2. Do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę.

1. Złożenie oferty. Pzp nie określa, co należy rozumieć przez pojęcie złożenia oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 Kc ofertą jest oświadczenie woli złożone drugiej osobie wyrażające wolę zawarcia z nią umowy i określające istotne postanowienia tej umowy. Za złożenie oświadczenia woli innej osobie Kc uznaje chwilę, w której oświadczenie dotarło do tej osoby

w taki sposób, że mogła ona zapoznać się z jego treścią (art. 61 § 1 Kc). W przypadku oświadczeń woli wyrażonych w postaci elektronicznej złożenie oświadczenia woli innej osobie następuje z chwilą, kiedy oświadczenie to zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (art. 61 § 2 Kc). Artykuł 61 Kc nie wymaga, aby adresat faktycznie zapoznał się z treścią oświadczenia woli, ale aby istniała możliwość zapoznania się. Zgodnie z Kc dla momentu złożenia oświadczenia woli nie jest istotne kiedy oświadczenie to zostało wysłane, ponieważ liczy się moment doręczenia tego oświadczenia adresatowi. Inaczej niż w Kc, w związku ze specyfiką zamówień publicznych związaną z rozdzieleniem terminu składania ofert i momentu zapoznania się z treścią ofert przez zamawiającego, oferta wywołuje skutki prawne dopiero z chwilą jej otwarcia przez zamawiającego. Na tle kodeksowych zasad dotyczących określania momentu złożenia oświadczenia woli drogą elektroniczną, upływ terminu otwarcia ofert i wynikającą z przepisów Pzp możliwość zapoznania się przez zamawiającego z treścią złożonych ofert dopiero po terminie ich otwarcia można postrzegać jako moment, od którego zamawiający ma możliwość weryfikacji skuteczności złożenia oferty. Dopiero z chwilą otwarcia ofert zamawiający ma możliwość stwierdzenia np. uszkodzenia pliku, w którym oferta została przekazana, a co za tym idzie – dopiero wówczas może stwierdzić brak możliwości zapoznania się z jej treścią, co w konsekwencji prowadzi do nieskuteczności złożenia oferty. A zatem zasadniczo dopiero po upływie terminu otwarcia ofert zamawiający może dokonać ustaleń w zakresie skutecznego doręczenia mu oferty w momencie, gdy znalazła się ona w systemie teleinformatycznym służącym do obsługi komunikacji elektronicznej w postępowaniu (została odebrana przez serwer obsługujący korespondencję zamawiającego poprzez zapisanie na nim odpowiednich

danych), i stwierdzenia, czy miał czy też nie miał takiej możliwości możliwość zapoznania się z jej treścią. Skuteczne złożenie oferty za pomocą środków komunikacji elektronicznej nastąpi wtedy, gdy zamawiający ma możliwość zapoznania się z jej treścią przy użyciu stosowanych w danym postępowaniu narzędzi (programów komputerowych).

2. Możliwość wycofania oferty. Zasada, zgodnie z którą wykonawca może wycofać złożoną przez siebie ofertę do chwili upływu terminu składania ofert jest odmiennym rozwiązaniem, w stosunku do kodeksowej zasady nieodwoływalności ofert. Ta kodeksowa zasada wynika ze związania oferenta złożoną ofertą, które oznacza, że oferent nie może złożonej przez siebie oferty zmienić ani odwołać[185]. Różnica pomiędzy rozwiązaniami przyjętymi w Kc i Pzp w tym zakresie wynika z odmiennego podejścia do kwestii związania wykonawcy złożoną ofertą. O ile w Kc związanie ofertą łączy się ze złożeniem tej oferty, o tyle w Pzp – z upływem ustalonego przez zamawiającego terminu składania ofert. Możliwość wycofania oferty w rozumieniu Kc oznacza możliwość jej odwołania. Jest to jednak możliwe jedynie przed upływem terminu wyznaczonego na składanie ofert. Wykonawca, który wycofał ofertę, może przed

---

[185] Zgodnie z art. 66 § 2 Kc, jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Zgodnie z art. 662 § 1 Kc oferta złożona w postaci elektronicznej wiąże składającego, jeżeli druga strona niezwłocznie potwierdzi jej otrzymanie. Jedyny wyjątek dotyczący związania ofertą przewiduje art. 662, zgodnie z którym w stosunkach między przedsiębiorcami oferta może być odwołana przed zawarciem umowy, jeżeli oświadczenie o odwołaniu zostało złożone drugiej stronie przed wysłaniem przez nią oświadczenia o przyjęciu oferty. Jednakże oferty nie można odwołać, jeżeli wynika to z jej treści lub określono w niej termin przyjęcia.

upływem terminu składania ofert złożyć nową ofertę. Wycofanie oferty, tak jak jej złożenie, musi być dokonane przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy, a zatem skuteczność odwołania oferty jest uzależniona od właściwego umocowania składającego oświadczenie o wycofaniu oferty. W sytuacji gdy wykonawca wycofuje ofertę przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z art. 98 ust. 2 pkt 1 Pzp, zamawiający zwraca takiemu wykonawcy wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku o zwrot wadium. Mimo że Pzp nie przewiduje zwrotu wykonawcy wycofanych ofert, nie nakazuje również, by dokumenty (pliki) zawierające ofertę wycofaną musiały być przechowywane przez zamawiającego, zwłaszcza że może tworzyć to niepotrzebny problem w zakresie ochrony danych osobowych.

Art. 220.

1. Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż:

1) 90 dni,

2) 120 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro

– od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

2. Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty.

3. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się

jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

5. W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

1. Związanie ofertą. W przepisach Kc stan związania złożoną ofertą jest następstwem stanowczego charakteru oferty, a konkretnie wyrażonej w ofercie woli wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym.
W Pzp związanie ofertą polega na tym, że wykonawca, który złożył zamawiającemu ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może już nic w tej ofercie zmienić po upływie terminu składania ofert. Zawarcie umowy z danym wykonawcą opiera się na decyzjach zamawiającego. Związanie ofertą oznacza, że w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy jego powinnością jest zawrzeć umowę z zamawiającym albo wykonawca taki musi być gotowy ponieść konsekwencje, w przypadku gdy nie będzie chciał tego uczynić.
W szczególności funkcję gwarancyjną w tym zakresie pełni wadium, którego może żądać zamawiający od wykonawców na podstawie art. 97 ust. 1 Pzp. Wadium, jeżeli jest wymagane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i powinno być utrzymywane zasadniczo do dnia upływu terminu związania ofertą, a przedłużenie terminu

związania ofertą może nastąpić tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (97 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp). Ponieważ okoliczność związania ofertą jest dla wykonawcy obciążeniem w związku z koniecznością trwania w gotowości do zawarcia umowy, związanie ofertą tak w Kc, jak i w Pzp ma charakter czasowy.

2. Termin związania ofertą. O ile w przypadku ofert składanych w oparciu o Kc termin związania ofertą jest zwykle określany przez oferenta, a dopiero w braku takiego oznaczenia termin ten określają właściwe przepisy (por. art. 66 § 2 Kc), o tyle w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego termin związania ofertą jest określany nie przez wykonawcę, ale przez zamawiającego, przy czym początek związania ofertą i maksymalna długość okresu związania ofertą są zakreślone przez przepisy Pzp. Zamawiający, określając termin związania ofertą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kieruje się potrzebami postępowania, w szczególności wymiarem czasu potrzebnego do oceny ofert i do wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również mając na względzie uciążliwość dla wykonawców, jaką powoduje związanie ofertą. Termin ten, określony w dokumentach zamówienia jako jeden z warunków zamówienia, jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystąpienie do udziału w postępowaniu i złożenie oferty oznacza akceptację przez wykonawcę i przyjęcie jako elementu składającego się na ofertę m.in. wskazanego przez zamawiającego w dokumentach zamówienia terminu związania ofertą. Pzp wymaga, aby zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu wskazał konkretną datę, co daje większą pewność w zakresie ram okresu związania ofertą oraz odnośnie okresu, na jaki musi być ustanowione wadium. Zgodnie

z art. 220 ust. 1 Pzp wykonawca jest związany złożoną ofertą nie dłużej niż 90 dni albo – w przypadku zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro oraz zamówień na dostawy lub usługi o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro – nie dłużej niż 120 dni. W przypadku zamówień o wartościach mniejszych niż progi unijne wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert (por. art. 307 ust. 1 Pzp). Pzp w art. 220 ust. 1 ustanawia zasadę, że termin związania ofertą jest liczony od dnia upływu terminu składania ofert, a pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Jest to odmienne rozwiązanie prawne w stosunku do zasady liczenia terminów wynikającej z Kc. W szczególności do liczenia terminu związania ofertą nie ma w związku z tym zastosowania zasada, zgodnie z którą, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (por. art. 111 § 2 Kc). Realny okres związania ofertą może być krótszy od określonego przez zamawiającego na skutek wcześniejszego zakończenia postępowania. W sytuacji gdy nie upłynął jeszcze termin związania ofertą, związanie ofertą ustaje z chwilą podpisania umowy, albo unieważnienia postępowania przed upływem wyznaczonego terminu związania. Zakończenie okresu związania ofertą w terminie określonym przez zamawiającego (z uwzględnieniem ewentualnego jednokrotnego przedłużenia tego terminu) albo z chwilą podpisania umowy albo unieważnienia postępowania jest przy tym odmiennym rozwiązaniem niż przewiduje to Kc w art. 703 § 1, zgodnie z którym oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta. Ta odmienność w Pzp w stosunku do Kc ma swoje uzasadnienie

w szczególnych rozwiązaniach przyjętych w przepisach Pzp, które łączą upływ terminu związania ofertą nie z wyborem najkorzystniejszej oferty, ale z upływem terminu związania ofertą określonego przez zamawiającego, w tym przedłużonego terminu okresu związania ofertą zgonie z art. 220 ust. 3 Pzp. Szczególne rozwiązanie w zakresie związania ofertą Pzp przewiduje dla ofert składnych w toku aukcji elektronicznej. Oferta wykonawcy złożona w toku aukcji elektronicznej przestaje wiązać w zakresie, w jakim ten wykonawca złoży w toku aukcji korzystniejszą ofertę, a mimo to w takiej sytuacji bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu (por. art. 235 Pzp). Pzp nie przewiduje, tak jak Pzp2004, ustawowego zawieszenia biegu związania ofertą w przypadku wniesienia odwołania do czasu ogłoszenia orzeczenia przez KIO.

3. Przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku gdy ze względu na tok postępowania dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, zamawiający jeszcze przed upływem terminu związania ofertą ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie przez nich zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez zamawiającego okres. Zamawiający występuje o takie przedłużenie terminu związania ofertą tylko raz, a żądany okres przedłużenia związania ofertą nie może przekroczyć 60 dni. W przypadku zamówień o wartościach mniejszych niż progi unijne okres ten nie może przekroczyć 30 dni (por. art. 307 ust. 2 Pzp). W celu zachowania spójności z zasadą dotyczącą określenia terminu związania ofertą w dokumentach zamówienia uzasadnione jest, by przedłużenie związania ofertą następowało przez wskazanie przez zamawiającego konkretnej daty zakreślającej okres związania ofertą. Mimo że Pzp nakazuje zamawiającemu wystąpienie o przedłużenie związania ofertą, decyzja w zakresie przedłużenia tego okresu należy do wykonawcy. Przedłużenie terminu związania ofertą

następuje na podstawie wyraźnego pisemnego oświadczenia woli wykonawcy. Stąd w celu skutecznego przedłużenia okresu związania ofertą Pzp wymaga złożenia przez wykonawcę zamawiającemu pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 4 Pzp). Dla skuteczności takiego oświadczenia wymagane jest złożenie go przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy, ale Pzp (w tym rozporządzenie wydane na podstawie art. 70 Pzp) nie wymaga żadnej szczególnej formy dla złożenia takiego oświadczenia ani tym bardziej nie zastrzega rygoru dla niedochowania takiej formy (tj. nie wymaga formy pisemnej ani formy elektronicznej w rozumieniu Kc). Niemniej złożenie takiego oświadczenia powinno umożliwiać zamawiającemu identyfikację składającego oświadczenie i wolę wywołania przez to oświadczenie skutku prawnego w postaci związania się wykonawcy ofertą na przedłużony okres. Szczegółowy sposób złożenia oświadczenia wynikać będzie ze sposobu komunikacji przyjętego dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji gdy w postępowaniu wymagane było wniesienie wadium, skuteczność przedłużenia terminu związania ofertą jest uwarunkowana również przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (por. analogiczny przepis art. 97 ust. 6 Pzp). Zarówno w przypadku braku zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą (jako brak zgody traktować należy również brak odpowiedzi na wniosek zamawiającego), jak i w przypadku braku zgody wykonawcy na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą, a także niewniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą (nawet gdy wykonawca wyraził pisemną zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą), oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. art. 226 ust. 1 pkt 12–14 Pzp). Mimo skutku w postaci odrzucenia oferty

wykonawcy ani odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, ani niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą nie powodują utraty wadium, które zostało wniesione przez wykonawcę. Warto zwrócić uwagę, że Pzp nie daje możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po jego upływie. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, a w przypadku braku takiej zgody – zwraca się o jej wyrażenie do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (por. art. 252 ust. 2 i 3 Pzp).

Oddział 2
Otwarcie ofert

Art. 221.

Zamawiający zapewnia, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia.

1. Zasada zapewnienia poufności zawartości ofert do upływu terminu otwarcia ofert służy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji.
W praktyce oznacza ona, że złożenie oferty przez wykonawcę (doręczenie oferty zamawiającemu albo podmiotowi prowadzącemu postępowanie w imieniu lub na rzecz zamawiającego) powinno odbywać się zgodnie z procedurami wdrożonymi w celu ochrony przed dostępem do treści tej oferty do dnia otwarcia ofert, uniemożliwiającymi zapoznanie się do tego czasu z jej zawartością przez kogokolwiek, w szczególności przez innych wykonawców i pracowników zamawiającego. Stąd w dokumentach zamówienia powinny znaleźć się informacje o wymaganiach technicznych

i organizacyjnych dotyczących składania ofert. Informacje te powinny dotyczyć tak ofert składanych w postaci papierowej, jeżeli w danym postępowaniu przepisy Pzp dopuszczają składanie ofert w postaci innej niż elektroniczna, jak również ofert w postaci elektronicznej. W przypadku zamawiających, którzy korzystają w celu przeprowadzenia postępowań z systemów teleinformatycznych lub urządzeń informatycznych udostępnianych przez podmioty trzecie, podstawą do uzyskania gwarancji zastosowania ograniczeń w dostępie do treści ofert są postanowienia umów o świadczenie usług, w których z reguły są przewidziane również odpowiednie zapisy dotyczące odpowiedzialności za naruszenie postanowień dotyczących takich ograniczeń. Należy przy tym podkreślić, że z art. 68 Pzp wyraźnie wynika, że przekazywanie ofert odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie. Doprecyzowaniem tego przepisu są regulacje § 11 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 Pzp.

Art. 222.

1. Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

2. Jeżeli otwarcie ofert następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym przez zamawiającego, otwarcie ofert następuje niezwłocznie po usunięciu awarii.

3. Zamawiający informuje o zmianie terminu otwarcia ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

4. Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

5. Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:

1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte;

2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

6. W przypadku ofert, które podlegają negocjacjom, zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 5 pkt 2, niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania.

1. Czynność otwarcia ofert. Pzp nie reguluje kwestii jawności otwarcia ofert, co oznacza, że zamawiający może, ale nie musi dokonać publicznego ich otwarcia. Przez „otwarcie ofert" należy rozumieć techniczne otwarcie korespondencji skierowanej do zamawiającego przez wykonawców, której zawartością są oferty, bez względu na sposób dostarczenia tej korespondencji (tj. bez względu na to, czy oferty zostały dostarczone drogą elektroniczną, pocztową, osobiście, czy za pośrednictwem posłańca). Publiczne otwarcie ofert składanych zarówno elektronicznie, jak i w postaci papierowej, jeżeli w prowadzonym postępowaniu taki sposób jest dopuszczony albo przyjęty, może nastąpić tak przy fizycznym udziale wykonawców i innych osób zainteresowanych, jeżeli taka formuła zostanie przewidziana w dokumentach zamówienia, jak i on-line z wykorzystaniem Internetu. Informacja dotycząca warunków

otwarcia ofert (daty, godziny i miejsca) jest podawana w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ. Pzp przyjmuje jako zasadę niezwłoczne otwarcie ofert po upływie terminu składania ofert, jednak jednocześnie dopuszcza wyznaczenie przez zamawiającego terminu otwarcia ofert na dzień następny po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Umożliwienie zamawiającemu takiego ustalenia terminu otwarcia ofert związane jest z potrzebą ochrony postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których oferty składane są przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, przed ewentualnym unieważnieniem z powodu braku możliwości uzyskania przez zamawiającego niezwłocznego dostępu do korespondencji zawierającej oferty w terminie składania ofert. Jak wynika z praktyki składania ofert drogą elektroniczną, zamawiający napotykają takie problemy, jak np. brak możliwości pobrania plików, które zostały wprowadzone do systemu teleinformatycznego będącego pod kontrolą zamawiającego do upływu terminu składania ofert, czy brak możliwości odszyfrowania plików, których zawartość stanowić mają oferty, co uniemożliwia zapoznanie się z treścią niektórych ofert w czasie, w którym inne oferty mogą być otwarte. Wyjaśnienie przyczyn braku możliwości otwarcia ofert wymaga często zweryfikowania informacji m.in. dotyczących transmisji danych z podmiotami zewnętrznymi, co nie jest zazwyczaj możliwe w dniu składania ofert. W przypadku gdy otwarcie ofert ma nastąpić przy użyciu systemu teleinformatycznego, a nastąpi awaria tego systemu, która uniemożliwia otwarcie ofert w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, otwarcie ofert następuje po usunięciu awarii. Otwarcie ofert jest pierwszą okazją dla zamawiającego do weryfikacji, czy zawartość korespondencji od wykonawcy przekazanej zamawiającemu jako oferta w terminie składania ofert to istotnie oferta. W szczególności jeżeli w wyniku

czynności sprawdzających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia zawartości korespondencji z ofertą leży po stronie wykonawcy, zamawiający może nie zakwalifikować takiej korespondencji jako złożonej oferty, uznając, że wykonawca, który taką korespondencję przesłał, nie złożył oferty. Ponowne złożenie oferty po terminie składania ofert nie jest dopuszczalne, a oferta złożona po terminie składania ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp podlega odrzuceniu. Od sytuacji, w której przyczyna braku złożenia oferty, leży po stronie wykonawcy, należy odróżnić sytuację, w której problem z dostępem do zawartości korespondencji, która została przekazana przez wykonawcę w terminie składania ofert leży po stronie zamawiającego. Wszystkie czynności związane z wyjaśnianiem i realizowaniem dostępu do treści złożonych ofert powinny odbywać się jak najszybciej i umożliwić otwarcie ofert w terminie oznaczonym jako termin otwarcia ofert. Pzp nie dopuszcza po upływie terminu składania ofert, poza sytuacją awarii systemu teleinformatycznego, o której mowa w art. 222 ust. 2 Pzp, zmiany przez zamawiającego terminu otwarcia ofert.

2. Obowiązki informacyjne związane z otwarciem ofert. O wszelkich zmianach dotyczących terminu otwarcia ofert zamawiający jest zobowiązany informować w sposób ogólnodostępny, co następuje poprzez zamieszczenie odpowiedniej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 222 ust. 3 Pzp). Jeszcze przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania powinna znaleźć się informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 Pzp). Będzie to kwota wynikająca aktualnie z budżetu zamawiającego, planu finansowego lub innego dokumentu pełniącego podobne funkcje planistyczne. Obowiązkiem informacyjnym zamawiającego

związanym z czynnością otwarcia ofert jest również udostępnienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania, niezwłocznie po otwarciu ofert, podstawowych informacji dotyczących otwartych ofert. Będą to nazwy wykonawców i ich siedziby, a w przypadku gdy wykonawcy są osobami fizycznymi, w tym prowadzącymi działalność gospodarczą – imiona i nazwiska takich wykonawców oraz miejsca ich zamieszkania albo, odpowiednio, miejsca prowadzonej działalności gospodarczej, a także informacje o cenach lub kosztach zawartych w otwartych ofertach (art. 222 ust. 5 Pzp). Dopowiedzenie zawarte w art. 222 ust. 6 Pzp wskazuje, iż intencją ustawodawcy było odniesienie normy całego przepisu art. 222 Pzp nie tylko do ofert ostatecznych, ale również do innych ofert, o których mowa w Pzp, w tym ofert podlegających negocjacjom w toku postępowania. Jak wynika z regulacji art. 222 ust. 6 Pzp, w przypadku ofert podlegających negocjacjom po ich otwarciu zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje dotyczące: nazw, imion i nazwisk, siedzib, miejsc zamieszkania albo miejsc prowadzonej działalności. Pełna informacja, zawierająca oprócz informacji podanych wyżej także informacje o cenach lub kosztach, powinna być podana przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania dopiero po otwarciu ofert ostatecznych (złożonych po przeprowadzonych negocjacjach) albo po unieważnieniu postępowania. Przepis art. 222 ust. 6 Pzp ma zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jak również w wariancie 3 trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp).

Rozdział 5

Ocena ofert

Art. 223.

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, 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.

1. Cel żądania wyjaśnień. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem wyjaśnień jest uzyskanie

jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla wykonawców konsekwencji, dlatego zamawiający przy ich ocenie powinien wykazać się należytą starannością.

2. Niedopuszczalność zmiany oferty. W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty.

W art. 223 ust. 1 Pzp przewidziane są dwie sytuacje, w których zmiana oferty będzie dopuszczalna. Po pierwsze, zamawiający może dokonać zmiany oferty w ściśle określonym zakresie, stosując art. 223 ust. 2 Pzp, dotyczący poprawiania omyłek. Po drugie, zmiana oferty jest dopuszczalna na podstawie i w granicach art. 187 Pzp przewidującego, że w toku badania i oceny ofert w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia

treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w OPW lub SWZ.

3. Charakter regulacji. Regulacja art. 223 ust. 1 Pzp została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. W świetle tego obowiązku zaistnienie wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. W takiej sytuacji uzyskanie wyjaśnienia może warunkować zastosowanie względem oferty wykonawcy innych czynności, w szczególności jej odrzucenia.

4. Przedmiot i zakres wyjaśnień. Zamawiający, korzystając z regulacji art. 223 ust. 1 Pzp, wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty oraz przedmiotowe środki dowodowe lub inne składane dokumenty lub oświadczenia. Przedmiotowe środki dowodowe uregulowane są w art. 104–107 Pzp i stanowią 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. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu

lub dokumentach zamówienia. Przedmiotowe środki dowodowe są zatem dokumentami ściśle związanymi z przedmiotem świadczenia wykonawcy i ich ocena decyduje o zgodności oferty z warunkami zamówienia. Stąd też podlegają wyjaśnieniom analogicznie w stosunku do treści oferty. Przepis art. 223 ust. 1 Pzp pozwala również na wyjaśnianie „innych składanych dokumentów lub oświadczeń". Wyjaśnieniom podlegają zatem informacje niezawarte w treści samej oferty, bądź w przedmiotowych środkach dowodowych, które jednak mają znaczenie przy ocenie ofert. Należy wszakże zauważyć, że art. 223 Pzp zawarty jest w rozdziale 5 działu II Pzp „Ocena ofert". W związku z tym na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wyjaśnieniom podlegają takie dodatkowe dokumenty i oświadczenia, które służą wykazaniu zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia lub służące ocenie ofert w przyjętych kryteriach oceny ofert. Stąd też art. 223 ust. 1 Pzp nie może być podstawą do wyjaśniania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub oświadczeń składanych na potrzeby podmiotowej kwalifikacji wykonawców.

Żądanie wyjaśnienia treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń danego wykonawcy może być kierowane więcej niż jeden raz w toku postępowania.

5. Skutki braku odpowiedzi wykonawcy. Niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie jest obwarowane bezpośrednią sankcją w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Jednak w sytuacji gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień, które rozwieją wątpliwości zamawiającego, może to skutkować podjęciem niekorzystnej dla wykonawcy decyzji, w szczególności o odrzuceniu

jego oferty ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia. Nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty nie zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku dokonania określonej czynności i powoduje, że zamawiający podejmuje decyzję na podstawie wiedzy, jaką dysponuje bez wyjaśnień wykonawcy. W związku z tym przekazanie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pozwala zapobiec tego rodzaju niekorzystnym konsekwencjom.

6. Wyjątki od zasady niezmienności treści oferty. Art. 223 ust. 1 Pzp przewiduje dwa wyjątki od zasady niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Przepis wskazuje bowiem, że dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty jest niedopuszczalne, z uwzględnieniem w tej kwestii przepisów art. 223 ust. 2 Pzp o poprawianiu omyłek oraz art. 187 Pzp, który określa prawo żądania dodatkowych informacji w toku badania i oceny ofert w trybie dialogu konkurencyjnego. Przepis art. 187 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

W trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający ma poszerzony zakres uprawnień do pozyskiwania informacji w przedmiocie treści oferty wykonawcy w stosunku do reguł ogólnych określonych w art. 223 ust. 1 Pzp. Art. 187 Pzp daje możliwość żądania nie tylko wyjaśnień, ale również uszczegółowienia, ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Strony postępowania dysponują zatem większą swobodą, poszerzoną o elementy negocjacyjne, a granicą uzyskiwania informacji jest zakaz dokonywania istotnych zmian w treści oferty. Należy zwrócić uwagę, że art. 223 ust. 1 Pzp wprowadza generalny zakaz dokonywania zmian

treści oferty, natomiast w trybie dialogu konkurencyjnego przewidziano zakaz zmian **istotnych** w treści ofert.

7. Omyłki w ofercie. W art. 223 ust. 2 Pzp przewidziane jest odstępstwo od zasady niezmienności treści oferty dotyczące poprawiania w ofertach omyłek. Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki. Zatem podstawą zastosowania przepisów dotyczących poprawiania omyłek jest stwierdzenie przez zamawiającego, że istniejące w ofercie rozbieżności, w szczególności w stosunku do dokumentów zamówienia, należy zakwalifikować do kategorii omyłek. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. W przypadku, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia.

8. Oczywiste omyłki pisarskie. Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku[186] „możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą

[186] Wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08

omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia".

Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Mimo że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało pewną zmianą w treści oferty to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym, i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Za przykład omyłki pisarskiej o charakterze wyłącznie technicznym i formalnym, można wskazać podanie w ofercie wykonawcy niewłaściwych jednostek, tj. „mm", a nie zgodnie z wymaganiami „ml" przy określeniu pojemności butelki[187].

9. Oczywiste omyłki rachunkowe. Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. Należy przyjąć, że omyłka rachunkowa

[187] Por. wyrok KIO z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2382/17

ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia[188]. Poprawienie omyłki rachunkowej skutkuje koniecznością wprowadzenia dalszych zmian będących jej konsekwencją rachunkową. Przeszkodą dla wprowadzenia zmian w treści oferty nie jest ani liczba występujących omyłek, ani też ich znaczenie. Zatem poprawa omyłek rachunkowych może mieć nawet istotny wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

W szczególności warto zwrócić uwagę, że błędnie obliczona kwota podatku VAT bądź też kwota brutto jako efekt działania na liczbach, przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku, podlega poprawieniu jako oczywista omyłka rachunkowa. Popełniona omyłka jest tutaj wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego rachunku.

Z kolei błędnie zastosowana stawka podatku VAT stanowi wadliwość niepodlegającą poprawieniu, gdyż stanowi błąd w obliczeniu ceny, nie zaś oczywistą omyłkę rachunkową.

10. Oczywiste omyłki – informowanie wykonawcy. Jak wynika z art. 223 ust. 2 Pzp, po poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, zamawiający niezwłocznie zawiadamia o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W odniesieniu do dwóch wspomnianych kategorii omyłek nie jest

[188] Tak w wyroku KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt KIO 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10

przewidziany obowiązek oczekiwania na ustosunkowanie się wykonawcy do dokonanych poprawek. Wynika to z założenia oczywistości tych omyłek, tzn. faktu, iż są one widoczne, bezsporne i niebudzące wątpliwości, w związku z czym nie ma potrzeby uzyskiwania akceptacji wykonawcy.

11. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – założenia i cel przepisu. Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawienia omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

12. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – zakres zastosowania. Poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

1) po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek

zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki". Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust 2 pkt 3[189],

2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis art. 223 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości

[189] Por. wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09

skorzystania z wyjaśnień zamawiającego przy realizacji obowiązku poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.
A zatem nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.
Przeszkodą w dokonaniu korekty oferty nie jest również liczba błędów, które zaistniały w ofercie – pod warunkiem, że cały zbiór tych omyłek wciąż spełnia warunek braku istotności zmiany.
Poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też przy ocenie tego poziomu istotności nie ma znaczenia wpływ poprawienia omyłki na kolejność ofert wynikającą z uszeregowania ich według kryteriów oceny ofert. Należy pamiętać, że wybór najkorzystniejszej oferty, który jest celem tworzenia takiego rankingu, następuje spośród ofert zweryfikowanych pozytywnie w toku ich badania i oceny, tj. ofert niepodlegających odrzuceniu. Inaczej mówiąc, uszeregowanie przez zamawiającego ofert na podstawie kryteriów oceny ofert jest uwarunkowane wcześniejszym rozstrzygnięciem co do poprawienia omyłki w konkretnej ofercie lub alternatywnie – jej odrzucenia.
Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać", ale nie może

zastępować wykonawcy w jej tworzeniu. Warto zwrócić uwagę, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił[190]. W stanie faktycznym jednego z wyroków KIO w kosztorysie wykonawcy wycenione zostały materiały innego typu niż wymagał zamawiający. Jak wyjaśniła KIO, „niezgodności te nie stanowią omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić błędy Zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za pręty o innej niż wycenione przez Odwołującego średnicy. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest Wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości, lub ceną

[190] Por. wyrok KIO z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09

przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą"[191], co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji.

13. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – odniesienie się wykonawcy. Po stwierdzeniu zaistnienia omyłki określonej w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonaniu jej poprawienia zamawiający przekazuje wykonawcy informację o tej czynności wraz z wyznaczeniem terminu na odpowiedź wykonawcy zawierającą odniesienie się do poprawienia jego oferty. Wykonawca może w odpowiedzi wprost wyrazić zgodę na poprawienie jego oferty, co pozwoli na przejście do dalszych czynności postępowania. W przypadku przekazania przez wykonawcę w wyznaczonym terminie odpowiedzi zawierającej zakwestionowanie poprawienia omyłki w jego ofercie, zastosowanie będzie miała sankcja określona w art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp w postaci odrzucenia oferty tego wykonawcy. Celem rozwiania wątpliwości powstałych w praktyce stosowania Pzp2004 ustawodawca określił również jednoznacznie skutki braku odpowiedzi wykonawcy w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Przepis wskazuje, że w takiej sytuacji uznaje się milczenie wykonawcy za zgodę na poprawienie omyłki.

Art. 224.

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów

[191] Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1444/08

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) **wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;**
2) **wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.**

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) **zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;**
2) **wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;**
3) **oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;**
4) **zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki**

godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) **zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;**
6) **zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;**
7) **zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;**
8) **wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.**

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

1. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Pojęcie „ceny" zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 1 Pzp poprzez odesłanie do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług z zastrzeżeniem, że jest to również cena płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Z kolei o koszcie jest mowa w art. 245 Pzp, który wskazuje, że kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

Z wykładni językowej pojęcia „rażący" wynika, że w przepisie tym jest mowa o przypadkach oczywistych, wyraźnych, bezspornych, niewątpliwych, „rzucających się w oczy" zaniżenia ceny lub kosztu[192].

W świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych[193].

W świetle art. 224 ust. 1 Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (…). W odróżnieniu

[192] B. Dunaj [red.], *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 933

[193] Wyrok SO w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, Legalis nr 1330074, wyrok SO w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 209/18, Legalis nr 212980

od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców"[194].
Ustawodawca użył również sformułowania „zamawiający żąda", czym podkreśla, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie.
Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie.
W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny.
Podkreślić należy, że wielokrotne przedstawianie wyjaśnień przez wykonawcę jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niekonkretne, niepełne, nie zawierało wyartykułowanych wątpliwości zamawiającego, a kolejne wyjaśnienia odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy i uniemożliwiały wykonawcy prawidłowe wypełnienie obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny[195]. Przedstawienie dowodów na poparcie wyjaśnień

[194] Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17, Legalis nr 2288661
[195] Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 451/16, Legalis nr 2288661

w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację.

Na gruncie art 224 ust. 6 Pzp elementem obligatoryjnym wezwania jest wskazanie przez zamawiającego terminu na udzielenie takich wyjaśnień. Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zaniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska.

2. Przesłanka kwotowa. Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp obejmuje dwie okoliczności, wyrażone w formie alternatywy łącznej „lub", do których należy odnieść wartość 30% ceny całkowitej oferty, tj. wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a także średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na określonych podstawach.

Powyższe powoduje, że w każdym przypadku, gdy wystąpi co najmniej jedna z tych okoliczności, zamawiający będzie miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

W omawianym przepisie wskazano, że przy dokonaniu takiej oceny należy brać pod uwagę średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp. Innymi słowy, dokonując badania, czy wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający nie będzie brał pod uwagę ofert odrzuconych z powodu złożenia po terminie składania ofert (art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp) oraz zawierających błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp). Przy ocenie konieczności wszczęcia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu zamawiający bierze pod uwagę etap oceny ofert. Oferty niepodlegające odrzuceniu na podstawie wskazanych przesłanek to oferty, co do których zamawiający w toku oceny ofert nie powziął uzasadnionych wątpliwości, że istnieją podstawy do ich wyeliminowania z postępowania.

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. Taka sytuacja może mieć miejsce co do zdarzeń i faktów od razu przez zamawiającego dostrzeżonych, bez konieczności dokonywania analizy, porównywania i badania innych przypadków.

Z kolei przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp daje zamawiającemu prawo, a nie obowiązek jak w art. 224 ust. 1 pkt. 1 Pzp, wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja wystąpi wówczas, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem

okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Punktem odniesienia dla oceny wystąpienia przesłanek wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu jest stwierdzenie wystąpienia po wszczęciu postępowania okoliczności, które spowodowały aktualizację wartości zamówienia. Katalog okoliczności jest otwarty, a jako przykład jednej z nich wskazano istotną zmianę cen rynkowych.

W świetle zasady przejrzystości postępowania należy przyjąć, że powody aktualizacji wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług zamawiający powinien uwzględnić w protokole postępowania. Tylko bowiem w przypadku uzewnętrznienia przez zamawiającego podstaw dokonania takiej aktualizacji wykonawcy będą mieli zapewnioną możliwość weryfikacji zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na tej podstawie.

3. Przykładowe czynniki cenotwórcze. Stosownie do treści art. 224 ust. 3 Pzp wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,
4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przepis art. 224 ust. 3 Pzp zawiera przykładowy i otwarty katalog czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć może wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak również wyjaśnienia wykonawcy. Stanowi on wskazówkę interpretacyjną zarówno dla zamawiającego przy formułowaniu treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również dla wykonawcy składającego wyjaśnienia. Treść tej regulacji nawiązuje również do art. 69 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Ciekawym elementem z przykładowego katalogu jest wskazane przez ustawodawcę w art. 224 ust. 3 pkt 1 Pzp zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, co stanowi nawiązanie do „ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy" z art. 69 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej. Przykładowo, zarządzanie procesem produkcji może polegać na wykorzystaniu efektu skali, automatyzacji, stworzeniu systemu zarządzania ekologicznego, wdrożeniu nowej technologii przyczyniającej się do usprawnienia procesu wytwarzania takich samych towarów, zarządzaniu łańcuchem dostaw.

Wyjaśnienia związane z „wyjątkowo korzystnymi warunkami dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowalnych" mogą dotyczyć każdego rodzaju zamówienia publicznego.

Cenotwórczy element „oryginalności" z art. 224 ust. 3 pkt 3 Pzp odnosi się do każdego z rodzajów zamówień – dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę.

W zakresie czynnika dotyczącego kosztów pracy wskazano, że wartość tych kosztów nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawodawca dodał odniesienie do przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp). Powyższe ma na celu uwypuklenie specyfiki danych zamówień jako czynnika mającego wpływ na wartość kosztów pracy.

Czynnikiem branym pod uwagę przy wyjaśnianiu wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu jest ich sprawdzenie pod kątem pomocy publicznej (art. 224 ust. 3 pkt 5 Pzp). Przykładowo, dotyczy to sytuacji, gdy wykonawca uzyska dofinansowanie wynikające z zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych.

Art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp odnosi się do zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Prawo pracy obejmuje przepisy określające prawa i obowiązki pracowników i pracodawców, będących stronami stosunku pracy. W szczególności w zakres prawa pracy wchodzą regulacje dotyczące m.in.: powstania, zmiany i ustania stosunku pracy, obowiązków oraz uprawnień pracownika i pracodawcy, czasu pracy, wynagrodzenia za pracę, urlopów wypoczynkowych, uprawnień związanych z urodzeniem dziecka, równego traktowania w zatrudnieniu, rozstrzygania sporów ze stosunku pracy. Natomiast przepisy z zakresu zabezpieczenia

społecznego obejmują ubezpieczenia społeczne (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa, ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych). Badanie pod kątem tych czynników dotyczy regulacji obowiązujących w miejscu realizacji zamówienia.

Przepis art. 224 ust. 3 pkt 7 Pzp dotyczy zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Przykładowo, elementem mogącym mieć wpływ na wysokość zaoferowanej celu lub kosztu może być świadczenie usługi wyrobów wyprodukowanych zgodnie z wymaganiami produkcji ekologicznej.

Ostatnim z otwartego katalogu czynników stanowiących treść wezwania i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu jest wypełnianie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 224 ust. 3 pkt 8 Pzp). O obowiązkach wykonawcy względem podwykonawcy stanowi m.in. art. 463 i 464 Pzp.

4. Obowiązek żądania wyjaśnień w zamówieniach na roboty budowlane. Stosownie do treści art. 224 ust. 4 Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Zgodnie z powyższym w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa

pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Oznacza to również, że wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie, aby były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jednocześnie z przepisu wynika, że żądanie wyjaśnień co do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego stanowi minimalny zakres tematyczny w takim wezwaniu. Zamawiający może ten zakres poszerzyć, chociażby o przykładowe czynniki z art. 224 ust. 3 pkt 1–3, 5 i 7 Pzp lub o inne, nieujęte w art. 224 ust. 3 Pzp.

5. Ciężar dowodu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami.

Przepis ten koreluje z regulacją właściwą dla rozkładu ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu odwoławczym (art. 537 pkt 1 Pzp) oraz w postępowaniu skargowym (art. 586 pkt 1 Pzp).

6. Odrzucenie oferty. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis ten wskazuje, że odrzucenie oferty następuje również w związku z nieudzieleniem wyjaśnień w wyznaczonym terminie określonym przez zamawiającego.

Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie.

Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie

wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

7. Obowiązek informacyjny zamawiającego. Zgodnie z art. 224 ust. 7 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Nałożony na zamawiającego obowiązek dotyczy tylko postępowań, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.

Art. 225.

1. Jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685, 694 i 802), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.

2. W ofercie, o której mowa w ust. 1, wykonawca ma obowiązek:

1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;

2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;
3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;
4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

1. Doliczenie kwoty podatku VAT przez zamawiającego. Zgodnie z art. 225 ust. 1 Pzp, jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o VAT, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.
Podstawą naliczenia i wymiaru podatku są przepisy wskazanej ustawy VAT, a nie Pzp. Warto wskazać, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek podatkowy – a co za tym idzie – konieczność ustalenia poprawnej wysokości podatku należnego.
2. Obowiązek informacyjny wykonawcy. Zgodnie z art. 225 ust. 2 Pzp w ofercie, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o VAT, wykonawca ma obowiązek:

1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,
2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego,

3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku,
4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 225 ust. 2 Pzp konkretyzuje się w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o VAT, zaś w innym przypadku wykonawcy nie mają podstaw do składania informacji przewidzianej w tym przepisie.

W świetle omawianej regulacji prawnej, wykonawca składający ofertę jest zobowiązany poinformować zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Oprócz tego wykonawca obowiązany jest również wskazać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego, wartość towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku, a także stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy będzie miała zastosowanie.

Podkreślenia wymaga, że w porównaniu z poprzednim stanem prawnym art. 225 Pzp wprowadził zmianę polegającą na obowiązku wykonawcy wskazania stawki podatku VAT. Niemniej jednak z przepisu wynika, że wykonawca wskazuje stawkę podatku VAT zgodnie ze swoją wiedzą, obowiązek podatkowy zaś w dalszym ciągu obciąża zamawiającego, co oznacza, że wskazanie takiej stawki podatku przez wykonawcę nie zwalnia zamawiającego z weryfikacji jej poprawności.

Art. 226.

1. 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, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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 omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3;

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 wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;

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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1369), 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.

2. Do oferty wariantowej stosuje się przepis ust. 1, z tym że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi oferta wariantowa nie podlega odrzuceniu tylko z tego powodu, że jej wybór prowadziłby do udzielenia zamówienia na usługi w miejsce

zamówienia na dostawy albo do udzielenia zamówienia na dostawy w miejsce zamówienia na usługi.

1. Uwagi ogólne. Przepis art. 226 Pzp zawiera nakaz dla zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia. Zamawiający nie może zatem odstąpić od odrzucenia oferty, jeśli wypełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia wskazana w art. 226 ust 1 pkt 1–18 Pzp. Odrzucenie oferty następuje na etapie badania i oceny ofert. Oferty, które zostają odrzucone, nie są uwzględniane w rankingu ofert, niemniej jednak są uznawane za złożone w ramach postępowania. Oznacza to, że oferty odrzucone powinny być ujawnione niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przepis ten nakazuje podać powody odrzucenia oferty poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania tej czynności.

Przepis art. 226 Pzp reguluje kompleksowo przesłanki odrzucenia oferty, znajdując właściwe zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień (sektorowych, z dziedziny obronności i bezpieczeństwa), w tym klasycznych o wartościach mniejszych niż progi unijne.

Art. 226 Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach, w których oferta nie występuje, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki.

2. Złożenie oferty po terminie. Wobec obowiązku komunikacji elektronicznej, gdzie, co do zasady, za funkcjonowanie systemu służącego do składania ofert formalnie odpowiada zamawiający, „złożenie oferty po terminie" może nastąpić nie tylko na skutek działania lub zaniechania wykonawcy, ale także może być efektem błędu, awarii działania systemu. Ustawodawca w art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp przesądził, że oferta podlega weryfikacji, czy została złożona w terminie oraz pod

kątem ewentualnych przyczyn ujawnienia się tej oferty w systemie teleinformatycznym zamawiającego po upływie terminu składania ofert. Zatem w okolicznościach, gdy wpływ oferty po terminie składania ofert nie budzi wątpliwości zamawiającego i nie nastąpiła awaria systemu teleinformatycznego, zamawiający odrzuca taką ofertę.

3. Odrzucenie oferty jako następstwo wykluczenia wykonawcy, niespełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nieprzedłożenia w terminie podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który:

1) podlega wykluczeniu z postępowania,
2) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub
3) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Pzp wyraźnie podzieliła kwalifikację podmiotową na weryfikację podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (o ile zostały określone). Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zawsze będą to podstawy z art. 108 ust. 1 Pzp, mogą to być również podstawy z art. 108 ust. 2 Pzp (w zależności od wartości zamówienia) oraz 109 ust. 1 Pzp (w zależności od decyzji zamawiającego). Jeżeli

ocena podmiotowa wykonawcy przypada na tym samym etapie co ocena merytoryczna ofert, zamawiający weryfikuje, czy wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o JEDZ, oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp lub podmiotowe środki dowodowe (zależnie od wartości zamówienia, trybu udzielenia zamówienia, wybranej przez zamawiającego możliwości, jaką dopuszcza określony tryb). Analogiczną podstawę do odrzucenia wniosku zawiera art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp (szerzej zob. komentarz do art. 146 Pzp).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pzp wyraźnie podzieliła kwalifikację podmiotową na weryfikację podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (o ile zostały określone). Zamawiający może, ale nie musi, określić warunki udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli zmawiający przewiduje warunki udziału w postępowaniu, określa je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ lub OPW (zależnie od wartości i trybu udzielenia zamówienia). Jeżeli zamawiający określi warunki, musi zweryfikować ich spełnianie przez wykonawcę w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp, a także w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wyszczególnione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp. Jeżeli ocena podmiotowa wykonawcy przypada na tym samym etapie co ocena merytoryczna ofert – zamawiający weryfikuje, czy wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o JEDZ, oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp lub podmiotowe środki dowodowe (zależnie od wartości zamówienia, trybu udzielenia zamówienia, wybranej przez zamawiającego możliwości, jaką dopuszcza określony tryb).

Analogiczną podstawę do odrzucenia wniosku zawiera art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp (zob. komentarz do art. 146 Pzp).
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (w tym JEDZ), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, innych dokumentów lub oświadczeń. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie (art. 107 Pzp oraz art. 125–128 Pzp), oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia – a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem oferty. Niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu (lub oferta spełnia określone cechy lub kryteria, na potwierdzenie czego wymaga się dokumentów przedmiotowych) – skutkuje odrzuceniem jego oferty, z zastrzeżeniem art. 128 ust. 1 Pzp (oraz art. 107 Pzp dla dokumentów przedmiotowych).
Przepis art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa (jednokrotnie) wykonawcę odpowiednio

do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Należy przy tym dodać, że w myśl art. 128 ust. 3 Pzp złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Jako przykład niezłożenia „innych dokumentów" można wskazać przypadek niezłożenia pełnomocnictwa, gdy wniosek jest składany przez osobę upoważnioną do złożenia wniosku w imieniu wykonawcy. Analogiczną podstawę do odrzucenia wniosku zawiera art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, z tą różnicą, że przepis ten nie dotyczy przedmiotowego środka dowodowego.

4. Odrzucenie oferty niezgodnej z przepisami ustawy. Przez pojęcie ustawy należy rozumieć Pzp oraz akty wykonawcze do Pzp. W przypadku niezgodności oferty z innymi aktami prawnymi niż Pzp (np. innymi ustawami) zastosowanie może znaleźć art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp nie odwołuje się do zamkniętego katalogu możliwych uchybień w postaci, formie lub treści oferty, które wskazywałyby na jej niezgodność z treścią Pzp.

Przykładowe uchybienia skutkujące odrzuceniem oferty będą dotyczyć:

1) braku zachowania właściwej formy oferty, która określona została pod rygorem nieważności w Pzp. Przepis art. 63 Pzp ustanawia formę elektroniczną dla oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne,

oraz formę elektroniczną dla oferty lub postać elektroniczną oferty opatrzoną podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – dla postępowań o wartościach mniejszych niż progi unijne. Poprzez formę elektroniczną należy rozumieć, za art. 78^1 Kc, postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W postępowaniach o wartościach równych lub przekraczających kwoty unijne, złożenie oferty nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym – skutkować będzie odrzuceniem takiej oferty. W postępowaniach poniżej progów unijnych brak podpisu kwalifikowanego, zaufanego lub osobistego wywoła taki sam skutek;

2) niezgodności oferty z niektórymi zasadami Pzp, w szczególności zasadą pisemności i zasadą języka polskiego;
3) złożenia więcej niż tylko jednej oferty (art. 218 Pzp), z zastrzeżeniem dotyczącym oferty wariantowej;
4) złożenia oferty dodatkowej, w której cena lub koszt są wyższe niż w złożonej ofercie (art. 251 Pzp).

Na gruncie Pzp zachowuje aktualność orzecznictwo dot. Pzp2004, zgodnie z którym naruszenie zasady jawności polegające na nadmiernym „utajnieniu" treści oferty, tj. zastrzeżeniu jej treści ponad informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty z powołaniem się na jej niezgodność z przepisami Pzp. Negatywna weryfikacja skuteczności takiego zastrzeżenia powinna przejawiać się wyłączeniem zakazu ich ujawniania[196].

5. Oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych niż Pzp złożona oferta jest

[196] Wyrok SN z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, Legalis

nieważna. Pzp nie określa, na podstawie jakich innych przepisów oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Na gruncie podobnego stanu prawnego dotyczącego Pzp2004 można wnioskować, że nieważność na podstawie odrębnych przepisów związana będzie najczęściej z normami kodeksu cywilnego dotyczącymi zasad reprezentacji lub dokonania bezprawnej czynności.

5.1. Zasady reprezentacji. Art. 104 Kc stanowi, że jednostronna czynność prawna (a taki charakter ma złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niedołączenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego, niezawierającego umocowania do złożenia oferty, stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp (pełnomocnictwo jest „innym dokumentem" w rozumieniu tego przepisu). Uprawnienie do podejmowania czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez pełnomocnika (osobę upoważnioną) wykonawcy powinno wynikać ze stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tą osobą, a więc z treści udzielonego pełnomocnictwa. Stąd też art. 128 ust. 1 Pzp przesądza o konieczności wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowego dokumentu. Pełnomocnictwo uzupełnione w tym trybie powinno być prawidłowe (wolne od wad) zarówno w zakresie treści, jak i formy; powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania.

5.2. Czynność bezprawna. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna,

chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Ponadto na podstawie art. 58 § 2 Kc nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, w związku z art. 58 § 1 lub 2 Kc wymaga uprzedniego ustalenia, że oferta złożona w postępowaniu została złożona bezprawnie (przepisy odrębne nie zezwalają na złożenie oferty o takim kształcie lub przez takie podmioty) lub stanowi obrazę dla norm uznanych za powszechnie akceptowalne. Tytułem przykładu można wskazać, iż KIO w orzeczeniach wydawanych na gruncie podobnej przesłanki odrzucenia w Pzp2004 (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp2004) kwalifikowała, w konkretnych stanach faktycznych, jako bezprawne:

1) złożenie oferty konsorcjum składającego się z dostawcy produktów medycznych (faktycznego wierzyciela) i podmiotu, który miał przejąć wierzytelności dostawcy od zamawiającego – zakładu opieki zdrowotnej (w sytuacji zwłoki w spłacie należności)[197],
2) w postępowaniu, którego przedmiotem było świadczenie osobiście usług prawnych przez radców prawnych lub adwokatów – złożenie oferty przez wykonawcę działającego w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością[198].

6. Odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7

[197] Wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 758/17

[198] Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2494/11

pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia 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. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte.

Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą:

1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji),
2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie 1 osoby na 2 różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia),
3) równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazania równoważności (np. zaoferowanie produktu

równoważnego bez wykazania równoważności – art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, urządzenie zaoferowane jako równoważne – nie potwierdza prawidłowo opisanych przez zamawiającego standardów równoważności).

7. Odrzucenie oferty, która 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. Przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp reguluje szeroki zakres możliwych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty, których przyczyną jest niezastosowanie lub niepełne zastosowanie wymagań zamawiającego co do sposobu sporządzenia lub przekazania oferty, w szczególności przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W dużym uproszczeniu istotą regulacji z art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp jest usankcjonowanie tych wymogów zamawiającego, które dotyczą aspektów technicznych sporządzania i składania oferty oraz wymaganych środków komunikacji.

Z treści art. 67 Pzp wynika, że zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Jak wynika z powyższego, to zamawiający określa wymagania dotyczące sposobu sporządzania i przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak czyni to w oparciu o przepisy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 70 Pzp.

Przykładowo, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty w następujących przypadkach:

1) złożenia oferty w postaci elektronicznej niezgodnie z treścią rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 Pzp, tj. bez pośrednictwa systemu teleinformatycznego spełniającego wymogi wskazane w rozporządzeniu (i wbrew nakazowi zamawiającego), a zamiast tego – przekazanie oferty pocztą elektroniczną,
2) przekazanie oferty w postaci niewłaściwego dokumentu elektronicznego (pliku o niewłaściwym formacie danych).

Podkreślić jednak należy, że przesłanka odrzucenia oferty, o jakiej mowa w art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie upoważnia zamawiającego do odrzucania oferty wykonawcy wyłącznie na podstawie zastosowanych przez wykonawcę graficznych odwzorowań formularza oferty (polegających na zamieszczeniu przez wykonawcę innego układu graficznego, wyboru czcionki, kształtu tabel itp.), jeżeli treść tej oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, a oferta została sporządzona lub przekazana za pomocą wymaganych środków komunikacji.

8. Oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy znk. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. 3 ust. 2 ustawy znk wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, takie jak: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy

przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Zważywszy, że w art. 3 ust. 2 ustawy znk ustawodawca użył sformułowanie „w szczególności" – wyliczenie to ma charakter przykładowy, a wskazany katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Zachowania niemieszczące się w tym katalogu, a wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 ustawy znk, mogą być również uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[199] wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej, w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów.

Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,

[199] Druk nr 278 z dnia 18 maja 1992 r.

3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Sprzeczność z prawem to zachowanie sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie lub rozporządzeniu. Natomiast o „naruszeniu dobrych obyczajów" wyraził się Sąd Apelacyjny w Katowicach[200], wskazując, że „fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z nimi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo". Ustawa znk nie definiuje także pojęć „interes" ani „zagrożenie". Pojęcie „interesu" może dotyczyć zarówno przedsiębiorcy (wykonawcy), jak też klienta (zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub tylko

[200] Wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07

oczekiwanych. Interesem zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie.
Istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy znk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. Zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi, doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia, jak i osoby naruszyciela. Chodzi zatem o zespół faktów, który cechuje się tym, że pociąga za sobą zwiększone niebezpieczeństwo powstania szkody. Pojęcie zagrożenia występuje także w art. 439 Kc, można się zatem odwołać do kryteriów w nim określonych, jakkolwiek istnieje wyraźna różnica, bowiem w art. 439 Kc chodzi o bezpośrednie zagrożenie wystąpienia szkody, zaś w art. 3 i 18 ustawy znk o bezpośredniości zagrożenia nie ma mowy. Niebezpieczeństwo nie może być jednak, jak wspomniano, tylko ewentualne, ale też nie jest wymagane wykazanie pewności jego wystąpienia. Ponieważ wystąpienia zagrożenia nie sposób udowodnić tak ściśle, jak w wypadku wystąpienia szkody, za wystarczające należy uznać przedstawienie faktów i dowodów, które stanowią o naruszeniu zasad konkurencji[201].
Z powyższego wynika, że wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma niejednokrotnie charakter ocenny. Stąd też ewentualne odrzucenie oferty powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy o stosowne wyjaśnienia (a niekiedy być może i przedstawienie dowodów)

[201] Wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt I CSK 796/10

na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia nie mogą oczywiście prowadzić do zmiany ceny oferty.

W praktyce stosowania Pzp2004 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż najczęściej takie odrzucenia dotyczyły:

1) ujawnionych powiązań (porozumień) pomiędzy wykonawcami i wystąpienie potencjalnych uzgodnień pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli oferty w ramach postępowania (okolicznościami, które mogą wskazywać na wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji mogą być wspólne adresy wykonawców, którzy je złożyli, powiązania rodzinne między wykonawcami, wystąpienie tych samych błędów w ofertach, wystąpienie tego samego pełnomocnika, wysłanie ofert z tego samego konta itp.)[202],
2) stosowania przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej" polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi (innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji) w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty[203],

---

[202] Por. uchwała KIO sygn. akt KD 27/16

[203] Por.: wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13; wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 216/14; wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1945/15; wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1476/17; wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17; wyrok KIO z dnia 4 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1186/18; wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1578/18

3) manipulowania wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy)[204],
4) posługiwanie się przez wykonawców nielegalnym oprogramowaniem (np. do projektowania) lub wykonywaniem zamówienia niezgodnie z przepisami (co zaniża cenę oferty)[205],
5) podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność.

W każdym z powyższych przypadków konieczne jest wykazanie, że złożenie oferty wypełnia dyspozycję art. 3 ust. 1 ustawy znk lub mieści się w zakresie wymienionych przykładowych czynów z art. 3 ust. 2 ustawy znk lub dalszych art. 5–17g ustawy znk.

9. Oferta zawierająca rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt. Rażąco niska cena została zdefiniowana w orzecznictwie sądów okręgowych. Przykładowo SO w Katowicach[206] wskazał, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczna kwotę". Natomiast SO w Warszawie[207] dodał, że „przez

[204] Tak: wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 607/20
[205] Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1255/19
[206] Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07
[207] Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 września 2002 r. sygn. akt V Ca 1020/02

cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę".

Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Ponadto przepis wprowadza m.in.: obligatoryjny wymóg wezwania o wyjaśnienia, w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp oraz otwarty katalog okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia itp. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jeśli zamawiający nie przeprowadzi postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 Pzp. Podobnie, fikcyjnie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, np. w sposób, w którym zamawiający wyznaczy nieracjonalnie krótki termin na przedłożenie wyjaśnień i przekazanie dokumentów (uniemożliwiający rzeczywiste odniesienie się do uwag), nie może stanowić podstawy do późniejszego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający, żądając wyjaśnień, zobowiązany jest ponadto wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, a jeżeli wątpliwości dotyczą składowych ceny lub kosztu, powinien wskazać te składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które aspekty jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego.

Brak odpowiedzi na wezwanie również skutkuje odrzuceniem oferty, tak jakby miała ona rażąco niską cenę lub koszt – art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Ustawodawca w art. 224 ust. 5 Pzp wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Odwrócony ciężar dowodowy nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty wraz z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Uzasadnienie takie może się jednak opierać wyłącznie na przypuszczeniach i uprawdopodobnieniach, jeżeli na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego wykonawca nie wykazał (lub wykazał w sposób nienależyty) bezprzedmiotowości przypuszczeń.

10. Złożenie oferty przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp nie znajduje zastosowania w tzw. postępowaniach jednoetapowych, tj. przetargu nieograniczonym (art. 132 Pzp) i trybie podstawowym, jeśli zamawiający nie przeprowadza negocjacji (art. 275 pkt 1 Pzp). W pozostałych trybach, w których występuje czynność składania ofert, przepis może znaleźć zastosowanie w okolicznościach, w których wykonawca składa ofertę w postępowaniu pomimo braku skierowania do niego zaproszenia do składania ofert (w przypadku trybu podstawowego dotyczy to ofert dodatkowych lub ostatecznych). Zaproszenie, w zależności od trybu postępowania może zostać skierowane po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (przetarg ograniczony) lub po przeprowadzonych negocjacjach (negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny itp.).

Przepis znajduje zastosowanie także wtedy, gdy została złożona jakakolwiek oferta niebędąca ofertą ostateczną (dodatkową), pomimo braku wymaganego dla złożenia takiej oferty zaproszenia ze strony zamawiającego (np. zaproszenie do złożenia ofert wstępnych po etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem). Oferta wykonawcy złożona pomimo iż wykonawca nie otrzymał uprzednio zaproszenia do złożenia oferty, przekazanego zgodnie z właściwymi przepisami regulującymi procedury poszczególnych trybów, podlega odrzuceniu.

11. Błąd w obliczeniu ceny oferty. Oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przy czym należy zauważyć, iż ustawodawca nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie „błąd w obliczeniu ceny".

Skutkujące odrzuceniem oferty błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Jeżeli nieprawidłowość matematyczna w obliczeniu ceny lub kosztu ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający poprawia ją zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp. Jeżeli zaś w toku badania ofert ujawnione zostaną nieprawidłowości w ofercie powodujące jej niezgodność z treścią dokumentów zamówienia i wystąpią skutki tych nieprawidłowości w postaci błędnej wyceny oferty, zastosowanie może znaleźć art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp upoważniający zamawiającego do dokonania nieistotnych zmian w treści oferty.

Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie

stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT[208].
Jeżeli natomiast wykonawca określił stawkę VAT prawidłowo (tj. przyporządkował przedmiot zamówienia do odpowiedniej stawki VAT), a popełnił tylko błąd rachunkowy, polegający np. na błędnym sumowaniu prawidłowej wartości netto i stawki VAT, błąd taki nie będzie stanowił, co do zasady, błędu w obliczeniu ceny, a omyłkę rachunkową podlegającą poprawieniu przez zamawiającego.
Jako błąd w obliczeniu ceny uznaje się nieprawidłowości w wycenie oferty przez wykonawcę polegające na niezastosowaniu lub wadliwym zastosowaniu przepisów prawa (innych niż Pzp), które mają wpływ na wycenę oferty. Odrzuceniu, co do zasady, podlegać będzie oferta, w której popełniono błąd w wyliczeniu dofinansowania z PFRON (w sytuacji, gdy błąd dotyczy założeń do przyjęcia właściwej wysokości dofinansowania, a nie polega wyłącznie na błędzie w działaniach matematycznych). Ustalenie ceny za roboczogodzinę niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę może stanowić nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale także błąd w obliczeniu ceny[209].

12. Brak akceptacji poprawienia omyłki. Art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Norma z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, do której odwołuje się przywołany przepis, oraz norma art. 223 ust. 3 Pzp wprowadzają jako wyjątek od niezmienności oferty mechanizm dokonywania szczególnych poprawek w ofercie dotyczących jej

[208] Wyrok SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11
[209] Podobnie w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 679/17, KIO 680/17

niezgodności z dokumentami zamówienia (w szczególności SWZ). Zastosowanie tego mechanizmu jest obligatoryjne przez zamawiającego, co oznacza, że nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp, jeśli uprzednio zamawiający nie zastosował mechanizmu określonego w tych przepisach. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Natomiast art. 223 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu wyznaczenie wykonawcy odpowiedniego terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Art. 223 ust. 3 zd. 2 Pzp ułatwia odkodowanie normy z art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp, wskazując jednoznacznie, że **brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki**. W świetle powyższego przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp ziści się, jeżeli – w kolejności – dojdzie do następujących zdarzeń:

1) zamawiający poprawi omyłkę, o jakiej mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp,
2) zamawiający poinformuje wykonawcę o poprawionej omyłce i wyznaczy wykonawcy odpowiedni termin, wystarczający na zapoznanie się ze zmianami i podjęcie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody lub zakwestionowanie poprawki,
3) wykonawca w terminie wskazanym przez zamawiającego jednoznacznie pisemnie oświadczy, że kwestionuje (odrzuca, odmawia wyrażenia zgody itp.) dokonaną poprawkę.

W przypadku, gdy poprawek dokonanych przez zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp było więcej, zakwestionowanie choćby jednej skutkuje odrzuceniem oferty.

13. Brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp należy rozpatrywać łącznie z regulacją Pzp dotyczącą terminu związania ofertą, tj. art. 220 Pzp. Przywołany przepis dopuszcza przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Skuteczność zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą uzależniono od złożenia przez tego wykonawcę pisemnego oświadczenia.

Art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że odrzuca się ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W świetle nowego brzmienia art. 220 Pzp wykładania językowa i systemowa art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp nie pozostawiają wątpliwości, że odrzucenie oferty dopuszczalne jest wyłącznie, gdy wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Dopuszczalność odrzucenia uzależniona jest zatem od czynności podejmowanych przez zamawiającego na podstawie art. 220 ust. 3 Pzp, w szczególności wezwania o wyrażenie zgody. Przepis stanowi, że w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Od prawidłowego wezwania w trybie art. 220 ust. 3 Pzp uzależniona jest możliwość ziszczenia się przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp. Działania zamawiającego, mające znamiona uchybienia normie art. 220 ust. 3 Pzp, polegające na zwróceniu się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą po upływie terminu związania

ofertą (podstawowego) lub kolejnym zwróceniu się do wykonawców (tj. więcej niż jeden raz) lub wprost niewezwaniu wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą skutkują tym, że zamawiający nie ma upoważnienia ustawowego do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W świetle powyższego przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp ziści się, jeżeli – w kolejności – dojdzie do następujących zdarzeń:

1) na skutek zbliżającego się upływu terminu związania ofertą, ale w momencie jego ważności zamawiający wystąpi do wykonawcy z żądaniem wyrażenia zgody na przesunięcie terminu związania ofertą o maksymalnie 60 dni (30 dni w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne), biorąc za dzień początkowy terminu przedłużonego – dzień następujący po upływie terminu podstawowego,
2) wykonawca przed upływem podstawowego terminu związania ofertą nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub np. wyrazi zgodę na przedłużenie terminu na okres krótszy niż określony przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisami Pzp oświadczenie powinno być co najmniej złożone pisemnie.

14. Brak pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. Art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp wprowadza bowiem sankcję odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. Możliwość wyrażenia takiej zgody wynika z treści art. 252 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 252 ust. 2 Pzp stanowi, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa

wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Możliwość skorzystania z przesłanki odrzucenia oferty uzależniona jest od wykonania przez zamawiającego określonych czynności polegających na wezwaniu wykonawcy do wyrażenia zgody na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo upływu terminu związania ofertą. Termin na odpowiedź musi być wystarczający, aby wykonawca zdołał podjąć racjonalną decyzję w zakresie podtrzymania oferty. Przesłanka odrzucenia może być rozpatrywana wyłącznie po dokonaniu oceny ofert i po wskazaniu oferty najwyżej ocenionej, ponadto znajduje zastosowanie wyłącznie do wykonawcy, którego oferta miała szansę stać się najkorzystniejszą.

Działania zamawiającego mające znamiona uchybienia normie art. 252 ust. 2 Pzp, polegające na zwróceniu się do wykonawcy przed dokonaniem oceny ofert i wskazaniem oferty najwyżej ocenionej, zwróceniu się do innego wykonawcy niż ten, którego oferta została najwyżej oceniona, zwróceniu się do kilku wykonawców, lub skierowanie wezwania w momencie gdy nie upłynął jeszcze termin związania ofert, skutkują tym, że zamawiający nie ma upoważnienia ustawowego do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp, niezależnie od podjętych przez wykonawcę czynności (chyba że po upływie terminu związania ofertą wykonawca oświadczy, że nie wyraża zgody na wybór lub w inny sposób oświadczy, że nie jest zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu).

Przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp ziści się natomiast, jeżeli – w kolejności – dojdzie do następujących zdarzeń:

1) upłynął termin związania ofert, a nie doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) zamawiający dokonał oceny ofert i wskazał ofertę najwyżej ocenioną,
3) zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty,
4) wykonawca nie wyraził zgody na wybór jego oferty**.**

Podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp jest przesłanką niezależną od przesłanki związanej z odmową wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie związania ofertą przez wykonawcę. Poza zakresem jurydycznym przesłanki mieści się przyczyna upływu terminu związania ofertą, w szczególności czy upływ tego terminu wynika z uchybień lub zaniechań leżących po stronie zamawiającego (a wynikających np. z uchybienia normie art. 220 ust. 3 Pzp).

15. Wady wadium jako podstawa odrzucenia oferty. W art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp zawarto cztery przesłanki nakazujące odrzucenie oferty:

1) niewniesienie wadium przez wykonawcę,
2) wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy,
3) nieutrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą,
4) złożenie przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Warunkiem podstawowym możliwości skorzystania przez zamawiającego z przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp jest wymaganie od wykonawców wniesienia wadium na zasadach określonych w art. 97–98 Pzp. Zważywszy ponadto, że nie są dopuszczalne czynności naprawcze wykonawcy dotyczące wadium (np. uzupełnienie lub zmiana gwarancji wadialnej), wystąpienie co najmniej jednej z przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, automatycznie dyskwalifikuje złożoną ofertę.

15.1. Zaniechanie wniesienia wadium. Pierwsza przesłanka łączy konieczność odrzucenia oferty z niewniesieniem przez wykonawcę wadium, żądanym na podstawie art. 97 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 97 ust. 5 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że zarówno niewniesienie fizycznie wadium przez wykonawcę (bez znaczenia w jakiej formie), jak również wniesienie w taki sposób, że wpłynie do zamawiającego po upływie terminu na składanie ofert, rozpatrywane będzie jako „niewniesienie wadium". Nie ma przy tym znaczenia, ile upłynęło czasu od upływu terminu składania ofert do wniesienia wadium, aby zdyskwalifikować takie wadium. Niewniesienie wadium w terminie w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu oznacza, że wadium nie wpłynęło przelewem na konto wskazane przez zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert. Wadium wpłacane w pieniądzu, ale w inny sposób niż przelewem, np. w kasie zamawiającego, jest niedopuszczalne[210]. W przypadku wadium wnoszonego w pozostałych formach – oznacza to brak wpływu odpowiednio gwarancji lub poręczenia do systemu teleinformatycznego zamawiającego.

15.2. Nieprawidłowe wniesienie wadium. Przesłanka nakazująca odrzucenie oferty z uwagi na wniesienie przez wykonawcę wadium w sposób nieprawidłowy jest przesłanką pojemną znaczeniowo, która na gruncie Pzp2004 była przedmiotem licznych orzeczeń KIO. Przesłanka ta sankcjonuje błędy popełnione przez wykonawcę, związane ze złożonym przez niego wadium. Najczęściej przesłanka znajduje zastosowanie przy innych niż pieniężne formach wnoszenia wadium. Z analizy orzecznictwa na gruncie Pzp2004 wywieść można, że najczęstsze nieprawidłowości

[210] Por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 103/18

związanie z wniesieniem wadium dotyczą: terminu, na jaki wadium zostało wniesione, treści gwarancji, formy gwarancji (złożonej w postaci papierowej zamiast elektronicznej, niepodpisanej przez wystawcę lub złożonej w kopii – chyba że właściwe przepisy dopuszczają taką postać lub formę).

Zbyt krótki termin, na jaki wadium zostało wniesione, ujawnia się w praktyce stosowania Pzp w przypadku braku tożsamości terminu, na jaki wadium zostało wniesione, z terminem związania ofertą wymaganym przez zamawiającego (termin wadium jest krótszy niż wymagany przez zamawiającego termin związania ofertą). Zgodnie z art. 97 ust. 5 i 6 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 Pzp), natomiast przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Okoliczność skutkująca odrzuceniem oferty może wystąpić już w momencie otwarcia ofert, po ujawnieniu że termin, na jaki wniesiono wadium, jest krótszy niż odpowiednio terminy określone przez zamawiającego na podstawie art. 220 i 307 Pzp[211]. Częstym błędem w przeszłości były błędy związane z przedłużeniem terminu związania ofertą i niekonsekwentnym przedłużaniem ważności wadium na ten przedłużony okres związania ofertą.

Nieprawidłowości wynikające z treści gwarancji dotyczą najczęściej: błędnego określenia beneficjenta lub wykonawcy w treści gwarancji, wprowadzenia w jej treści poszczególnych zapisów ograniczających

[211] Por. wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 599/20

możliwość zaspokojenia się zamawiającego z takiej gwarancji, błędnego tłumaczenia gwarancji na język polski, jeśli oryginalna gwarancja została wystawiona w innym języku. Przeważający jest pogląd, że nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji (ubezpieczeniowej lub bankowej), w której treści ujęty został wyłącznie jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia[212], choć występują liczne zdania odrębne[213]. Podstawą do odrzucenia oferty może być natomiast wskazanie w treści gwarancji jako beneficjenta innego podmiotu niż określił w SWZ zamawiający (a jeśli nie określił – wskazanie innego podmiotu niż zamawiającego)[214]. Do nieprawidłowych zapisów gwarancji należy zaliczyć przede wszystkim takie, które powodują, że zamawiający nie może w całości lub części zaspokoić się z gwarancji. Gwarancja wadialna, niezawierająca literalnie okoliczności, w których kwota gwarancyjna zostanie wypłacona tożsamych z przesłankami zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp, będzie uznana za nieprawidłową. Obok tego postanowienia podmiotowo istotne jest określenie w gwarancji wadialnej, że jest ona nieodwołalna i bezwarunkowa. Nieodwołalność gwarancji oznacza, że w okresie jej ważności gwarant nie może uchylić się od wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz zamawiającego. Bezwarunkowość oznacza, że nie występują żadne istotne wymogi, które musiałby wypełnić zamawiający, aby otrzymać sumę gwarancyjną. Wątpliwe (choć nie zawsze dyskwalifikujące) mogą być zapisy gwarancji wadialnej, które nakładają na zamawiającego formalne obowiązki, których spełnienie warunkuje wypłatę sumy

[212] Np. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1090/17

[213] Np. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 662/20

[214] Por. wyrok KIO z dnia 16 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1257/20

gwarancyjnej, np. potwierdzenie podpisów upoważnionych przedstawicieli zamawiającego przez bank prowadzący jego rachunek. Istotne dla oceny, czy wadium zostało wniesione w sposób nieuprawniony jest spojrzenie na wadium poprzez pryzmat jego celu, a więc tego, czy wadium zabezpiecza interesy zamawiającego i czy zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium.

15.3. Przerwanie ciągłości wadium. Powyższe prowadzi do trzeciej przesłanki skutkującej koniecznością odrzucenia oferty, tj. przesłanką nieutrzymania wadium nieprzerwanie przez cały okres związania ofertą. W art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp wprowadzono jednoznaczny w swojej wymowie przepis nakazujący wyeliminowanie oferty, która nie była w sposób nieprzerwany zabezpieczona wadium. Poprzez zabezpieczenie oferty w sposób nieprzerwany należy rozumieć zabezpieczenie jej wadium, w sytuacji gdy wykonawca związany jest własną ofertą (nie upłynął termin związania ofertą).

15.4. Wniosek o zwrot wadium. Ostatnia przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli wykonawca złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Intencją ustawodawcy było, ażeby wykonawca, który złożył wniosek o zwrot wadium w okolicznościach wskazanych w powyższym przepisie został skutecznie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia, w tym utracił na dalszym etapie legitymację procesową przed KIO.

16. Brak lub wada oferty wariantowej. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp wprowadza przesłankę nakazującą odrzucenie oferty (podstawowej)

w okolicznościach, gdy uchybienie wykonawcy polega na niezłożeniu lub niespełnieniu wymagań przez ofertę wariantową. Przepis sankcjonuje normę wyrażoną w art. 92 Pzp. Odrzucenie oferty z art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp może się ziścić w sytuacji, jeśli zamawiający zażądał złożenia oferty wariantowej na podstawie art. 92 Pzp, co oznacza nakaz wykonawcy, aby ofercie podstawowej towarzyszyła oferta wariantowa. Jeśli natomiast zamawiający jedynie dopuści złożenie oferty wariantowej, tj. pozostawi wykonawcy wybór złożenia wyłącznie oferty podstawowej lub wyłącznie oferty wariantowej (do czego przepis art. 92 Pzp zamawiającego upoważnia) – przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp nie będzie mogła być zastosowana. Przepis stanowi, że w okolicznościach, w których jednocześnie wykonawca składa na skutek żądania zamawiającego dwie oferty, brak oferty wariantowej lub niespełnienie przez nią minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego oznacza konieczność odrzucenia oferty podstawowej.

17. Odrzucenie oferty, której przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Z konstrukcji art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp wynika, iż zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy w przypadku ustalenia, że:

1) realizacja rozwiązań przyjętych w ofercie powodowałaby naruszenie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa,

2) bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa nie można zagwarantować w inny sposób, niż przez odrzucenie oferty.

Jak wynika z powyższego, odrzucenie oferty na podstawie powołanego przepisu może nastąpić tylko i wyłącznie w sytuacji, gdyby w przypadku przyjęcia oferty wykonawcy doszło do naruszenia bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa i sytuacja ta ma charakter nieuchronny, tzn. nie można jej w żaden inny sposób zaradzić. Z tego względu przed odrzuceniem oferty zamawiający zobowiązany jest ustalić, czy odrzucenie oferty jest jedynym sposobem na zagwarantowanie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Jeżeli w postępowaniu zostanie złożona oferta, której przyjęcie naruszałoby to bezpieczeństwo lub interes w sposób niepozwalający na jego ochronę za pomocą innych działań niż odrzucenie oferty, zamawiający na podstawie powołanego przepisu zobowiązany będzie odrzucić taką ofertę. Przy tym ustalenia, czy zachodzi podstawa do zastosowania omawianej przesłanki odrzucenia oferty, dokonuje każdorazowo sam zamawiający, uwzględniając specyfikę danego zamówienia.

Odnosząc się do znaczenia poszczególnych pojęć użytych w przepisie, należy w pierwszej kolejności podnieść, że Pzp nie definiuje pojęcia „istotnego interesu dotyczącego bezpieczeństwa państwa". Z tych też względów jego wykładnia powinna być dokonywana na gruncie prawa europejskiego (gdyż norma art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp, mimo iż jest regulacją krajową, posługuje się pojęciami o europejskiej genezie), w granicach wyznaczonych przez zasadniczy cel ustanowienia procedur udzielania zamówień. Dyrektywa klasyczna w art. 15 ust. 2 posługuje się pojęciem „ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa".

Uwzględniając powyższe, „istotny interes" w kontekście art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp znaczyć powinien tyle co podstawowy, kluczowy interes bezpieczeństwa państwa, a zatem interes mający dla państwa znaczenie strategiczne. Z przyjęciem oferty zagrażającej istotnym interesom bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia w szczególności, gdy zagraża ona takim wartościom jak suwerenność, niepodległość, międzynarodowa pozycja, strategiczne interesy ekonomiczne państwa, nienaruszalność terytorium, obronność państwa.

Pojęcie „bezpieczeństwo publiczne" również nie jest definiowane w Pzp. W motywie 41 preambuły dyrektywy klasycznej odwołano się do bezpieczeństwa publicznego, również tego pojęcia nie definiując: „żaden z przepisów niniejszej dyrektywy nie powinien uniemożliwiać wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia, życia, pod warunkiem że środki te są zgodne z TFUE". Bezpieczeństwo publiczne można natomiast rozumieć jako ogół warunków i instytucji chroniących życie, zdrowie, mienie obywateli, ustrój i suwerenność państwa przed zjawiskami mogącymi zakłócić normalne funkcjonowanie obywateli, godzącymi w przyjęte normy postępowania.

18. Odrzucenie oferty obejmującej 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 (Dz. U. poz. 1560). Przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp wprowadzona została po raz pierwszy do systemu zamówień publicznych wraz z wejściem w życie Pzp. Art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, jeśli obejmuje ona urządzenie informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji. Przepis znajdzie zatem zastosowanie w szczególności, choć nie wyłącznie, do zamówień

z zakresu IT. Poprzez zwrot „oferta obejmuje" należy rozumieć, że oferta zawiera takie urządzenia lub oprogramowanie (inaczej: wykonawca oferuje zamawiającemu takie urządzenia lub oprogramowanie) lub wykonanie przedmiotu świadczenia nastąpi przy użyciu tych urządzeń lub oprogramowania.

Jeżeli urządzenia informatyczne lub oprogramowanie zostaną zamieszczone w rekomendacji, oferta je obejmująca podlega odrzuceniu. Rekomendacja, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, jest wydawana, gdy uprawnione organy po przeprowadzeniu badania urządzenia informatycznego lub oprogramowania zidentyfikują podatność (urządzenia lub oprogramowania), której wykorzystanie może zagrozić w szczególności integralności, poufności, rozliczalności, autentyczności lub dostępności przetwarzanych danych, która może mieć wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa (patrz także art. 33 ust. 1 tej ustawy). Rekomendacja nie ma charakteru decyzji administracyjnej, ale informacje w niej zawarte są wiążące przy ocenie ofert. Rekomendacja nie musi być znana wykonawcom (ani wydana) przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że wydanie rekomendacji w trakcie trwającego postępowania znajdzie zastosowanie do ofert złożonych w tym postępowaniu.

19. Odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę, który nie odbył obowiązkowej wizji lokalnej lub nie sprawdził dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego.

Przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp może znaleźć zastosowanie w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których zamawiający wymagał od wykonawców zapoznania się z dokumentami zamówienia na miejscu lub zażądał wzięcia udziału w wizji lokalnej.

Przesłanka może zatem się ziścić wyłącznie w okolicznościach, gdy zapoznanie się z dokumentami zamówienia lub odbycie wizji lokalnej było obowiązkiem nałożonym na wykonawcę, a nie możliwością, którą zamawiający przewidział dla wykonawców.

Nałożony na wykonawcę obowiązek zapoznania się z dokumentami zamówienia na miejscu lub odbycia wizji lokalnej wymaga od zamawiającego zamieszczenia stosowanej informacji o takim wymogu w SWZ (art. 134 ust. 2 pkt 9 Pzp – dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi unijne, art. 281 ust. 2 pkt 12 Pzp – dla zamówień o wartościach mniejszych niż progi unijne). Możliwość nałożenia takiego obowiązku na wykonawców nie znajduje jednak zastosowania do wszystkich typów zamówień. Jak bowiem wynika z art. 131 ust. 2 Pzp, konieczność odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego wynikać może wyłącznie ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, specyficzny przedmiot zamówienia wymuszać ma na wykonawcach bardziej dogłębne rozeznanie się w istocie zamówienia, a przez to uprawnia zamawiającego do postawienia wymogu zapoznania się przez tych wykonawców z materiałami, które nie mogą zostać udostępnione na stronie internetowej, i nałożenia na ten wymóg sankcji w postaci odrzucenia oferty. Poprzez pojęcie „specyficzny" Pzp zdaje się określać przedmiot zamówienia wyróżniający się na tle innych zakresem lub złożonością. Specyficznym przedmiotem zamówienia może być przykładowo usługa renowacji lub konserwacji zabytku.

Oferta wykonawcy 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, podlega odrzuceniu.

Rozdział 6
Aukcja elektroniczna

Art. 227.

1. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

2. Zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

1. Uwagi ogólne. Rozwiązania, regulujące proces przeprowadzenia aukcji elektronicznej przewidziane w przepisach Pzp, stanowią wynik implementacji do polskiego porządku prawnego dyspozycji art. 35 dyrektywy klasycznej oraz art. 53 dyrektywy sektorowej. Aukcja elektroniczna, w rozumieniu art. 227 ust. 1 Pzp nie jest odrębnym trybem udzielenia zamówienia publicznego, a jedynie sposobem kontynuacji postępowań prowadzonych w określonych ustawą trybach. Stanowi w pełni zautomatyzowany etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest ona jednym z narzędzi pozwalających na zwiększenie konkurencyjności ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Przepisy Pzp nie formułują własnej definicji aukcji elektronicznej. W ślad za art. 35 dyrektywy klasycznej przez pojęcie aukcji elektronicznej rozumieć należy powtarzalny proces przedstawiania przez wykonawców nowych ofert w postaci postąpień, realizowany za pomocą systemu teleinformatycznego, pozwalającego na ich klasyfikację z wykorzystaniem procedury automatycznej oceny, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej, pełnej oceny ofert złożonych przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. Powtarzalność procesu aukcji elektronicznej pozwala wykonawcom, odmiennie niż ma to miejsce w klasycznych postępowaniach, na wielokrotne składanie ofert w postaci kolejnych postąpień. Powtarzalność przebiegu aukcji elektronicznej nie powinna być natomiast rozumiana jako dopuszczalność jej powtórzenia, albowiem przepisy Pzp takiej możliwości nie przewidują. Automatyzm procesu aukcyjnego ujawnia się natomiast w czynności oceny składanych przez wykonawców ofert. Czynność ta realizowana jest przez system aukcyjny w oparciu o zaimplementowane formuły matematyczne i wartości przedstawiane przez wykonawców w kolejnych postąpieniach.

2. Charakter aukcji. Aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem ani też sposobem udzielania zamówień publicznych. Ma ona charakter „dogrywki" prowadzonej pomiędzy wykonawcami, którzy w przypadku postępowań unijnych złożyli oferty w ramach postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne – w trybie podstawowym (w każdym wariancie). Dodatkowo przepisy Pzp dopuszczają możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej w ramach realizacji umów ramowych (art. 311 i nast. Pzp) oraz w ramach dynamicznego systemu zakupów (art. 316 i nast. Pzp). Niedopuszczalne jest więc prowadzenie aukcji elektronicznej

w postępowaniach realizowanych w trybie dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki. W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może przewidzieć wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, gdy zamówienie udzielane jest w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a w odniesieniu do zamówień sektorowych, o których mowa w dziale V Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego, a także sektorowych negocjacji z ogłoszeniem.

3. Aukcja elektroniczna w postępowaniach unijnych. W postępowaniach, których wartość jest co najmniej równa progom unijnym, aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona jako proces pozyskiwania nowych obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Przepis art. 227 ust. 1 Pzp uzależnia możliwość skorzystania z aukcji elektronicznej od spełnienia czterech warunków:

1) przewidzenia możliwości przeprowadzenia aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu,
2) określenia warunków zamówienia, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny,
3) ustalenia, iż świadczenia objęte przedmiotem zamówienia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny,
4) w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Aukcję elektroniczną przeprowadza się, o ile przewidziano ją w ogłoszeniu o zamówieniu. Poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie o włączeniu

aukcji elektronicznej w proces wyboru oferty najkorzystniejszej w treści ogłoszenia wiąże się z koniecznością jej przeprowadzenia. Ewentualna rezygnacja z przeprowadzenia aukcji elektronicznej wymaga dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu. Przy tym zmiana ogłoszenia w powyższym zakresie może zostać przeprowadzona wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Wykluczona jest natomiast rezygnacja z przeprowadzenia aukcji po upływie tego terminu.

Jednym z warunków dopuszczalności udzielenia zamówienia publicznego z zastosowaniem aukcji elektronicznej jest, w świetle art. 227 Pzp, również możliwość precyzyjnego określenia treści dokumentów zamówienia, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia. Przepis ten koresponduje z treścią przepisów dotyczących zasad przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, wskazanych w treści art. 99 i nast. Pzp, wskazujących w szczególności, iż przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny oraz zrozumiały. Przepis ten nie określa szczególnego (precyzyjnego) sposobu opisywania przedmiotu zamówienia na potrzeby przeprowadzenia aukcji elektronicznej. W praktyce oznacza to, iż przeprowadzenie aukcji elektronicznej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwe, o ile warunki zamówienia, w tym w szczególności opis jego przedmiotu, będą określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Stosownie do treści art. 134 ust. 2 pkt 12 Pzp w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o przeprowadzenia aukcji elektronicznej w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego SWZ powinno zawierać informacje o planowanej aukcji wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj. jakie elementy oferty będą przedmiotem aukcji, wskazanie wszelkich ograniczeń, jakim podlega

aukcja, podanie informacji, jakie zostaną udostępnione wykonawcom w toku aukcji wraz z ewentualnym terminem ich udostępnienia, a także informacje dotyczące przebiegu aukcji i warunków jej przeprowadzenia wraz z podaniem parametrów niezbędnego sprzętu informatycznego, połączeń oraz specyfikacji technicznych połączeń.

4. Aukcja elektroniczna w postępowaniach krajowych. Przesłanki zastosowania aukcji elektronicznej w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne odpowiadają w zasadniczej mierze warunkom określonym dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Stosownie do treści art. 308 ust. 1 Pzp w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Art. 228.

1. Aukcja elektroniczna jest przeprowadzana przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, po wstępnym badaniu i ocenie ofert zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą.

2. Aukcja elektroniczna nie ma zastosowania do zamówień na usługi lub roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, których nie można sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny.

1. Mierzalność kryteriów. Aukcja elektroniczna może być stosowana wyłącznie w postępowaniach, w których wartości podlegające aukcji, tj. nowe niższe ceny lub nowe wartości dotyczące określonych elementów ofert, mogą podlegać automatycznej ocenie. Przedmiotowe ograniczenie ma na celu zapewnienie możliwości przeprowadzenia automatycznej oceny, przyznania punktacji i kwalifikacji ofert przy pomocy odpowiedniego systemu teleinformatycznego. Proces elektroniczny, jakim jest aukcja, ma być realizowany automatycznie przez system teleinformatyczny skonfigurowany przez zamawiającego przed rozpoczęciem aukcji, z uwzględnieniem danych przedstawionych wykonawcom w treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentach zamówienia, a finalnie również w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Powyższe oznacza, iż proces składania postąpień przez wykonawców pozbawiony jest jakiejkolwiek ingerencji ze strony zamawiającego, jak i innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Automatyzm w działaniu systemu teleinformatycznego istnieć będzie wyłącznie w okolicznościach, gdy elementy oferty podlegające aukcji będą wyrażone w sposób wymierny, tak by system wykorzystywany w aukcji mógł dokonać przeliczenia tych wartości i przedstawić je jako wartość punktową. Taki rezultat można osiągnąć wyłącznie w sytuacji, gdy elementy oferty podlegające ocenie w ramach aukcji elektronicznej będą wyrażone w liczbach lub procentach.

2. Świadczenia o charakterze intelektualnym. Stosownie do treści art. 228 ust. 2 Pzp zamawiający nie mogą skorzystać z możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej w odniesieniu do zamówień na usługi lub roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, których nie można sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny. Przepisy Pzp, w ślad za postanowieniami

dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, wyłączają możliwość stosowania aukcji elektronicznej do zamówień na usługi lub roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia, których charakter wyklucza możliwość stosowania automatyzmu w procesie porównywania ich cech za pomocą środków elektronicznych. Jak wskazuje motyw 67 preambuły do dyrektywy klasycznej, aukcje elektroniczne zazwyczaj nie nadają się do niektórych zamówień publicznych na roboty budowlane ani niektórych zamówień publicznych na usługi, których przedmiotem są prace intelektualne, takie jak projektowanie robót budowlanych, ponieważ przedmiotem aukcji elektronicznych mogą być wyłącznie części nadające się do automatycznej oceny za pomocą środków elektronicznych, bez żadnej ingerencji lub oceny ze strony instytucji zamawiającej. Należy wyraźnie wskazać, iż przepis art. 228 ust. 2 Pzp nie dotyczy zamówień na dostawy.

Art. 229.

Aukcja elektroniczna może opierać się na następujących elementach ofert:

1) **cenach, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena;**
2) **cenach lub nowych wartościach elementów ofert wskazanych w dokumentach zamówienia, jeżeli kryteriami oceny ofert w postępowaniu są kryteria jakościowe albo najniższy koszt.**

1. Przedmiot aukcji. Aukcja elektroniczna może opierać się zasadniczo na jednym z dwóch rozwiązań w zakresie doboru elementów ofert podlegających dodatkowej ocenie w ramach aukcji. Przedmiot aukcji może stanowić cena albo cena wraz z innymi elementami oferty. W przypadku gdy w prowadzonym postępowaniu jedynym kryterium

oceny ofert jest cena, zamawiający może przeprowadzić aukcję wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. W takim przypadku niedopuszczalne jest na etapie aukcji elektronicznej rozszerzanie katalogu kryteriów oceny ofert o kryteria pozacenowe.

Natomiast w postępowaniach, w których kryteria oceny ofert stanowią cena oraz kryteria pozacenowe, aukcja powinna uwzględniać cenę lub inne elementy oferty, będące przedmiotem oceny w ramach kryterium jakości lub kosztu. W konsekwencji, w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryteriami są cena oraz kryteria pozacenowe, zamawiający określa zakres oceny dokonywanej w ramach aukcji elektronicznej. Kryteria stanowiące podstawę oceny w ramach aukcji elektronicznej powinny zostać wskazane w SWZ albo w OPW w przypadku negocjacji z ogłoszeniem lub ogłoszeniu o zamówieniu. Takie działanie jest niezbędne dla zachowania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 16 pkt 1 Pzp. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego już na wczesnym etapie postępowania muszą posiadać wiedzę, na jakich zasadach będą ze sobą konkurować, a także jakie elementy składanych przez nich ofert będą przedmiotem aukcji. Informacja dotycząca elementów oferty podlegających aukcji elektronicznej ponawiana jest następnie w treści wysyłanego do wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji, zgodnie z treścią art. 232 ust. 2 Pzp.

Do oceny w toku aukcji elektronicznej mogą być wykorzystane tylko te kryteria, które stanowiły przedmiot oceny w ramach postępowania prowadzonego przed aukcją i które były podstawą wstępnej oceny ofert. Przedmiotem aukcji nie mogą być oczywiście kryteria niepozwalające na ich automatyczną ocenę, ale nie oznacza to jednak, iż zamawiający

w toku aukcji elektronicznej musi wykorzystać wszystkie kryteria spełniające warunek automatycznej zliczalności, które były oceniane w ramach postępowania. Zamawiający może zdecydować, iż przedmiotem oceny w toku aukcji będą wszystkie kryteria wskazane w dokumentach zamówienia, które pozwalają na ich automatyczną ocenę albo tylko niektóre, co wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Art. 230.

W przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia określa się co najmniej:

1) **elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej;**
2) **wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia;**
3) **informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;**
4) **informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;**
5) **warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji;**
6) **informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.**

1. Uwagi ogólne. Zamawiający, który podejmie decyzję o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, w toku prowadzonego przez

siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek podać tę informację w ogłoszeniu o zamówieniu (por. art. 227 ust. 1 oraz art. 308 ust. 1 Pzp) lub dokumentach zamówienia. Przepisy Pzp wymagają, aby w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający wskazał co najmniej elementy ofert, których wartości będą przedmiotem aukcji, wszelkie ograniczenia dotyczące przedstawianych w aukcji wartości, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, informacje, które będą udostępnione wykonawcom w toku aukcji, a w stosownych przypadkach termin ich udostępnienia, informacje opisujące przebieg aukcji elektronicznej, warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, a także informacje techniczne pozwalające wykonawcom na udział w aukcji.

W praktyce oznaczać będzie to, iż informacja o aukcji ujawniona powinna zostać w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w zależności od wybranego trybu w SWZ (w przypadku przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, por. art. 134 ust. 2 pkt 12 oraz art. 142 ust. 2 pkt 3 Pzp), w OPW i SWZ (w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, por. art. 156 ust. 4 oraz art. 167 ust. 1 ust. 3 Pzp), a w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym informacja oprócz ogłoszenia o zamówieniu publikowanym w BZP powinna zostać upubliczniona w SWZ (por. art. 281 ust. 2 pkt 17 Pzp). Należy pamiętać, iż użyte przez ustawodawcę w odniesieniu do treści ogłoszenia lub dokumentów zamówienia sformułowanie „co najmniej" oznacza, iż katalog obowiązkowych treści tych dokumentów nie ma charakteru zamkniętego; zamawiający oprócz informacji o charakterze obligatoryjnym, określonych dyspozycją komentowanego przepisu

może wskazać wszelkie inne informacje, które w jego ocenie są istotne z punktu widzenia prowadzonej aukcji.

2. Elementy będące przedmiotem aukcji. W treści ogłoszenia lub dokumentów zamówienia zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które będą przedmiotem „dogrywki" w ramach aukcji elektronicznej. W świetle art. 227 ust. 2 Pzp będą to cena oraz inne parametry oferty podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Przy tym należy pamiętać, iż z uwagi na pełny automatyzm czynności w ramach aukcji elektronicznej mogą to być tylko te elementy ofert, które można zapisać w postaci liczbowej lub procentowej, albowiem tylko ten sposób wyrażania wartości pozwoli na ich klasyfikację przez system aukcyjny.

3. Ograniczenia. Ogłoszenia lub dokumenty zamówienia powinny ujawniać wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające ze specyfiki przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do poszczególnych zamówień ograniczenia te mogą przejawiać się w szczególności w braku możliwości wskazywania wartości ujemnych, mogą wskazywać maksymalne lub minimalne wartości określonych elementów ofert itp.

4. Informacje udostępniane wykonawcom. Ponadto ogłoszenie, SWZ lub OPW powinny określać informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz – w stosownych przypadkach – termin ich udostępnienia. Mowa tu o informacjach dotyczących składanych postąpień, innych niż wskazane treścią art. 233 Pzp.

5. Informacje dotyczące przebiegu aukcji. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia powinien zawrzeć w szczególności informacje o terminie rozpoczęcia i zakończenia aukcji, a także informacje, czy aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona w ramach jednego etapu, czy też będzie miała charakter wieloetapowy.

6. Informacje dotyczące warunków aukcji. Ponadto zamawiający powinien podać do wiadomości wykonawców informacje o warunkach aukcji elektronicznej, w szczególności jeśli dotyczą one określonej aukcji, informacje o sposobie przedstawienia w ramach aukcji ceny, tj. czy kolejne postąpienia będą odnosiły się do cen netto, czy brutto, sposobie przedstawienia poszczególnych elementów ofert będących przedmiotem aukcji (np. poprzez wskazanie określonych jednostek miar), zasadach eliminacji wykonawców w ramach poszczególnych etapów oraz zasadach postępowania w okolicznościach przerwania aukcji. Treść ogłoszenia lub dokumentów zamówienia powinny zawierać również informacje dotyczące warunków, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w tym, o ile jest to wymagane, minimalne wartości postąpień.
Niezmiernie istotnym jest również wskazanie przez zamawiającego zasad, na jakich wykonawca dokona umocowania osoby, która w toku aukcji będzie składała kolejne postąpienia w jego imieniu.
7. Warunki techniczne aukcji. Dla prawidłowego przebiegu aukcji elektronicznej niezbędne jest również wskazanie przez zamawiającego warunków i wymagań technicznych jej przeprowadzenia. W tym kontekście niezmiernie istotne już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie poinformowanie wykonawców o wymaganiach technicznych wybranego przez zamawiającego systemu teleinformatycznego służącego przeprowadzeniu aukcji. W tym momencie zamawiający powinien wskazać w szczególności preferowane przez system przeglądarki internetowe, niezbędne dla prawidłowego korzystania z systemu aukcyjnego oprogramowanie zewnętrzne, parametry wykorzystywanych komputerów lub urządzeń przenośnych itp., pozwalające na udział wykonawców w aukcji.

Art. 231.

Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa lub wieloetapowa.

1. Etapy aukcji. Zamawiający może zdecydować, czy prowadzona przez niego aukcja elektroniczna będzie procedurą o charakterze jednolitym, czy też zostanie podzielona na etapy. Przepisy Pzp nie określają maksymalnej, dopuszczalnej w aukcji liczby etapów. Decyzje w tym zakresie podejmuje zawsze zamawiający, mając na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia, spodziewane zainteresowanie uzyskaniem zamówienia, a także ograniczenia czasowe i organizacyjne prowadzenia postępowania. W aukcji jednoetapowej, od jej rozpoczęcia do zakończenia, udział biorą wszyscy zaproszeni wykonawcy, którzy zdecydują się na składanie postąpień. Istotą aukcji wieloetapowej jest natomiast eliminacja z udziału w aukcji na poszczególnych jej etapach określonej liczby wykonawców. Określenie metody ograniczenia liczby wykonawców należy do zamawiającego. Podstawową metodą eliminacji wykonawców na poszczególnych etapach aukcji jest wykorzystanie w tym celu elementów oferty podlegających ocenie. Zamawiający może w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia przewidzieć w szczególności, iż na poszczególnych etapach z aukcji będzie eliminowany wykonawca lub wykonawcy, którzy uzyskali najmniejszą liczbę punktów. Nie można również wykluczyć możliwości niedopuszczenia do udziału w kolejnym etapie aukcji wykonawców, którzy nie składali postąpień w poprzedniej turze licytowania.
Informacja o charakterze aukcji elektronicznej, tj. liczbie jej etapów, powinna zostać przedstawiona w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź w dokumentach zamówienia zgodnie z art. 230 pkt 4 Pzp.

Art. 232.

1. Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

2. W zaproszeniu zamawiający informuje wykonawcę o:

1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy;

2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;

3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;

4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;

5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;

6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;

7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3.

3. Z wyjątkiem przypadków, gdy najkorzystniejsza oferta jest wybierana na podstawie ceny, formuła matematyczna, o której mowa w ust. 2 pkt 6, uwzględnia wagi przypisane poszczególnym kryteriom oceny ofert w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a w przypadku dopuszczenia ofert wariantowych określa się odrębną formułę dla każdego wariantu.

4. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia.

1. Zaproszeni wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest zaprosić do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Brzmienie art. 232 ust. 1 Pzp w praktyce oznacza, iż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w sposób prawidłowy, są jednocześnie zapraszani do udziału w aukcji, prowadzonej przy użyciu systemu teleinformatycznego wskazanego w treści zaproszenia. Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej zobowiązany jest do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami. Za dopuszczalne, a tym samym podlegające dalszej procedurze, uznaje się oferty złożone przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a także oferty niepodlegające odrzuceniu zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 Pzp. Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia. W tym miejscu należy wskazać, iż ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, realizowana przed aukcją elektroniczną, powinna opierać się o złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia własne wykonawców, w tym składany w postępowaniach unijnych JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 2 Pzp. Na tym etapie postępowania, tj. przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej zamawiający powinien również dokonać odrzucenia ofert w zakresie, w jakim realizują się w odniesieniu do nich okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 Pzp. W tym kontekście mowa jest o pełnej wstępnej ocenie ofert, o której wspominają przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Po przeprowadzeniu

aukcji elektronicznej zamawiający – w świetle przepisów art. 126 w przypadku postępowań unijnych oraz art. 274 w odniesieniu do postępowań prowadzonych w procedurach krajowych – wzywa do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, których złożenia wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Na tej podstawie, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dokonywana jest ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w stosunku do wykonawcy, który złożył najwyżej ocenioną ofertę. W przypadku gdy złożone dokumenty nie potwierdzą, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a ponadto pozwolą ustalić, iż podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 lub 109 Pzp, zamawiający powinien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania już po zakończeniu aukcji.

Na marginesie warto również wskazać, że o ile przekazanie zaproszenia do udziału w aukcji przez zamawiającego jest w świetle przepisów Pzp czynnością obligatoryjną, o tyle sam udział w aukcji wykonawcy jest jego autonomiczną decyzją. Wykonawca w każdym przypadku może zrezygnować z udziału w aukcji i podtrzymać tym samym wartość oferty złożonej pierwotnie, we wstępnej fazie postępowania.

2. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. W art. 232 ust. 2 Pzp sformułowano katalog obligatoryjnych elementów zaproszenia do udziału w aukcji. Zamawiający powinien zatem przekazać każdemu z wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do udziału w postępowaniu i złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty, informacje o:

1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy,
2) minimalnych wartościach postąpień składanych wtoku aukcji elektronicznej,
3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej,

4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej,
5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej,
6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości,
7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3 Pzp.

3. Wynik badania i oceny oferty wykonawcy. Treść zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowi rezultat oceny ofert niepodlegających odrzuceniu w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, zgodnie z ustaloną dla nich wagą. Dlatego też wykonawcy uczestniczący w postępowaniu z treści zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej powinni uzyskać informacje dotyczące wyniku oceny i badania ich oferty. Obligatoryjną treścią zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej skierowanego do wykonawcy powinna być zatem informacja o tym, iż złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu, a także o liczbie punktów przyznanych w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert.

4. Minimalne wartości postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej. W treści zaproszenia zamawiający wskazuje również minimalną wartość postąpień pozwalających zamawiającemu uzyskać nową niższą cenę lub nową wartość określonego elementu oferty. Informacja ta przedstawiona powinna zostać indywidualnie w odniesieniu do każdego z elementów podlegających aukcji. Przepisy Pzp nie wskazują, czy informacje o wartości minimalnych postąpień należy wskazywać w odniesieniu do wszystkich elementów oferty podlegających aukcji elektronicznej, czy też tylko niektórych z nich. Przyjąć należy, iż w każdym przypadku powinna być to decyzja zamawiającego. Niewątpliwie jednak

określenie wartości minimalnych postąpień w aukcji elektronicznej porządkuje i przyśpiesza proces licytowania i jest działaniem pożądanym dla ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Termin otwarcia aukcji. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia wykonawcom. Data otwarcia aukcji elektronicznej, zgodna z przepisami Pzp, powinna być określona z uwzględnieniem art. 8 Pzp. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 4 Pzp, termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. Ponadto Pzp w treści art. 8 ust. 5 definiuje również pojęcie dnia roboczego, którym nie jest dzień ustawowo wolny od pracy oraz sobota. Tym samym zamawiający, określając termin otwarcia aukcji elektronicznej, powinien ustalić go w ten sposób, aby pomiędzy dniem przekazania zaproszenia do udziału w aukcji, o którym mowa w art. 232 Pzp, a terminem rozpoczęcia aukcji (określonym jako dzień i godzina) upłynęły co najmniej dwa pełne dni, wyłączając przy tym dni wolne od pracy oraz soboty. Ponieważ przekazanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej następuje za pomocą systemu teleinformatycznego służącego jej przeprowadzeniu, uznać należy, iż dzień przekazania zaproszenia będzie jednocześnie dniem jego doręczenia.

6. Termin i warunki zamknięcia aukcji. Zamawiający określa termin oraz warunki zamknięcia aukcji elektronicznej, mając na uwadze treść art. 237 Pzp.

7. Sposób oceny ofert. W treści zaproszenia zamawiający powinien również powtórnie przekazać informacje dotyczące elementów ofert podlegających ocenie, które wcześniej stanowiły treść SWZ albo OPW w przypadku negocjacji z ogłoszeniem lub ogłoszenia o zamówieniu wraz z informacjami, za co zostaną przyznane punkty w toku aukcji elektronicznej, a także przedstawić zasady przyznawania odpowiednich

wartości punktowych dla poszczególnych elementów ofert ocenianych w ramach aukcji elektronicznej.

8. Formuła matematyczna. Zamawiający w zaproszeniu powinien wskazać również formułę matematyczną, która zostanie wykorzystana przez system teleinformatyczny służący przeprowadzeniu aukcji w celu tworzenia kolejno po sobie następujących klasyfikacji w oparciu o składane przez wykonawców postąpienia. Z wyjątkiem okoliczności, w których najkorzystniejsza oferta wybierana jest w oparciu jedynie o kryterium ceny, formuła ta powinna uwzględniać również znaczenie poszczególnych kryteriów (por. art. 232 ust. 3 Pzp). Przy tym, należy podkreślić, iż przyjęta dla aukcji formuła matematyczna powinna uwzględniać wagę wszystkich kryteriów wykorzystywanych do wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie tylko tych, które stały się przedmiotem aukcji elektronicznej.

9. Harmonogram etapu. W przypadku, gdy aukcja będzie miała charakter wieloetapowy, element zaproszenia stanowić powinien harmonogram poszczególnych etapów, w którym wskazane zostaną terminy rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych faz licytacji.

Art. 233.

1. W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informacje umożliwiające mu ustalenie pozycji jego oferty w klasyfikacji ofert, w szczególności informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów.

2. Zamawiający, jeżeli zostało to przewidziane w dokumentach zamówienia, może w ustalonym przez siebie czasie ogłaszać liczbę uczestników danego etapu aukcji elektronicznej.

3. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców biorących udział w danym etapie aukcji elektronicznej.

1. Przekazywanie informacji w toku aukcji elektronicznej. W toku każdego etapu aukcji elektronicznej zamawiający zobowiązany jest przekazywać na bieżąco wykonawcom informacje pozwalające im na ustalenie swojej aktualnej pozycji, a tym samym swojej sytuacji w postępowaniu, w szczególności informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów. Takie działanie jest niezbędne dla prawidłowego przebiegu procesu licytowania. Wykonawcy muszą mieć bowiem informacje dotyczące pozycji swojej oferty oraz informacje dotyczące oferty najwyższej sklasyfikowanej, aby móc składać kolejne postąpienia. W tym zakresie należy stwierdzić, że wystarczającym dla wypełnienia normy przepisu art. 233 ust. 1 Pzp jest stwierdzenie, iż wymagane informacje są przekazywane automatycznie przez system teleinformatyczny, za pomocą którego zamawiający obsługuje proces aukcyjny. W takim przypadku przepisy Pzp nie wymagają od zamawiającego podejmowania jakichkolwiek dodatkowych czynności informacyjnych.

2. Ogłaszanie liczby uczestników danego etapu aukcji. Stosownie do treści art. 233 ust. 2 Pzp zamawiający, jeżeli przewidział to w dokumentach zamówienia, może w ustalonym przez siebie czasie ogłaszać liczbę uczestników danego etapu aukcji elektronicznej.

3. Zakaz ujawniania informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. O ile zostało to uprzednio ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, zgodnie z treścią art. 230 pkt 3 Pzp zamawiający może podawać do wiadomości wykonawców

również inne informacje dotyczące cen lub wartości ofert. Dopuszczalnym w szczególności przy spełnieniu warunku, o którym mowa powyżej, jest wskazywanie cen i wartości wszystkich ofert oraz liczby uczestników aukcji w danej chwili lub na poszczególnych etapach. Oczywiście takie działanie nie może prowadzić do ujawnienia bezpośrednio lub pośrednio tożsamości poszczególnych wykonawców uczestniczących w aukcji. Niedopuszczalnym jest w szczególności podawanie do wiadomości w toku aukcji elektronicznej takich informacji, które pozwolą innym uczestnikom na ich powiązanie z wykonawcami uczestniczącymi w aukcji. Wykonawcy w czasie trwania aukcji powinni pozyskiwać wyłącznie dane liczbowe opisujące poszczególne oferty. Ostateczny wynik ze wskazaniem nazw wykonawców biorących udział w aukcji podawany jest do publicznej wiadomości dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu należy wskazać, iż w celu ochrony tożsamości wykonawców uczestniczących w aukcji niedopuszczalnym jest wykorzystywanie w aukcji elektronicznej loginów lub identyfikatorów wykonawców, które zawierają w swej nazwie jakiekolwiek sformułowanie, które mogłoby wskazywać i identyfikować licytującego wykonawcę.

Art. 234.

1. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

2. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej.

1. Składanie postąpień. W toku akcji aukcji elektronicznej jej uczestnicy składają kolejne postąpienia za pomocą udostępnionego przez zamawiającego na stronie internetowej formularza elektronicznego. Składane przez wykonawcę postąpienia muszą odpowiadać warunkom określonym przez zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz zaproszeniu do aukcji, w tym w szczególności muszą uwzględniać wszelkie ograniczenia narzucone przez zamawiającego treścią opisu przedmiotu zamówienia, o których mowa art. 230 pkt 2 Pzp, a także uwzględniać minimalną wartość postąpienia.

Zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy aukcyjnej jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawca, decydując się na udział w aukcji, zobowiązany jest natomiast do zapewnienia sobie właściwego sprzętu komputerowego, który będzie odpowiadał co najmniej parametrom określonym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 229 pkt 6 Pzp, a następnie wskazanym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej (por. art. 232 ust. 1 Pzp).

2. Forma postąpień. Stosownie do treści art. 234 ust. 2 Pzp postąpienia w aukcji elektronicznej pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej. Powyższe oznacza, iż postąpienia w toku aukcji elektronicznej dla swojej ważności muszą być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Stosownie bowiem do treści art. 78^1 ust. 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Art. 235.

1. Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.

2. W sytuacji określonej w ust. 1 bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

1. Postąpienia – nowe oferty. Każde kolejne postąpienie wykonawcy unieważnia postąpienie złożone poprzednio. Z tego względu postąpienie traktowane jest jak oferta, przy czym ostatnie, złożone na końcu jest wiążące dla wykonawcy i konstytuuje finalną treść jego oferty. Przy tym w zakresie, w jakim oferta nie podlegała aukcji i kolejnym postąpieniom, wiąże wykonawcę, a w konsekwencji jako całość oferty należy traktować ofertę w części niepodlegającej aukcji oraz ostatnie postąpienia złożone w aukcji. Na tej podstawie dokonuje się więc wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Bieg terminu związania ofertą. Mimo że poprzednia oferta przestaje wiązać w takim zakresie, w jakim została złożona nowa oferta, nie powoduje to przerwania biegu terminu związania ofertą. Termin ten biegnie od chwili złożenia oferty w postępowaniu.

Art. 236.

W przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

1. Awaria systemu. Przepisy Pzp nie wprowadziły definicji awarii systemu teleinformatycznego, która mogłaby wskazać w sposób bezpośredni

sytuacje, w których zamawiający byłby zobowiązany do przerwania prowadzonej aukcji i wyznaczenia terminu jej wznowienia (takim samym zwrotem posługuje się ustawodawca w art. 222 ust. 2 Pzp). Niemniej jednak, podejmując próbę określenia przypadków, w których przepis art. 236 Pzp może znaleźć zastosowanie, wskazać należy, iż przez pojecie awarii w znaczeniu tego przepisu rozumieć należy nieprzewidywane uszkodzenie systemu teleinformatycznego, powodujące brak możliwości realizacji jednej lub większej liczby funkcji systemu, które prowadzi do przerwania aukcji elektronicznej. Innymi słowy, awaria to nieoczekiwane błędne działanie systemu teleinformatycznego, które wystąpiło w czasie jego pracy i zostało zauważone przez uczestników aukcji, a które powoduje, iż system nie gwarantuje prawidłowego przebiegu obsługiwanej procedury. Awariami mogą być w szczególności częste zatrzymania pracy systemu, uszkodzenia baz danych lub zasobów systemowych, a także błędy dotyczące przetwarzania danych, które uniemożliwiają przeprowadzenie aukcji w sposób prawidłowy.

2. Kontynuowanie aukcji. W przypadku stwierdzenia, iż w toku aukcji elektronicznej system służący do jej obsługi uległ awarii, zamawiający ma obowiązek wstrzymać postępowanie, o czym powinien niezwłocznie poinformować wykonawców, a także wskazać datę planowanego wznowienia aukcji. Informacja o zawieszeniu aukcji elektronicznej powinna zostać przekazana równocześnie wszystkim wykonawcom, o ile to możliwe za pomocą systemu teleinformatycznego służącego prowadzeniu aukcji, a w przypadku gdy awaria systemu to uniemożliwia – za pomocą innych środków komunikacji elektronicznej wykorzystywanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązany jest wyznaczyć termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy po usunięciu awarii. W świetle

art. 8 ust. 4 Pzp będzie to następny dzień po usunięciu awarii, inny niż sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy. Informacja o wyznaczeniu nowego terminu przeprowadzenia aukcji przekazywana jest wyłącznie wykonawcom, którzy zostali do niej zaproszeni i może w szczególności zostać przekazana ponownie w formie zaproszenia do udziału w aukcji, o którym mowa w art. 232 ust. 1 Pzp. Co istotne, aukcja elektroniczna wznowiona po awarii systemu teleinformatycznego nie jest przeprowadzana od początku, a jedynie kontynuowana z uwzględnieniem ostatnio złożonych przez wykonawców postąpień.

Art. 237.

Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną:

1) **w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej;**
2) **jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia;**
3) **po zakończeniu ostatniego, ustalonego etapu.**

1. Termin zamknięcia aukcji. W art. 237 Pzp określono trzy dopuszczalne możliwości określania przez zamawiającego terminu zakończenia aukcji elektronicznej. W świetle tego przepisu zamawiający może wyznaczyć termin zamknięcia aukcji poprzez:

1) wskazanie konkretnego dnia i godziny,
2) wskazanie czasu, po upływie którego, jeśli nie zostaną złożone nowe postąpienia, aukcja zostanie zamknięta, a także
3) wskazanie zakończenia ostatniego etapu aukcji.

Decyzja zamawiającego w zakresie zakończenia aukcji wyrażana jest w zaproszeniu do udziału w aukcji, o którym mowa w art. 232 Pzp.

2. Sposoby zamknięcia aukcji. Zgodnie z treścią art. 237 Pzp termin zamknięcia aukcji elektronicznej może zostać określony jako termin sztywny (poprzez wskazanie konkretnej daty zakończenia aukcji) lub termin relatywny (poprzez określenie czasu, w którym nie są składane żadne postąpienia). Pierwszym sposobem określenia terminu zamknięcia aukcji elektronicznej jest wskazanie w zaproszeniu do udziału w aukcji konkretnej daty jej zakończenia. W takim przypadku zamawiający w treści zaproszenia do udziału w aukcji wskazuje konkretny dzień i godzinę zakończenia aukcji elektronicznej. Drugim sposobem określenia terminu zakończenia procedury aukcyjnej jest wskazanie w zaproszeniu określonego czasu, w którym nie zostanie złożone postąpienie, co skutkować będzie zamknięciem aukcji. Należy przy tym zaznaczyć, iż obie wyżej wskazane metody zamknięcia aukcji elektronicznej znajdują analogiczne zastosowanie również w odniesieniu do sposobu określania warunków zamknięcia poszczególnych etapów aukcji, jeśli ma ona charakter wieloetapowy.

Ponadto w odniesieniu do aukcji wieloetapowych zamawiający może również zdecydować, iż aukcja elektroniczna może zostać zamknięta wraz z zakończeniem ostatniego ustalonego etapu.

Jeśli zamawiający decyduje się na zakończenie aukcji na podstawie art. 237 pkt 3 Pzp, tj. po zakończeniu ostatniego z ustalonych etapów, wraz z zaproszeniem do udziału w niej powinien przekazać wykonawcom harmonogram każdego z etapów.

3. Powiązanie terminów zamknięcia aukcji. Zamawiający przy określaniu terminu zakończenia aukcji może powiązać rozwiązanie, o którym mowa w art. 237 pkt 1 Pzp, z metodą, o której mowa w art. 237 pkt 2 Pzp. Zamawiający może zatem przewidzieć w szczególności, iż aukcja elektroniczna zostanie zamknięta w określonym terminie, przy czym

termin ten może ulec skróceniu w przypadku, gdy w tak ustalonym czasie wykonawcy nie zgłoszą żadnych nowych postąpień. Dopuszczalnym jest również zakończenie aukcji elektronicznej poprzez powiązanie metod, o których mowa w art. 237 pkt 3 z art. 237 pkt 2 Pzp (tj. po zakończeniu ostatniego z ustalonych etapów z możliwością określenia czasu bezczynności wykonawców w składaniu postąpień, którego upływ skutkować będzie zamknięciem aukcji).

Omawiana regulacja jest efektem wdrożenia do polskiego porządku prawnego treści art. 35 ust. 8 dyrektywy klasycznej. Przepisy unijne wskazują wprost na możliwość zamknięcia aukcji elektronicznej przy użyciu jednego lub kilku wskazanych przepisami sposobów zakończenia aukcji elektronicznej.

W przypadku gdy zamawiający podejmie decyzję o określeniu zasad zamknięcia aukcji poprzez powiązanie ostatniego określonego etapu z terminem, o którym mowa w art. 237 pkt 2 Pzp, powinien przygotować i przekazać wykonawcom wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji harmonogram każdego z planowanych etapów.

Art. 238.

Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

1. Wybór oferty najkorzystniejszej. Przepis wskazuje, iż po zakończeniu akcji elektronicznej zamawiający przystępuje do oceny ofert w oparciu o kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, uwzględniając przy tym wartości kryterium przedstawione w aukcji elektronicznej, a w zakresie niepodlegającym dogrywce

– ujęte w ofertach. Powyższe powoduje, iż w odniesieniu do czynności zamawiającego dokonywanych po zakończeniu aukcji elektronicznej zastosowanie znajdą ogólne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności odnoszące się do wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym art. 248 Pzp – regulujący procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku uzyskania ofert remisowych, art. 249 ust. 1 – wskazujący sposób postępowania z ofertami remisowym w okolicznościach, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, art. 250 – odnoszący się do sposobu wyboru oferty, w przypadku ofert z takim samym kosztem, stanowiącym jedyne kryterium oceny ofert oraz art. 251 Pzp – wprowadzający zakaz proponowania w ofertach dodatkowych cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w ofertach pierwotnych.

2. Uchylanie się od zawarcia umowy po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Zamawiający, w przypadku gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, uprawniony jest, stosownie do treści art. 263 Pzp, do dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrania najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania.

Rozdział 7
Wybór najkorzystniejszej oferty

Art. 239.

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

1. Wprowadzenie. Rozdział 7 działu II Pzp określa zasady wyboru najkorzystniejszej oferty, w szczególności zasady stosowania kryteriów oceny ofert, a także zasady postępowania w sytuacjach, gdy zostały złożone oferty o takim samym bilansie ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert albo oferty o takiej samej cenie lub koszcie. Określa również zasady składania ofert dodatkowych, termin, w jakim powinien nastąpić wybór najkorzystniejszej oferty i obowiązki informacyjne zamawiającego związane z wyborem najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty jest ostatnim etapem oceny ofert. Ocena ta jest dokonywana pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego i określonych z zasady w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia.

2. Kryteria oceny ofert służące wyborowi najkorzystniejszej oferty. Podstawową zasadą związaną z wyborem najkorzystniejszej oferty jest zasada wyboru wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ustalone przez zamawiającego dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w dokumentach zamówienia. Zamawiający musi zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty wszystkie kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia, i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, i jednocześnie nie może zastosować żadnych innych kryteriów.

Kryteria oceny ofert określone dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o udziale w postępowaniu, na sposób przygotowania przez niego oferty oraz na treść oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu.

Oznacza to, że stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dokumentach zamówienia, i w taki sposób, który został w tych dokumentach określony, stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Obowiązek odpowiednio ustalenia i opublikowania z wyprzedzeniem zasad i warunków dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym metodologii oceny ofert, która będzie stosowana przez zamawiającego, realizuje zasadę przejrzystości postępowania[215]. Jest on realizowany m.in. poprzez obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego w podstawowym dla postępowania dokumencie, jakim jest SWZ, oraz, odpowiednio, w OPW, opisu kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 134 ust. 1 pkt. 18 Pzp, art. 156 ust. 1 pkt 8 Pzp), przy czym w dialogu konkurencyjnym OPW nie musi zawierać wag przypisanych kryteriom, o ile podanie ich na etapie wszczęcia postępowania nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, a kryteria oceny ofert mogą być podane w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 174 ust. 2 pkt 4 Pzp). Jak zauważył TSUE[216], odnosząc się do procedury ograniczonej i negocjacyjnej, kryteria oceny ofert wchodzą w zakres minimalnego zakresu informacji, która musi być uwzględniona w zaproszeniu do składania ofert, o ile nie zostały wcześniej wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Wymaganie to nałożone na zamawiających ma na celu poinformowanie wszystkich potencjalnych wykonawców

[215] Por. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis i innym*, ECLI:EU:C:2008:40, pkt 33–45

[216] Wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746, pkt 96–98

przed przygotowaniem przez nich ofert, jakie będą kryteria, które muszą spełniać ich oferty, i jaki jest porządek znaczenia tych kryteriów ustalony przez zamawiającego. Wymóg ten ma na celu realizację zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Dla realizacji tych celów istotne jest, aby informacje w zakresie kryteriów oceny ofert były podawane bezpośrednio przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, nie zaś musiały być odnajdywane przez wykonawców w źródłach zewnętrznych, do których odsyłałyby dokumenty zamówienia, jak akty prawne czy inne dokumenty zewnętrzne. Wszyscy wykonawcy powinni mieć szansę zrozumienia tych wymagań w taki sam sposób. Warunkiem zachowania przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów i podkryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować. Chodzi o to, by wykonawcy, którzy działają w danej branży, bez zbytniego wysiłku mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane.

3. Definicja najkorzystniejszej oferty. Pzp uznaje za najkorzystniejszą taką ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu albo ofertę z najniższą ceną lub kosztem. Definicja ta wskazuje na możliwość zastosowania przez zamawiającego, w celu ustalenia, która oferta jest najkorzystniejsza, następujących równorzędnych metod: przy udziale kryteriów jakościowych, dla określenia, która z ofert przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, oraz przy wskazaniu wyłącznie kryterium ceny lub kryterium kosztu. Zastosowanie tych metod ma prowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty. Ustawodawca ograniczył jednak możliwość korzystania z kryterium ceny jako jedynego bądź

dominującego kryterium oceny oferty. Wyrazem tego jest art. 246 Pzp, który dotyczy zamawiających publicznych sektora finansów publicznych oraz państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, niewchodzących do sektora finansów publicznych, oraz związków tych podmiotów. Możliwość zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% przez tych zamawiających istnieje tylko wówczas, gdy w prowadzonych przez nich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia będzie zawierał wymagania jakościowe dotyczące co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

4. Dobór kryteriów oceny ofert. Odpowiednie dobranie kryteriów oceny ofert w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy do zamawiającego, który samodzielnie ocenia i ustala, która metoda wyboru najkorzystniejszej oferty będzie najbardziej odpowiednia w przypadku danego przedmiotu i charakteru zamówienia.

Celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości oferowanego przedmiotu zamówienia do jego ceny lub kosztu.

W istocie chodzi przede wszystkim o to, żeby pieniądze publiczne były efektywnie i racjonalnie wydane. Zamawiający, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających w szczególności z art. 246 Pzp odnoszącego się do zamawiających publicznych oraz art. 243 Pzp odnoszącego się do zamówień obejmujących świadczenia z zakresu działalności twórczej i naukowej, mogą zawsze dokonać wyboru pomiędzy sposobami wyboru oferty najkorzystniejszej: na zasadzie wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztów albo na zasadzie wyboru oferty z najniższą ceną lub kosztem.

Kryteria oceny ofert muszą odnosić się i być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Etap wyboru najkorzystniejszej oferty obejmuje porównanie złożonych ofert i prowadzi do ustalenia, który z wykonawców zrealizuje świadczenie.

Warto zwrócić uwagę na stosowanie w zamówieniach publicznych w odniesieniu do wyboru oferty najkorzystniejszej koncepcji Value for Money. Zasadza się ona na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele, a jednocześnie aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań w szczególności dotyczących jakości i ilości. Koncepcja Value for Money jest kombinacją trzech elementów: kosztowego realizującego się w postaci ceny płaconej przez zamawiającego wykonawcy, a także kosztów własnych związanych z organizacją postępowań; wydajności czy inaczej produktywności podejmowanych działań, czyli oceny wyniku pod względem rezultatu ilościowego oraz efektywności rozumianej jako osiąganie pozytywnych, najlepszych z możliwych rezultatów ilościowych i jakościowych w ramach wcześniej założonych przez zamawiającego celów. Celem tej koncepcji jest zatem wybór takiej oferty, która przedstawia najbardziej optymalną relację całości kosztów cyklu życia i jakości w ramach przydatności do osiągnięcia założonego celu. W zależności od rodzaju i przeznaczenia zamówienia koszty cyklu życia mogą obejmować koszty wdrożenia, użytkowania i eksploatacji lub koszty utylizacji.

Art. 240.

1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

1. Jednoznaczność kryteriów. Z nałożonego na zamawiającego obowiązku opisania kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały wynika m.in., że samo wskazanie w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia nazwy kryterium oceny ofert nie jest wystarczające, aby zachować zgodność z Pzp, które wymaga, aby SWZ, a także OPW, zawierały opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (por. art. 134 ust. 1 pkt 18, art. 156 ust. 1 pkt 8, art. 202 ust. 3 pkt 1, art. 282 ust. 2 pkt 5 Pzp). Opis kryteriów oceny ofert zawiera informację dla wykonawców, które cechy przedmiotu zamówienia będą brane przez zamawiającego pod uwagę przy zastosowaniu danego kryterium. Warto zwrócić uwagę, że opis kryterium oceny ofert może odwoływać się nie tylko do informacji zawartych w samej ofercie, ale również do informacji zawartych w przedmiotowych środkach dowodowych, których złożenia wraz z ofertą zamawiający wymaga od wykonawcy i które, zgodnie z definicją (art. 7 pkt 20 Pzp), mają służyć m.in. potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu, jeżeli służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (por. art. 107 ust. 3 Pzp). Opis kryteriów oceny ofert powinien zatem stanowić dla wykonawców jednoznaczną informację, które dane będą zamawiającemu potrzebne w celu porównania ofert w ramach danego kryterium (ewentualnie, w jaki

sposób te dane powinny być przedstawione, np. w przypadku próbek, planów, projektów, wzorów, w jakim formacie, w jaki sposób przekazane zamawiającemu itp.). Ponieważ opis kryteriów oceny ofert jest informacją kierowaną do wykonawców i ma wpływ na sposób przygotowania przez nich ofert, informacja ta powinna być sformułowana w sposób jednoznaczny i dla nich zrozumiały. Każde z kryteriów powinno być jasno opisane, tak aby wśród wykonawców zapoznających się z danym kryterium było możliwe jednolite rozumienie znaczenia tego opisu. Dzięki dobremu opisowi kryteriów oceny ofert wykonawcy będą mieli pewność, które aspekty ich ofert będą przedmiotem oceny podczas wyboru najkorzystniejszej oferty i będą w stanie dostarczyć zamawiającemu wymagane informacje, przez co samo porównanie ofert pod tym kątem może być dla zamawiającego łatwiejsze i jednocześnie pozwoli na uczciwe porównanie ofert z zachowaniem równego traktowania wykonawców. Równolegle z opisem kryteriów oceny ofert zamawiający jest zobowiązany również do ustalenia wag przypisanych poszczególnym kryteriom (i podkryteriom w ramach poszczególnych kryteriów) oraz sposobu oceny ofert w ramach danego kryterium. Tam, gdzie ze względu na specyfikę etapu postępowania (dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne czy tryb podstawowy z negocjacjami w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego w postępowaniach poniżej progów unijnych – art. 275 pkt. 3 Pzp) przypisanie wag kryteriom oceny ofert na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn nie jest możliwe, zamawiający w OPW wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (por. art. 174 ust. 2 pkt 4, art. 192 ust. 2 pkt 6, art. 282 ust. 2 pkt 5 Pzp).

2. Granice swobody zamawiającego w zakresie oceny ofert. Sposób oceny ofert z zastosowaniem przyjętej przez zamawiającego punktacji, włączając w to algorytm służący proporcjonalnemu przyporządkowaniu punktacji w ramach kryterium, powinien również być jednoznaczny

i wyłączać dowolność oceny. Oznacza to, że zarówno tam, gdzie kryteria mają charakter umożliwiający arytmetyczne porównanie np. poziomów, ilości itp., jak tam, gdzie kryteria odwołują się do wrażeń subiektywnych, np. estetyka, smak, wrażenia zapachowe, sposób oceny ofert powinien wskazywać, za co i ile punktów będzie przyznawane przez zamawiającego. A zatem, zarówno określenie kryteriów oceny ofert, jak i opis tych kryteriów powinny wyłączać możliwość dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego, a będzie to możliwe, jeżeli kryteria oceny ofert i ich opis będą jednoznacznie określone i nie będą pozostawiały wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie. Jeżeli więc zamawiający zdecyduje się na zastosowanie kryteriów oceny ofert o cechach subiektywnych, musi zapewnić obiektywny sposób ich oceny, co oznacza w szczególności ocenę w tych samych warunkach i według tych samych zasad.
Zamawiający zapewnia we wszystkich stadiach procedury udzielania zamówienia publicznego poszanowanie zarówno zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak również przejrzystości kryteriów udzielania zamówień. Kryteria te powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności oferentom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i zinterpretowanie ich w ten sam sposób.

Art. 241.

1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach

oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

1. Związek z przedmiotem zamówienia. Swoboda przyznana zamawiającym w zakresie wyboru kryteriów ocen ofert może być realizowana tylko przy założeniu, że wybór dokonywany przez zamawiających nie jest arbitralny i że wybrane kryteria nie naruszają prawa. W swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są również ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Co więcej – wybrane kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza. Kryteria oceny ofert powinny być związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niedyskryminujące. Wybór kryteriów oceny ofert odpowiednich dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowy dla osiągnięcia celu porównywania ofert – wyboru najkorzystniejszej oferty.

Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia, nie powinny natomiast dotyczyć cech oczekiwanych od wykonawców (w zakresie ekonomicznym, finansowym czy ich zdolności technicznej),

gdyż oczekiwania zamawiającego w tym zakresie są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu.

Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował, tj. bez względu na to, czy kryterium to będzie dotyczyło np. samego zakupu produktu (np. możliwości dostarczenia towarów „od ręki"), jego użytkowania czy też utylizacji tego produktu.

2. Zakaz kryteriów podmiotowych. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przykładowo, kryterium dotyczące terminu wykonania zamówienia jest niewątpliwie kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, ale kryterium, które dotyczy zdolności wykonawcy do terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, stoi w sprzeczności z art. 241 ust. 3 Pzp[217].

Art. 242.

1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;

2) ceny lub kosztu.

2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

[217] por. wyrok KIO z dnia 1 maja 2016 sygn. akt KIO 674/16

2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
4) aspektów innowacyjnych;
5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

3. Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

1. Metoda wyboru najkorzystniejszej oferty. Najkorzystniejsza oferta może być z zasady wybrana na podstawie jednego z następujących zestawów kryteriów albo kryterium oceny ofert:

1) kryteriów jakościowych (przykładowo wymienionych w art. 242 ust. 2 Pzp) oraz ceny,
2) kryteriów jakościowych oraz kosztu,
3) ceny i kosztu,
4) tylko ceny,
5) tylko kosztu.

A zatem bez względu na to, którą metodę wyboru oferty najkorzystniejszej wybierze zamawiający, w każdej z tych metod obecne będzie albo kryterium ceny, albo kryterium kosztu, z wyjątkiem sytuacji, gdy w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

2. Przykładowy katalog kryteriów oceny ofert. Katalog kryteriów jakościowych zawarty w art. 242 ust. 2 Pzp jest otwarty, tzn. wymienione w nim kryteria mają wyłącznie charakter przykładowy. W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może skorzystać z kryteriów wymienionych przykładowo w Pzp, jak również może zastosować sformułowane przez siebie, niewystępujące w ustawie kryteria jakościowe. Ważne jest, by wybrane kryteria były związane z przedmiotem zamówienia i umożliwiały zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty. Takie same zasady stosowania kryteriów oceny ofert obowiązują w postępowaniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ale nieco inny jest katalog przykładowych kryteriów oceny ofert.

Pzp nie nakłada na zamawiających obowiązku stosowania wskazanych jego przepisami kryteriów oceny ofert w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia. Jest to konsekwencja zasady indywidualnego doboru kryteriów oceny ofert przez zamawiających dla celów konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak by umożliwić wybór oferty najbardziej korzystnej dla zamawiającego. Jak wynika z wyroku TSUE w sprawie *Concordia Bus*[218], kryteriami, na których zamawiający może się oprzeć celem udzielenia zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, mogą być różne kryteria zmieniające się w zależności od danego zamówienia, takie jak w szczególności: jakość, wartość techniczna, estetyka, użyteczność, pomoc techniczna i serwis po sprzedaży, data zrealizowania usługi, okres bądź

[218] Wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495, pkt 53–66

termin realizacji usługi lub cena. Kryteria te nie są wymienione w sposób wyczerpujący.

3. Kryteria zawiązane z ochroną środowiska. Nie każde z kryteriów udzielenia zamówienia przyjętych przez zamawiającego celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej musi koniecznie mieć charakter czysto ekonomiczny. Nie wyklucza się w szczególności możliwości posługiwania się przez zamawiającego kryteriami dotyczącymi ochrony środowiska naturalnego. Stwierdzenie to nie oznacza jednak, że wszelkie kryteria o tym charakterze mogą być uwzględnione przez tego zamawiającego. Zamawiający może wziąć pod uwagę kryteria dotyczące ochrony środowiska naturalnego, o ile kryteria te są związane z przedmiotem zamówienia. Przykładowo, w wyżej wskazanej sprawie TSUE uznał, że kryteria dotyczące poziomu emisji tlenku azotu i poziomu hałasu autobusów należy uznać za związane z przedmiotem zamówienia, które dotyczy świadczenia miejskich usług transportu autobusowego.

4. Kryteria jakości i parametry techniczne, cechy funkcjonalne, estetyczne, serwis posprzedażny, czas dostawy. Dobór i stosowanie jakościowych kryteriów oceny ofert muszą być z wyprzedzeniem starannie przez zamawiającego przemyślane, ponieważ od nich zależy, czy wybrana oferta będzie istotnie ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego. Kiedy zamawiający stosuje kryterium oceny ofert odwołujące się do cech funkcjonalnych, estetycznych lub zaprojektowania przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, będzie odwoływał się do elementów o cechach subiektywnych, przykładowo tego, jak przedmiot zamówienia wygląda, jakie sprawia wrażenie, czy będzie np. łatwy („przyjazny”) w użytkowaniu. W przypadku kryterium odnoszącego się do serwisu posprzedażnego czy pomocy technicznej zamawiający, dokonując oceny ofert, będzie poszukiwał odpowiedzi na pytania, jakie wsparcie czy pomoc

są oferowane przez wykonawcę, czy są one dostosowane do wymagań zamawiającego, czy istotnie będą one dostępne dla zamawiającego i na jakich warunkach. W przypadku kryterium odnoszącego się do czasu dostawy czy czasu realizacji – jaki okres zajmie pełna procedura dostarczenia zamówionego towaru od złożenia zamówienia do dostarczenia na miejsce albo od zgłoszenia zapotrzebowania do rozpoczęcia świadczenia usługi.

5. Kryteria dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób realizujących zamówienie. W przypadku kryterium oceny ofert dotyczącego organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia (art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp), mamy do czynienia z kryterium oceny ofert, które odnosi się do aspektu jakościowego ofert badanego poprzez pryzmat osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Nie jest to więc kryterium odnoszące się do zasobu technicznego czy doświadczenia wykonawcy – nie jest to kryterium podmiotowe. Jak wynika z motywu 94 preambuły do dyrektywy klasycznej, każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość zastosowania jako kryterium udzielenia zamówienia kryterium organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Tak może być na przykład w przypadku zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne. Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał

określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości. A zatem przewidziana w art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp możliwość zastosowania kryterium oceny ofert odnoszącego się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, ma charakter przedmiotowy, odnoszący się do jakości usługi oferowanej przez wykonawcę i nie narusza ogólnej zasady dotyczącej zakazu odnoszenia kryteriów oceny ofert do właściwości wykonawcy.

6. Kryteria dotyczące aspektów społecznych. Jak wskazuje motyw 98 preambuły do dyrektywy klasycznej, niezbędne jest, by kryteria udzielenia zamówienia dotyczące społecznych aspektów procesu produkcji miały związek z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami, które mają być zrealizowane na podstawie zamówienia. Oprócz tego powinny one być stosowane zgodnie z dyrektywą 96/71/WE[219], zgodnie z wykładnią TSUE, i nie powinny być dobierane ani stosowane w sposób pośrednio lub bezpośrednio dyskryminujący wykonawców z innych państw członkowskich lub z państw trzecich będących stronami Porozumienia GPA lub umów o wolnym handlu, których stroną jest Unia. Zatem wymogi dotyczące podstawowych warunków pracy regulowanych dyrektywą 96/71/WE, takich jak minimalna stawka wynagrodzenia, powinny pozostać na poziomie ustalonym na mocy przepisów krajowych lub układów zbiorowych stosowanych zgodnie z prawem unijnym w kontekście tej dyrektywy. Warunki realizacji zamówienia mogą także mieć na celu sprzyjanie

[219] Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. UE L 18 z 21.1.1997, str. 1)

wdrożeniu środków służących promowaniu równouprawnienia płci w pracy, większemu uczestnictwu kobiet w rynku pracy oraz godzeniu życia zawodowego i prywatnego, a także ochronie środowiska lub dobrostanowi zwierząt, przestrzeganie co do istoty podstawowych konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy i zatrudnianie większej liczby osób defaworyzowanych niż przewidują to przepisy krajowe. Ponadto motyw 99 preambuły do dyrektywy klasycznej wskazuje, że środki, które mają na celu ochronę zdrowia personelu biorącego udział w procesie produkcji, wspieranie integracji społecznej osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia lub przeprowadzenia szkoleń z umiejętności potrzebnych przy danym zamówieniu, także mogą stanowić przedmiot kryteriów udzielenia zamówienia, o ile dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają zostać zrealizowane na podstawie danego zamówienia. Na przykład takie kryteria mogą odnosić się m.in. do zatrudniania osób długo poszukujących pracy czy wdrożenia działań szkoleniowych dla bezrobotnych lub ludzi młodych w trakcie wykonania zamówienia, które ma zostać udzielone. W specyfikacjach technicznych zamawiający mogą umieścić takie wymogi społeczne, które bezpośrednio charakteryzują dany produkt lub daną usługę – są to np. dostępność dla osób niepełnosprawnych lub projektowanie dla wszystkich użytkowników.

7. Stała cena lub stały koszt. Zasada, z której wynika możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, gdy cena lub koszt są stałe, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której stała cena lub koszt wynikają z przepisów prawa powszechnie obowiązującego lub z decyzji właściwych organów. Nie jest zatem możliwe dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe w sytuacji, w której sam zamawiający ustala stałą

wysokość wynagrodzenia wykonawcy lub stały koszt. Z motywu 93 preambuły do dyrektywy klasycznej wynika, że w przypadku gdy przepisy krajowe określają wynagrodzenie za niektóre usługi lub ustalają ceny stałe za niektóre dostawy, wciąż pozostaje możliwe oszacowanie relacji jakości do ceny na podstawie czynników innych niż sama cena lub wynagrodzenie. W zależności od danej usługi lub danego produktu takie czynniki mogłyby np. obejmować warunki dostawy i płatności, aspekty związane z obsługą posprzedażną (np. zakres usług doradczych i usług w dziedzinie wymiany) bądź aspekty środowiskowe lub społeczne (np. czy książki zostały wydrukowane na papierze z makulatury lub na papierze z drewna pochodzącego ze zrównoważonej gospodarki drzewnej, koszt przypisany ekologicznym efektom zewnętrznym lub też czy promowano integrację społeczną osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia).

Art. 243.

W postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejsza oferta jest wybierana wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych.

1. Kryteria a działalność twórcza lub naukowa. W przypadku zamówień z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać jednoznacznie i wyczerpująco Pzp ogranicza swobodę zamawiającego co do wyboru metody służącej do wyboru najkorzystniejszej oferty spomiędzy określonych w art. 242 ust. 1 Pzp. Zamawiający w takich przypadkach nie może zastosować wyłącznie kryterium ceny albo wyłącznie kryterium kosztu. Może natomiast

zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty kryteria jakościowe i kryterium ceny albo kryteria jakościowe i kryterium kosztu, albo kryteria jakościowe oraz kryterium ceny i kryterium kosztu. Do zamówień, których przedmiot może obejmować świadczenia z zakresu działalności twórczej, z pewnością zaliczają się takie zamówienia, których przedmiot dotyczy świadczenia objętego ochroną na podstawie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Natomiast do zamówień, których przedmiot może obejmować świadczenia z zakresu działalności naukowej, należą zamówienia w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz twórczości artystycznej w związku z definicją z art. 4 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. Ograniczenie to dotyczy jednak tylko takich zamówień obejmujących świadczenia z zakresu działalności twórczej lub działalności naukowej, w stosunku do których nie jest możliwe opisanie rezultatu świadczenia, którego dotyczy przedmiot zamówienia, z góry w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący. A zatem w sytuacji, gdy zamawiane są świadczenia intelektualne lub naukowe i jednocześnie charakter przedmiotu zamówienia nie pozwala na jednoznaczne sprecyzowanie przez zamawiającego, jaki ma być wynik realizacji zamówienia, musi on zastosować do wyboru oferty najkorzystniejszej oprócz ceny lub kosztu kryteria jakościowe, odpowiednie do przedmiotu zamówienia. Wyłączona jest w takich okolicznościach możliwość zastosowania wyłącznie kryterium ceny lub kosztu, ponieważ zamawiający nie ma możliwości sporządzenia w odniesieniu do takiego przedmiotu zamówienia jednoznacznego, dokładnego i wyczerpującego opisu, w tym opisu jakościowego przedmiotu zamówienia.

Art. 244.

Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, inne niż cena kryteria oceny ofert, które mają zastosowanie w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień, oraz sposób opisania i oceny tych kryteriów, kierując się potrzebą wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz mając na względzie szczególny charakter lub cel zamówienia oraz ułatwienie stosowania tych kryteriów oceny ofert.

1. Art. 244 Pzp zawiera umocowanie ministra właściwego do spraw gospodarki do wydania rozporządzenia określającego inne niż cena kryteria oceny ofert, które mają zastosowanie w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień, oraz sposób opisania i oceny tych kryteriów, przy uwzględnieniu potrzeby wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz szczególnego charakteru lub celu zamówienia.

Art. 245.

1. Kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

2. Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych.

3. Do kosztów, o których mowa w ust. 1, należą w szczególności koszty:

1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników, związane z:
   a) nabyciem,
   b) użytkowaniem, w szczególności zużyciem energii i innych zasobów,

c) utrzymaniem,

d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty rozbiórki i recyklingu;

2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi w okresie ich cyklu życia, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować, w szczególności koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu.

4. W przypadku szacowania kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia, w dokumentach zamówienia określa się dane, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metodę, którą zastosuje zamawiający do oszacowania kosztów cyklu życia na podstawie tych danych.

5. Metoda szacowania kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym musi spełniać łącznie następujące warunki:

1) opierać się na kryteriach obiektywnie możliwych do zweryfikowania i niedyskryminujących;

2) być dostępna dla wszystkich zainteresowanych stron;

3) zapewniać, aby dostarczanie danych przez wykonawców działających z należytą starannością nie było nadmiernie uciążliwe, także dla wykonawców z państw trzecich będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

6. W przypadku gdy na podstawie przepisów prawa Unii Europejskiej, określonych w załączniku XIII do dyrektywy 2014/24/UE, stanie się obowiązkowa wspólna metoda obliczania kosztów cyklu życia,

oszacowanie kosztów cyklu życia jest dokonywane z zastosowaniem tej metody.

7. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków, uwzględniających koszty określone w ust. 3 pkt 1 lit. a–c, oraz sposób przedstawiania informacji o tych kosztach, kierując się potrzebą zapewnienia ujednolicenia i wiarygodności tych kalkulacji.

1. Metoda efektywności kosztowej. Zamawiający ma możliwość wyboru jako kryterium oceny ofert kryterium kosztu. Jeżeli zdecyduje się oprzeć wybór najkorzystniejszej oferty na tym kryterium, może skorzystać z podejścia opartego na metodzie efektywności kosztowej oferty, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia. Zgodnie z art. 7 pkt 2 Pzp przez cykl życia należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie**.**

2. Koszty ponoszone w czasie cyklu życia. Pzp wskazuje, że rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych. W szczególności do kosztów cyklu życia zaliczają się koszty, które będą ponoszone przez zamawiającego (odpowiednio przez użytkowników, na rzecz których zamawiający udziela zamówienia) związane z:

1) nabyciem, w tym początkowa cena nabycia tego produktu,

2) użytkowaniem obejmującym m.in. zużycie energii i innych zasobów, jak np. gaz, energia cieplna, nabywanie części, odczynników itp.,
3) utrzymaniem, a więc np. kosztami opłat licencyjnych, przeglądów okresowych itp.
4) wycofaniem z eksploatacji, w tym koszty rozbiórki i recyklingu.

Niekoniecznie wszystkie koszty muszą być uwzględnione w rachunku kosztów cyklu życia – jest to uzależnione od przedmiotu zamówienia i przewidywanego ponoszenia przez zamawiającego (użytkowników) kosztów związanych z poszczególnymi fazami cyklu życia. W zależności od przedmiotu zamówienia, kosztami cyklu życia mogą być objęte nawet wcześniejsze fazy cyklu życia dostawy, usługi lub roboty budowlanej niż samo nabycie. Mogą to być koszty związane z fazą badania, rozwoju, projektowania przemysłowego, testowania albo produkcji. Z reguły będą to jednak koszty ponoszone od momentu nabycia do zakończenia eksploatacji przedmiotu zamówienia. Ponadto rachunek kosztów cyklu życia może obejmować koszty przypisane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi w okresie ich cyklu życia, np. koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu. Ten ostatni aspekt szacowania kosztów cyklu życia pozwala nie tylko na ustalenie, czy oferta wykonawcy jest korzystna dla zamawiającego z perspektywy gospodarczej, ale również pozwala na włączenie do tej oceny finansowej wyceny wpływu produktu na środowisko (zewnętrzne koszty środowiskowe są ujmowane w rachunku kosztów cyklu życia, o ile można określić i zweryfikować ich wartość pieniężną). Zastosowanie rachunku kosztów cyklu życia wymaga od zamawiającego uszczegółowienia w dokumentach zamówienia zakresu informacji wymaganych od wykonawców oraz wskazania metody szacowania

wartości tych kosztów. Pzp nie określa jednej metodologii szacowania kosztów cyklu życia dla poszczególnych rodzajów zamówień. Zamawiający mogą skorzystać z metodologii istniejących na rynku lub wypracować własną metodologię, w szczególności na potrzeby określonego zamówienia, określonych typów zamówień lub wszystkich udzielanych przez siebie zamówień. Taka metodologia, aby można ją było wykorzystać do uwzględnienia kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym, musi spełniać warunki: obiektywności kryteriów, na których została oparta, dostępności dla wszystkich zainteresowanych stron oraz nieuciążliwości nadmiernej dla wykonawców w zakresie gromadzenia danych niezbędnych do zastosowania tej metodologii (art. 245 ust. 5 Pzp). W przypadku wprowadzenia dla państw Unii Europejskiej obowiązkowej wspólnej metody obliczania kosztów cyklu życia na mocy unijnego aktu ustawodawczego przyjętego w określonej dziedzinie zamawiający będą mieli obowiązek stosowania jej w ramach postępowania przetargowego. Do tego czasu mogą stosować własne metodologie albo metodologie krajowe.

3. Ekologiczne efekty zewnętrzne. Ponieważ pojęcie rachunku kosztów cyklu życia obejmuje koszty w trakcie całego cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług, zaliczyć do nich można nie tylko koszty wewnętrzne, takie jak koszty badań, które należy przeprowadzić, rozwoju, produkcji, transportu, użytkowania, konserwacji i utylizacji na końcu cyklu życia, ale także koszty przypisane ekologicznym efektom zewnętrznym, takim jak zanieczyszczenia spowodowane wydobywaniem surowców wykorzystywanych w produkcie lub spowodowane przez sam produkt lub jego wytworzenie, o ile czynniki te można wyliczyć i monitorować. Stosowane przez zamawiających metody szacowania kosztów przypisanych ekologicznym efektom zewnętrznym powinny być

opracowane z wyprzedzeniem w sposób obiektywny i niedyskryminujący oraz być dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron. Metody takie mogą być opracowywane na szczeblu krajowym, regionalnym lub lokalnym, ale w celu uniknięcia zakłóceń konkurencji w wyniku ich wprowadzenia powinny one zachować charakter ogólny w tym sensie, że nie powinny być opracowywane specjalnie dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zostały opracowane wspólne metodologie kalkulacji kosztów cyklu życia dla konkretnych kategorii dostaw lub usług na szczeblu unijnym.

Warunki realizacji zamówienia dotyczące kwestii środowiskowych mogą obejmować np. dostarczenie, opakowanie i utylizację produktów, a w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane i na usługi – minimalizację odpadów lub efektywne gospodarowanie zasobami. Warunek związku z przedmiotem zamówienia wyklucza jednak, by kryteria i warunki dotyczyły ogólnej polityki przedsiębiorstwa (firmy) wykonawcy, gdyż nie można byłoby uznać ich za czynnik charakteryzujący konkretny proces produkcji lub dostarczania zakupionych robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamawiający nie powinni mieć zatem możliwości wymagania od wykonawców, by prowadzili określoną politykę społecznej lub środowiskowej odpowiedzialności przedsiębiorstw.

4. Delegacja do wydania rozporządzenia określającego metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków. W art. 245 ust. 7 Pzp została zawarta delegacja do wydania przez ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa rozporządzenia określającego metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków. Mając na względzie, iż delegacja ta odnosi się do obliczania kosztów cyklu życia budynków, warto zauważyć, że w formule kalkulacji ceny budowanej, czyli ceny obiektu lub roboty budowlanej, koszt wyprodukowania

danego obiektu lub wykonania roboty budowlanej jest podstawowym elementem ceny. Natomiast w rachunku kosztów cyklu życia cena związana z wybudowaniem obiektu lub wykonaniem roboty budowlanej jest tylko jednym z elementów składających się na koszty cyklu życia. Podobna uwaga może mieć zastosowanie odpowiednio także w odniesieniu do dostaw i usług. W związku z powyższym wydaje się uzasadnione przyjęcie założenia, iż zazwyczaj nie będzie potrzeby zastosowania w postępowaniu opartym na kryterium kosztu cyklu życia dodatkowo kryterium cenowego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej (chyba że specyfika przedmiotu zamówienia uzasadni zastosowanie obu tych kryteriów jednocześnie).

Art. 246.

1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

2. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

1. Możliwość zastosowania ceny jako jedynego kryterium. Art. 67 ust. 2 dyrektywy klasycznej i art. 82 ust. 2 dyrektywy sektorowej stwarzają państwom członkowskim możliwość ograniczenia zastosowania kryterium ceny albo kosztu jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia do określonych kategorii zamawiających lub określonego rodzaju zamówień, czego wyrazem w prawie krajowym jest art. 246 Pzp. Zgodnie z omawianym przepisem zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4

pkt 1 i 2 Pzp, to jest jednostki sektora finansów publicznych i niewchodzące do sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki, nie mogą opierać wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na kryterium cenowym albo, w przypadku gdy stosują także inne kryteria oceny ofert niż cena – waga przypisana kryterium ceny nie może przekraczać 60%. Zasada ta odnosi się wyłącznie do kryterium cenowego, a zatem zamawiającym publicznym wolno jest zawsze oprzeć wybór najkorzystniejszej oferty na kryterium kosztu bez względu na wagę, jaka będzie przypisana temu kryterium. Ograniczenie w zakresie stosowania kryterium ceny nie będzie jednak miało zastosowania w sytuacjach, gdy zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Przepis ma na celu ochronę pieniędzy publicznych przed wydatkowaniem ich z pominięciem zasady wyboru oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego.

Art. 247.

1. W ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny.

2. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

1. Waga kryterium. Zasada, zgodnie z którą w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia powinna być określona waga, jaką zamawiający przypisuje każdemu z kryteriów oceny ofert, stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zapewnienia przejrzystości

postępowania. Wyjątek w tym zakresie jest zarezerwowany jedynie dla sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza jest wybierana wyłącznie na postawie kryterium ceny. Można w uproszczeniu powiedzieć, że waga przyporządkowana do danego kryterium oceny ofert odzwierciedla, jak ważne są dla zamawiającego poszczególne cechy przedmiotu zamówienia.

2. Przedziały wag. Odstąpienie od jednoznacznego określania wag kryteriów, w tym poprzez wyrażenie za pomocą przedziału, jest możliwe, gdy Pzp dopuszcza taką sytuację.

Art. 248.

1. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający wybiera spośród tych ofert ofertę, która otrzymała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze.

2. Jeżeli oferty otrzymały taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem.

3. Jeżeli nie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w ust. 2, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt.

1. Wybór oferty w przypadku takiego samego bilansu ich cen lub kosztów i innych kryteriów. Przepis art. 248 Pzp reguluje sytuację, w której do wyboru najkorzystniejszej oferty zostały zastosowane oprócz kryterium ceny lub kosztu kryteria jakościowe, ale nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert uzyskało taką samą ocenę. Rozwiązanie takiej sytuacji prowadzące

do wyboru oferty najkorzystniejszej zostało przewidziane w kilku etapach. Pierwszy etap: wybór oferty, która uzyskała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze (art. 248 ust. 1 Pzp). Drugi etap – w przypadku niepowodzenia pierwszego etapu z powodu uzyskania przez oferty takiej samej oceny w kryterium o najwyższej wadze – obejmuje wybór oferty z najniższą ceną lub najniższym kosztem, w zależności od ustanowionego kryterium (art. 248 ust. 2 Pzp). Trzeci etap – w przypadku niepowodzenia etapu drugiego – obejmuje wezwanie wykonawców, którzy złożyli oferty porównywane na etapie drugim, do złożenia ofert dodatkowych z nowym kosztem lub nową ceną (art. 248 ust. 3 Pzp). Jeśli dojdzie do ostatniego etapu przewidzianego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty o jednakowej cenie lub koszcie, do złożenia ofert dodatkowych. Termin składania ofert dodatkowych jest ustalany przez zamawiającego adekwatnie do okoliczności. W takim przypadku przy wyborze najkorzystniejszej oferty, ocenie podlegają tylko oferty dodatkowe. Treść ofert dodatkowych może zawierać jedynie zmianę cen lub kosztów i nie może dotyczyć innych elementów oferty. Ponieważ zgodnie z art. 251 Pzp wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych przez nich ofertach, zmiana cen lub kosztów może polegać wyłącznie na ich utrzymaniu bądź obniżeniu w stosunku do oferty pierwotnej. Po złożeniu ofert dodatkowych zamawiający wybiera tę ofertę, która finalnie zawiera niższą cenę lub niższy koszt. Do rozstrzygnięcia postępowania niezbędne jest złożenie przynajmniej jednej prawidłowej oferty dodatkowej. Ponieważ ten etap nie może być powtarzany, w przypadku ponownego braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej albo braku przynajmniej jednej ważnej oferty postępowanie musi być unieważnione.

Art. 249.

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt.

1. Wybór oferty na podstawie kryterium ceny, jeśli zostały złożone oferty o takiej samej cenie. Art. 249 Pzp reguluje sytuację, w której do wyboru najkorzystniejszej oferty zostało zastosowane kryterium ceny albo kryterium kosztu, ale nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert uzyskało taką samą ocenę. W takim przypadku został przewidziany tylko jeden etap dodatkowy, mający na celu rozwiązanie problematycznej sytuacji i wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający może wezwać wykonawców, którzy złożyli oferty, które uzyskały taką samą ocenę, do złożenia ofert dodatkowych odpowiednio z nowym kosztem lub nową ceną. Termin składania ofert jest ustalany przez zamawiającego adekwatnie do okoliczności. W przypadku gdy wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty o takiej samej cenie lub koszcie, złożyli również oferty dodatkowe, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty ocenie podlegają tylko oferty dodatkowe. W przypadku gdy tylko część wezwanych wykonawców złożyła oferty dodatkowe, a część wykonawców ich nie złożyła, ocenie podlegają oferty dodatkowe i oferty wykonawców wezwanych do złożenia ofert dodatkowych, którzy ofert takich nie złożyli. Treść ofert dodatkowych może zawierać jedynie zmianę odpowiednio cen lub kosztów (nową cenę albo nowy koszt) i nie może dotyczyć innych elementów oferty. Ponieważ

zgodnie z art. 251 Pzp wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych przez nich ofertach, zmiana cen lub kosztów może polegać wyłącznie na ich obniżeniu w stosunku do oferty pierwotnej. W związku z tym, że Pzp łączy złożenie oferty dodatkowej w tych okolicznościach odpowiednio z nowym kosztem albo z nową ceną, złożenie ofert dodatkowych z oferowanym już kosztem albo ceną będzie niezgodne z ustawą, co skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Po złożeniu ofert dodatkowych zamawiający wybiera tę ofertę, która finalnie zawiera odpowiednio niższą cenę albo niższy koszt. Do rozstrzygnięcia postępowania niezbędne jest złożenie przynajmniej jednej prawidłowej oferty dodatkowej. Ponieważ czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych w okolicznościach określonych w art. 249 Pzp nie może być powtórzona, w przypadku braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej po złożeniu przez wykonawców ofert dodatkowych albo braku przynajmniej jednej ważnej oferty postępowanie musi być unieważnione.

Art. 250.

1. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający wybiera ofertę:

1) z niższym kosztem nabycia albo

2) z niższymi innymi kosztami cyklu życia

– pod warunkiem dopuszczenia takiego rozwiązania w dokumentach zamówienia.

2. Jeżeli nie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty do złożenia ofert dodatkowych zawierających nowy koszt nabycia, w terminie określonym przez zamawiającego.

1. Wybór oferty na podstawie kryterium kosztu, jeśli zostały złożone oferty o takim samym koszcie. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający dokonuje wyboru: oferty z najniższym kosztem nabycia albo oferty z niższymi innymi kosztami cyklu życia. Warunkiem skorzystania z takiej możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty jest, aby możliwość ta została przewidziana w dokumentach zamówienia. W sytuacji, gdy mimo zastosowania powyższej metody wybór najkorzystniejszej oferty nadal nie jest możliwy, zamawiający wzywa wykonawców do złożenia ofert dodatkowych tylko w zakresie nowego kosztu nabycia. Termin składania ofert dodatkowych jest ustalany przez zamawiającego adekwatnie do okoliczności. Wykonawca nie ma obowiązku złożenia oferty dodatkowej. Ponieważ zgodnie z art. 251 Pzp wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych przez nich ofertach, jeżeli wykonawca zdecyduje się na złożenie oferty dodatkowej z innym kosztem nabycia, musi złożyć ofertę z kosztem nabycia niższym niż oferowany w pierwotnej ofercie.

Art. 251.

Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych przez nich ofertach.

1. Ceny ofert dodatkowych. Zamawiający w sytuacjach określonych w art. 248 ust. 3 Pzp, art. 249 Pzp i art. 250 ust. 3 Pzp wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty o jednakowej cenie lub koszcie, do złożenia ofert dodatkowych. Termin składania ofert jest ustalany przez zamawiającego adekwatnie do okoliczności. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli wszyscy wykonawcy wezwani do złożenia ofert dodatkowych takie oferty złożyli, ocenie podlegają tylko oferty dodatkowe. W przypadku gdy część wykonawców złożyła oferty dodatkowe, a część wykonawców nie złożyła takich ofert, ocenie ofert podlegają zarówno oferty dodatkowe, jak i pierwotne oferty wykonawców wezwanych do złożenia ofert dodatkowych, którzy jednak tych ofert nie złożyli. Treść ofert dodatkowych może odnosić się jedynie do cen lub kosztów, a więc nie może dotyczyć innych elementów oferty. Po złożeniu ofert dodatkowych zamawiający wybiera ofertę, która zawiera najniższą cenę lub najniższy koszt. Do rozstrzygnięcia postępowania niezbędne jest złożenie przynajmniej jednej prawidłowej oferty dodatkowej. Ponieważ nie może być powtarzana czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych, w przypadku ponownego braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej postępowanie musi być unieważnione.

Art. 252.

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

2. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

3. W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 2, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

1. Wybór oferty w terminie związania ofertą. Art. 252 ust. 1

Pzp ustanawia zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jest to wyraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również dążenia do zmniejszenia obciążeń wykonawców wynikających z udziału w tym postępowaniu, zwłaszcza w przypadku przedłużania się postępowania. Samo pojęcie terminu związania ofertą nie jest definiowane w Pzp, ale wywodzi się z Kc. W art. 220 ust. 1 Pzp został ustalony maksymalny termin związania wykonawcy ofertą. Pzp nie narzuca jednakowego terminu związania ofertą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Termin ten jest określany przez zamawiających odpowiednio do okoliczności, odrębnie dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale nie może przekroczyć maksymalnego okresu związania ofertą wskazanego w Pzp. Koniec terminu związania ofertą przypada na konkretną datę określoną w dokumentach zamówienia przez zamawiającego. Przedłużenie takiego terminu jest możliwe tylko raz i wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czyli nie może być dorozumiane (zgodnie z art. 220

ust. 4 Pzp). Wykonawca powinien złożyć zamawiającemu stosowne oświadczenie o zgodzie albo o odmowie przedłużenia terminu związania ofertą. Brak złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest równoznaczny z odmową wyrażenia zgody. Skutkiem zaś braku przedstawienia przez wykonawcę pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zgodnie z art. 220 ust. 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany do określenia terminu związania ofertą w dokumentach zamówienia. Związanie ofertą oznacza brak możliwości wycofania oferty przez wykonawcę w okresie związania ofertą (w tym również brak możliwości zmiany oferty) i obowiązek zawarcia przez wykonawcę umowy na warunkach określonych ofertą w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

2. Upływ terminu związania ofertą przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 252 ust. 2 Pzp odnosi się do sytuacji, w której termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty. W takich okolicznościach zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku oświadczenia o braku wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą, jak i w przypadku niezłożenia oświadczenia skutek jest podobny – oferta wykonawcy jest odrzucana na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp.

Natomiast w przypadku odmowy przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, wyboru jego oferty po terminie związania ofertą albo braku przedstawienia przez niego pisemnej zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą, zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta była następną w rankingu ofert o wyrażenie

zgody na wybór oferty, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się o wyrażenie zgody na wybór oferty do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona jako druga w kolejności. W przypadku braku zgody tego wykonawcy zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Art. 253.

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

1. Informacje po wyborze najkorzystniejszej oferty. Obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym obowiązek informowania wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wpisują się

w realizację zasady jawności i przejrzystości postępowania. Warto przy tym zaznaczyć, że obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 253 ust. 1 Pzp, jest realizowany wyłącznie w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty i musi on być realizowany równocześnie (w tym samym albo niemal tym samym czasie) w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zakresem przekazywanych informacji są objęte informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty obejmujące: nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania (w związku z ochroną danych osobowych nie jest podawany adres), jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, a także informacje obejmujące: nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania (w związku z ochroną danych osobowych nie jest podawany adres), jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, wraz z punktacją przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktacją. Ponadto wykonawcy, którzy złożyli oferty, uzyskują informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i przyczynach odrzucenia ich ofert. Zarówno w odniesieniu do informacji dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i informacji o odrzuceniu ofert, musi być podane uzasadnienie faktyczne i prawne. Na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty z uzasadnieniem faktycznym i prawnym (nie podaje na stronie internetowej informacji o ofertach odrzuconych). Nie jest zgodne z Pzp zastępowanie informacji, które mają być przekazane wykonawcom, bezpośrednio informacjami na stronie internetowej, także z powodu innego zakresu i celu przekazywania tych informacji. Wyjątkowo zamawiający

ma uprawnienie do nieprzekazywania wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ani informacji o odrzuceniu ofert, jak również może nie publikować informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym. Warto podkreślić, że określonego w art. 253 Pzp wymagania uzasadnienia stanowiska nie spełnia wyłącznie podanie podstawy prawnej zamiast uzasadnienia faktycznego i prawnego. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.

Rozdział 8
Zakończenie postępowania

Art. 254.

Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się:

1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo

2) unieważnieniem postępowania.

1. Uwagi ogólne. Art. 254 Pzp określa dwa możliwe sposoby zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania.

2. Obowiązek zawarcia umowy. Wprowadzając art. 254 Pzp, ustawodawca potwierdził cywilnoprawny obowiązek zamawiającego doprowadzenia postępowania do końca w drodze **zawarcia ważnej**

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania dopuszcza się jedynie wtedy, gdy zawarcie ważnej umowy jest niemożliwe lub niecelowe z powodu okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 255–258 Pzp).

Zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia wymaga odczekania określonego czasu liczonego do daty poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty (zawieszenia typu *standstill*), pozwalającego na zaskarżenie wyniku postępowania, oraz ewentualnie dodatkowego czasu potrzebnego na ustanowienie przez zwycięskiego oferenta zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

3. Zakończenie postępowania zawarciem umowy. Z art. 254 Pzp wynika, że wybór najkorzystniejszej oferty nie oznacza zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia; postępowanie kończy się dopiero zawarciem ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 18 Pzp) samo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest już czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia stanowi najczęstszy i naturalny sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zawarcie umowy powoduje automatycznie ustanie stanu związania pozostałymi ofertami oraz obowiązuje zamawiającego do zwrotu utrzymujących się zabezpieczeń wadialnych (art. 98 ust. 1 pkt 2 Pzp).

4. Zakończenie postępowania unieważnieniem postępowania. Unieważnienie postępowania ma charakter **wyjątkowy**. Może ono nastąpić wyłącznie z przyczyn normatywnie określonych w art. 255–258 Pzp. Zamawiający nie może swobodnie, wedle swego uznania podejmować decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Dlatego przepisy art. 255–258 Pzp powinny być interpretowane ściśle. W zależności

od zaistniałych okoliczności unieważnienie postępowania może być **obligatoryjne** (art. 255 Pzp) albo **fakultatywne** (256–258 Pzp).

5. Charakter prawny unieważnienia. Czynność unieważnienia postępowania ma charakter konstytutywny, co oznacza, że dla wywołania skutku konieczne jest złożenie stosownego oświadczenia przez zamawiającego. Pzp nie przewiduje automatycznego unieważnienia postępowania w wyniku tylko ziszczenia się ustawowych przesłanek unieważnienia postępowania. Elementem konstytutywnym jest każdorazowo oświadczenie zamawiającego. Nie może takiego unieważnienia dokonać KIO ani inny organ z urzędu.

6. Moment unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania może nastąpić na dowolnym etapie, gdy tylko ujawni się podstawa unieważnienia. Postępowanie może zatem zostać unieważnione przed lub po wybraniu oferty, ale koniecznie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

7. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania powoduje zniesienie wszystkich skutków unieważnienia postępowania i w konsekwencji – powrót do postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 255.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

1) **nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty;**
2) **wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;**

3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;

4) w przypadkach, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249 i art. 250 ust. 2, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie;

5) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

7) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263;

8) w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1. Uwagi ogólne. Art. 255 Pzp wprowadza obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z określonych w nim przesłanek. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim okoliczności unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem. Określony w art. 255 Pzp katalog obligatoryjnych podstaw unieważnienia ma charakter zamknięty, pozostałe określone w art. 256–258 Pzp przesłanki unieważnienia są bowiem fakultatywne.

2. Brak ważnej oferty lub wniosku. Pierwsze dwie obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania nie powinny nasuwać wątpliwości. Pierwsza z nich zachodzi, gdy w postępowaniu nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty (art. 255 pkt 1 Pzp). Druga przesłanka odnosi się do sytuacji, gdy wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu (art. 255 pkt 2 Pzp). Jest rzeczą oczywistą, że gdy brak jest choćby jednej prawidłowej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, postępowanie o udzielenie zamówienia nie może osiągnąć swego celu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Dlatego, gdy nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty podlegają odrzuceniu, postępowanie ulega unieważnieniu. Ta sama zasada obowiązuje, gdy w postępowaniu nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie wnioski podlegają odrzuceniu.

3. Brak dostatecznego pokrycia finansowego. Stosownie do art. 255 pkt 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Celem takiego uregulowania jest ochrona zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braku środków finansowych. Informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana jest przez zamawiającego najpóźniej przed otwarciem ofert. Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W jednostkach sektora finansów publicznych kwota ta, w przeciwieństwie do wartości zamówienia i zaoferowanej ceny, ma swoje źródło w planie finansowym lub w dokumentach planowania wieloletniego[220]. Jest to **wiążąca** deklaracja na temat minimalnej sumy gwarantowanej, która stanowi dodatkowy warunek zamówienia. Udostępnienie informacji o minimalnej sumie gwarantowanej, najpóźniej przed otwarciem ofert, zapobiega bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku środków. Przez złożenie oświadczenia w sprawie deklarowanej kwoty zamawiający zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, jeśli zaoferowana cena lub koszt nie przekroczy tej kwoty[221]. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odnosi się zarówno do ceny, jak i – jeżeli dotyczy – kosztu. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może zostać ujawniona przed upływem lub po upływie terminu składania ofert, lecz przed otwarciem ofert (art. 222 ust. 4 Pzp).

Ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na **swobodnym uznaniu** zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty" należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych

[220] Por. M. Winiarz, [w:] W. Misiąg, *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1095

[221] Por. R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 119

środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Postępowanie unieważnia się, jeżeli cena lub koszt **najkorzystniejszej oferty** przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym wypadku czynność unieważnienia następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. W takim wypadku musi najpierw dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast w przypadku gdy **oferta z najniższą ceną** przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji ceny lub koszty określone we wszystkich złożonych ofertach nie mieszczą się w limicie ustalonym przez zamawiającego. Hołdując racjonalności, przesłanka ta zakłada unieważnienie postępowania bez konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy od początku wiadomo, że cena żadnej oferty nie zmieści się w ustalonym limicie, a zamawiający tego limitu nie zmieni. Sformułowanie przepisu („zamawiający unieważnia") prowadzi do wniosku, że ustawowy przymus unieważnienia postępowania zachodzi od razu, gdy tylko okaże się, że zachodzi jedna z dwóch alternatywnych przesłanek, a zamawiający nie może lub nie chce zwiększyć kwoty pokrycia finansowego.

4. Niemożność wyboru oferty. W myśl art. 255 pkt 4 Pzp, jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249 i art. 250 ust. 2 Pzp, zamawiający nie może dokonać wyboru oferty, gdyż zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający nie wzywa ponownie do złożenia ofert dodatkowych, tylko unieważnia postępowanie.

5. Istotna zmiana okoliczności. Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jest to swoista klauzula nadzwyczajnej zmiany stosunków (*rebus sic stantibus)*, sformułowana na użytek zamówień publicznych, realizowana w drodze pozasądowej[222]. Ujęta w art. 255 pkt 5 Pzp odnosi się tylko do sytuacji przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego; sytuację po zawarciu umowy normuje w sposób zbliżony art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp, statuujący ustawowe prawo do odstąpienia od umowy z powodu istotnej zmiany okoliczności. Możliwość unieważnienia postępowania przewidziana tym przepisem uzależniona jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek:

1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
2) jej zaistnienie musi powodować, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym,
3) zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania.

W przeciwieństwie do klauzuli *rebus sic stantibus* z art. 3571 Kc zmiana okoliczności nie musi być nadzwyczajna, czyli nie musi być spowodowana niezwykłymi okolicznościami, które rzadko się zdarzają, są wyjątkowe, niezwykłe. Obowiązek unieważnienia postępowania uzależniony jest od tego, by zmiana okoliczności była **istotna** (w znaczeniu: duża,

[222] Por. M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001, s. 228.

znaczna)[223]. Za istotną nie będzie mogła zostać uznana każda zmiana okoliczności. Pewna skala zmian mieści się bowiem w zakresie zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego (tzw. normalne ryzyko kontraktowe). Ponadto zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia. W literaturze[224] wskazuje się, że istotna zmiana okoliczności może być przede wszystkim następstwem okoliczności o charakterze faktycznym (np. blokada środków w budżecie przeznaczonych na postępowanie[225]) oraz prawnym (np. zbędność przedmiotu świadczenia z uwagi na zdjęcie obowiązku realizacji określonego zadania w wyniku uchylenia przepisów nakładających na inwestora obowiązek remontu określonych kategorii dóbr). Zmiana okoliczności musi powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego. Za **interes publiczny** uznaje się przede wszystkim korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego[226]. Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego[227]. O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie możliwość zmniejszenia wydatków

---

[223] Por. wyrok SO w Lublinie z 10 kwietnia 2009 r., IX Ga 30/08, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze*, Zeszyt nr 4, Warszawa 2009, s. 112

[224] Por. A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014, s. 149 i 150

[225] Por. wyrok SO w Warszawie z 7 lipca 2009 r., V Ca 1187/09, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze*, Zeszyt nr 6, Warszawa 2010, s. 113

[226] Por. W. Dzierżanowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 455

[227] Por. wyrok SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., III Ca 855/05, niepubl.

w wyniku samodzielnego wykonania zamówienia przez zamawiającego[228] albo brak środków finansowych na realizację zamówienia. Dodatkowo nie można co do zasady traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych, skoro zamawiający powinien przed wszczęciem postępowania dokonać analizy swoich potrzeb (art. 83 Pzp) oraz oszacować z należytą starannością wartość zamówienia (art. 28 Pzp).

Istotne zmiany okoliczności, aby mogły uzasadniać unieważnienie postępowania, muszą mieć charakter **obiektywnie nieprzewidywalny** w chwili wszczęcia postępowania. Ze stylizacji przepisu („czego nie można było wcześniej przewidzieć") wynika, że chodzi o sytuację, w której nikt w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie zdołałby przewidzieć zmiany okoliczności i jej wpływu na kolizję interesu publicznego z prowadzeniem postępowania lub wykonaniem zamówienia.

6. Wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Szczególną rolę odgrywa zawarta w art. 255 pkt 6 Pzp przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada musi mieć **nieusuwalny charakter**. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.

7. Uchylenie się od zawarcia umowy. Stosownie do art. 255 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie

[228] Por. wyrok SO w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., III Ca 418/09, LEX nr 532695

zamówienia, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 Pzp. Obecnie, zgodnie z omawianym przepisem, uchylenie się zwycięskiego oferenta od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi samoistną przesłankę unieważnienia postępowania. Umiejscowione na końcu przepisu odesłanie do art. 263 Pzp wskazuje na możliwość dokonania przez zamawiającego ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców jako alternatywy dla unieważnienia postępowania. Decyzja o odstąpieniu od unieważnienia postępowania należy do **swobodnego uznania** zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w art. 263 Pzp stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych w tym przepisie następstw prawnych: ponownie wybrać ofertę spośród pozostałych ofert albo unieważnić postępowanie. Oczywiście ponowny wybór oferty jest możliwy jedynie w przypadku, gdy nie zachodzi inna obligatoryjna podstawa unieważnienia postępowania.

8. Nieudane negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 255 pkt 8 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z brzmienia przepisu wynika więc, że zamawiającego obciąża co najmniej **powinność podjęcia negocjacji** z zaproszonym do negocjacji wykonawcą i lojalnego ich **prowadzenia** w celu zawarcia oznaczonej w zaproszeniu umowy. Bez tego trudno mówić, że negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy.

Negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego również w przypadku, gdy zaproszenie do negocjacji nie spotkało się z odpowiedzią wykonawcy.

Przystąpienie wykonawcy do negocjacji nie kreuje po stronie ani zamawiającego, ani wykonawcy obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, skoro niedojście do skutku zamierzonej umowy uzasadnia samo przez się unieważnienie postępowania – bez konieczności badania przyczyn niepowodzenia negocjacji. Jednakże strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy (art. 72 § 2 Kc). Dlatego zamawiający nie może równolegle uruchamiać konkurencyjnego postępowania o udzielenie tego samego zamówienia, powinien lojalnie podjąć i prowadzić negocjacje zmierzające do zawarcia umowy.

Art. 255 pkt 8 Pzp nie jest jedyną przesłanką unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, mającą zastosowanie do trybu zamówienia z wolnej ręki. Postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki może być również unieważnione, nawet przed przystąpieniem wykonawcy do negocjacji, ze względu na istotną zmianę okoliczności (art. 255 pkt 5 Pzp) bądź ze względu na brak przyznania środków publicznych (art. 257 Pzp).

Art. 256.

Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed

upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

1. Cel przepisu. Celem art. 256 Pzp jest umożliwienie zamawiającym zakończenia prowadzonych postępowań w sytuacji wystąpienia innych niż przewidziane w art. 255 Pzp okoliczności, które powodują, że dalsze prowadzenie tych postępowań mija się z celem[229]. Przepis ma przeciwdziałać pozyskiwaniu nieodpowiednich lub niepożądanych świadczeń. Urzeczywistnia więc zasady celowości i efektywności wydatków publicznych. Z drugiej strony regulacja uwzględnia potrzebę ochrony wykonawców przed ponoszeniem daremnych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Z tego względu art. 256 Pzp daje możliwość unieważnienia postępowania odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert.
Przesłanka unieważnienia ma charakter **fakultatywny**. Zamawiający może, ale nie musi unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia tej przesłanki.
2. Niezasadność prowadzenia postępowania. Przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie komentowanego przepisu jest wystąpienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Rozwiązanie to umożliwia zamknięcie postępowania, gdy okoliczności zmienią się do tego stopnia, że prowadzenie postępowania i zawarcie umowy na warunkach zamówienia stracą dla zamawiającego sens.

---

[229] Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 25 maja 2020 r.), s.67

Możliwość zastosowania art. 256 Pzp zależy od spełnienia następujących przesłanek:

1) po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zaistniały nowe okoliczności,
2) okoliczności te powodują, że dalsze prowadzenie postępowania jest **bezcelowe**.

Inaczej niż według art. 255 pkt 5 Pzp, zmiana okoliczności objęta art. 256 Pzp może być **przewidywalna**. W grę wchodzi zatem wystąpienie okoliczności, które zamawiający mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. Poza tym stwierdzenie braku potrzeby prowadzenia postępowania nie musi być uzasadnione interesem publicznym. Liczy się również indywidualny **interes zamawiającego**, zwłaszcza związany z pojawieniem się możliwości bardziej efektywnego wydatkowania środków finansowych.

Okolicznościami, które pociągają za sobą bezcelowość prowadzenia postępowania, mogą być w szczególności:

1) ujawnienie się (np. w wyniku analizy pytań wykonawców) możliwości wykonania przedmiotu zamówienia wedle nowocześniejszej i bardziej odpowiadającej potrzebom zamawiającego technologii,
2) ujawnienie się potrzeby znacznego rozszerzenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia,
3) okoliczności uzasadniające potrzebę dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych lub zwiększenia liczby części, na które mogą być składane oferty częściowe,
4) okoliczności uzasadniające wybór innego wariantu realizacji zamówienia.

3. Terminy. W trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego unieważnienie

postępowania na podstawie art. 256 Pzp może nastąpić tylko przed upływem **terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**. W przypadku przetargu nieograniczonego oraz negocjacji bez ogłoszenia unieważnienie postępowania jest dopuszczalne do upływu **terminu składania ofert**, natomiast w przypadku trybu podstawowego przed upływem terminu składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie.

Art. 257.

Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, 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:

1) **ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo**
2) **zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.**

1. Zastrzeżenie możliwości unieważnienia. Przesłanka unieważnienia ma charakter **fakultatywny**. W razie nieotrzymania finansowania ze środków publicznych zamawiający może zdecydować o pokryciu kosztów związanych z realizacją zamówienia z własnych funduszy. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie komentowanego przepisu jest uzależnione od uprzedniego zastrzeżenia takiej możliwości w **ogłoszeniu o zamówieniu**, a w przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – w **zaproszeniu do negocjacji**. Oznacza to, że pominięcie zastrzeżenia w ogłoszeniu

o zamówieniu lub – odpowiednio – w zaproszeniu do negocjacji wyłącza prawo do skorzystania z tej przesłanki unieważnienia.

2. Brak przyznania środków publicznych. Materialną przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 Pzp jest brak przyznania **środków publicznych**. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o finansach publicznych środkami publicznymi są:

1) dochody publiczne,
2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA),
3) środki, o których mowa w art. 3b ustawy z o zasadach prowadzenia polityki rozwoju,
4) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2,
5) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące ze sprzedaży papierów wartościowych, z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego, ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych, z otrzymanych pożyczek i kredytów oraz z innych operacji finansowych,
6) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

Art. 258.

1. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające

odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego.

2. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba niepodlegających odrzuceniu ofert wstępnych lub ofert, które podlegają negocjacjom albo liczba rozwiązań przedstawionych przez wykonawców podczas dialogu konkurencyjnego jest mniejsza niż minimalna liczba określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba ofert niepodlegających odrzuceniu, które podlegają negocjacjom na ostatnim etapie jest mniejsza niż 2.

4. Zamawiający może unieważnić postępowanie o zawarcie umowy ramowej, która miała być zawarta z więcej niż jednym wykonawcą, jeżeli wpłynęły mniej niż dwie oferty lub mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niepodlegające odrzuceniu.

1. Cel przepisu. Art. 258 Pzp określa cztery przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz o zawarcie umowy ramowej wielostronnej. Wszystkie odnoszą się w istocie do sytuacji, gdy postępowania nie da się rozstrzygnąć na satysfakcjonującym zamawiającego poziomie konkurencyjności z powodu braku minimalnej liczby wykonawców. Przesłanka unieważnienia ma charakter **fakultatywny**. W razie braku minimalnej liczby wykonawców zamawiający może, wedle własnego uznania, kontynuować postępowanie lub je unieważnić.

2. Brak wystarczającej liczby wniosków. W przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, partnerstwie innowacyjnym oraz dialogu konkurencyjnym zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych odpowiednio do składania ofert, ofert wstępnych lub dialogu (art. 148 ust. 1, art. 159 ust. 1, art. 177 ust. 1 i art. 195 ust. 1 Pzp). W przypadku takim zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców, oraz wskazuje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi odpowiednio do składania ofert, ofert wstępnych lub dialogu (art. 148 ust. 2, art. 159 ust. 2, art. 177 ust. 2 i art. 195 ust. 1 Pzp). Jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego, zamawiający może kontynuować postępowanie albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp (art. 149 ust. 2, art. 160 ust. 2, art. 178 ust. 3 i art. 195 ust. 1 Pzp). Unieważnienie postępowania jest tym bardziej uzasadnione, im mniejsza jest liczba prawidłowych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3. Brak wystarczającej liczby ofert wstępnych. Z art. 258 ust. 2 Pzp wynika, że w przypadku postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz partnerstwa innowacyjnego zamawiający może określić w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji. Jeżeli liczba niepodlegających odrzuceniu ofert wstępnych jest mniejsza od tej liczby, zamawiający może kontynuować postępowanie lub je unieważnić.

4. Brak wystarczającej liczby rozwiązań. Dokonując wykładni art. 258 ust. 2 Pzp, należy przyjąć, że w przypadku dialogu konkurencyjnego zamawiający może określić w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia minimalną liczbę „rozwiązań przedstawionych przez wykonawców". W większości przypadków każdy wykonawca uczestniczący w dialogu przedstawia jedno rozwiązanie, choć zamawiający może także dopuścić przedstawienie większej liczby rozwiązań przez jednego wykonawcę[230]. Zwykle więc liczba rozwiązań będzie równa liczbie wykonawców uczestniczących w dialogu. Jeżeli liczba rozwiązań przedstawionych przez wykonawców w fazie dialogu jest mniejsza niż minimalna liczba określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, zamawiający może kontynuować postępowanie lub je unieważnić.

5. Brak wystarczającej liczby ofert podlegających negocjacjom. Możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z powodu braku wystarczającej liczby ofert podlegających negocjacjom odnosi się do przypadku, o którym mowa w art. 289 ust. 4 Pzp. Stosownie do tego przepisu, jeżeli w trybie podstawowym liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3, zamawiający – w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3 – może kontynuować postępowanie, zapraszając do negocjacji ofert tych wykonawców, albo unieważnia postępowanie.

6. Brak wystarczającej liczby ofert podlegających negocjacjom na ostatnim etapie. Zgodnie z art. 163 ust. 4 Pzp zamawiający może w trybie negocjacji z ogłoszeniem podzielić negocjacje na etapy w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań, o ile

---

[230] Por. Komisja Europejska, *Explanatory Note on the Competitive Dialogue Procedure – Classic Directive*, CC/2005/04_rev1 of 5.10.2005, s. 8, przypis 29

skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców. W nawiązaniu do tego art. 258 ust. 3 Pzp przyznaje zamawiającemu możliwość unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba ofert niepodlegających odrzuceniu, które podlegają negocjacjom na ostatnim etapie jest mniejsza niż 2.

7. Brak konkurencji w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej wielostronnej. Ustawodawca w art. 259 ust. 4 Pzp dopuścił możliwość unieważnienia postępowania o zawarcie umowy ramowej, która miała być zawarta z więcej niż jednym wykonawcą, jeżeli wpłynęły mniej niż dwie oferty lub mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niepodlegające odrzuceniu. W postępowaniach dwuetapowych przesłanka unieważnienia odnosi się do obu etapów procedury (zob. także komentarz do art. 311 Pzp).

Art. 259.

Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy art. 255–258.

1. Cel przepisu. Art. 259 Pzp przewiduje częściowe unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przyczyna unieważnienia postępowania dotyczy tylko części zamówienia.

2. Oferty częściowe. Częściowe unieważnienie postępowania wchodzi w grę tylko wtedy, gdy zamawiający dopuścił możliwość składania **ofert częściowych**. W takim wypadku na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane odrębne umowy. Odrębnie dla każdej części ocenia się więc

również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 255–258 Pzp.

Art. 260.

1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

1. Cel przepisu. Do podstawowych obowiązków zamawiającego należy zawiadomienie o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma umożliwić wykonawcom skuteczne odwołanie się od decyzji zamawiającego oraz, ewentualnie, uwzględnienie w swoich planach nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Adresaci. O zakresie adresatów zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia decyduje tryb udzielenia zamówienia. Jeżeli zamówienie jest udzielane w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający kieruje zawiadomienie do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Natomiast w przypadku, gdy zamówienie jest udzielane w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, zamawiający zawiadamia wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeśli do chwili unieważnienia postępowania nie wpłynęła żadna oferta lub żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawiadomienie

wykonawców o unieważnieniu postępowania jest bezprzedmiotowe. Z kolei jeżeli zamówienie jest udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o unieważnieniu postępowania powiadamia się wszystkich wykonawców, którzy zostali zaproszeni do negocjacji. W przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki zamawiający zawiadamia wykonawcę, który został zaproszony do negocjacji.

3. Treść. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania będzie zawierało:

1) oznaczenie zamawiającego, który podjął taką decyzję, wraz z oznaczeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione,
2) datę podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania,
3) powołanie podstawy prawnej unieważnienia; uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie faktyczne i prawne powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia.

4. Strona internetowa. Niezwłocznie po zawiadomieniu wykonawców o unieważnieniu postępowania zamawiający zamieszcza zawarte w tym zawiadomieniu informacje na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Art. 261.

W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

1. Krąg podmiotów uprawnionych. Roszczenie odszkodowawcze za nieudane postępowanie o udzielenie zamówienia przysługuje wyłącznie wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Wynika z tego również, że art. 261 Pzp nie ma zastosowania w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

2. Unieważnienie postępowania. Podstawowym warunkiem odpowiedzialności na podstawie art. 261 Pzp jest unieważnienie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Roszczenie odszkodowawcze wykonawcy za nieudane postępowanie o udzielenie zamówienia z art. 261 Pzp powstaje więc dopiero z momentem unieważnienia postępowania.

3. Przyczyny leżące po stronie zamawiającego. Art. 261 Pzp wiąże odpowiedzialność odszkodowawczą za nieudane postępowanie o udzielenie zamówienia z każdą przyczyną zależną od zamawiającego. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zawinione, jak i niezawinione.
Do unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego najczęściej dochodzi w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia (art. 255 pkt 6 Pzp).

4. Szkoda. Roszczenie odszkodowawcze z art. 261 Pzp ograniczone zostało do zwrotu **uzasadnionych kosztów** uczestnictwa w postępowaniu, zwłaszcza (choć nie jedynie) kosztów przygotowania ofert. Wyłącza to możliwość dochodzenia zwrotu spodziewanych przez wykonawcę zysków lub korzyści.

Art. 262.

W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

1. Adresaci. Przez wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia należy rozumieć wykonawców, którzy złożyli **oferty** lub **wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** lub zostali **zaproszeni do negocjacji**. Jest to zatem ten sam krąg wykonawców, do których kierowane jest zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.
2. Termin. Zawiadomienie powinno nastąpić **niezwłocznie** po wszczęciu nowego postępowania.
3. Zmiana przedmiotu zamówienia. W celu uniknięcia obchodzenia art. 262 Pzp obowiązek zawiadomienia o wszczęciu nowego postępowania jest zasadniczo niezależny od zmiany przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia nowego postępowania nie musi więc dokładanie odpowiadać przedmiotowi wcześniejszego postępowania. Dlatego w przepisie mowa jest o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.
4. Nowe postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wszczęcie kolejnego postępowania i wynikający stąd obowiązek zawiadomienia dotyczy – ze względu na brak rozróżnienia – zarówno przypadku, gdy nowe zamówienie jest udzielane w trybie konkurencyjnym, jak i z wolnej ręki.

Art. 263.

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.

1. Uchylenie się od zawarcia umowy. Jeżeli wykonawca w ustalonym terminie uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może, w świetle art. 263 Pzp, ponownie wybrać ofertę lub unieważnić postępowanie. Uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko **odmowa podpisania umowy** (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy (art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp), zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylania się od zawarcia umowy będą m.in.:

1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione **niestawienie się** w umówionym terminie zawarcia umowy,
2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim **umocowaniem**,
3) niezorganizowanie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy, oraz
4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy[231].

[231] Por. J. Grykiel, [w:] M. Gutowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 390, Nb 17

2. Ponowny wybór oferty. Kolejny wybór oferty najkorzystniejszej następuje w wyniku ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu. Oznacza to, że zamawiający powinien na nowo dokonać badania i oceny ofert. Nie może po prostu wybrać kolejnej oferty, która uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W praktyce często ocena ofert w ramach danego kryterium oceny ofert polega na porównaniu badanej oferty z ofertą, która otrzymała w danym kryterium najwyższą punktację. Dlatego ponowna ocena ofert „spośród ofert pozostałych w postępowaniu" może prowadzić do zmian pozycji ofert.

Art. 264.

1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie:

a) przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę,

b) przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego złożono tylko jeden wniosek albo złożono tylko jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;

2) umowa w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej.

1. Cel przepisu. Przepis art. 264 Pzp wprowadza zawieszenie możności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty, w celu zapewnienia możliwości efektywnego zaskarżenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w procedurze odwoławczej.

2. Minimalne terminy. Art. 264 ust. 1 Pzp określa minimalne terminy pomiędzy przesłaniem zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty a zawarciem umowy, różnicując je w zależności od sposobu przesłania zawiadomienia. Jeżeli zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane przy użyciu **środków komunikacji elektronicznej**, minimalny termin wynosi 10 dni. Jeśli zaś zawiadomienie zostało przesłane w inny sposób (np. pocztą lub za pośrednictwem posłańca), termin ten wynosi 15 dni.

3. Wyjątki. Art. 264 ust. 2 Pzp wprowadza trzy odstępstwa od zawieszenia typu *standstill*.

Pierwszy wyjątek jest oczywisty. Umowa może zostać zawarta niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdy w **przetargu nieograniczonym** złożono tylko **jedną ofertę** (art. 264 ust. 2 pkt 1 lit. a Pzp).

Drugi wyjątek odnosi się do sytuacji, gdy w **przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym** złożono tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo złożono tylko jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze (art. 264 ust. 2 pkt 1 lit. b Pzp). Przesłanka ta nie jest jednorodna. **Po pierwsze**, umowę można zawrzeć od razu po wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zwycięski wykonawca jako jedyny złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. **Po drugie**, pomimo że zwycięski wykonawca nie jest jedynym wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, umowę można zawrzeć od razu po wyborze oferty, jeżeli zwycięski wykonawca jako jedyny złożył ofertę, a żaden z pozostałych wykonawców nie wniósł odwołania na ewentualną czynność o odrzuceniu jego wniosku lub w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze.

Trzeci wyjątek dotyczy trzech różnych sytuacji. Umowa może zostać zawarta niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zamówienie jest udzielane:

1) w trybie **negocjacji bez ogłoszenia**,
2) w ramach **dynamicznego systemu zakupów**,
3) na podstawie **umowy ramowej**, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Poza wyjątkami określonymi w art. 264 ust. 2 Pzp zwieszenie typu *standstill* nie ma zastosowania, jeżeli zamówienie jest udzielane:

1) w trybie **zamówienia z wolnej ręki**,
2) na podstawie **umowy ramowej**, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W obu przypadkach zastosowanie art. 264 Pzp jest bezprzedmiotowe ze względu na brak wyboru najkorzystniejszej oferty.

Art. 265.

1. Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania.

2. Zamawiający może w ogłoszeniu, o którym mowa w ust. 1, oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

1. Obowiązek przekazania ogłoszenia. Ogłoszenie o wynikach postępowania jest obowiązkowo przekazywane do publikacji zarówno w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia, jak i unieważnienia postępowania. Obojętny jest także tryb udzielenia zamówienia. Nie ma również znaczenia, czy wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga publikacji ogłoszenia.

2. Termin. Zamawiający jest obowiązany przekazać ogłoszenie o wynikach postępowania do publikacji UPUE nie później niż w ciągu **30 dni** po zawarciu umowy lub unieważnieniu postępowania.

3. Odstąpienie od publikacji niektórych informacji. Stosownie do art. 265 ust. 2 Pzp można odstąpić od publikacji niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy

lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. W takim wypadku, przekazując ogłoszenie o wynikach postępowania do publikacji UPUE, należy oznaczyć te informacje jako nieprzeznaczone do publikacji.

Informacje, których ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa, to w szczególności informacje prawnie chronione, takiej jak informacje niejawne, dane osobowe oraz informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje, których ujawnienie w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, obejmują przede wszystkim informacje niejawne. Do informacji, których ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, należy zaliczyć informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

DZIAŁ III
Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne

Rozdział 1
Zakres zastosowania

Art. 266.

Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

1. Zakres stosowania. Dział III Pzp reguluje procedurę udzielania zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne. Art. 266 Pzp wskazuje przepisy, które mają zastosowanie do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne (tzw. procedura krajowa). Podstawową różnicą pomiędzy sposobem udzielania zamówień o wartości równej lub wyższej niż progi unijne i niższej od progów unijnych jest tryb udzielania tych zamówień. Wskazać przy tym należy, że wiele regulacji dotyczących: przygotowania postępowania, kwalifikacji podmiotowej wykonawców, otwarcia i oceny

ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej czy zakończenia postępowania jest wspólnych zarówno dla procedury poniżej, jak i powyżej progów unijnych. Konsekwencją powyższego jest wskazanie w art. 266 Pzp, że do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne zastosowanie mają przepisy działu II (Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne), z wyjątkiem wyszczególnionych w tym przepisie regulacji, chyba że przepisy działu III stanowią inaczej. Rozwiązanie to zastosowano w celu uniknięcia powtarzania przepisów.

2. Przepisy działu II Pzp, które nie mają zastosowania do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne. Do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne będą miały zastosowanie przepisy działu III oraz przepisy **działu II z wyjątkiem:**

1) **art. 83 Pzp** – analiza potrzeb zamawiającego;
2) **art. 86 Pzp** – przekazywanie ogłoszeń UPUE i publikacja w DUUE;
3) **art. 87 ust. 3 Pzp** – udokumentowanie przekazania ogłoszenia UPUE;
4) **art. 88 Pzp** – udostępnianie ogłoszenia opublikowanego w DUUE;
5) **art. 89 Pzp** – wstępne ogłoszenie informacyjne;
6) **art. 90 Pzp** – przekazywanie UPUE sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji i czynności z tym związane;
7) **art. 97 ust. 2 Pzp** – kwota wadium nie większa niż 3% wartości zamówienia;
8) **art. 124 Pzp** – reguły dotyczące żądania podmiotowych środków dowodowych;

9) **art. 125 ust. 2 Pzp** – składanie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji na formularzu JEDZ;
10) **art. 125 ust. 6 Pzp** – ponowne wykorzystanie JEDZ;
11) **art. 126 Pzp** – wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie określonym dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne;
12) **art. 127 ust. 1 Pzp** – brak wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych (nawiązanie w regulacji do JEDZ);
13) **art. 129 Pzp** – tryby mające zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne;
14) **art. 130 Pzp** – wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne;
15) **art. 132–188 Pzp** – tryby udzielenia zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, tj.: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny;
16) **art. 220 Pzp** – termin związania ofertą;
17) **art. 227 ust. 1 Pzp** – możliwość prowadzenia aukcji elektronicznej w trybie: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem;
18) **art. 257 Pzp** – możliwość unieważnienia postępowania z powodu braku przyznania środków publicznych, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (przepis ten odwołuje się do trybów obowiązujących w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne);
19) **art. 264 Pzp** – termin na zawarcie umowy;

20) **art. 265 Pzp** – przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia UPUE.

Z uwagi na dyspozycję zawartą w art. 266 Pzp wszystkie wskazane wyżej przepisy działu II Pzp nie mają zastosowania w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne. Wskazać przy tym należy, że w zdecydowanej większości przepisy te mają swoje odpowiedniki w procedurze krajowej – przykładowo: ogłoszenia o zamówieniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne przekazywane są UPUE i publikowane w DUUE, natomiast ogłoszenia o zamówieniu o wartości mniejszej niż progi unijne zamieszczane są w krajowym publikatorze, tj. BZP. W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający może żądać wadium, a jego maksymalna wysokość wynosi 3% wartości zamówienia. W procedurze krajowej zamawiający także może żądać wadium, ale jego maksymalna wysokość wynosi 1,5% wartości zamówienia. Termin na zawarcie umowy w postępowaniu, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne wynosi nie mniej niż 10 albo 15 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, natomiast w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne – nie mniej niż 5 albo 10 dni.

3. Przepisy działu II, które mają zastosowanie do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne. Analiza art. 266 Pzp prowadzi do wniosku, że do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne zastosowanie mają poniżej wskazane przepisy działu II.

ROZDZIAŁ 1 – PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA	
Oddział 1 **Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców**	**art. 84 Pzp** – wstępne konsultacje rynkowe. **art. 85 Pzp** – wcześniejsze zaangażowanie wykonawców w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazane wyżej regulacje mają na tyle uniwersalny charakter, że znajdą zastosowanie wprost (bez modyfikacji) na etapie przygotowania postępowania o wartości mniejszej niż progi unijne.
Oddział 2 **Ogłoszenia**	**art. 87 ust. 1 i 2 Pzp** – przygotowanie ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń, oraz przekazywanie tych ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez KE. Zamawiający udzielający zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne może, stosownie do treści art. 270 ust. 2 Pzp, dodatkowo (podstawowe jest ogłoszenie zamieszczone w BZP) przekazać ogłoszenie do publikacji także w DUUE. Zastosowanie w takim przypadku znajdzie przepis art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Jeżeli zatem zamawiający zdecyduje się na przekazanie ogłoszenia do publikacji w DUUE, musi je przygotować zgodnie z wzorami standardowych formularzy określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń oraz przekazać je zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przysłania ogłoszeń, ustanowionymi przez KE.

Oddział 3 Ustalenie niektórych warunków zamówienia	**art. 91–98 Pzp, z wyjątkiem art. 97 ust. 2 Pzp**, czyli wszystkie regulacje tego oddziału z wyjątkiem art. 97 ust. 2 Pzp, który określa maksymalny próg wadium. W tym zakresie w procedurze krajowej zastosowanie znajdzie art. 281 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym kwota wadium, o której mowa w ust. 2 pkt 10 Pzp, nie może być większa niż 1,5% wartości zamówienia.
Oddział 4 Opis przedmiotu zamówienia	**art. 99–103 Pzp** – stosuje się wszystkie regulacje z tego oddziału.
Oddział 5 Przedmiotowe środki dowodowe	**art. 104–107 Pzp** – stosuje się wszystkie regulacje z tego oddziału.

ROZDZIAŁ 2 – KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW	
Oddział 1 Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia	**art. 108–111 Pzp** – stosuje się wszystkie regulacje z tego oddziału.
Oddział 2 Warunki udziału w postępowaniu	**art. 112–117 Pzp** – stosuje się wszystkie regulacje z tego oddziału.
Oddział 3 Udostępnianie zasobów	**art. 118–123 Pzp** – stosuje są wszystkie regulacje z tego oddziału.

Oddział 4 Podmiotowe środki dowodowe	**art. 125 ust. 1 i ust. 3–5 Pzp** – przepisy dotyczące oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne wykonawcy składają oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to nie jest sformalizowane (tj. ustawodawca nie ustanowił formularza, na jakim trzeba złożyć to oświadczenie). W praktyce najczęściej wzór takiego oświadczenia określa zamawiający i udostępnia go jako część dokumentów zamówienia. Wyłączenie stosowania art. 125 ust. 2 i 6 Pzp w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne wynika z faktu, że w tej procedurze nie obowiązuje formularz JEDZ. Zastosowania nie znajdzie również art. 126 Pzp, dotyczący wezwania zamawiającego do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych. Odpowiednikiem tej regulacji w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne jest art. 274 ust. 1–3 Pzp, który przewiduje krótsze minimalne terminy na złożenie podmiotowych środków dowodowych. **art. 127 ust. 2 Pzp –** brak obowiązku złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, które posiada zamawiający. **art. 128 Pzp** – wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

ROZDZIAŁ 3 – TRYBY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ	
Zdecydowana większość przepisów działu II rozdziału 3, regulującego tryby udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, nie będzie miała zastosowania do zamówień o wartości mniejszej niż te progi. Głównym trybem, który ma zastosowanie w tzw. procedurze krajowej, jest tryb podstawowy. Oprócz tego trybu zastosowanie będzie miał tryb partnerstwa innowacyjnego ze względu na specyficzny charakter i dostosowanie do udzielania zamówień na innowacje oraz tryby o ograniczonej konkurencyjności, to jest: tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz tryb zamówienia z wolnej ręki. Nie będą natomiast miały zastosowania następujące tryby: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny.	
Oddział 1 Przepisy ogólne	**art. 131 Pzp** – jest to jedyna regulacja z oddziału 1, która będzie miała zastosowanie w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne. Przepis ten dotyczy wyznaczania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert. Należy zwrócić uwagę, że wnioski o dopuszczenie do udziału postępowaniu oraz oferty wstępne, w procedurze udzielania w zamówień poniżej progów unijnych, występują wyłącznie w trybie partnerstwa innowacyjnego.
Oddział 6 Partnerstwo innowacyjne	Do udzielenia zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 6, ze zmianami wynikającymi z działu III rozdziału 4 oddziału 2.
Oddział 7 Negocjacje bez ogłoszenia	Do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 7, ze zmianami wynikającymi z działu III rozdziału 4 oddziału 3.

Oddział 8 Zamówienie z wolnej ręki	Do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 8, ze zmianami wynikającymi z działu III rozdziału 4 oddziału 4.

ROZDZIAŁ 4 – SKŁADANIE I OTWARCIE OFERT	
Oddział 1 Składanie ofert	**art. 218 Pzp** – złożenie jednej oferty jako reguła; wymóg zgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. **art. 219 Pzp** – złożenie oferty i możliwość jej wycofania do upływu terminu składania ofert. Zastosowania nie znajdzie natomiast art. 220 Pzp, dotyczący terminu związania ofertą. Odpowiednikiem tej regulacji w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne jest art. 307 Pzp.
Oddział 2 Otwarcie ofert	**art. 221 i art. 222 Pzp** – stosuje się wszystkie regulacje z tego oddziału. Przy czym art. 222 ust. 6 Pzp ma zastosowanie wyłącznie do wariantu trzeciego trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp).

ROZDZIAŁ 5 – OCENA OFERT
art. 223–226 Pzp – stosuje się wszystkie regulacje z tego rozdziału.

ROZDZIAŁ 6 – AUKCJA ELEKTRONICZNA
art. 227 ust. 2 Pzp – możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej. **art. 228–238 Pzp** – regulacje w zakresie aukcji elektronicznej. Jedynym przepisem dotyczącym aukcji elektronicznej, który nie ma zastosowania do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, jest art. 227 ust. 1 Pzp, który wskazuje, w jakich trybach w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wybór najkorzystniejszej oferty może zostać poprzedzony aukcją elektroniczną. Wynika to z faktu, że wskazane tryby nie występują w tzw. procedurze krajowej. Zastosowanie w tym zakresie znajduje art. 308 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie podstawowym, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny, oraz złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

ROZDZIAŁ 7 – WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY
art. 239–253 Pzp – stosuje się wszystkie regulacje z tego rozdziału.

ROZDZIAŁ 8 – ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA
art. 254 Pzp – sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.
art. 255 Pzp, 256 Pzp, 258 Pzp – przesłanki unieważnienia postępowania.
art. 259 Pzp – unieważnienie postępowania w sytuacji dopuszczenia składania ofert częściowych.
art. 260–263 Pzp – informacja o unieważnieniu postępowania.

ROZDZIAŁ 8 – ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA
art. 261 Pzp – roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w unieważnionym postępowaniu.
art. 262 Pzp – informacja o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.
art. 263 – uchylanie się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Z powyższego zestawienia wynika, że trzy przepisy z tego rozdziału **nie mają zastosowania** do postępowań o wartości poniżej progów unijnych: art. 257 Pzp – możliwość unieważnienia postępowania z powodu nieprzyznania środków publicznych na jego sfinansowanie (przepis ten odwołuje się do trybów obowiązujących w postępowaniach powyżej progów unijnych), art. 264 Pzp – termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; art. 265 Pzp – przekazanie do publikacji UPUE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Pzp zawiera odpowiedniki tych przepisów dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne w: art. 308 ust. 2 Pzp – termin zawarcia umowy, art. 309 Pzp – ogłoszenie o wyniku postępowania; art. 310 Pzp – możliwość unieważnienia postępowa-nia z powodu nieprzyznania środków publicznych, które zamawiający zamie-rzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Rozdział 2

Ogłoszenia

Art. 267.

1. Ogłoszenia, o których mowa w niniejszym dziale, są zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu.

2. W Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieszcza następujące rodzaje ogłoszeń:

1) ogłoszenie o zamówieniu;
2) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy;
3) ogłoszenie o wyniku postępowania;
4) ogłoszenie o konkursie;
5) ogłoszenie o wynikach konkursu;
6) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia;
7) ogłoszenie o zmianie umowy;
8) ogłoszenie o wykonaniu umowy;
9) ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14.

3. Zamawiający jest obowiązany udokumentować zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i przechowywać dowód jego zamieszczenia.

1. Rodzaje ogłoszeń zamieszczanych w BZP. Przepis art. 267 Pzp wskazuje zamawiającego jako podmiot zamieszczający ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego oraz konkursach o wartości mniejszej niż progi unijne, a w przypadkach wskazanych w Pzp również o wartości równiej lub przekraczającej progi unijne. Określa również BZP jako oficjalny publikator na szczeblu krajowym, w którym

ogłoszenia są przez zamawiającego zamieszczane, a także miejsce udostępnienia tego publikatora – stronę portalu internetowego UZP. W art. 267 ust. 2 Pzp zostały wymienione następujące ogłoszenia publikowane w BZP:

1) ogłoszenie o zamówieniu,
2) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy,
3) ogłoszenie o wyniku postępowania,
4) ogłoszenie o konkursie,
5) ogłoszenie o wynikach konkursu,
6) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia,
7) ogłoszenie o zmianie umowy,
8) ogłoszenie o wykonaniu umowy,
9) ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, dotyczących zamówień *in house*.

2. Obowiązek dokumentacji. Art. 267 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek udokumentowania zamieszczenia ogłoszenia w BZP. Obowiązek ten nabiera szczególnego znaczenia w kontekście trybów, w których momentem wszczęcia postępowania jest zamieszczenie ogłoszenia w BZP. Data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu stanowi bowiem datę początkową, od której liczy się termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 299 ust. 1 Pzp), a także termin składania ofert w trybie podstawowym (art. 283 Pzp). Ma ona również znaczenie w kontekście obowiązku zapewnienia równego dostępu do SWZ lub OPW w trybie podstawowym (art. 280 ust. 1 Pzp) oraz do opisu potrzeb i wymagań w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 298 ust. 2 Pzp).

Art. 268.

(uchylony)

Art. 269.

1. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu.

2. W przypadku danych osobowych zamieszczonych przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych, prawa, o których mowa w art. 15 i art. 16 rozporządzenia 2016/679, są wykonywane w drodze żądania skierowanego do zamawiającego.

3. Prezes Urzędu zapewnia techniczne utrzymanie systemu teleinformatycznego, przy użyciu którego udostępniany jest Biuletyn Zamówień Publicznych, oraz określa okres przechowywania danych osobowych zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1. Zamieszczanie ogłoszeń w BZP przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 269 ust. 1 Pzp zamawiający zamieszcza ogłoszenie w BZP przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu. BZP, w którym zamieszczane są ogłoszenia przewidziane w Pzp, wydawany jest w formie elektronicznej przez Prezesa UZP (art. 469 pkt 13 Pzp).

W celu zamieszczenia ogłoszenia w BZP zamawiający musi najpierw zarejestrować się w systemie teleinformatycznym, przy użyciu którego udostępniany jest BZP. Rejestracja jest zatem niezbędną czynnością jednorazową, której musi dokonać zamawiający, aby następnie korzystać

z BZP do celów związanych z publikacją ogłoszeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Rejestracja obejmuje utworzenie konta w BZP. Użytkownik zarejestrowany w systemie teleinformatycznym, przy użyciu którego udostępniany jest BZP, zamieszcza ogłoszenie w BZP po zalogowaniu się w tym systemie i wypełnieniu formularza ogłoszenia wybranego spośród rodzajów ogłoszeń, o których mowa w § 2 rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP. Rozporządzenie w sprawie ogłoszeń w BZP nie określa wzorów ogłoszeń, a jedynie wymienia informacje, jakie powinny być zawarte w zamieszczanych w tym publikatorze ogłoszeniach. Taki zabieg ma zapewnić pewną elastyczność regulacji i następnie swobodę w graficznym ujęciu zakresu danych, jakie powinny być zawarte w ogłoszeniach[1]. Szczegółowe warunki dotyczące rejestracji, zakładania kont użytkowników oraz nadawania im uprawnień w systemie teleinformatycznym, przy użyciu którego udostępniany jest BZP, określa regulamin tego systemu – regulamin platformy e-Zamówienia[2].

2. Ochrona danych osobowych w BZP. Zgodnie z art. 269 ust. 2 Pzp w przypadku danych osobowych zamieszczonych przez zamawiającego w BZP prawa, o których mowa w art. 15 i art. 16 RODO, są wykonywane w drodze żądania skierowanego do zamawiającego.

Przepis ten stanowi, że prawo dostępu przysługujące osobie, której dane dotyczą (art. 15 RODO), oraz prawo do sprostowania danych (art. 16 RODO) realizowane są w drodze żądania skierowanego do zamawiającego.

---

[1] Uzasadnienie projektu rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP, https://uzp.bip.gov.pl/projekty-rozporzadzen/projekt-rozporzadzenia-ministra-rozwoju-w-sprawie-ogloszen-zamieszczanych-w-bzp.html (dostęp: 13 stycznia 2021 r.)

[2] https://ezamowienia.gov.pl/pl/regulamin/#regulamin-serwisu (dostęp: 13 stycznia 2021 r.)

3. Rola Prezesa UZP. Stosownie do treści art. 269 ust. 3 Pzp Prezes UZP zapewnia techniczne utrzymanie systemu teleinformatycznego, przy użyciu którego udostępniany jest BZP, a także określa okres przechowywania danych osobowych zamieszczanych w BZP.
Regulacja dotycząca technicznego utrzymania systemu teleinformatycznego przez Prezesa UZP koreluje z jego kompetencją do wydawania w formie elektronicznej BZP (art. 469 pkt 13 Pzp).
Z kolei określenie przez Prezesa Urzędu okresu przechowywania danych osobowych zamieszczanych w BZP wynika z jego roli jako administratora danych osobowych w rozumieniu RODO.

Art. 270.

1. Zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w inny sposób niż określony w art. 269 ust. 1, w szczególności na swojej stronie internetowej.

2. Zamawiający może dodatkowo przekazać ogłoszenie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Przepisy art. 87 ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

3. Udostępnienie lub przekazanie ogłoszenia w sposób, o którym mowa w ust. 1 lub 2, nie może nastąpić przed jego zamieszczeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych.

4. Ogłoszenie udostępnione lub przekazane w sposób, o którym mowa w ust. 1 lub 2:

1) nie może zawierać innych informacji niż informacje zawarte w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych;

2) wskazuje datę zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1. Udostępnienie ogłoszenia w inny sposób. Przepis art. 270 Pzp normuje kwestie udostępniania przez zamawiającego ogłoszeń w inny sposób niż przez jego zamieszczenie w BZP, co ma sprzyjać realizacji zasady jawności w prowadzonym postępowaniu. Przepis ten ma charakter fakultatywny, co oznacza, że zamawiający nie ma obowiązku udostępnienia ogłoszenia w inny sposób niż poprzez jego zamieszczenie w BZP.

Art. 270 ust. 1 Pzp nie określa katalogu innych sposobów udostępniania ogłoszeń, co oznacza, że w tym zakresie decyzję podejmuje zamawiający. Może on dodatkowo udostępnić ogłoszenie w inny sposób, w szczególności na swojej stronie internetowej. Może też dodatkowo przekazać ogłoszenie do publikacji w DUUE. Ustawodawca pozostawił w gestii zamawiającego wybór sposobu udostępniania ogłoszeń.

2. Kolejność udostępniania ogłoszeń. Zgodnie z art. 270 ust. 3 Pzp udostępnienie ogłoszenia w inny sposób niż poprzez jego zamieszczenie w BZP, w szczególności na stronie internetowej zamawiającego lub poprzez jego przekazanie do publikacji w DUUE, nie może nastąpić przed jego zamieszczeniem w BZP.

Przepis ten określa kolejność udostępniania ogłoszeń. Zatem w pierwszej kolejności ogłoszenie powinno zostać zamieszczone w BZP, następnie zamawiający może je udostępnić w inny sposób.

3. Tożsamość informacji zawartych w ogłoszeniach i data publikacji w BZP. Stosownie do treści art. 270 ust. 4 Pzp ogłoszenie udostępnione lub przekazane w inny sposób niż poprzez zamieszczenie w BZP, w tym na stronie internetowej zamawiającego, czy też przekazane do publikacji w DUUE nie może zawierać informacji innych niż informacje zawarte w ogłoszeniu zamieszczonym w BZP.

Z powyższej regulacji wynika, że ogłoszenia, które zamawiający fakultatywnie zamieszcza lub przekazuje w inny sposób, muszą zawierać te same informacje co ogłoszenie zamieszczone w BZP.
Wszyscy wykonawcy zainteresowani uzyskaniem danego zamówienia, niezależnie od źródła zapoznania się z ogłoszeniem, muszą posiadać identyczne informacje o zamówieniu, tożsame z zawartymi w oficjalnym publikatorze, co ma zagwarantować równy dostęp do zamówienia.
Z powyższego wynika, że ogłoszenia te mają charakter wtórny wobec ogłoszenia zamieszczonego przez zamawiającego w BZP.
Ponadto ogłoszenia zamieszczane w innych miejscach niż BZP muszą zawierać datę zamieszczenia ogłoszenia w tym oficjalnym na szczeblu krajowym publikatorze.

Art. 271.

1. Zamawiający może zmienić ogłoszenie, zamieszczając w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia.

2. W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne.

3. Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 2, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian we wnioskach albo ofertach.

4. Zamawiający, niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnia lub przekazuje ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w sposób, o którym mowa w art. 270 ust. 1 lub 2, o ile opublikował ogłoszenie o zamówieniu w ten sposób.

1. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia – zakres informacji. Przepis art. 271 Pzp daje zamawiającemu możliwość zmiany treści ogłoszenia poprzez zamieszczenie w BZP ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zmianie podlega każde ogłoszenie zamieszczane w BZP, a powody tej zmiany zasadniczo nie zostały ustawowo uregulowane. Przepisy Pzp normują jedynie przesłankę zmiany ogłoszenia o zamówieniu w trybie podstawowym, wskazując ją jako obowiązkowy skutek zmiany treści SWZ albo OPW, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 286 ust. 9 Pzp).

Zmiana treści każdego z zamieszczonych w BZP ogłoszeń następuje przez wypełnienie wygenerowanego przez system teleinformatyczny formularza ogłoszenia, o którym mowa w § 2 pkt 9 rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP, w odniesieniu do ogłoszenia, które zamawiający zamierza zmienić.

Z załącznika nr 9 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zawiera informacje podstawowe (np. rodzaj ogłoszenia, przedmiot zamówienia), dane dotyczące zamawiającego, informacje dotyczące zmienianego ogłoszenia, wprowadzane zmiany tego ogłoszenia oraz ewentualne informacje dodatkowe.

2. Przedłużenie terminu składania wniosków albo składania ofert. Zgodnie z art. 271 ust. 2 Pzp w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłuża termin składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Ze wskazanej regulacji wynika, że zmiana ogłoszenia o zamówieniu jako ogłoszenia wszczynającego postępowanie w trybie podstawowym i w trybie partnerstwa innowacyjnego, jak również zawierającego najwięcej danych, skutkuje przedłużeniem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Ustawodawca pozostawił zamawiającemu ocenę, czy w związku ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu konieczne stanie się przedłużenie tych terminów. Oceny tej zamawiający każdorazowo winien dokonywać z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia, biorąc pod uwagę, aby wykonawcy byli w stanie uwzględnić treść informacji wynikających ze zmiany ogłoszenia w składanych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo w ofertach.

3. Istotna zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu. Art. 271 ust. 3 Pzp stanowi, że w przypadku gdy zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian we wnioskach albo ofertach.

Przepis ten nie definiuje pojęcia istotności zmian ogłoszenia o zamówieniu, pozostawiając tę kwalifikację każdorazowo zamawiającemu na gruncie konkretnego postępowania. Przesądza jednak, że do zmian

istotnych ogłoszenia o zamówieniu, powodujących konieczność stosownego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert, zalicza się zmiany dotyczące określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Jakakolwiek zmiana opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu, niezależnie od tego, czy polega na „zaostrzeniu" czy też „złagodzeniu" wymagań formułowanych pod adresem wykonawców, musi być traktowana jako istotna, powodująca tym samym obowiązek przedłużenia przez zamawiającego terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach[3].

Przepis nie wskazuje konkretnego okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ocena w tym zakresie spoczywa zatem na zamawiającym.

4. Inny sposób zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia.

Stosownie do treści art. 271 ust. 4 Pzp, jeżeli zamawiający udostępnił ogłoszenie o zamówieniu w sposób inny niż przez zamieszczenie w BZP, w szczególności na swojej stronie internetowej, lub przekazał ogłoszenie do publikacji w DUUE, niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w BZP udostępnia lub przekazuje ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w ten sposób.

Przepis ten, poprzez umożliwienie wykonawcom dostępu do tych samych informacji o zamówieniu zamieszczonych zarówno w oficjalnym

---

[3] Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO/KU 109/11, Legalis nr 1315495; Uchwała KIO z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 25/19, Legalis nr 2278182

publikatorze, jak i w innych miejscach, stanowi przejaw realizacji zasady przejrzystości postępowania.

Art. 272.

1. Ogłoszenie zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych zawiera w szczególności nazwę i adres zamawiającego oraz przedmiot zamówienia lub konkursu.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury.

1. Ogłoszenia publikowane w BZP – zakres informacji. Przepis art. 272 ust. 1 Pzp wskazuje, jakie informacje zawiera ogłoszenie zamieszczane w BZP, wyszczególniając przykładowo nazwę i adres zamawiającego oraz przedmiot zamówienia lub konkursu**.**

Szczegółowy zakres informacji, jakie winny zawierać poszczególne ogłoszenia, został określony w rozporządzeniu w sprawie ogłoszeń w BZP, wydanym na podstawie delegacji ustawowej z art. 272 ust. 2 Pzp.

Nowe rozporządzenie nie określa wzorów ogłoszeń, a jedynie wymienia informacje, jakie powinny być zawarte w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP. Załączniki do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP określają zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla następujących ogłoszeń:

1) ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia,

2) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do rozporządzenia,
3) ogłoszenia o wyniku postępowania, stanowiącego załącznik nr 3 do rozporządzenia,
4) ogłoszenia o konkursie, stanowiącego załącznik nr 4 do rozporządzenia,
5) ogłoszenia o wynikach konkursu, stanowiącego załącznik nr 5 do rozporządzenia,
6) ogłoszenia o zmianie umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do rozporządzenia,
7) ogłoszenia o wykonaniu umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do rozporządzenia,
8) ogłoszenia o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, stanowiącego załącznik nr 8 do rozporządzenia,
9) ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, stanowiącego załącznik nr 9 do rozporządzenia.

2. Ogłoszenie o zamówieniu – zakres informacji. Zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu stanowi uzewnętrzniony wyraz woli zamawiającego udzielenia określonego zamówienia.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, ogłoszenia o zamówieniu są zamieszczane w BZP w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym oraz w trybie partnerstwa innowacyjnego, a także w przypadku umowy ramowej.

Z załącznika nr 1 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera informacje niezależne od trybu udzielenia zamówienia lub postępowania o zawarcie umowy ramowej

(podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, tryb udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, udostępnianie dokumentów zamówienia i komunikacja, przedmiot zamówienia, kwalifikacja podmiotowa wykonawców, przedmiotowe środki dowodowe, inne warunki zamówienia, projektowane postanowienia umowy), informacje właściwe dla trybu udzielenia zamówienia lub postępowania o zawarcie umowy ramowej oraz ewentualnie informacje dodatkowe.

3. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy – zakres informacji.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy znajduje zastosowanie w przypadku zastosowania przez zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 302 Pzp) oraz trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 306 ust. 1 Pzp). Zamawiający, po wszczęciu postępowania w tych trybach, może zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Zasadniczo zamieszczenie tego rodzaju ogłoszenia nie jest obowiązkowe, jednak w przypadku jego zamieszczenia w BZP, przepisy przewidują pewne profity dla stron takiej umowy, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie ulega unieważnieniu, gdy zamawiający udzielił zamówienia w tych dwóch trybach niekonkurencyjnych z naruszeniem Pzp i miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z Pzp, a umowa została zawarta po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP (zob. art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp).

Zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w oficjalnym publikatorze zwiększa kontrolę wykonawców nad prawidłowością zastosowania niekonkurencyjnych trybów przez zamawiającego, przez co może wpłynąć na zmniejszenie liczby naruszeń przy ich zastosowaniu.

Z załącznika nr 2 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawiera podstawowe informacje,

dane dotyczące zamawiającego, przedmiotu zamówienia, trybu udzielenia zamówienia, zawarcia umowy oraz ewentualne informacje dodatkowe.

4. Ogłoszenie o wyniku postępowania – zakres informacji. Przepis art. 309 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zakres informacji w ogłoszeniu o wyniku postępowania uwzględnia, że postępowanie może zakończyć się albo zawarciem umowy, czyli udzieleniem zamówienia, albo jego unieważnieniem.

W ogłoszeniu tym zamawiający może nie zawierać niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami (art. 309 ust. 2 Pzp). Podkreślenia wymaga, że publikacja ogłoszenia o wyniku postępowania stanowi obowiązek zamawiającego niezależnie od wybranego trybu udzielenia zamówienia, co sprzyja przejrzystości prowadzonych postępowań.

Zakres informacji odnoszących się do ogłoszenia o wyniku postępowania zamieszczanego w BZP (załącznik nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP) znajduje również zastosowanie do zamówienia *in house* udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp. Zgodnie z art. 216 ust. 3 Pzp zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Przepis art. 216 ust. 3 Pzp

jest zamieszczony w dziale II rozdziale 3 oddziale 8 dotyczącym trybu zamówienia z wolnej ręki o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, ale ma także odpowiednie zastosowanie do zamówienia *in house* o wartości mniejszej niż progi unijne (zob. art. 304 Pzp).

Z załącznika nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o wyniku postępowania zawiera podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, trybu udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, przedmiotu zamówienia, zakończenia postępowania, oferty (jeśli dotyczy), wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, umowy oraz ewentualne informacje dodatkowe.

5. Ogłoszenie o konkursie – zakres informacji. Zgodnie z art. 340 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający wszczyna konkurs przez zamieszczenie ogłoszenia o konkursie w BZP, w przypadku gdy wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne.

Zamawiający ma obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o konkursie w BZP zarówno w przypadku konkursu nieograniczonego (art. 338 Pzp), jak i ograniczonego (art. 339 Pzp).

Z załącznika nr 4 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o konkursie zawiera informacje zamieszczane niezależnie od rodzaju konkursu (tj. podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, procedura i rodzaj konkursu, udostępnianie dokumentów konkursu i komunikacja, przedmiot konkursu, nagrody, kwalifikacja podmiotowa uczestników konkursu, kryteria oceny prac konkursowych/opracowań studialnych), informacje zamieszczane w zależności od rodzaju oraz procedury konkursu (tj. procedura konkursu nieograniczonego, procedura konkursu ograniczonego) oraz ewentualnie informacje dodatkowe.

6. Ogłoszenie o wynikach konkursu – zakres informacji. Zgodnie z art. 357 Pzp, jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne, niezwłocznie po zatwierdzeniu rozstrzygnięcia konkursu albo jego unieważnieniu zamawiający zamieszcza ogłoszenie o wyniku konkursu w BZP.

Z załącznika nr 5 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o wynikach konkursu zawiera podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, procedury i rodzaju konkursu, przedmiotu konkursu, wyniku konkursu oraz ewentualne informacje dodatkowe.

7. Ogłoszenie o zmianie umowy – zakres informacji. Ogłoszenie o zmianie umowy dotyczy umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej.

Zgodnie z art. 455 ust. 3 pkt 2 Pzp w przypadku zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego niewymagającej przeprowadzenia nowego postępowania, określonym w art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp (zmiana dotycząca realizacji przez dotychczasowego wykonawcę dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, nieuwzględnionych w zamówieniu podstawowym) i w art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp (konieczność zmiany umowy spowodowana okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć), po dokonaniu zmiany umowy zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o zmianie umowy.

Z załącznika nr 6 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o zmianie umowy zawiera podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, postępowania, w wyniku którego została zawarta umowa lub umowa ramowa, informacje o zawartej umowie lub umowie ramowej, zmiany umowy lub umowy ramowej oraz ewentualne informacje dodatkowe.

8. Ogłoszenie o wykonaniu umowy – zakres informacji. Zgodnie z art. 448 Pzp zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w BZP ogłoszenie o wykonaniu umowy na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Ogłoszenie o wykonaniu umowy zamieszczane jest w BZP nie tylko w przypadku zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, ale także w przypadku zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak również w przypadku zamówień sektorowych. Natomiast ogłoszenie o wykonaniu umowy nie będzie zamieszczane w BZP w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, gdyż art. 395 ust. 1 pkt 2 Pzp wyłącza zastosowanie art. 448 Pzp.

Z załącznika nr 7 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o wykonaniu umowy zawiera podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, podstawowe informacje o postępowaniu, w wyniku którego została zawarta umowa, o zawartej umowie, przebiegu realizacji umowy oraz ewentualne informacje dodatkowe.

9. Ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp. Ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, dotyczy zamówień *in house*. Na zasadzie odesłania z art. 444 Pzp w świetle art. 214 ust. 4 Pzp istnienie okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, w terminie 30 dni po upływie każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Upublicznienie informacji o spełnianiu przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w ramach zamówień *in house* ma

na celu realizację zasady przejrzystości postępowania prowadzonego w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki. Z ogłoszeń zamieszczanych w BZP przedmiotowe ogłoszenie jest jedynym, które powinno być zamieszczane wielokrotnie w tym samym zakresie, o ile umowa w sprawie zamówienia *in house* została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Z załącznika nr 8 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP wynika, że ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, zawiera podstawowe informacje, dane dotyczące zamawiającego, podstawowe informacje o postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, w wyniku którego została zawarta umowa, oraz potwierdzenie spełniania okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, a także ewentualne informacje dodatkowe.

10. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia – zakres informacji. Zob. komentarz do art. 271 Pzp.

Rozdział 3
Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Art. 273.

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

1) braku podstaw wykluczenia;

2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

2. W trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

1. Uwaga ogólna. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne odbywa się zasadniczo tak jak w zamówieniach klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, z uwzględnieniem odmienności wynikających z działu III, w szczególności z dyspozycji art. 273 oraz art. 274 Pzp. W świetle odesłania zawartego w art. 266 Pzp w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne **zastosowanie znajdą przepisy działu II rozdziału 2 w następującym zakresie:**

1) **Oddział 1. Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia**
   (art. 108–111 Pzp) – wszystkie regulacje z tego oddziału
2) **Oddział 2. Warunki udziału w postępowaniu**
   (art. 112–117 Pzp) – wszystkie regulacje z tego oddziału
3) **Oddział 3. Udostępnienie zasobów**
   (art. 118–123 Pzp) – wszystkie regulacje z tego oddziału
4) **Oddział 4. Podmiotowe środki dowodowe**
   – **art. 125 ust. 1, ust. 3–5 Pzp** – dotyczące oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego,
   – **art. 127 ust. 2 Pzp** – określający brak obowiązku złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada,
   – **art. 128 Pzp** – regulujący wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

2. Fakultatywność żądania podmiotowych środków dowodowych.

W art. 273 ust. 1 Pzp jednoznacznie wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający może (a zatem jest to uprawnienie, a nie obowiązek) żądać:

1) podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia,
2) podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia, zostanie zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu. Również w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczony zostanie wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału lub kryteria selekcji, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia (warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne kryteria selekcji mogą występować w trybie partnerstwa innowacyjnego oraz w konkursie; nie występują w trybie podstawowym). Ponadto informacje o podmiotowych środkach dowodowych (jeśli zamawiający ich wymaga) są częścią SWZ (wariant pierwszy i drugi trybu podstawowego – art. 275 pkt 1 i 2 Pzp) albo częścią OPW (wariant trzeci trybu podstawowego – art. 275 pkt 3 Pzp). W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający nie ma obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych, ale ma takie prawo. **Istota fakultatywności żądania podmiotowych środków dowodowych polega na tym, że zamawiający podejmuje decyzję, czy będzie żądał określonych podmiotowych środków potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz braku podstaw**

wykluczenia na początku postępowania o udzielenie zamówienia i następnie realizuje konsekwentnie tę decyzję w stosunku do każdego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia określa rozporządzenie wydane na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp, tj. rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Podkreślić należy, że w świetle definicji podmiotowych środków dowodowych zawartej w art. 7 pkt 17 Pzp **oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, czyli oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, nie jest podmiotowym środkiem dowodowym**.

3. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 273 ust. 2 Pzp w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, wykonawca **dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.** Ustawodawca zatem jednoznacznie przesądził, że oświadczenie to musi być dołączone do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, czyli do pierwszej oferty składanej w postępowaniu.

W postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne wykonawcy składają oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie jest sformalizowane, tzn. nie ma obowiązującego druku takiego oświadczenia. W praktyce

najczęściej wzór takiego oświadczenia określa zamawiający i udostępnia go jako część dokumentacji postępowania.
Wymagania co do formy tego oświadczenia określa art. 63 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (zob. komentarz do art. 63 ust. 2 Pzp).

Art. 274.

1. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacjom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia.

3. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

4. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1, dane umożliwiające dostęp do tych środków.

1. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych; aktualność podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 274 ust. 1 Pzp minimalny termin, jaki zamawiający jest obowiązany wyznaczyć wykonawcy na złożenie podmiotowych środków dowodowych, wynosi 5 dni od dnia wezwania. Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia (zob. komentarz do art. 126 Pzp).

Należy mieć na uwadze, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne zastosowanie ma także art. 127 ust. 2 Pzp, a zatem wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Regulacja powyższa nie zwalnia zamawiającego z wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ale daje wykonawcy uprawnienie do tego, żeby takich środków nie składał, o ile zamawiający posiada te podmiotowe środki dowodowe, a wykonawca złoży oświadczenie, w którym wskaże zamawiającemu te środki oraz potwierdzi ich prawdziwość i aktualność (zob. art. 127 ust. 2 Pzp).

W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, analogicznie jak w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający ocenia podmiotowe środki dowodowe, a następnie, jeżeli zachodzi taka konieczność (w razie niekompletności, braku, błędów lub innych wątpliwości w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych), przed podjęciem decyzji w zakresie wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, postępuje zgodnie z dyspozycją art. 128 Pzp począwszy od wezwania wykonawcy odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia, chyba że zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek podmiotowego środka dowodowego.

2. Żądanie podmiotowych środków dowodowych do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zasadą jest, że do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 274 ust. 1 Pzp). Dyspozycja art. 274 ust. 2 Pzp stanowi wyjątek od zasady określonej w art. 274 ust. 1 Pzp. Art. 274 ust. 2 Pzp daje bowiem zamawiającemu możliwość żądania podmiotowych środków dowodowych (wedle potrzeb) na każdym etapie postępowania, jeżeli ich ocena w danym momencie postępowania jest niezbędna dla prawidłowego dalszego jego przebiegu. Ustawodawca zwraca w tym przepisie szczególną uwagę na etap składania ofert podlegających negocjacjom lub etap niezwłocznie po złożeniu tych ofert, co ma znaczenie praktyczne dla sprawności przebiegu postępowania, bowiem żądanie podmiotowych środków dowodowych jeszcze przed rozpoczęciem negocjacji pozwoli zamawiającemu na uniknięcie problemu polegającego na zaproszeniu do negocjacji i prowadzeniu ich z wykonawcą, który nie będzie w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zostanie oceniona najwyżej.

Żądanie, o którym mowa w art. 274 ust. 2 Pzp, dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych (wszystkich lub niektórych), które zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, co wynika z art. 274 ust. 2 Pzp.

3. Dodatkowe żądanie podmiotowych środków dowodowych. Art. 274 ust. 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość wezwania wykonawcy lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone wcześniej podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne. Art. 274 ust. 3 Pzp umożliwia zatem potwierdzenie w drodze żądania od wykonawcy złożenia aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli aktualność wcześniej złożonych podmiotowych środków dowodowych budzi wątpliwość zamawiającego. Złożenie aktualnych podmiotowych środków dowodowych następuje w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 3 Pzp. Stosując art. 274 ust. 3 Pzp, zamawiający powinien mieć na względzie wymóg spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji (dot. partnerstwa innowacyjnego) oraz niepodlegania wykluczeniu przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Bezpłatne i ogólnodostępne bazy danych. Zgodnie z art. 274 ust. 4 Pzp zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych

i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (np. KRS on-line, CEIDG). Warunkiem powyższego jest wskazanie przez wykonawcę w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp) danych umożliwiających dostęp do tych środków.

Rozdział 4
Tryby udzielania zamówień

Oddział 1
Tryb podstawowy

Art. 275.

Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający:

1) **wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo**
2) **może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo**
3) **prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.**

1. Cel przepisu. Art. 275 Pzp ustanawia zupełnie nową procedurę udzielania zamówień, właściwą tyko dla zamówień, których wartość jest

mniejsza niż progi unijne. Zastępuje ona wszystkie obowiązujące na gruncie Pzp2004 tryby konkurencyjne, czyli: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny. Tryb ten zachowuje podstawowe mechanizmy wykorzystywane w trybach uprzednio obowiązujących, jednocześnie wprowadza nowe możliwości, znacznie uelastyczniające prowadzenie postępowania. Tryb podstawowy jest w pełni konkurencyjny. Wszczęcie postępowania następuje zawsze przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w BZP. W odpowiedzi na to ogłoszenie oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. W omawianym trybie nie występują wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co upraszcza procedurę udzielenia zamówienia i nie powoduje wydłużenia postępowania. Zastosowanie trybu podstawowego nie wymaga spełnienia jakichkolwiek przesłanek, niezależnie od wariantu, który zamawiający wybierze. Art. 275 Pzp przewiduje trzy warianty udzielenia zamówienia w trybie podstawowym, wskazując, że zamawiający:

1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji (wariant oparty na schemacie przetargu nieograniczonego) – art. 275 pkt 1 Pzp, albo
2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych (wariant z fakultatywnymi negocjacjami) – art. 275 pkt 2 Pzp, albo
3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert

ostatecznych (wariant z obowiązkowymi negocjacjami) – art. 275 pkt 3 Pzp.

2. Tryb podstawowy jako gwarancja zachowania reguł traktatowych.

Udzielanie zamówień o wartości nieosiągającej progów stosowania unijnych dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych w zakresie, w jakim te zamówienia stanowią przedmiot niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym, podlega podstawowym zasadom traktatowym, tj. zasadom swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasadom, które się z nich wywodzą, takim jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (por. motyw 1 preambuły dyrektywy klasycznej; zob. także motyw 3 preambuły dyrektywy sektorowej).

W świetle komunikatu wyjaśniającego KE, dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych[4], oraz orzecznictwa TSUE[5] stosowanie przywołanych wyżej zasad oznacza, że do udzielania zamówień o wartości nieosiągającej progów stosowania dyrektyw zastosowanie znajdują następujące reguły:

1) obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przy zachowaniu wyjątków;
2) uczciwa i bezstronna procedura udzielenia zamówienia:
   a. niedyskryminujący opis przedmiotu zamówienia,

---

[4] Dz. Urz. UE nr C 179 z 1.08.2006, str. 2–7

[5] Por. np. wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2010:214

b. obowiązek zapewnienia równego dostępu wykonawcom z innych państw członkowskich,
c. wzajemne uznawanie,
d. odpowiednie terminy,
e. przejrzyste i obiektywne podejście,
f. ograniczanie liczby wykonawców jedynie w oparciu o obiektywne kryteria,
g. prowadzenie negocjacji w sposób równy i niedyskryminujący,
h. zgodność ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia z regułami postępowania ustalonymi na początku;

3) obowiązek zapewnienia skutecznych środków ochrony prawnej umożliwiających kontrolę bezstronności procedury udzielenia zamówienia.

Tryb podstawowy przewiduje obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz zapewnia zachowanie wszystkich reguł uczciwej i bezstronnej procedury udzielenia zamówienia.

3. Warianty w trybie podstawowym. Zgodnie z treścią art. 275 Pzp zamawiający w ramach trybu podstawowego ma do wyboru trzy warianty postępowań.

1) Wariant bez negocjacji (art. 275 pkt 1 Pzp).

Jest to wariant analogiczny do trybu przetargu nieograniczonego, polegający na tym, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty. W wariancie tym (tak jak w trybie przetargu nieograniczonego) przepis nie daje możliwości prowadzenia negocjacji. Schemat procedury jest następujący: wszczęcie postępowania następuje przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu. Od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania SWZ,

następnie każdy wykonawca, który jest zainteresowany zamówieniem, może złożyć ofertę. W dalszej kolejności, po dokonaniu weryfikacji wykonawców oraz oceny złożonych przez nich ofert, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę.

Do oceny ofert w tym pierwszym wariancie trybu podstawowego (art. 275 pkt 1 Pzp), zgodnie z treścią art. 266 Pzp, stosuje się przepisy art. 223–226 Pzp. Wskazane przepisy regulują następujące kwestie:

1) art. 223 ust. 1 Pzp – odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń oraz zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, dokonywania zmiany w jej treści;
2) art. 223 ust. 2 Pzp – dotyczy poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
3) art. 223 ust. 3 Pzp – dotyczy wyznaczenia wykonawcy terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia;
4) art. 224 Pzp – dotyczy wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że zastosowanie do postępowań prowadzonych w trybie podstawowym znajdą art. 224 ust. 1–6 Pzp, art. 224 ust. 7 Pzp dotyczy bowiem wyłącznie postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne;
5) art. 225 Pzp – dotyczy oferty, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług;

6) art. 226 Pzp – wskazuje obligatoryjne przesłanki odrzucenia oferty.

Więcej na temat oceny ofert – zob. komentarz do art. 223–226 Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie podstawowym zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia (w omawianym wariancie w SWZ), że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Do aukcji elektronicznej zastosowanie będą miały przepisy art. 227 ust. 2 i art. 228–238 Pzp, a zatem również art. 234 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej (forma elektroniczna to postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Więcej na temat zastosowania aukcji elektronicznej – zob. komentarz do art. 227–238 Pzp.

W wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) trybu podstawowego zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W takim przypadku, stosownie do treści art. 266 Pzp, do wyboru oferty stosuje się przepisy art. 239–253 Pzp:

1) art. 239 Pzp – zawiera zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert oraz definicję najkorzystniejszej oferty;
2) art. 240 Pzp – zawiera zasady opisywania kryteriów oceny ofert;
3) art. 241 Pzp – statuuje zasadę związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia;

4) art. 242 Pzp – wskazuje kryteria oceny ofert, przykładowe kryteria jakościowe; określa zasadę, że najkorzystniejszą ofertę wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów cena lub koszt są stałe;
5) art. 243 Pzp – wskazuje kryteria w postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący;
6) art. 244 Pzp – zawiera delegację do wydania rozporządzenia w sprawie innych niż cena kryteriów oceny ofert;
7) art. 245 Pzp – dotyczy rachunku kosztów cyklu życia;
8) art. 246 Pzp – wprowadza ograniczenie stosowania kryterium ceny dla zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp;
9) art. 247 Pzp – dotyczy określenia wag kryteriów oceny ofert;
10) art. 248 Pzp – wskazuje sposób postępowania w sytuacji, gdy dwie lub więcej ofert przedstawiają taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert;
11) art. 249 Pzp – dotyczy sytuacji, gdy nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt;
12) art. 250 Pzp – wskazuje na sytuację, gdy nie ma możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt;

13) art. 251 Pzp – dotyczy braku możliwości zaoferowania w ofertach dodatkowych cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych ofertach;
14) art. 252 Pzp – statuuje zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia; ponadto: kwestię upływu terminu związania ofertą przed wyborem najkorzystniejszej oferty i wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty; zwrócenie się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w przypadku braku zgody pierwszego z wykonawców;
15) art. 253 Pzp – dotyczy obowiązku poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawców, którzy złożyli oferty, oraz obowiązku udostępnienia tej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Do wyboru najkorzystniej oferty zastosowanie mają także przepisy działu III rozdziału 5 (art. 307–310 Pzp). W rozdziale tym zamieszczone zostały regulacje właściwe wyłącznie dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Przepisy art. 307 Pzp (związanie ofertą) oraz art. 308 ust. 1 Pzp (możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej) stanowią uzupełnienie procesu wyboru najkorzystniejszej oferty. Pozostałe regulacje działu III rozdziału 5 dotyczą: terminu zawarcia umowy (art. 308 ust. 2 i 3 Pzp), ogłoszenia o wyniku postępowania (art. 309 Pzp), unieważnienia postępowania z powodu braku środków (art. 310 Pzp).

2) Wariant z możliwością negocjacji ofert w celu ich ulepszenia, o ile zamawiający przewidział taką możliwość (art. 275 pkt 2 Pzp).

Tryb podstawowy w tym wariancie jest zupełnie nowym rozwiązaniem na gruncie udzielania zamówień publicznych. Od wariantu pierwszego odróżnia go możliwość prowadzenia negocjacji. Schemat procedury wygląda następująco: wszczęcie postępowania następuje przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, w którym zamawiający wskazuje, że wybiera tryb podstawowy z możliwością negocjacji. Od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania SWZ. Każdy wykonawca zainteresowany zamówieniem może złożyć ofertę, a następnie zamawiający dokonuje oceny ofert złożonych przez wykonawców. Zanim zamawiający wybierze najkorzystniejszą ofertę, może przeprowadzić negocjacje z wykonawcami, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie nie podlegały odrzuceniu. Podkreślić w tym miejscu należy, że wskazanie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości przeprowadzenia negocjacji nie oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do ich przeprowadzenia. Przewidzenie możliwości przeprowadzenia negocjacji w świetle art. 275 pkt 2 Pzp jest warunkiem dopuszczalności negocjacji. O tym, czy do negocjacji dojdzie, zdecyduje zamawiający po ocenie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie, a przed zaproszeniem do negocjacji. Negocjacje treści ofert nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ i mogą dotyczyć wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. A zatem zakres negocjacji zależy od kryteriów, jakie zamawiający ustanowi w postępowaniu i od decyzji, które z nich – wszystkie, czy tylko niektóre – wskaże zamawiający w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na przeprowadzenie negocjacji, zaprasza do negocjacji wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający

prowadzi z wykonawcami negocjacje, które mają charakter poufny, a następnie zaprasza ich do złożenia ofert dodatkowych. W dalszym toku postępowania zamawiający dokonuje oceny ofert i wybiera najkorzystniejszą ofertę. Jeżeli zamawiający nie zdecyduje się na przeprowadzenie negocjacji, przebieg postępowania ostatecznie będzie wyglądał tak jak w wariancie pierwszym. Postępowanie w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) stwarza w stosunku do wariantu pierwszego (art. 275 pkt 1 Pzp) dodatkową możliwość w postaci negocjacji treści oferty, w zakresie określonym w art. 278 Pzp, z której zamawiający może, ale nie musi skorzystać.

3) **Wariant z obowiązkowymi negocjacjami ofert w celu ich ulepszenia (art. 275 pkt 3 Pzp).**

Wariant ten zdecydowanie różni się od wariantów pierwszego i drugiego. Wszczęcie postępowania w tym przypadku, tak jak w innych wariantach, rozpoczyna się zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w BZP. Od dnia zamieszczenia ogłoszenia udostępniany jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania OPW. Następnie każdy zainteresowany zamówieniem wykonawca może złożyć ofertę, po czym następują negocjacje. **Należy zwrócić uwagę, że w omawianym przypadku nie jest możliwe dokonanie wyboru oferty bez przeprowadzenia negocjacji, tym samym zamawiający nie może wybrać najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie.** Do negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, przy czym zamawiający nie weryfikuje na tym etapie wszystkich przesłanek odrzucenia (zob. art. 287 ust. 2 Pzp). Zarówno oferty, jak i negocjacje mają charakter poufny. Negocjacje mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności, ale nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub

realizacji zamówienia określonych w OPW. Tym samym zakres negocjacji jest znacznie szerszy niż w wariancie drugim. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ i zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. Kolejnym etapem jest ocena przez zamawiającego złożonych ofert ostatecznych i wybór najkorzystniejszej oferty.

Art. 276.

1. Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

2. Zamawiający może, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

1. Moment wszczęcia postępowania. Art. 276 ust. 1 Pzp określa dla wszystkich wariantów trybu podstawowego moment wszczęcia postępowania, którym jest zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w BZP. Moment wszczęcia postępowania ma istotne znaczenie ze względu na określenie przepisów mających zastosowanie w konkretnym postępowaniu oraz ze względu na czynności podejmowane zarówno przed, jak i w trakcie tego postępowania, np. ustalenie terminu na złożenie oferty.

2. Poinformowanie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych zamawiającemu wykonawców. Art. 276 ust. 2 Pzp umożliwia zamawiającemu, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w BZP, bezpośrednie poinformowanie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach

prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Przekazanie tej informacji ma na celu zwiększenie konkurencyjności postępowań dzięki bezpośredniemu dotarciu do tych wykonawców, którzy zamawiającemu są znani. Podkreślić należy, że powyższa konstrukcja nie powoduje jakiegokolwiek faworyzowania tej grupy wykonawców. Przekazanie informacji, o której mowa w art. 276 ust. 2 Pzp, stosownie do art. 61 Pzp może nastąpić przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, ale również ustnie w bezpośrednim kontakcie lub telefonicznie, o ile treść informacji zostanie udokumentowana.

Art. 277.

1. W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, zamawiający sporządza SWZ.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, a po przeprowadzeniu negocjacji sporządza SWZ.

1. Podstawowe dokumenty zamówienia. Art. 277 Pzp określa podstawowe dokumenty zamówienia dla każdego z wariantów trybu podstawowego. W wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) jest to SWZ. W wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) – OPW, a na dalszym etapie – SWZ.

2. Różnica między SWZ a OPW. Zarówno SWZ, jak i OPW są dokumentami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym SWZ oraz

OPW. Podstawowa różnica między SWZ a OPW wynika z charakteru informacji o przedmiocie zamówienia, zawartej w tych dokumentach: SWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia, ściśle odpowiadający wymaganiom wskazanym w art. 99 i nast. Pzp, przez co bardzo precyzyjnie i konkretnie określa to, co zamawiający zamierza nabyć, natomiast OPW zawiera określenie przedmiotu zamówienia, opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług będących przedmiotem zamówienia, a tym samym daje większą swobodę wykonawcom w zakresie oferowanych rozwiązań. Jeżeli zatem zamawiający zamierza skorzystać z wariantu pierwszego lub drugiego trybu podstawowego, musi dokładnie opisać, zgodnie z wymaganiami dla opisu przedmiotu zamówienia, co chce nabyć. Jeśli natomiast zamawiający chce poprzestać na określeniu potrzeb i cech charakterystycznych zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych, przygotowuje wtedy na pierwszym etapie OPW i udziela zamówienia w trybie podstawowym, wybierając wariant trzeci, natomiast SWZ zostanie sporządzona na dalszym etapie postępowania, tj. po zakończeniu negocjacji.

3. SWZ w wariancie pierwszym i drugim trybu podstawowego.

W wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) podstawowym dokumentem zamówienia jest SWZ. Treść SWZ dla wariantu pierwszego i drugiego trybu podstawowego określa art. 281 Pzp. Jest to dokument udostępniany na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP (art. 280 ust. 1 pkt 1 Pzp). Zmiany SWZ są możliwe tylko przed upływem terminu składania ofert (art. 286 ust. 1 Pzp).

4. OPW i SWZ w wariancie trzecim trybu podstawowego.

W wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) **wraz**

z ogłoszeniem zamawiający zamieszcza OPW. Treść OPW reguluje art. 282 Pzp. Podstawowym jego elementem jest opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia. Dokument ten zawiera również minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełniać wszystkie oferty. Informacje zawarte w OPW muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacjom. Poszczególne oferty, które wykonawcy będą składali w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, mogą zawierać różne propozycje rozwiązań. Ich treść będzie niezmienna tylko w zakresie minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, w pozostałym zakresie treść oferty będzie mogła być przedmiotem negocjacji. Zakres możliwych negocjacji w tym wariancie będzie zdecydowanie szerszy niż w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp). **W trzecim wariancie zamawiający sporządza SWZ dopiero po zakończeniu negocjacji.** Jest to dokument, który stanowi doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. Częścią SWZ, podobnie jak w wariancie pierwszym i drugim trybu podstawowego, jest opis przedmiotu zamówienia. SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadziłyby do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, a także do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiany SWZ są możliwe tylko przed upływem terminu składania ofert ostatecznych (art. 286 ust. 1 Pzp w zw. z art. 295 ust. 4 Pzp).

Art. 278.

W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, negocjacje treści ofert:

1) nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ;

2) dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

1. Granice negocjacji w wariancie drugim trybu podstawowego. Art. 278 Pzp wyznacza granice możliwych negocjacji w trybie podstawowym w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) w następujący sposób:

1) art. 278 pkt 1 Pzp poprzez wskazanie negatywne, tj. określenie, do czego negocjacje nie mogą doprowadzić; zgodnie z treścią tego przepisu negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ;
2) art. 278 pkt 2 Pzp określa zakres negocjacji w sposób pozytywny, wskazując, że negocjacje treści ofert dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

2. Negocjacje treści ofert w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ.
W omawianym wariancie SWZ dostępna jest na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP (art. 280 ust. 1 Pzp). Obowiązkowa treść SWZ dla wariantu drugiego określona została w art. 281 Pzp. Zasadą jest, że zmiana SWZ jest możliwa tylko przed upływem terminu do składania ofert (art. 286 ust. 1 Pzp). Zgodnie z treścią art. 278 pkt 1 Pzp negocjacje nie mogą mieć wpływu na treść SWZ, zatem zamawiający nie ma możliwości doprecyzowania oraz uzupełnienia w drodze negocjacji informacji stanowiących treść tego dokumentu. SWZ **nie może być zmieniona**

po upływie terminu składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Dlatego też po zakończeniu negocjacji zamawiający nie przekazuje ponownie tej samej treści SWZ; powinna ona być dostępna na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 280 ust. 1 pkt 1 Pzp. W związku z zakazem zmiany treści SWZ w drodze negocjacji bez zmian pozostają m.in. tak istotne elementy SWZ, jak: opis przedmiotu zamówienia, opis kryteriów oceny ofert, wagi i sposób oceny ofert, projektowane postanowienia umowy. Zwrócić należy uwagę, że w treści SWZ regulowanej w art. 281 Pzp znajdują się informacje, które dotyczą ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie, a nie ofert dodatkowych, np.: sposób oraz termin składania ofert, termin otwarcia ofert (art. 281 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp). W momencie sporządzania SWZ zamawiający nie musi zatem określać terminu składania ofert dodatkowych czy terminu otwarcia ofert dodatkowych. Odpowiednie postanowienia dotyczące ofert dodatkowych znajdą się w zaproszeniu do ich złożenia (zob. art. 294 pkt 2 Pzp). Wskazanie powyższych elementów w zaproszeniu do składania ofert dodatkowych nie będzie zatem stanowiło zmiany SWZ, skoro elementów tych zgodnie z art. 281 Pzp nie zamieszcza się w treści SWZ.

3. Negocjacje w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty". Oferta jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego. Ustawowa definicja oferty zawarta została w art. 66 § 1 Kc, zgodnie z którym ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Treść oferty, o której mowa w omawianym przepisie, to merytoryczna zawartość oferty. Negocjacjom na gruncie wariantu drugiego trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) podlega tylko ta treść merytoryczna oferty, która jest oceniana

w ramach kryteriów oceny ofert. A zatem zakres możliwych negocjacji wyznaczają kryteria oceny ofert. Nie wszystkie kryteria oceny ofert określone w SWZ muszą być tymi, w ramach których zamawiający będzie prowadził negocjacje. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazuje kryteria oceny ofert, w ramach których będzie prowadził negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Mogą to być zatem wszystkie albo wybrane kryteria oceny ofert, z tych opisanych w SWZ.

Stosownie do treści art. 241 ust. 1 Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. To, jak rozumieć związek z przedmiotem zamówienia, określa art. 241 ust. 2 Pzp (szerzej zob. komentarz do art. 241 Pzp). Pzp dzieli kryteria na kryteria jakościowe, kryterium ceny oraz kryterium kosztu. Przykładowe kryteria jakościowe zostały wskazane w art. 242 ust. 2 Pzp i odnoszą się one do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych, takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,
2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp,
3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia,
4) aspektów innowacyjnych,
5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia,
6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy, takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

W celu przybliżenia dopuszczalnego zakresu negocjacji w wariancie drugim trybu podstawowego na podstawie wskazanych wyżej kryteriów

oceny ofert możemy wyznaczyć przykładowy zakres treści oferty, który może być przedmiotem negocjacji. Negocjacjom może zatem podlegać: cena lub koszt wskazany w ofercie, a także jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, takie jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników. Ponadto negocjować można treść oferty dotyczącą kwestii: środowiskowych, społecznych, innowacyjnych, organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, a także serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy, takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji. Należy pamiętać, że katalog kryteriów określonych w art. 242 ust. 1 Pzp jest katalogiem otwartym (tzn. wymienione w nim kryteria mają wyłącznie charakter przykładowy, na co wskazuje użycie w treści tego przepisu sformułowania „mogą być w szczególności"). W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może skorzystać z kryteriów określonych w Pzp albo określić inne kryteria jakościowe. Wskazany wyżej zakres negocjacji jest wyłącznie przykładowy, jego celem było naświetlenie problematyki negocjacji w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp). Faktyczny i dopuszczalny zakres możliwych negocjacji w danym przypadku zależy od kryteriów oceny ofert, jakie zamawiający określił w SWZ, a następnie w zaproszeniu do negocjacji. Przykładowo, jeśli zamawiający zastosuje tylko jedno kryterium – cenę, negocjować będzie mógł wyłącznie cenę wskazaną w ofercie. Jeśli kryteriami będą cena i warunki dostawy, przedmiotem negocjacji mogą być: cena wskazana w ofercie i warunki dostawy albo wyłącznie cena, albo wyłącznie warunki dostawy. Jeśli kryteriami będą: koszty użytkowania

oraz warunki dostawy, przedmiotem negocjacji będą mogły być koszty użytkowania wskazane w ofercie oraz warunki dostawy albo wyłącznie koszty użytkowania, albo wyłącznie warunki dostawy. Podsumowując powyższe, wskazać należy, że aby sprawdzić, jaki jest dopuszczalny w świetle art. 278 pkt 2 Pzp zakres negocjacji w konkretnym stanie faktycznym, należy zbadać, jakie kryteria oceny ofert zamawiający określił w tym postępowaniu.

Art. 279.

W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, negocjacje treści ofert:

1) **nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań;**
2) **mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.**

1. Granice negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego.

Art. 279 Pzp wyznacza granice możliwych negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) w następujący sposób:

1) art. 279 pkt 1 Pzp – przez wskazanie negatywne, tj. określenie, do czego negocjacje nie mogą prowadzić. Zgodnie z treścią tego przepisu negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW;
2) art. 279 pkt 2 Pzp – określa zakres negocjacji w sposób pozytywny, wskazując, że negocjacje treści ofert mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

2. Negocjacje w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW. W wariancie tym minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, stanowią część OPW, a tym samym są dostępne na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP (zob. art. 280 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przez „minimalne wymagania", o których mowa w art. 279 pkt 1 Pzp, należy rozumieć wymagania kluczowe, na tyle istotne dla zamawiającego, że oferta, która ich nie spełni będzie podlegała odrzuceniu już na pierwszym etapie postępowania (czyli przed negocjacjami). W konsekwencji wykonawca, który złoży ofertę niespełniającą minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, nie zostanie zaproszony do negocjacji. Minimalnym wymaganiem może być np. czas realizacji nie dłuższy niż 6 miesięcy od podpisania umowy czy też wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych. Jest to informacja dla wykonawców, że negocjacje nie mogą prowadzić do wydłużenia czasu realizacji zamówienia, a w drugim przypadku do odstąpienia od wykorzystania energii ze źródeł odnawialnych.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść art. 292 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW oraz do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu. Z powyższej regulacji wynika, że nie tylko minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określone w OPW nie mogą być zmienione

w wyniku prowadzonych negocjacji, ale również zmianie nie mogą ulec istotne elementy treści ogłoszenia o zamówieniu. Przy określaniu istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu należy odwołać się do treści art. 271 ust. 3 Pzp, tym samym za istotne elementy treści ogłoszenia o zamówieniu uznać należy np.: wskazanie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, określenie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje, lub sposobu oceny ich spełniania, nazwy kryteriów oceny ofert, wskazanie kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, a jeżeli zamawiający określił wagi, jakie przypisuje się każdemu z kryteriów oceny ofert, również wagi tych kryteriów.

3. Negocjacje w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

Zakres negocjacji w omawianym przypadku został określony przez odwołanie się w przepisie art. 279 pkt 2 Pzp do warunków zamówienia – „negocjacje mogą dotyczyć warunków zamówienia". Pojęcie „warunki zamówienia" zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp. Warunki zamówienia określają nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawowym dokumentem zamówienia określającym warunki zamówienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu, czyli przed negocjacjami, będzie OPW, a po negocjacjach, przed złożeniem oferty ostatecznej – SWZ. Odwołanie do warunków zamówienia powoduje, że zakres możliwych negocjacji w analizowanym przypadku jest bardzo szeroki, może bowiem dotyczyć: opisu przedmiotu zamówienia, wymagań

związanych z realizacją zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy, a także wymagań proceduralnych z zastrzeżeniem, że nie mogą być to minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia oraz z uwzględnieniem art. 292 ust. 2 Pzp.

Art. 279 pkt 2 Pzp wyznacza cel negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) – jest nim „podniesienie efektywności zamówienia". Efektywność zamówienia znalazła się w ustawowym katalogu zasad udzielania zamówień. Art. 17 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) 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.

Treść art. 17 ust. 1 Pzp nawiązuje do art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, który łączy dokonywanie wydatków publicznych z uzyskiwaniem najlepszych efektów z danych nakładów finansowych[6]. Zasada efektywności zamówienia może być tłumaczona przez zakaz marnotrawienia środków publicznych. Wspiera ją zapożyczona z sektora prywatnego zasada nabywania przez zamawiających potrzebnych im dóbr na warunkach możliwie najbardziej

[6] Art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

efektywnych ekonomicznie, która w praktyce zamówień publicznych oznacza dążenie zamawiających do uzyskania możliwie najbardziej korzystnej relacji pomiędzy wartością (jakością) nabywanych przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych a ceną płaconą za nie lub kosztem, jaki będzie powiązany z nimi i będzie ponoszony przez zamawiającego lub – w szerszym kontekście – przez społeczeństwo. Zatem na gruncie art. 279 pkt 2 Pzp negocjowanie w celu podniesienia efektywności oznaczać będzie dążenie do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Uwzględniając treść art. 17 ust. 1 Pzp, będzie to oznaczać nie tylko dążenie do uzyskania optymalnej jakości (wartości) zamówienia w stosunku do ceny, którą zapłaci zamawiający, ale również, o ile charakter zamówienia na to pozwala, dążenie do uzyskania jak najlepszych efektów związanych z realizacją celów publicznych (efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych), które ma realizować dane zamówienie.
Więcej na temat efektywności zamówienia – zob. komentarz do art. 17 ust. 1 Pzp.

Art. 280.

1. Od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do:

1) SWZ – w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2,

2) opisu potrzeb i wymagań – w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3

– nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ albo części opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania, z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1, udostępnia je w inny sposób, określony w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ albo części opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania, z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nich zawartych, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

1. Udostępnienie przez zamawiającego OPW oraz SWZ. Art. 280 ust. 1 Pzp wskazuje, że od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania:

1) w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) – SWZ;
2) w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) – OPW.

Dostęp ten musi być:

1) bezpłatny, co oznacza, że wykonawca nie może ponosić kosztów za pobranie SWZ lub OPW ze strony internetowej prowadzonego postępowania, w szczególności zamawiający nie może żądać żadnych opłat za jej pobranie;
2) pełny, co oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres tych dokumentów. Pełny dostęp do SWZ lub OPW dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści SWZ lub OPW;

3) bezpośredni, co oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do tych dokumentów, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca w celu dostępu do SWZ lub OPW nie powinien być zmuszany do logowania się czy też podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia;
4) nieograniczony, co oznacza, że każdy może mieć do SWZ lub OPW dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia.

W art. 280 ust. 1 Pzp uregulowany został przedział czasowy, w którym zamawiający ma obowiązek zapewnić dostęp do SWZ lub OPW. Zamawiający musi zapewnić dostęp do SWZ od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP, najkrócej do dnia udzielenia zamówienia (tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).

2. Dopuszczalne wyjątki od ogólnej zasady udostępniania SWZ lub OPW. Przepisy art. 280 ust. 2 i 3 Pzp stanowią o dopuszczalnych wyjątkach od ogólnej zasady dotyczącej udostępniania SWZ lub OPW, wyrażonej w art. 280 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 280 ust. 2 Pzp zamawiający może w wyjątkowych przypadkach, określonych w art. 65 ust. 1 Pzp, odstąpić od udostępniania na stronie internetowej prowadzonego postępowania części SWZ albo części OPW. Należy przy tym podkreślić, że zaistnienie jednej lub większej liczby sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do odstępstwa od udostępniania całej treści SWZ lub OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Art. 65 ust. 1 Pzp wyraźnie

bowiem stanowi, że odstępstwo od ogólnej zasady udostępniania pełnej treści SWZ lub OPW dotyczy wyłącznie tej części SWZ lub OPW, w odniesieniu do której została spełniona chociażby jedna z określonych przesłanek, tj. w sytuacji gdy:

1) z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia, użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;
2) aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert lub prac konkursowych, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte licencją i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego;
3) użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby pozyskania przez zamawiającego specjalistycznego sprzętu biurowego;
4) zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;
5) jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej;
6) jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi, lub urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców lub które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego;

7) zamówienie jest udzielane lub konkurs jest organizowany przez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej w państwie trzecim, niebędącym członkiem UE, z którym UE nie zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu usług zaufania, o której mowa w art. 14 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, oraz wartość tego zamówienia lub konkursu jest mniejsza niż progi unijne.

W takim przypadku zamawiający udostępnia odpowiednie **części SWZ albo części OPW w sposób określony w ogłoszeniu o zamówieniu.**

3. Ochrona poufnego charakteru informacji. Przepis art. 280 ust. 3 Pzp reguluje sytuację, w której zamawiający nie może udostępnić części SWZ lub części OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru informacji w nich zawartych. W takim przypadku zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru.

Art. 281.

1. W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;

2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;

3) tryb udzielenia zamówienia;

4) informację, czy zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji;

5) opis przedmiotu zamówienia;

6) termin wykonania zamówienia;

7) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy;

8) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;

9) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69;

10) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;

11) termin związania ofertą;

12) opis sposobu przygotowania oferty;

13) sposób oraz termin składania ofert;

14) termin otwarcia ofert;

15) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1;

16) sposób obliczenia ceny;

17) opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert;

18) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera również:

1) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje;

2) informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje;

3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia;

4) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;

5) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;

6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;

7) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95;

8) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;

9) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;

10) wymagania dotyczące wadium, w tym jego kwotę, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium;

11) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień;

12) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;

13) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;

14) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;

15) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121;

16) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;

17) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;

18) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93;

19) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający je przewiduje.

3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, SWZ zawiera również informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, stosując kryteria oceny ofert.

4. Kwota wadium, o której mowa w ust. 2 pkt 10, nie może być większa niż 1,5% wartości zamówienia.

1. SWZ w trybie podstawowym. W trybie podstawowym w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) podstawowym dokumentem zamówienia jest SWZ, natomiast w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) podstawowym dokumentem zamówienia jest OPW, a na dalszym etapie postępowania – SWZ. W wariancie pierwszym i drugim trybu podstawowego SWZ jest udostępniana na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP (zob. art. 280 ust. 1 pkt 1 Pzp). W wariancie trzecim trybu podstawowego SWZ sporządzana jest dopiero po przeprowadzeniu negocjacji i stanowi doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji (art. 292 ust. 1 Pzp).

2. Treść SWZ w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego.

Treść SWZ:

1) w wariancie pierwszym trybu podstawowego (art. 275 pkt 1 Pzp) została określona w art. 281 ust. 1 i 2 Pzp;
2) w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) została określona w art. 281 ust. 1–3 Pzp.

W omawianych przypadkach SWZ zawiera zatem:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia (ponieważ dostęp do SWZ powinien być bezpośredni, należy podać dokładny adres lub ścieżkę dostępu);
3) tryb udzielenia zamówienia, czyli tryb podstawowy;
4) informację, czy zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji (należy określić, czy wybrany został wariant pierwszy trybu podstawowego czyli bez negocjacji – art. 275 pkt 1 Pzp, czy wariant drugi trybu podstawowego z możliwością negocjacji – art. 275 pkt 2 Pzp);
5) opis przedmiotu zamówienia (regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte zostały w art. 99–103 Pzp, przedmiotowych środków dowodowych – w art. 104–107 Pzp);
6) termin wykonania zamówienia (zamawiający, określając termin, musi uwzględnić regulacje określone w art. 434 Pzp – dotyczące terminu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 435 Pzp – dotyczące możliwości zawarcia umowy na czas nieoznaczony oraz art. 436 pkt 1 Pzp – dotyczące obowiązku określenia w umowie planowanego terminu wykonania umowy);

7) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy (zamawiający powinien w szczególności mieć na uwadze regulacje zawarte w art. 433 Pzp – zakazy dotyczące projektowanych postanowień umownych, art. 436–439 Pzp – obowiązkowe postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 441–443 Pzp – prawo opcji, zaliczki na poczet wykonania zamówienia, zapłata wynagrodzenia w częściach);
8) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (ramy prawne dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami ujęte zostały w art. 61–69 Pzp, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp[7]);
9) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (możliwość odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (możliwość wymagania użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (możliwość wymagania użycia narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi które nie są ogólnie dostępne);

[7] Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej

10) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;
11) termin związania ofertą (należy przy tym zaznaczyć, że zamawiający, określając ten termin, powinien się kierować regulacjami zawartymi w art. 307 Pzp);
12) opis sposobu przygotowania oferty (sposób przygotowania oferty determinowany jest zasadą składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej);
13) sposób oraz termin składania ofert (sposób składania ofert determinowany jest zasadą składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp; termin składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu reguluje art. 283 Pzp; zgodnie z jego treścią zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP, przy czym w SWZ zamawiający powinien wskazać precyzyjny termin składania ofert, tj. konkretną datę i godzinę, do której jest możliwe składanie ofert);
14) termin otwarcia ofert (zgodnie z art. 222 ust. 1 Pzp otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert; należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie Pzp zamawiający nie ma już obowiązku publicznego otwarcia ofert);

15) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania);
16) sposób obliczenia ceny;
17) opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zamawiający powinien uwzględnić regulacje dotyczące kryteriów oceny ofert ujęte w art. 239–247 Pzp);
18) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w tej części SWZ, oprócz kwestii formalnych związanych z reprezentacją osób uprawnionych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający powinien poinformować np. o obowiązku wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o ile je przewiduje, czy też o obowiązku przedłożenia kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o ile oferta takich wykonawców zostanie wybrana);
19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (regulacje dotyczące środków ochrony prawnej, w tym terminy na ich wniesienie, ujęte zostały w dziale IX Pzp – zob. art. 505 i następne Pzp);
20) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje (fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania);
21) informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje (regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu ujęte zostały w art. 112–117 Pzp);
22) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia (regulacje dotyczące

podmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 127 ust. 2, art. 128, art. 273 i art. 274 Pzp);

23) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;

24) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;

25) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;

26) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp (wymóg zatrudnienia osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie stosunku pracy);

27) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp (tj. osób bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego, osób niepełnosprawnych, innych osób w rozumieniu ustawy o zatrudnieniu socjalnym, osób do 30. roku życia oraz po 50. roku życia o statusie osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;

28) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (tj.

wykonawców mających status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnych oraz innych wykonawców, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych);

29) wymagania dotyczące wadium, w tym jego kwotę, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium (kwota wadium nie może być większa niż 1,5% wartości zamówienia – art. 281 ust. 4 Pzp);
30) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (tj. zamówieniach polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych i zamówieniach na dodatkowe dostawy);
31) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;
32) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
33) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
34) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp (dotyczącą osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty

budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy) i art. 121 Pzp (dotyczącą zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy);

35) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
36) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp (zawierającym obowiązkową treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej), jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;
37) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp (tj. gdy komunikacja w postępowaniu prowadzona jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej);
38) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający je przewiduje.

Dodatkowo w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego SWZ zawiera także informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji.

Art. 282.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, opis potrzeb i wymagań zawiera odpowiednio informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 pkt 1–3, 8–10, 12–15 i 19.

2. Opis potrzeb i wymagań zawiera również:

1) informacje, o których mowa w art. 281 ust. 2 pkt 1–9 i 11–19 i ust. 3;

2) określenie przedmiotu zamówienia;

3) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;

4) minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty;

5) opis kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

3. Informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacjom.

1. Opis potrzeb i wymagań. OPW jest jednym z dokumentów zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 3 Pzp. Zwrócić należy uwagę, że OPW sporządzany jest tylko w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. W wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i w wariancie

drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego zamawiający sporządza SWZ. W wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) zamawiający sporządza SWZ dopiero po zakończeniu negocjacji. W tym przypadku SWZ stanowi doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. OPW zamieszczany jest przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na zasadach określonych w art. 280 pkt 2 Pzp.

2. Treść opisu potrzeb i wymagań. Przy sporządzaniu OPW należy mieć na uwadze zasadę określoną w art. 282 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą informacje zawarte w OPW muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom:

1) ustalenie charakteru zamówienia,
2) ustalenie zakresu zamówienia,
3) podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacjom.

Treść OPW określa art. 282 ust. 1 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu OPW zawiera informacje, o których mowa w następujących przepisach:

1) art. 281 ust. 1 pkt 1–3 Pzp,
2) art. 281 ust. 1 pkt 8–10 Pzp,
3) art. 281 ust. 1 pkt 12–15 Pzp,
4) art. 281 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Z powyższego wynika, że OPW musi obejmować:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania (art. 281 ust. 1 pkt 1 Pzp);
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia

bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 281 ust. 1 pkt 2 Pzp);

3) tryb udzielenia zamówienia (art. 281 ust. 1 pkt 3 Pzp);
4) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (art. 281 ust. 1 pkt 8 Pzp);
5) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp – dotyczy możliwości odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, art. 66 Pzp – dotyczy możliwości wymagania przez zamawiającego użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, art. 69 Pzp – dotyczy możliwości wymagania przez zamawiającego sporządzenia ofert przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne (art. 281 ust. 1 pkt 9 Pzp);
6) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami (art. 281 ust. 1 pkt 10 Pzp);
7) opis sposobu przygotowania oferty (art. 281 ust. 1 pkt 12 Pzp);
8) sposób oraz termin składania ofert (art. 281 ust. 1 pkt 13 Pzp);
9) termin otwarcia ofert (art. 281 ust. 1 pkt 14 Pzp);
10) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp – dotyczy obligatoryjnych podstaw wykluczenia z postępowania (art. 281 ust. 1 pkt 15 Pzp);

11) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (art. 281 ust. 1 pkt 19 Pzp)8.

Zgodnie z treścią art. 282 ust. 2 Pzp OPW **zawiera także**:

1) informacje, o których mowa w art. 281 ust. 2 pkt 1–9 i 11–19 i ust. 3 Pzp, czyli:
   a. fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje (art. 281 ust. 2 pkt 1 Pzp),
   b. informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje (art. 281 ust. 2 pkt 2 Pzp),
   c. informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia (art. 281 ust. 2 pkt 3 Pzp),
   d. opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (art. 281 ust. 2 pkt 4 Pzp),

---

[8] Warto w tym miejscu zasygnalizować **istotną zmianę w zakresie środków ochrony prawnej** w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne. Na gruncie Pzp2004 możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w tych postępowaniach była ograniczona – środki ochrony prawnej w postaci odwołania i skargi na orzeczenie KIO można było wnieść tylko od konkretnie wskazanych w Pzp2004 czynności zamawiającego. W pozostałych przypadkach wykonawcy mogli jedynie zasygnalizować zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, co nie wiązało się z poddaniem tych czynności lub zaniechań kontroli przez organy właściwe w zakresie środków ochrony prawnej. Obecnie obowiązująca Pzp nie uzależnia możliwości wniesienia odwołania od wartości zamówienia i wprowadza zasadę możliwości zaskarżenia niezgodnej z prawem czynności lub zaniechania zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, czy postępowań o wartości poniżej tych progów. Środki ochrony prawnej w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym przysługują wykonawcy na zasadach ogólnych, określonych w dziale IX Pzp.

e. liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części (art. 281 ust. 2 pkt 5 Pzp),
f. informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie (art. 281 ust. 2 pkt 6 Pzp),
g. wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp – dotyczy sytuacji, gdy zamawiający wymaga realizacji zamówienia na usługi lub roboty budowlane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy (art. 281 ust. 2 pkt 7 Pzp),
h. wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp – dotyczy bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych zatrudnianych w celu przygotowania zawodowego, osób niepełnosprawnych i innych osób wskazanych w ustawie o zatrudnieniu socjalnym, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (art. 281 ust. 2 pkt 8 Pzp),
i. informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp (tj. zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne, wykonawców, których głównym celem jest społeczna

i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (art. 281 ust. 2 pkt 9 Pzp),

j. informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp (tj. zamówieniach udzielanych dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego), jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (art. 281 ust. 2 pkt 11 Pzp),

k. informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów (art. 281 ust. 2 pkt 12 Pzp),

l. informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych (art. 281 ust. 2 pkt 13 Pzp),

m. informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot (art. 281 ust. 2 pkt 14 Pzp),

n. informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp i art. 121 Pzp (art. 281 ust. 2 pkt 15 Pzp),

o. maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej (art. 281 ust. 2 pkt 16 Pzp),

p. informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną (art. 281 ust. 2 pkt 17 Pzp),

q. wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp, tj. w sytuacji, gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 281 ust. 2 pkt 18 Pzp),

r. informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający je przewiduje (art. 281 ust. 2 pkt 19 Pzp),

s. informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, stosując kryteria oceny ofert (art. 281 ust. 3 Pzp);

2) określenie przedmiotu zamówienia (art. 282 ust. 2 pkt 2 Pzp);

3) opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia (art. 282 ust. 2 pkt 3 Pzp);

4) minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty (art. 282 ust. 2 pkt 4 Pzp);

5) opis kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający

wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 282 ust. 2 pkt 5 Pzp).

Art. 283.

Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1. Wyznaczenie terminu składania ofert. Art. 283 Pzp określa zasady wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Terminy minimalne na składanie ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu są takie same we wszystkich trzech wariantach trybu podstawowego. Powyższa regulacja nie ma natomiast zastosowania do ofert dodatkowych oraz ofert ostatecznych (zasady wyznaczania terminów składania ofert dodatkowych oraz ofert ostatecznych określa art. 296 ust. 1 i 3 Pzp).

2. Zasady wyznaczania terminu składania ofert. Termin składania ofert wyznacza zamawiający. Regułą jest to, aby termin ten był wyznaczony z uwzględnieniem:

1) złożoności zamówienia oraz
2) czasu potrzebnego na przygotowanie ofert.

3. Minimalne terminy składania ofert. Art. 283 Pzp określa minimalne terminy składania ofert dla następujących rodzajów zamówień:

1) dla dostaw i usług – termin składania ofert nie może być krótszy niż **7 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP,

2) dla robót budowlanych – termin składania ofert nie może być krótszy niż **14 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

4. Miejsca publikacji terminów na składanie ofert. Termin składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zamawiający wskazuje w SWZ – w przypadku wariantu pierwszego (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugiego (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego (zob. art. 281 ust. 1 pkt 13 Pzp), w OPW – w przypadku wariantu trzeciego (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego (zob. art. 282 ust. 1 Pzp) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

5. Przedłużenie terminu składania ofert. Pzp przewiduje obligatoryjne przedłużenie terminu składania ofert w następujących sytuacjach:

1) w przypadku, o którym mowa w art. 271 ust. 3 Pzp – gdy dochodzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i zmiana ta jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania (zob. art. 271 ust. 3 Pzp z komentarzem);
2) w przypadku, o którym mowa w art. 286 ust. 3 Pzp – gdy dochodzi do zmiany SWZ, a zmiana ta jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie ofert (zob. art. 286 ust. 3 Pzp z komentarzem);
3) w przypadku, o którym mowa w art. 286 ust. 4 Pzp – gdy dochodzi do zmiany OPW, a zmiana ta jest istotna dla sporządzenia ofert podlegających negocjacjom lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie tych ofert (zob. art. 286 ust. 3 Pzp z komentarzem);
4) w przypadku, o którym mowa w art. 284 ust. 3 Pzp – gdy zamawiający nie udzieli wyjaśnień SWZ albo OPW w określonym

terminie, przedłuża termin składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

Art. 284.

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań.

2. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

3. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, o którym mowa w ust. 2, przedłuża termin składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

4. W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania odpowiednio wyjaśnień SWZ albo opisu potrzeb i wymagań oraz obowiązku przedłużenia terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

5. Przedłużenie terminu składania ofert, o których mowa w ust. 4, nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań.

6. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia, bez ujawniania źródła zapytania, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w art. 280 ust. 2 i 3, przekazuje wykonawcom, którym udostępnił odpowiednio SWZ albo opis potrzeb i wymagań.

1. Wyjaśnienia SWZ albo OPW na wniosek wykonawcy. Zgodnie z art. 284 ust. 1 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie – w zależności od zaistniałej sytuacji i wariantu trybu podstawowego, w którym prowadzone jest postępowanie – zarówno SWZ, jak i OPW.

2. Termin na udzielenie wyjaśnień. Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w terminie określonym w art. 284 ust. 2 Pzp, tj. co do zasady – **niezwłocznie**, jednak nie później niż na **2 dni** przed upływem terminu odpowiednio: składania ofert (wariant pierwszy i drugi trybu podstawowego) albo ofert podlegających negocjacjom (wariant trzeci trybu podstawowego). **Warunkiem** jest to, aby wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego nie później niż na **4 dni** przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. Wymóg, aby wniosek o wyjaśnienie **wpłynął do zamawiającego** w określonym terminie, oznacza, że w tym terminie zamawiający ma otrzymać ten wniosek, aby być zobowiązanym do udzielenia odpowiedzi.

3. Sposób liczenia upływu terminu na złożenie wniosku o wyjaśnienia SWZ albo OPW oraz udzielenie wyjaśnień. Aby ustalić, kiedy upływa termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie OPW albo SWZ, należy najpierw od daty składania ofert odjąć 4 dni. Powstała w ten sposób data musi być jeszcze skonfrontowana z przepisem art. 115 Kc, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na

dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Ustaleniu bowiem podlega termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści OPW albo SWZ (termin do wykonania czynności). Gdyby okazało się, że data ta przypada na dzień ustawowo wolny od pracy (czyli niedzielę lub święto) albo na sobotę, termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści OPW albo SWZ, zobowiązujący zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Ponieważ Pzp nie reguluje w sposób szczególny początku i końca dnia, zgodnie z art. 111 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp termin upłynie o północy ostatniego dnia terminu.

W podobny sposób należy postąpić w przypadku liczenia terminu na udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień w odpowiedzi na wniosek wykonawcy. Również ten termin jest terminem końcowym. Zaczyna bieg w dniu, w którym wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści OPW albo SWZ, a kończy w 2. dniu przed upływem terminu składania ofert. Zatem od daty, w której upływa termin składania ofert, należy odjąć 2 dni.

4. Konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień odpowiednio SWZ albo OPW w terminie. Konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w terminie wskazanym w art. 284 ust. 2 Pzp określa art. 284 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w przepisanym terminie, a wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego z zachowaniem ustawowego terminu – **zamawiający zobligowany jest do przedłużenia terminu** składania ofert (wariant pierwszy i drugi trybu podstawowego) albo ofert podlegających negocjacjom (wariant trzeci trybu podstawowego) **o czas niezbędny** do zapoznania

się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. W tym zakresie Pzp nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia. Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się kierować wagą i zakresem wyjaśnień.

5. Konsekwencje niezłożenia przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie SWZ albo OPW w terminie. Konsekwencje złożenia przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie po upływie terminu wskazanego w art. 284 ust. 2 Pzp określa art. 284 ust. 4 Pzp. Przepis ten wskazuje, że jeżeli wniosek o wyjaśnienie SWZ albo OPW wpłynął do zamawiającego po upływie ustawowego terminu (tj. 4 dni przed upływem terminu składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom – art. 284 ust. 2 Pzp), to zamawiający:

1) nie ma obowiązku udzielenia wyjaśnień oraz
2) nie ma obowiązku przedłużenia terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

Z użytego w przepisie art. 284 ust. 4 Pzp sformułowania „nie ma obowiązku" należy wnioskować, że zamawiający nie musi wykonywać wskazanych wyżej czynności, jednak – jeżeli uzna to za uzasadnione, w szczególności z uwagi na efektywność postępowania – może udzielić wyjaśnień, może także przedłużyć termin składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom.

6. Przedłużenie terminu składania ofert. Przedłużenie terminu składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom w związku z udzieleniem wyjaśnień do – odpowiednio – SWZ albo OPW w trybie art. 284 ust. 4 Pzp (tj. gdy wniosek o wyjaśnienie nie wpłynął w terminie, w związku z czym zamawiający nie miał obowiązku udzielenia wyjaśnień i przedłużenia terminu składania ofert) nie wpływa na bieg terminu

składania wniosku o wyjaśnienie treści – odpowiednio – SWZ albo OPW (art. 284 ust. 5 Pzp), czyli termin 4-dniowy należy liczyć od pierwotnie wyznaczonego terminu składania ofert, pomimo przedłużenia tego terminu.

7. Udostępnianie zapytań i wyjaśnień. Zasadą jest, że treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Nie udostępnia się przy tym źródła zapytania (art. 284 ust. 6 Pzp).

8. Obowiązek przekazania treści zapytań wraz z odpowiedziami. W przypadkach, o których mowa w:

1) art. 280 ust. 2 Pzp (tj. jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ albo OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 Pzp, wtedy udostępnia je w inny sposób określony o ogłoszeniu o zamówieniu),
2) art. 280 ust. 3 Pzp (tj. jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ albo OPW na stronie internetowej prowadzanego postępowania z powodu ochrony poufnego charakteru zawartych w nich informacji, wtedy określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji i wymagania dotyczące ich ochrony),

zamawiający zobowiązany jest do przekazania treści zapytań wraz z odpowiedziami, również bez ujawnienia źródła zapytania, wykonawcom, którym udostępnił SWZ albo OPW.

9. Zebranie wykonawców. Zasygnalizować warto, że Pzp przewiduje również inny tryb wyjaśniania treści SWZ albo OPW. Mowa tu o zebraniu wykonawców, które zamawiający może zwołać w trybie art. 285 Pzp (zob. komentarz do art. 285 Pzp).

Art. 285.

1. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

2. Zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

1. Zebranie wykonawców. Zgodnie z art. 285 ust. 1 Pzp zamawiający może zwołać zebranie **wszystkich wykonawców** w celu wyjaśnienia treści SWZ albo treści OPW.

Zamawiający zwołuje zebranie z własnej inicjatywy, jednak uznać należy, że nie ma przeszkód, aby wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie takiego zebrania. Należy podkreślić, że w interesie zarówno zamawiających, jak i wykonawców jest to, aby wszelkie wątpliwości dotyczące SWZ lub OPW były należycie wyjaśnione, bowiem przekłada się to bezpośrednio na efektywność prowadzonego postępowania. Konstrukcja przepisu art. 285 Pzp prowadzi do wniosku, że statuuje on możliwość, a nie obowiązek po stronie zamawiającego do zwołania takiego zebrania. Decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego, który powinien ją podjąć po rozważeniu całokształtu okoliczności danej sprawy, w szczególności uwzględniając specyfikę prowadzonego postępowania. Jeśli zamawiający zdecyduje się na zwołanie zebrania, to w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego zebranie w celu

wyjaśnienia treści SWZ powinno być zwołane przed upływem terminu składania ofert (składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu). Natomiast w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego zebranie w celu wyjaśnienia OPW powinno być zwołane przed upływem terminu składania ofert podlegających negocjacjom (tj. ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu), natomiast zebranie w celu wyjaśnienia treści SWZ powinno być zwołane przed upływem terminu składania ofert ostatecznych (zob. komentarz do art. 295 ust. 4 Pzp).

2. Informacja o terminie zebrania wykonawców. Zgodnie z art. 285 Pzp zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia informacji o terminie zebrania na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Wskazać należy, że obecność wykonawcy na tym zebraniu nie jest obowiązkowa. Wykonawca może uzyskać wiedzę na temat pytań zadanych w trakcie spotkania i odpowiedzi na te pytania, zapoznając się z treścią informacji ze spotkania, sporządzanej i udostępnianej przez zamawiającego w trybie art. 285 ust. 2 Pzp.

3. Informacja po zebraniu wykonawców. Po zebraniu z wykonawcami zamawiający sporządza informację z zebrania, która zawiera zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści oraz odpowiedzi na te pytania. Podlega ona udostępnieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ważne jest, że w informacji tej nie wskazuje się źródeł zapytania. Informacja ze spotkania ma takie samo znaczenie w postępowaniu jak udostępnienie przez zamawiającego treści zapytań do SWZ albo OPW wraz z odpowiedziami w trybie art. 284 ust. 6 Pzp. Warto wskazać, że art. 285 Pzp wprowadzający możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców jest regulacją niezależną od wskazanej w art. 284 Pzp, dotyczącej wyjaśniania treści odpowiednio SWZ

albo OPW na wniosek wykonawcy. Oznacza to, że w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą być zastosowane obie te regulacje.

Art. 286.

1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

2. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert podlegających negocjacjom zmienić treść opisu potrzeb i wymagań.

3. W przypadku gdy zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

4. W przypadku gdy zmiana treści opisu potrzeb i wymagań jest istotna dla sporządzenia ofert podlegających negocjacjom lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści opisu potrzeb i wymagań i przygotowanie tych ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

5. Zamawiający informuje wykonawców o przedłużonym terminie składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której została odpowiednio udostępniona SWZ albo opis potrzeb i wymagań.

6. Informację o przedłużonym terminie składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 6.

7. Dokonaną zmianę treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

8. Jeżeli zmiana dotyczy części odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 280 ust. 2 i 3, dokonaną zmianę treści SWZ albo odpowiednio opisu potrzeb i wymagań przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu.

9. W przypadku gdy zmiana treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 6.

1. Zmiana SWZ. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. W treści art. 286 ust. 1 Pzp należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:

1) zmiana SWZ możliwa jest tylko w uzasadnionych przypadkach,
2) zmiana SWZ może być dokonana tylko przed upływem terminu składania ofert.

Dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 286 ust. 7 Pzp). Jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania z przyczyn, o których mowa w art. 280 ust. 2 i 3 Pzp, dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 286 ust. 8 Pzp).

Należy zwrócić uwagę, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne nie ma regulacji analogicznej do art. 137 ust. 7 Pzp

(nakazującej unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 Pzp w sytuacji, gdy zmiana treści SWZ prowadziłaby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłaby do znacznej zmiany zakresu zamówienia), a zatem w postępowaniach tych – w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp) i drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego – zakres możliwych zmian SWZ jest szerszy niż w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zmianie zatem może ulec również zakres zamówienia, o ile zmiana ta nastąpi przed upływem terminu składania ofert i zamawiający przedłuży termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

W wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego zamawiający sporządza SWZ dopiero po zakończeniu negocjacji. Z tego względu zakres możliwych zmian SWZ jest ograniczony. W myśl art. 292 ust. 2 Pzp SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW oraz do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu. Przypomnieć należy, że w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego SWZ stanowi jedynie doprecyzowanie i uzupełnienie informacji zawartych w OPW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

2. Przedłużenie terminu składania ofert z powodu zmiany SWZ.

Art. 286 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zamawiający dokona zmiany treści SWZ, a zmiana ta jest:

1) istotna dla sporządzenia oferty lub
2) wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert.

Sposób sformułowania art. 286 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że wystarczy zaistnienie jednej z tych przesłanek, aby zamawiający zobowiązany był do przedłużenia terminu składania ofert.
Pzp nie określa minimalnego ani maksymalnego okresu przedłużenia tego terminu, wskazując, że zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia tego terminu o czas niezbędny na przygotowanie ofert**.** Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się zatem kierować wagą i zakresem zmian w SWZ.

3. Zmiana OPW – wariant trzeci trybu podstawowego. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert podlegających negocjacjom zmienić treść OPW. W art. 286 ust. 4 Pzp należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:

1) zmiana OPW możliwa jest tylko w uzasadnionych przypadkach,
2) zmiana OPW może być dokonana tylko przed upływem terminu składania ofert podlegających negocjacjom.

Dokonaną zmianę treści OPW zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 286 ust. 7 Pzp). Jeżeli zmiana dotyczy części OPW, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania z przyczyn, o których mowa w art. 280 ust. 2 i 3 Pzp, dokonaną zmianę treści OPW zamawiający przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 286 ust. 8 Pzp).

4. Przedłużenie terminu składania ofert z powodu zmiany OPW – wariant trzeci trybu podstawowego.

Art. 286 ust. 4 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert podlegających negocjacjom, jeżeli zamawiający dokona zmiany OPW, a zmiana ta jest:

1) istotna dla sporządzenia ofert podlegających negocjacjom lub

2) wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści OPW i przygotowanie ofert podlegających negocjacjom.

Sposób sformułowania art. 286 ust. 4 Pzp prowadzi do wniosku, że wystarczy zaistnienie jednej z tych przesłanek, aby zamawiający zobowiązany był do przedłużenia terminu składania ofert podlegających negocjacjom.

Pzp nie określa minimalnego ani maksymalnego okresu przedłużenia tego terminu, wskazując, że zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia tego terminu o czas niezbędny na przygotowanie ofert podlegających negocjacjom. Wyznaczając przedłużony termin, zamawiający musi się kierować wagą i zakresem zmian w OPW.

5. Informacja o przedłużonym terminie składania ofert lub ofert podlegających negocjacjom. Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom – odpowiednio do wariantu trybu podstawowego. Odbywa się to przez zamieszczenie informacji o przedłużeniu terminu na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której zamieszczona została SWZ (w przypadku przedłużenia terminu składania ofert) albo OPW (w przypadku przedłużenia terminu składania ofert podlegających negocjacjom w wariancie trzecim trybu podstawowego).

6. Zamawiający zobligowany jest do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia (ogłoszenie z art. 267 ust. 2 pkt 6 Pzp), które zawiera informację o przedłużonym terminie składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom (art. 286 ust. 6 Pzp).

Art. 287.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, gdy zamawiający nie prowadzi negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, do ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie stosuje się przepisów art. 222 ust. 4, art. 224, art. 225 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8–14, 17 i 18. Zamawiający odrzuca oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
2) których oferty zostały odrzucone,
3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający informuje równocześnie każdego z wykonawców z osobna o:

1) odrzuceniu jego oferty albo
2) w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1, o niezakwalifikowaniu jego oferty do negocjacji oraz o przyznanej punktacji w każdym kryterium oceny oferty i łącznej punktacji

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

1. Uwagi ogólne. Art. 287 Pzp dotyczy postępowania prowadzonego w trybie podstawowym w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) i trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp). Nie ma zastosowania do trybu podstawowego w wariancie pierwszym (art. 275 pkt 1 Pzp), gdzie zamawiający ocenia oferty i dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem odpowiednich przepisów z działu II (zob. komentarz do art. 275 Pzp). Celem usystematyzowania warto wskazać, że:

1) **art. 287 ust. 1 Pzp** – dotyczy **wariantu drugiego** (art. 275 pkt 2 Pzp – tryb podstawowy z możliwością negocjacji), w sytuacji gdy zamawiający ostatecznie nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji i dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty bez ich prowadzenia;
2) **art. 287 ust. 2 i 4 Pzp – dotyczy wariantu trzeciego** (art. 275 pkt 3 Pzp – tryb podstawowy z obowiązkiem negocjacji);
3) **art. 287 ust. 3 – dotyczy wariantu drugiego** (art. 275 pkt 2 Pzp – tryb podstawowy z możliwością negocjacji), w sytuacji gdy zamawiający decyduje się na prowadzenie negocjacji, dlatego musi poinformować wszystkich wykonawców o okolicznościach wskazanych w tym przepisie.

2. Postępowanie z ofertą i wybór oferty najkorzystniejszej w wariancie drugim trybu podstawowego w sytuacji, w której zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji. Przypomnieć należy, że wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w SWZ, że zamawiający w danym postępowaniu stosuje tryb podstawowy, o którym mowa w art. 275 pkt 2 Pzp (wariant drugi) nie obliguje zamawiającego do przeprowadzenia negocjacji, lecz jest warunkiem umożliwiającym ich przeprowadzenie. O tym, czy do negocjacji dojdzie, decyduje

zamawiający po ocenie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

2.1. Ocena ofert w wariancie drugim trybu podstawowego. Stosownie do treści art. 266 Pzp do oceny ofert w omawianym przypadku stosuje się przepisy art. 223–226 Pzp. Wskazane przepisy regulują następujące kwestie:

1) art. 223 ust. 1 Pzp – odnosi się do możliwości żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń oraz zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, dokonywania zmiany w jej treści.

   Zakaz prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 223 ust. 1 Pzp, należy odczytywać w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie prowadzeniu negocjacji treści ofert wyznaczonych kryteriami oceny ofert, w przypadku wyboru trybu podstawowego w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp), bowiem zgodnie z art. 266 Pzp zastosowanie mają tu przepisy działu II Pzp, chyba że przepisy działu III Pzp stanowią inaczej. W omawianym przypadku przepisy działu III Pzp przewidują możliwość prowadzenia negocjacji w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Nie będzie natomiast możliwe prowadzenie negocjacji i dokonanie zmiany w treści oferty, jeżeli po ocenie ofert zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z możliwości, o której mowa w art. 287 ust. 1 Pzp, czyli dokona wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) art. 223 ust. 2 Pzp – dotyczy poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych i innych omyłek polegających na

niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;

3) art. 223 ust. 3 Pzp – dotyczy wyznaczenia wykonawcy terminu na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia;
4) art. 224 Pzp – dotyczy wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny; wskazać należy, że zastosowanie do postępowań prowadzonych w trybie podstawowym znajdą przepisy art. 224 ust. 1–6 Pzp, art. 224 ust. 7 Pzp dotyczy bowiem wyłącznie postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne);
5) art. 225 Pzp – dotyczy oferty, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług;
6) art. 226 Pzp – wskazuje obligatoryjne przesłanki odrzucenia oferty.

Więcej na temat oceny ofert – zob. komentarz do art. 223–226 Pzp.

2.2. Wybór najkorzystniejszej oferty w wariancie drugim trybu podstawowego w sytuacji, w której zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji. W sytuacji gdy w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego zamawiający nie prowadzi negocjacji, po dokonaniu oceny ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 287 ust. 1 Pzp).

W takim przypadku, stosownie do treści art. 266 Pzp, do wyboru najkorzystniejszej oferty stosuje się przepisy art. 239–253 Pzp, gdzie:

1) art. 239 Pzp – zawiera zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert oraz definicję najkorzystniejszej oferty;
2) art. 240 Pzp – zawiera zasady opisywania kryteriów oceny ofert;

3) art. 241 Pzp – statuuje zasadę związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia;
4) art. 242 Pzp – wskazuje kryteria oceny ofert, przykładowe kryteria jakościowe; określa zasadę, że najkorzystniejszą ofertę wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów cena lub koszt są stałe;
5) art. 243 Pzp – wskazuje kryteria w postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący;
6) art. 244 Pzp – zawiera delegację do wydania rozporządzenia w sprawie innych niż cena kryteriów oceny ofert;
7) art. 245 Pzp – dotyczy rachunku kosztów cyklu życia;
8) art. 246 Pzp – wprowadza ograniczenie stosowania kryterium ceny dla zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp;
9) art. 247 Pzp – dotyczy określenia wag kryteriów oceny ofert;
10) art. 248 Pzp – wskazuje sposób postępowania, w sytuacji gdy dwie lub więcej ofert przedstawiające taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert;
11) art. 249 Pzp – dotyczy sytuacji, gdy nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt;
12) art. 250 Pzp – wskazuje na sytuację, gdy brak możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty

o takim samym koszcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt;

13) art. 251 Pzp – dotyczy braku możliwości zaoferowania w ofertach dodatkowych, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249, art. 250 ust. 2 Pzp, cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych ofertach;

14) art. 252 Pzp – statuuje zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia; ponadto reguluje: kwestię upływu terminu związania ofertą przed wyborem najkorzystniejszej oferty i wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty; zwrócenie się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w przypadku braku zgody pierwszego z wykonawców;

15) art. 253 Pzp – dotyczy obowiązku poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawców, którzy złożyli oferty, udostępnienie tej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania. (W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w przypadku, gdy zamawiający wybiera wariant drugi trybu podstawowego i następnie nie decyduje się na prowadzenie negocjacji, wówczas informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podaje na podstawie art. 253 Pzp, a nie zaś art. 287 ust. 3 Pzp, który ma zastosowanie do wariantu drugiego trybu podstawowego w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się na prowadzenie negocjacji.).

Więcej na temat wyboru najkorzystniejszej oferty – zob. komentarz do art. 239–253 oraz art. 307 i 308 Pzp.

2.3. Aukcja elektroniczna. Wskazać należy, że nawet jeśli zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego, może wybór najkorzystniejszej oferty poprzedzić aukcją elektroniczną, jeśli przewidział możliwość przeprowadzenia aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia oraz jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny, oraz złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 308 ust. 1 Pzp). Do aukcji elektronicznej zastosowanie będą miały przepisy art. 227 ust. 2 i art. 228–238 Pzp, a zatem również art. 234 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej (forma elektroniczna to postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Więcej na temat zastosowania aukcji elektronicznej – zob. komentarz do art. 227–238 Pzp.

3. Ocena ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w wariancie trzecim trybu podstawowego. Gdy zamawiający zdecyduje się na prowadzenie postępowania w trybie podstawowym w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp), ocena ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie obejmuje wszystkich elementów obowiązkowych dla oceny ofert ostatecznych składanych po etapie negocjacji. Nie jest to konieczne z tego powodu, że oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu stanowią wyłącznie podstawę do negocjacji, a zamawiający nie ma możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie. Z mocy

art. 287 ust. 2 Pzp do ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie **nie stosuje się** następujących przepisów:

1) art. 222 ust. 4 Pzp – który zobowiązuje zamawiającego do udostępnienia, najpóźniej przed otwarciem ofert, na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zamawiający powinien podać najpóźniej przed otwarciem ofert ostatecznych);
2) art. 224 Pzp – dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu (zamawiający nie wzywa wykonawców do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie, bowiem na tym etapie postępowania zamawiający nie bada realności zaoferowanej ceny lub kosztu, a ocena w tym zakresie będzie dokonana po etapie negocjacji, kiedy to wykonawcy złożą oferty ostateczne);
3) art. 225 Pzp – dotyczącego oferty, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług (wskazać należy, że dopiero na etapie oceny ofert ostatecznych, jeżeli zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu, zamawiający doliczy do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć);
4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia (wyłączenie stosowania tego przepisu jest konsekwencją braku badania ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu pod kątem rażąco niskiej ceny);

5) art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert (wyłączenie stosowania tego przepisu wynika z faktu, że ocena ofert dotyczy ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zatem na tym etapie postępowania nie występuje zaproszenie do składania ofert, tym samym wskazana przesłanka nie może mieć zastosowania);
6) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (wynika to z okoliczności, że oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie są wiążące, dlatego nawet błędy w obliczeniu ceny lub kosztu nie stanowią przeszkody do zaproszenia wykonawców, którzy złożyli takie oferty do negocjacji, jednak w ofertach ostatecznych wykonawcy powinni wskazać prawidłową cenę lub koszt);
7) art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy w wyznaczonym terminie zakwestionował on poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (z uwagi na fakt, że oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta, podstawą odrzucenia tej oferty nie może być zakwestionowanie poprawienia wskazanej wyżej omyłki; jeżeli taka omyłka pojawi się w ofercie ostatecznej, a wykonawca zakwestionuje jej poprawienie przez zamawiającego, to oferta ostateczna będzie podlegać odrzuceniu);

8) art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (w tym zakresie wskazać należy, że skoro w OPW zamawiający nie wskazuje terminu związania ofertą, a wykonawca nie jest związany ofertą złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, to zamawiający nie wzywa do wyrażania zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym powyższa przesłanka odrzucenia oferty nie ma w tym przypadku zastosowania);
9) art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą (przesłanka ta nie może mieć zastosowania z tego względu, że zamawiający nie może wybrać jako najkorzystniejszej oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, konieczne jest bowiem przeprowadzenie negocjacji, a wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający dokona spośród ofert ostatecznych);
10) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp (wyłączenie stosowania tego przepisu wynika z faktu, że OPW nie przewiduje żądania wadium na etapie składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie, a informacje o wadium zamawiający zamieszcza dopiero w SWZ, która jest sporządzana po zakończeniu negocjacji);

11) art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty, jeżeli obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe (w tym zakresie wskazać należy, że ocena, czy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp, dokonywana jest przez zamawiającego dopiero na etapie ofert ostatecznych, zatem powyższa przesłanka odrzucenia nie ma zastosowania do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu);
12) art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp – nakazującego odrzucenie oferty, jeżeli 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; wyjaśnić należy, że w OPW zamawiający może zawrzeć informację dotyczące odbycia wizji lokalnej lub sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego (wizja lokalna czy sprawdzenie dokumentów na etapie ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, w związku z wyłączeniem stosowania art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, może mieć wyłącznie charakter zalecenia i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie).

Z treści art. 287 ust. 2 Pzp wynika, że pozostałe przesłanki odrzucenia ofert wskazane w art. 226 Pzp będą miały zastosowanie do ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp). Ponadto z mocy

art. 287 ust. 2 Pzp zamawiający odrzuca oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego. Przypomnieć należy, że minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, zamawiający wskazuje w OPW. Wykonawca, który złoży ofertę niespełniającą minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, nie zostanie zaproszony do negocjacji, gdyż jego oferta podlegać będzie odrzuceniu.

4. Informacja dla wykonawców, gdy w wariancie drugim trybu podstawowego zamawiający decyduje się na negocjacje. Jeżeli w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego zamawiający zdecyduje się na prowadzenie negocjacji, po dokonaniu oceny ofert powinien poinformować **równocześnie wszystkich** wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wynikach kwalifikacji ofert, tj. podać informację o wykonawcach:

1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
2) których oferty zostały odrzucone,
3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji – w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 Pzp, tj. w sytuacji, gdy zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert.

Podkreślić należy, że w świetle art. 287 ust. 3 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest podanie w informacji uzasadnienia faktycznego i prawnego, co ma na celu realizację zasady przejrzystości postępowania. Zapoznanie się z treścią informacji pozwala

wykonawcom poznać argumentację i motywy zamawiającego, a także umożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego.

Informację o wynikach kwalifikacji ofert skierowaną do wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, a w sytuacji, o której mowa w art. 288 ust. 1 Pzp – do wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do negocjacji, zamawiający może przekazać razem z zaproszeniem do negocjacji. Z treści art. 287 ust. 3 Pzp jednoznacznie wynika, że przed zaproszeniem wykonawców do negocjacji zamawiający powinien ocenić oferty (stosownie do treści art. 266 Pzp, do oceny ofert zastosowanie znajdą przepisy art. 223–226 Pzp). Ocena ta powinna obejmować również ocenę ofert w ramach kryteriów oceny ofert, polegającą na przyznaniu odpowiedniej liczby punktów ofertom, które nie podległy odrzuceniu.

Na marginesie wskazać należy, że art. 287 ust. 3 Pzp, dotyczący obowiązku przekazania informacji, nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zamawiający wybiera wariant drugi (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego, ale ostatecznie nie decyduje się na prowadzenie negocjacji (zob. art. 287 ust. 1 Pzp). W takim przypadku zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty przesyła do wykonawców, którzy złożyli oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, informację, o której mowa w art. 253 Pzp.

5. Informacja dla wykonawców w wariancie trzecim trybu podstawowego. Zgodnie z dyspozycją art. 287 ust. 4 Pzp w trybie podstawowym prowadzonym w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp), po ocenie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie, zamawiający informuje **równocześnie każdego z wykonawców z osobna** o:

1) odrzuceniu jego oferty albo

2) w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 Pzp (tj. w sytuacji, gdy zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert) o niezakwalifikowaniu jego oferty do negocjacji oraz o przyznanej punktacji w każdym kryterium oceny oferty i łącznej punktacji.

Obowiązkiem zamawiającego, analogicznie jak w wariancie drugim trybu podstawowego z możliwymi negocjacjami (art. 275 pkt 2 Pzp), jest podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, co ma na celu realizację zasady przejrzystości postępowania. Zapoznanie się z treścią przedmiotowej informacji pozwala wykonawcom poznać argumentację i motywy zamawiającego, a także umożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego.

W wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp) treść ofert, które podlegają negocjacjom (czyli ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu), ma charakter poufny. Zamawiający udostępnia te oferty wraz z załącznikami dopiero od dnia otwarcia ofert ostatecznych (zob. art. 291 ust. 2 Pzp). Z tego względu wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, a w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 Pzp, wykonawcy niezakwalifikowani do negocjacji, nie otrzymują informacji o ofertach innych wykonawców.

Wykonawcy zakwalifikowani do negocjacji zostaną zaproszeni do negocjacji na podstawie art. 289 Pzp.

Art. 288.

1. W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 2 i 3, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ albo w opisie potrzeb i wymagań, kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podaje maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert.

1. Ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji. W wariantach: drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) i trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego zamawiający jest uprawniony (ale nie jest zobowiązany) do ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert. Liczba ta ma być wystarczająca do zapewnienia konkurencji, przy czym ustawodawca zdecydował, że minimalna liczba wykonawców nie może być mniejsza niż trzy. Informacja o ograniczeniu liczby wykonawców, których zamawiający zamierza zaprosić do negocjacji ofert w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp), powinna znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, a w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) – w ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPW. Podanie informacji o ograniczeniu liczby wykonawców, których zamawiający zamierza zaprosić do negocjacji ofert, w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego będzie miała zastosowanie tylko wtedy, jeżeli zamawiający zdecyduje się na przeprowadzenie negocjacji.

2. Kryteria oceny ofert, które zamawiający zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz maksymalna liczba wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert. Obok samej informacji o ograniczeniu liczby zapraszanych do negocjacji wykonawców zamawiający zobowiązany jest podać kryteria oceny ofert, które zamierza zastosować w celu ograniczenia liczby wykonawców

zapraszanych do negocjacji ofert, oraz maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert. Informacje te w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) powinny znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) – w ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPW. A zatem decyzję co do ograniczenia liczby zapraszanych wykonawców, jak również stosowanych kryteriów oceny ofert, zamawiający podejmuje na etapie przygotowania postępowania, a informację w tym zakresie zamieści w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ albo OPW. Podstawą ograniczenia liczby zapraszanych wykonawców (inaczej niż to ma miejsce przy określaniu kryteriów selekcji) mogą być wyłącznie kryteria oceny ofert. Zamawiający może podać wszystkie określone w danym postępowaniu kryteria oceny ofert lub wybrać tylko niektóre z nich. Zaproszenie zostanie skierowane do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria. W wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego kryteria oceny ofert, sposób oceny i wagi kryteriów są znane, zatem ustalenie, które oferty spełniają w najwyższym stopniu wybrane kryteria, nie powinno powodować trudności. W wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego, jeśli zamawiający wskazał w OPW kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, powinien również w tym dokumencie określić, w jaki sposób ustali, które oferty spełniają w najwyższym stopniu kryteria oceny ofert stosowane w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Obok kryteriów oceny ofert zamawiający powinien podać w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ (wariant drugi trybu podstawowego – art. 275 pkt 2 Pzp), w ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPW (wariant trzeci trybu podstawowego – art. 275 pkt 3 Pzp) **maksymalną liczbę wykonawców,**

których zaprosi do negocjacji ofert. Jeśli zatem zamawiający zdecyduje się na ograniczenie liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, liczba ta musi być wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie może być mniejsza niż 3, czyli maksymalna liczba wykonawców to np. 3, 4, 5 itd. Jeśli maksymalną liczbą będzie np. 4, to zamawiający zaprosi do negocjacji 4 wykonawców (o ile tylko będzie taka liczba ofert niepodlegających odrzuceniu) w najwyższym stopniu spełniających kryteria oceny ofert wskazane przez zamawiającego. Oferty pozostałych wykonawców na zasadzie art. 289 ust. 2 Pzp będą uznane za odrzucone. Jeśli liczba wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, będzie mniejsza niż 3, zastosowanie znajdzie art. 289 ust. 3 lub 4 Pzp (w zależności od wariantu trybu podstawowego).

Art. 289.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić, a w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaprasza jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

2. Ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3, zamawiający w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, kontynuuje postępowanie.

4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3, zamawiający w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, może kontynuować postępowanie, zapraszając do negocjacji ofert tych wykonawców, albo unieważnia postępowanie.

5. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazuje miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji, a w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert.

1. Zaproszenie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Art. 289 ust. 1 Pzp określa, których wykonawców, w zależności od wybranego wariantu trybu podstawowego (wariant drugi, wariant trzeci), zamawiający może zaprosić lub obligatoryjnie zaprasza do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. I tak ustawodawca wskazał, że:

1) **W wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp)** zamawiający może zaprosić do negocjacji tych wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, nie podlegały odrzuceniu. Użycie w przywołanym przepisie sformułowania „może zaprosić" wynika z faktu, że we wskazanym wariancie to, czy negocjacje się odbędą, należy do decyzji zamawiającego.
2) **W wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp)** negocjacje są obligatoryjne (tj. nie zależą od decyzji zamawiającego), zatem zamawiający zaprasza do negocjacji tych wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie podlegały odrzuceniu.

3) **W przypadku obu wariantów** zaproszenie wykonawców do negocjacji ofert powinno nastąpić jednocześnie, tzn. w tym samym czasie. Jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2 Pzp, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

Zarówno w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp), jak i w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego zamawiający kieruje zaproszenie do wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie podlegały odrzuceniu. Z powyższego wynika zatem, że ocena ofert pod kątem podstaw odrzucenia powinna nastąpić jeszcze przed zaproszeniem wykonawców do negocjacji. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że katalogi przesłanek odrzucenia uwzględniane dla wariantu drugiego (art. 275 pkt 2 Pzp) i dla wariantu trzeciego (art. 275 pkt 3 Pzp) są różne. W wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego art. 226 Pzp, określający przesłanki odrzucenia oferty, ma zastosowanie w całości, co oznacza, że zamawiający sprawdza oferty pod kątem wszystkich przesłanek odrzucenia. Natomiast w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego do ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie stosuje się przepisów art. 226 ust. 8–14 oraz ust. 17 i 18 Pzp. Z powyższego wynika zatem, że część przesłanek odrzucenia ofert na tym etapie postępowania (tj. przed zaproszeniem do negocjacji), nie ma zastosowania (więcej na temat przesłanek odrzucenia w wariancie trzecim w komentarzu do art. 287 Pzp). Pełna weryfikacja pod kątem przesłanek odrzucenia oferty w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego następuje na etapie ofert ostatecznych. Natomiast ustawodawca jednoznacznie przesądził, że zamawiający odrzuca te oferty złożone w odpowiedzi na

ogłoszenie, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, który ma zastosowanie niezależnie od wariantu trybu podstawowego, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który:

1) podlega wykluczeniu z postępowania,
2) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub
3) nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zatem ocena w zakresie podstaw odrzucenia oferty obejmuje również konieczność zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia wykonawców oraz spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a także sprawdzenie, czy wykonawca złożył wymagane oświadczenia, podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe lub inne dokumenty. Tym samym już na etapie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 2 Pzp, może żądać od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych. Może być to uzasadnione szczególnie w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z możliwości, jaką stwarza art. 288 ust. 1 Pzp, czyli ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert. Powyższe nie wyklucza możliwości zweryfikowania wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp przesłanki odrzucenia oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie (zarówno w wariancie drugim, jak i trzecim trybu podstawowego) wyłącznie na podstawie oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, i wezwania, na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych (jeżeli zamawiający wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia) po ocenie:

1) w wariancie drugim – ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie wraz z ofertami dodatkowymi (jeśli zostały złożone);
2) w wariancie trzecim – ofert ostatecznych.

W wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) moment, w którym zamawiający zakończy ocenę ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie pod kątem przesłanek odrzucenia, jest ostatnim momentem na podjęcie przez zamawiającego decyzji, czy zaprosi wykonawców do negocjacji, czy też wybierze najkorzystniejszą ofertę, nie korzystając z możliwości negocjowania treści ofert z wykonawcami.

3. Sytuacja, w której liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza od minimalnej ustawowej liczby 3. W takim przypadku ustawodawca wskazał następujące możliwości postępowania dla poszczególnych wariantów trybu podstawowego:

1) **w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) –** jeżeli liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3 (a więc 1 lub 2), zamawiający musi kontynuować postępowanie (art. 289 ust. 3 Pzp);
2) **w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) –** jeżeli liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3, zamawiający ma dwie możliwości: może kontynuować postępowanie, zapraszając do negocjacji ofert tych wykonawców,

albo unieważnić postępowanie. Podstawą unieważnienia postępowania w tym przypadku będzie art. 258 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba niepodlegających odrzuceniu ofert, które podlegają negocjacjom, jest mniejsza niż minimalna liczba określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (zob. komentarz do art. 258 Pzp). Zgodnie z art. 289 ust. 4 Pzp minimalna liczba wykonawców w takim przypadku wynosi 3.

4. Treść zaproszenia do negocjacji. Art. 289 ust. 5 Pzp wymienia obligatoryjne elementy zaproszenia do negocjacji. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu w zaproszeniu do negocjacji zamawiający obowiązkowo wskazuje: miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji, a w przypadku trybu podstawowego w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) – również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Jeżeli zamawiający uzna to za uzasadnione, poza wymienionymi wyżej obowiązkowymi elementami zamawiający może zamieścić w zaproszeniu do negocjacji również inne informacje. W zakresie sposobu prowadzenia negocjacji zamawiający może wskazać, że będzie prowadził negocjacje ustnie (w myśl art. 61 ust. 2 Pzp komunikacja ustna jest dopuszczalna w toku negocjacji, o ile jej treść zostanie udokumentowana) albo że negocjacje będzie prowadził przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Należy przy tym pamiętać, że negocjacje mają charakter poufny.

W przypadku trybu podstawowego w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) obowiązkowym elementem zaproszenia do negocjacji są również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. W wariancie drugim negocjacjom podlega

bowiem tylko ta treść oferty, która jest oceniana w ramach kryteriów oceny ofert, tym samym zakres możliwych negocjacji wyznaczają kryteria oceny ofert. Nie jest konieczne negocjowanie treści ofert w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w SWZ zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 17 Pzp. W zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje. Mogą to być wszystkie albo niektóre kryteria wskazane w SWZ. Nie jest jednak możliwe wskazanie innych obszarów negocjacji niż wynikające z kryteriów oceny ofert, które zamieszczone zostały w SWZ.

Art. 290.

1. Podczas negocjacji ofert zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców.

2. Zamawiający nie udziela informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

1. Negocjacje ofert. Art. 290 Pzp określa zasady prowadzenia negocjacji ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia poprzez wskazanie:

1) nakazu równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w negocjacjach;
2) zakazu udzielania informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

Zasady te korespondują z art. 16 Pzp, który określa naczelne zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 291.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Zamawiający udostępnia oferty wraz z załącznikami złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu niezwłocznie po otwarciu tych ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, treść ofert, które podlegają negocjacjom, oraz prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Zamawiający udostępnia te oferty wraz z załącznikami od dnia otwarcia ofert ostatecznych.

3. Żadna ze stron nie może, bez zgody drugiej strony, ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem.

4. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający prowadzi negocjacje treści ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do czasu doprecyzowania lub uzupełnienia wszystkich warunków zamówienia podlegających negocjacjom.

1. Poufność – uwagi ogólne. Co do zasady przepis ustanawiający poufność negocjacji i ofert stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 18 ust. 1 Pzp. Koresponduje z treścią art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w Pzp.

2. Poufność negocjacji oraz udostępnienie jawnych ofert w wariancie drugim trybu podstawowego. Zamawiający prowadzi negocjacje

z każdym wykonawcą z osobna. Zgodnie z treścią art. 291 ust. 1 Pzp w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) **prowadzone negocjacje mają charakter poufny.** Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że poufny nie jest sam fakt prowadzenia negocjacji z danym podmiotem w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale treść tych negocjacji, w tym wszelkie informacje pozyskiwane przez strony w toku negocjacji. Zasadą zatem jest, że żadna ze stron biorących udział w negocjacjach, tj. zarówno zamawiający jak i wykonawca, nie może ujawnić informacji pozyskanych w toku negocjacji.

Zgodnie z treścią art. 291 ust. 1 Pzp **zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia ofert, które zostały złożone w odpowiedzi na ogłoszenie niezwłocznie po otwarciu tych ofert, jednak nie później niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia.** Oferty udostępniane są wraz z załącznikami. Trzy dni to czas dla zamawiającego na zweryfikowanie, czy w ofertach nie ma informacji lub danych ustawowo chronionych, które nie powinny być udostępniane, np. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Oferty stanowią załączniki do protokołu postępowania, zatem stosownie do treści art. 74 ust. 1 Pzp udostępniane są one na wniosek.

3. Poufność negocjacji i ofert podlegających negocjacjom w wariancie trzecim trybu podstawowego. Zgodnie z treścią art. 291 ust. 2 Pzp w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt. 3 Pzp) charakter poufny mają:

1) treść ofert podlegających negocjacjom,
2) prowadzone negocjacje.

Treść ofert podlegających negocjacjom jest poufna do momentu określonego w art. 291 ust. 2 Pzp, który wskazuje, kiedy następuje

udostępnienie tych ofert przez zamawiającego, tj. **od dnia otwarcia ofert ostatecznych.** W momencie otwarcia ofert ostatecznych nie ma możliwości negocjowania, dlatego też wcześniej złożone oferty podlegające negocjacjom, bez straty dla prowadzonych negocjacji, mogą być **udostępnione**. Podobne regulacje obowiązują w trybie negocjacji z ogłoszeniem (poufne są negocjacje oraz oferty wstępne i oferty składane w trakcie negocjacji), a także w trybie dialogu konkurencyjnego (poufne są negocjacje oraz propozycje składane podczas dialogu). Dwa wskazane wyżej tryby są właściwe dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

4. Uchylenie tajemnicy negocjacji. Zgodnie z treścią art. 291 ust. 3 Pzp żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem. Przepis ten przewiduje możliwość uchylenia obowiązku tajemnicy negocjacji na mocy zgody stron. Jeżeli któraś ze stron negocjacji chciałaby ujawnić określone informacje, musi wystąpić o zgodę drugiej strony na ich ujawnienie. Zgoda musi być udzielona przed ujawnieniem informacji i dotyczyć konkretnie wskazanych informacji. Z powyższego wynika, że treść zgody musi dokładnie określać, jakich informacji dotyczy. Zgoda, która nie wskazuje konkretnych informacji, których dotyczy, będzie bezskuteczna.

5. Czas trwania negocjacji w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. Przepis art. 291 ust. 4 Pzp wskazuje, jak długo mają być prowadzone negocjacje w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp). Zgodnie z jego treścią zamawiający prowadzi negocjacje treści ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do czasu doprecyzowania lub uzupełnienia wszystkich

warunków zamówienia podlegających negocjacjom. Powyższa regulacja wiąże się ściśle z art. 292 ust. 1 Pzp, w myśl którego – w wariancie trzecim – po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. A zatem zamawiający prowadzi negocjacje do momentu, w którym jest gotowy przygotować SWZ ze wszystkimi jej wymaganiami określonymi w art. 295 ust. 3 Pzp, wśród których znajduje się opis przedmiotu zamówienia (na tym etapie opis potrzeb zamawiającego i cech charakterystycznych dostaw, robót budowlanych, usług, nie jest wystarczający).

Art. 292.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, po zakończeniu negocjacji, zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

2. SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań oraz do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu.

1. Przygotowanie SWZ w wariancie trzecim trybu podstawowego.
Zgodnie z treścią art. 292 ust. 1 Pzp w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego SWZ sporządzana jest po zakończeniu negocjacji. SWZ stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW, ale wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

Zasadą jest, że SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany:

1) minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW oraz
2) istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. Zakaz zmian minimalnych wymagań. Art. 292 Pzp koresponduje z art. 279 pkt 1 Pzp, określającym dopuszczalny zakres negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp). Zgodnie z treścią tego przepisu negocjacje treści ofert w przypadku wariantu trzeciego trybu podstawowego nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW (więcej na temat dopuszczalnego zakresu negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego – zob. komentarz do art. 279 Pzp).

Przez **minimalne wymagania** należy rozumieć wymagania kluczowe, na tyle istotne dla zamawiającego, że oferta, która ich nie spełni, będzie podlegała odrzuceniu już na pierwszym etapie postępowania (czyli przed negocjacjami). W konsekwencji wykonawca, który złoży ofertę niespełniającą minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, nie zostanie zaproszony do negocjacji.

Przy określaniu **istotnych elementów treści ogłoszenia** o zamówieniu należy odwołać się do treści art. 271 ust. 3 Pzp, tym samym za istotne elementy treści ogłoszenia o zamówieniu uznać należy np.: wskazanie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, określenie warunków udziału w postepowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje, lub sposobu oceny ich spełniania, nazwy kryteriów oceny ofert, wskazanie

kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, a jeżeli zamawiający określił wagi, jakie przypisuje się każdemu z kryteriów oceny ofert, również wagi tych kryteriów.

Art. 293.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert dodatkowych.

2. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, i którzy brali udział w negocjacjach, o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert ostatecznych.

1. Zakończenie negocjacji w wariancie drugim trybu podstawowego. Zgodnie z treścią art. 293 ust. 1 Pzp, gdy zamawiający zamierza zakończyć etap negocjacji prowadzonych w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego, zobowiązany jest do poinformowania o zakończeniu negocjacji wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone. Wraz z informacją o zakończeniu negocjacji zamawiający przekazuje tym wykonawcom zaproszenie do składania ofert dodatkowych. A zatem udział wykonawców w negocjacjach nie jest konieczny, zaproszenie do składania ofert dodatkowych powinno zostać przesłane do wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, nawet jeśli nie brali oni udziału w negocjacjach. Wszystkich tych wykonawców należy powiadomić równocześnie,

przez co rozumieć należy, że informacja o zakończeniu negocjacji wraz z zaproszeniem do złożenia ofert dodatkowych powinna być wysłana do wykonawców w tym samym czasie. Regulacja ta realizuje zasadę równego traktowania wykonawców i zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

2. Zakończenie negocjacji w wariancie trzecim trybu podstawowego.

Przepis art. 291 ust. 4 Pzp określa, jak długo mają być prowadzone negocjacje w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp). Przepis ten stanowi, że zamawiający prowadzi negocjacje treści ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do czasu doprecyzowania lub uzupełnienia wszystkich warunków zamówienia podlegających negocjacjom. Zgodnie z treścią art. 293 ust. 2 Pzp, gdy zamawiający zamierza zakończyć etap negocjacji, prowadzonych w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego, zobowiązany jest do poinformowania o zakończeniu negocjacji wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone i którzy brali udział w negocjacjach. Wraz z informacją o zakończeniu negocjacji zamawiający przekazuje tym wykonawcom zaproszenie do składania ofert ostatecznych. Z powyższego wynika, że jest istotna różnica pomiędzy wariantem drugim a wariantem trzecim trybu podstawowego w zakresie grona wykonawców, do których kierowane jest zaproszenie do składania – odpowiednio ofert dodatkowych albo ofert ostatecznych. W wariancie trzecim, żeby zostać zaproszonym do składania ofert ostatecznych, należy wziąć udział w negocjacjach. Różnica ta wynika z faktu, że w wariancie drugim trybu podstawowego zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i na jej podstawie zawrzeć umowę, natomiast w wariancie trzecim trybu podstawowego zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę spośród ofert ostatecznych (a nie ofert złożonych w odpowiedzi

na ogłoszenie o zamówieniu) i najkorzystniejsza oferta ostateczna stanowi podstawę zawarcia umowy. Wykonawców należy powiadomić równocześnie, przyjąć zatem należy, że informacja o zakończeniu negocjacji wraz z zaproszeniem do złożenia ofert ostatecznych powinna być wysłana do wszystkich właściwych wykonawców w tym samym czasie. Regulacja ta realizuje zasadę równego traktowania wykonawców i zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Art. 294.

W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zaproszenie do składania ofert dodatkowych zawiera co najmniej:

1) **nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;**
2) **sposób i termin składania ofert dodatkowych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia tych ofert.**

1. Zaproszenie do składania ofert dodatkowych w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego. Zamawiający wraz z informacją o zakończeniu negocjacji zaprasza równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, do składania ofert dodatkowych (art. 293 ust. 1 Pzp). Zamawiający wyznacza wykonawcom termin na złożenie ofert dodatkowych zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 296 ust. 1 Pzp.

2. Treść zaproszenia do składania ofert dodatkowych w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) trybu podstawowego. Obligatoryjną treść zaproszenia do składania ofert dodatkowych zawiera

art. 294 Pzp, z którego wynika, że zaproszenie do składania ofert dodatkowych w omawianym przypadku zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) sposób i termin składania ofert dodatkowych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia tych ofert.

Ponadto w treści zaproszenia powinny znaleźć wszystkie informacje, które są potrzebne wykonawcom do złożenia ofert dodatkowych.

Art. 295.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty ostatecznej, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych;
4) wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone w opisie potrzeb i wymagań na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;

5) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

2. Jeżeli część SWZ nie została udostępniona przez zamawiającego na stronie inter-
netowej prowadzonego postępowania z powodów, o których mowa w art. 280 ust. 2 i 3, zamawiający udostępnia wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych nieudostępnioną część SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

3. SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 pkt 1–3 i 5–19 i ust. 2.

4. Do wyjaśnień i zmian treści SWZ stosuje się odpowiednio przepisy art. 284, art. 285 i art. 286 ust. 1, 3, 5, 7 i 8.

1. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. Zamawiający wraz z informacją o zakończeniu negocjacji zaprasza równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone i którzy brali udział w negocjacjach, do składania ofert ostatecznych (zob. art. 293 ust. 2 Pzp). Zamawiający wyznacza wykonawcom termin na złożenie ofert ostatecznych zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 296 ust. 3 Pzp.

2. Treść zaproszenia do składania ofert ostatecznych w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. Obowiązkową treść zaproszenia do składania ofert ostatecznych w analizowanym wariancie określa art. 295 ust. 1 Pzp, z którego wynika, że zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty ostatecznej, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych;
4) wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone OPW na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;
5) sposób i termin składania ofert ostatecznych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

Poza obowiązkowymi elementami zamawiający w zaproszeniu do składania ofert ostatecznych może zamieścić również inne informacje, jeżeli uzna to za zasadne.

3. SWZ w wariancie trzecim trybu podstawowego. Zgodnie z treścią art. 292 ust. 1 Pzp SWZ w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego sporządzana jest po zakończeniu negocjacji. SWZ stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW, ale wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. Zasadą jest, że zamawiający zapewnia dostęp do SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Treść zaproszenia obejmuje adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ, a zatem w momencie

przekazania zaproszenia SWZ powinna być zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Jeżeli jednak z powodów, o których mowa w art. 280 ust. 2 i 3 Pzp, zamawiający nie zamieszcza części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zobowiązany jest do udostępnienia tej części, a także innych dokumentów zamówienia bezpośrednio związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych (zob. art. 295 ust. 2 Pzp). Udostępnienie części SWZ inaczej niż na stronie internetowej może nastąpić przez przekazanie np. na informatycznym nośniku danych (na pamięci USB czy dysku przenośnym) lub w postaci papierowej.

4. Obowiązkowa treść SWZ w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. Obowiązkową treść SWZ w analizowanym wariancie określa art. 295 ust. 3 Pzp, który wskazuje, że SWZ zawiera informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 pkt 1–3 i 5–19 i ust. 2 Pzp, czyli:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia (ponieważ dostęp do SWZ powinien być bezpośredni, należy podać dokładny adres lub ścieżkę dostępu);
3) tryb udzielenia zamówienia;
4) opis przedmiotu zamówienia (regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte zostały w art. 99–103 Pzp; przedmiotowych środków dowodowych – w art. 104–107 Pzp);

5) termin wykonania zamówienia (zamawiający, określając termin, musi uwzględnić regulacje określone w art. 434 Pzp – dotyczące terminu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 435 Pzp – dotyczące możliwości zawarcia umowy na czas nieoznaczony oraz art. 436 pkt 1 Pzp – dotyczące obowiązku określenia w umowie planowanego terminu wykonania umowy);
6) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy (zamawiający powinien w szczególności mieć na uwadze regulacje zawarte w art. 433 Pzp – zakazy dotyczące projektowanych postanowień umownych, art. 436–439 Pzp – obowiązkowe postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 441–443 Pzp – prawo opcji, zaliczki na poczet wykonania zamówienia, zapłata wynagrodzenia w częściach);
7) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (ramy prawne dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami ujęte zostały w art. 61–69 Pzp, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp[9]);
8) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (możliwość odstąpienia od wymagania użycia

[9] Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej

środków komunikacji elektronicznej), art. 66 Pzp (możliwość wymagania użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne) i art. 69 Pzp (możliwość wymagania użycia narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi);

9) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;
10) termin związania ofertą (należy przy tym zaznaczyć, że zamawiający, określając ten termin, powinien się kierować regulacjami zawartymi w art. 307 Pzp);
11) opis sposobu przygotowania oferty (sposób przygotowania oferty determinowany jest zasadą składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej);
12) sposób oraz termin składania ofert (sposób składania ofert determinowany jest zasadą składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 70 Pzp; termin składania ofert ostatecznych reguluje art. 296 ust. 3 Pzp);
13) termin otwarcia ofert (zgodnie z art. 222 ust. 1 Pzp otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert; należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie Pzp zamawiający nie ma już obowiązku publicznego otwarcia ofert);
14) obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania);
15) sposób obliczenia ceny;

16) opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert (zamawiający powinien uwzględnić regulacje dotyczące kryteriów oceny ofert ujęte w art. 239–247 Pzp);
17) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w tej części SWZ, oprócz kwestii formalnych związanych z reprezentacją osób uprawnionych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający powinien poinformować np. o obowiązku przedłożenia kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o ile oferta takich wykonawców zostanie wybrana);
18) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy (regulacje dotyczące środków ochrony prawnej, w tym terminy na ich wniesienie, ujęte zostały w dziale IX Pzp – zob. art. 505 i następne Pzp).

SWZ zawiera także:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje;
2) informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje (regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu ujęte zostały w art. 112–117 Pzp);
3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia (regulacje dotyczące podmiotowych środków dowodowych ujęte zostały w art. 127 ust. 2, art. 128, art. 273 i art. 274 Pzp);
4) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;

5) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części;
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie;
7) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp;
8) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp (tj. osób bezrobotnych, osób poszukujących pracy, osób usamodzielnianych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego, osób niepełnosprawnych, innych osób w rozumieniu ustawy o zatrudnieniu socjalnym, osób do 30. roku życia oraz po 50. roku życia o statusie osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia), jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania;
9) informację o zastrzeżeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania (tj. wykonawców mających status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnych oraz innych wykonawców, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych);

10) wymagania dotyczące wadium, w tym jego kwotę, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium (kwota wadium nie może być większa niż 1,5% wartości zamówienia – art. 281 ust. 4 Pzp);
11) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (tj. zamówieniach polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych i zamówieniach na dodatkowe dostawy);
12) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów;
13) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
14) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
15) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 Pzp (dotyczącym osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy) i art. 121 Pzp (dotyczącym zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty

budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy);

16) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;
17) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp (zawierającym obowiązkową treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej), jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną;
18) wymóg lub możliwość złożenia ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w sytuacji określonej w art. 93 Pzp (tj. gdy komunikacja w postępowaniu prowadzona jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej);
19) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający je przewiduje.

Zasadą jest, że SWZ w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w OPW oraz do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu (zob. art. 292 ust. 2 Pzp).

5. Wyjaśnienia treści SWZ w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp) trybu podstawowego. Zgodnie z treścią art. 295 ust. 4 Pzp, do wyjaśnień i zmian treści SWZ w omawianym przypadku stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 284 Pzp,

2) art. 285 Pzp,
3) art. 286 ust. 1 Pzp,
4) art. 286 ust. 3 Pzp,
5) art. 286 ust. 5 Pzp,
6) art. 286 ust. 7 Pzp,
7) art. 286 ust. 8 Pzp.

Oznacza to, że:

1) wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (zob. art. 284 ust. 1 Pzp);
2) zamawiający jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień niezwłocznie, nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert ostatecznych, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert ostatecznych (zob. art. 284 ust. 2 Pzp);
3) jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień we wskazanym wyżej terminie, zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert ostatecznych o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert ostatecznych (zob. art. 284 ust. 3 Pzp);
4) jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął we wskazanym wyżej terminie, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert ostatecznych (zob. art. 284 ust. 4 Pzp);
5) przedłużenie terminu składania ofert ostatecznych w związku z wyjaśnieniami treści SWZ, o którym mowa w pkt 2 powyżej, nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (zob. art. 284 ust. 5 Pzp);

6) zamawiający jest zobowiązany do udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania bez ujawnienia źródła zapytania, a jeżeli część SWZ nie jest udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania z przyczyn wskazanych w art. 280 ust. 2 i 3 Pzp – do przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami, bez ujawniania źródła zapytania, wykonawcom, którym udostępnił SWZ (zob. art. 284 ust. 6 Pzp);
7) zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ, a następnie sporządza informację zawierającą zgłoszone na tym zebraniu pytania oraz odpowiedzi na nie, którą udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający nie ujawnia źródła zapytania (zob. art. 285 ust. 1 i 2 Pzp);
8) w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert ostatecznych zmienić treść SWZ (zob. art. 286 ust.1 Pzp);
9) jeżeli zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia ofert ostatecznych lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie tych ofert, zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert ostatecznych o czas niezbędny na ich przygotowanie (zob. art. 286 ust. 3 Pzp);
10) w przypadku przedłużenia terminu składania ofert ostatecznych zamawiający informuje wykonawców o tym przedłużonym terminie składania tych ofert w drodze zamieszczenia informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której została udostępniona SWZ (zob. art. 286 ust. 5 Pzp);

11) dokonaną zmianę SWZ zamawiający zobowiązany jest udostępnić na stronie inter-
netowej prowadzonego postępowania (zob. art. 286 ust. 7 Pzp);
12) jeżeli zmiana dotyczy części SWZ, które nie zostały udostępnione na stronie inter-
netowej prowadzonego postępowania na zasadzie art. 280 ust. 2 i 3 Pzp, dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (zob. art. 286 ust. 8 Pzp).

Art. 296.

1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert dodatkowych z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie tych ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych.

2. Wykonawca 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. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. 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.

3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert ostatecznych z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych.

1. Wyznaczanie terminu składania ofert dodatkowych w wariancie drugim trybu podstawowego. Przepis art. 296 ust. 1 Pzp reguluje zasady wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert dodatkowych w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp). Oferta dodatkowa to oferta, którą składa się po zakończeniu etapu negocjacji. W trybie podstawowym oferty dodatkowe składane są tylko w wariancie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp). W wariancie drugim trybu podstawowego występują oferty składane w odpowiedzi na ogłoszenie oraz oferty dodatkowe. Terminy na składanie ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu określa art. 283 Pzp. Zasada wyznaczania terminu w obu przypadkach jest taka sama, różne są natomiast ustawowe minimalne terminy na składanie tych ofert. Zgodnie z art. 294 pkt 2 Pzp termin składania ofert dodatkowych wyznacza zamawiający i wskazuje w zaproszeniu do ich składania. Termin ten powinien być wyznaczony z uwzględnieniem:

1) złożoności zamówienia oraz
2) czasu potrzebnego na przygotowanie ofert dodatkowych.

Art. 296 ust. 1 Pzp określa minimalny termin składania ofert dodatkowych, który wynosi 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert

dodatkowych. Wskazany termin jest taki sam dla dostaw, usług i robót budowlanych.

2. Specyfika oferty dodatkowej w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp). Oferta dodatkowa to oferta, którą składa się po zakończeniu negocjacji w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp). Z art. 296 ust. 2 Pzp wynika, że:

1) wykonawca może złożyć ofertę dodatkową;
2) oferta dodatkowa zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji;
3) oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu;
4) oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji;
5) 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.

2.1. Zmiana pierwotnie oferowanych elementów oferty. W świetle art. 296 ust. 2 Pzp oferta dodatkowa stanowi jedynie wyjątkowo dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanych elementów oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

2.2. Brak obowiązku złożenia oferty dodatkowej. Jak wynika z brzmienia art. 296 ust. 2 zd. pierwsze Pzp, w którym użyto sformułowania „może

złożyć", złożenie oferty dodatkowej jest uprawnieniem wykonawcy, podobnie jak udział wykonawcy w negocjacjach. Należy zatem przyjąć, że w przypadku gdy wykonawca nie przystąpi do negocjacji i nie złoży oferty dodatkowej, jest związany swoją pierwotną ofertą, czyli ofertą złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (o ile termin związania ofertą nie upłynął). Charakter oraz skutki prawne złożenia oferty dodatkowej, o której mowa art. 296 ust. 2 Pzp, są identyczne z charakterem i skutkami prawnymi złożenia oferty dodatkowej, o której mowa w art. 248 ust. 3 art. 249 i art. 250 ust. 2 Pzp. Podobieństwo to uzasadnia posługiwanie się w obu przypadkach pojęciem „oferta dodatkowa".

2.3. Nowe propozycje w zakresie treści oferty. Jeśli wykonawca zdecyduje się na złożenie oferty dodatkowej, **oferta ta powinna zawierać nowe propozycje w zakresie treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert** wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Przypomnieć należy, że wskazanie kryteriów oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje, stanowi obowiązkową treść zaproszenia do negocjacji (zob. art. 289 ust. 5 Pzp). W zaproszeniu do negocjacji zamawiający może wskazać wszystkie lub niektóre kryteria oceny ofert określone w SWZ. Przykładowo, jeżeli w zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskaże kryterium: cena oraz warunki gwarancji, to wykonawca w ofercie dodatkowej może zaoferować nową cenę i nowe warunki gwarancji, przy czym oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Wykonawca może złożyć nową propozycję dotyczącą wybranych lub wszystkich wskazanych w zaproszeniu do negocjacji kryteriów oceny ofert. A zatem, odnosząc się do wskazanego wyżej przykładu, jeśli w zaproszeniu do negocjacji wskazane zostały

kryterium ceny i kryterium warunków gwarancji, to nowe propozycje mogą dotyczyć niższej ceny i korzystniejszych warunków gwarancji albo wyłącznie niższej ceny, albo wyłącznie nowych, korzystniejszych warunków gwarancji. Nie jest zatem możliwe zaoferowanie niższej ceny i mniej korzystnych warunków gwarancji niż te wskazane w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, nawet jeżeli bilans tych kryteriów byłby korzystniejszy niż w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Stosownie bowiem do treści art. 296 ust. 2 zd. drugie Pzp oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji.

2.4. Związanie ofertą. Zgodnie z art. 296 ust. 2 zd. trzecie Pzp oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie przestaje wiązać wykonawcę tylko w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Stąd jeżeli wykonawca złożył ofertę dodatkową, w której chociażby w ramach jednego z kryteriów oceny ofert złożył mniej korzystną propozycję niż w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie, taka oferta dodatkowa nie wiąże wykonawcy (zostanie odrzucona), natomiast nadal wiąże tego wykonawcę oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (o ile termin związania ofertą nie upłynął). Przy wskazanych w powyższym przykładzie kryteriach oceny ofert (tj. kryterium ceny i kryterium warunków gwarancji) zaoferowanie przez wykonawcę w ofercie dodatkowej korzystniejszych warunków gwarancji i wyższej ceny spowoduje konieczność odrzucenia takiej oferty dodatkowej na podstawie art. 296 ust. 2 zd, czwarte Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp (przesłanka niezgodności treści oferty z przepisami Pzp). W takiej sytuacji wykonawcę nadal wiązać będą cena i warunki gwarancji

wskazane w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (o ile termin związania ofertą nie upłynął).

Zgodnie z treścią art. 307 ust. 1 Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Ponieważ oferta dodatkowa stanowi jedynie dopuszczalną zmianę pierwotnie określonych elementów oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie jest samodzielną ofertą, która mogłaby być podstawą do zawarcia umowy (inaczej niż oferta ostateczna, którą wykonawcy składają po negocjacjach w wariancie trzecim trybu podstawowego), termin związania ofertą nie rozpoczyna biegu od nowa. Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się od upływu terminu złożenia oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie ulega przerwaniu. Oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie przestaje wiązać wykonawcę wyłącznie w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Dla oferty dodatkowej termin związania ofertą upływa w tym samym dniu, w którym upływa termin związania dla oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

2.5. Forma oferty dodatkowej. Formę składania oferty dodatkowej, podobnie jak oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie, reguluje art. 63 ust. 2 Pzp. Ofertę dodatkową składa się zatem, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub osobistym.

3. Ocena podstaw odrzucenia oferty dodatkowej w wariancie drugim trybu podstawowego. Do oceny oferty dodatkowej zastosowanie ma

art. 226 ust. 1 Pzp, zatem oferta dodatkowa podlega ocenie pod kątem następujących przesłanek odrzucenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp **– oferta złożona po terminie.** Konsekwencją złożenia oferty dodatkowej po upływie terminu wyznaczonego w zaproszeniu do złożenia ofert dodatkowych będzie jej odrzucenie;
2) art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp **– odrzucenie oferty jako następstwo wykluczenia wykonawcy, niespełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nieprzedłożenia w terminie podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń.** Wykonawcy zaproszeni do składania ofert dodatkowych zostali już zweryfikowani pod kątem braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o ile zamawiający je przewidział (co najmniej na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1Pzp, dołączanego do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z art. 273 ust. 2 Pzp). W tym zakresie zamawiający nie dokonuje na etapie składania ofert dodatkowych ponownej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Może natomiast wystąpić np. konieczność przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych do oferty dodatkowej; konsekwencją braku ich złożenia będzie odrzucenie oferty dodatkowej;
3) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp **– oferta niezgodna z przepisami Pzp.** Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Złożenie oferty dodatkowej, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert, jest podstawą do odrzucenia oferty dodatkowej, co

potwierdza treść art. 296 ust. 2 zd. czwarte Pzp. Odrzucenie oferty nastąpi na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 296 ust. 2 zd. czwarte Pzp. Oferta dodatkowa będzie również podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, jeśli np. zostanie złożona w postaci papierowej opatrzonej własnoręcznym podpisem, w sytuacji gdy zamawiający nie przewiduje wyjątku od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej;

4) art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp **– oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów.** Pzp nie wskazuje, na podstawie jakich przepisów oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że wskazana norma prawna obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. O nieważności na podstawie odrębnych przepisów możemy np. mówić w kontekście norm Kc dotyczących zasad reprezentacji;
5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp **– oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.** Pojęcie warunków zamówienia definiuje art. 7 pkt 29 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu przez warunki zamówienia 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. Oferta dodatkowa niezgodna z warunkami zamówienia będzie podlegała odrzuceniu. Taka sytuacja może mieć miejsce np. gdy oferta dodatkowa w kryterium jakościowym związanym z obowiązkiem wskazania w ofercie dodatkowej parametrów technicznych będzie zawierała nowe propozycje, niezgodne z wymaganiami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia;

6) art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp **– oferta, która 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.** Oferta dodatkowa sporządzona lub przekazana w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zostanie odrzucona. Przykładem takiej sytuacji może być złożenie oferty dodatkowej bez jej zaszyfrowania (jeśli szyfrowanie było wymagane przez zamawiającego i zamawiający udostępnił oprogramowanie, które jest temu dedykowane);
7) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp **– oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.** Przykładem oferty dodatkowej, która jest złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, będzie zastosowanie przez wykonawcę tzw. „inżynierii cenowej", polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi w nowych propozycjach – w zakresie treści oferty podlegającej ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji – w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty[10];

[10] Por. wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13; wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 216/14; wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1945/15; wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1476/17; wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17; wyrok KIO z dnia 4 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1186/18; wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1578/18

8) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp **– oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.** Przesłanka ta będzie mogła mieć zastosowanie w sytuacji, w której zamawiający wskaże cenę lub koszt jako kryteria oceny ofert w ramach których będzie prowadził negocjacje. Oferta dodatkowa zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie podlegała odrzuceniu;
9) art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp **– oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.** Wskazana przesłanka odrzucenia oferty dodatkowej będzie zachodziła w sytuacji, gdy ofertę dodatkową złoży wykonawca, który nie został zaproszony do składania ofert dodatkowych, np. w sytuacji zastosowania art. 288 ust. 1 Pzp;
10) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp **– oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu**. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie w sytuacji, w której zamawiający wskazał cenę lub koszt jako kryterium oceny ofert w ramach których będzie prowadził negocjacje. Oferta dodatkowa zawierająca błędy, w obliczeniu ceny lub kosztu będzie podlegała odrzuceniu;
11) art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp **– oferta wykonawcy, który w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp;** Oferta dodatkowa będzie podlegała odrzuceniu na podstawie tej przesłanki, jeśli będzie zawierała omyłki polegające na niezgodności oferty dodatkowej z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a wykonawca składający taką ofertę w wyznaczonym terminie zakwestionuje poprawienie takiej omyłki lub omyłek przez zamawiającego;

12) art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp **– oferta wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.** Przesłanka ta nie będzie miała zastosowania do ofert dodatkowych. Oferta dodatkowa stanowi bowiem dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanych elementów oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie jest samodzielną ofertą, która mogłaby być podstawą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Termin związania ofertą nie rozpoczyna biegu od nowa, bieg terminu rozpoczął się od upływu terminu złożenia oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie ulega przerwaniu. Ocena tej przesłanki będzie dokonywana w stosunku do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, ewentualnie zmienionej w zakresie, w jakim wykonawca złożył ofertę dodatkową;
13) art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp **– oferta wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.** Przesłanka ta nie będzie miała zastosowania do ofert dodatkowych z powodów wskazanych powyżej w uwagach do art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp. Ocena tej przesłanki będzie dokonywana w stosunku do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, ewentualnie zmienionej w zakresie, w jakim wykonawca złożył ofertę dodatkową;
14) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp **– oferta wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp.** Przesłanka ta nie będzie miała zastosowania do ofert dodatkowych. Jeśli zamawiający wymaga wadium, wykonawca składa wadium wraz z ofertą złożoną

w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Ocena tej przesłanki będzie dokonywana w stosunku do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, ewentualnie zmienionej w zakresie, w jakim wykonawca złożył ofertę dodatkową;

15) art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp – **odrzucenie oferty, jeżeli oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia.** Przesłanka ta nie będzie miała zastosowania do ofert dodatkowych w części dotyczącej obowiązku złożenia oferty wariantowej. Może mieć natomiast zastosowanie, gdy oferta dodatkowa zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach wskazanych kryteriów ofert w sytuacji, w której nowe propozycje rozwiązań dotyczą oferty wariantowej złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie spełniają minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego;

16) art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp **– odrzucenie oferty, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.** Przesłanka ta będzie miała zastosowanie do oferty dodatkowej wyłącznie w sytuacji, w której przyjęcie nowych propozycji (możliwych do wskazania w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów wskazanych w zaproszeniu do negocjacji) naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób;

17) art. 226 ust. 1 pkt 17 Pzp **– oferta obejmująca urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji,**

o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie do oferty dodatkowej wyłącznie w sytuacji, w której nowe propozycje **w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji** będą obejmowały urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe;

18) art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp **– oferta 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.** Przesłanka ta zasadniczo nie będzie miała zastosowania do ofert dodatkowych. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na obligatoryjną wizję lokalną lub obligatoryjne sprawdzenie dokumentów dostępnych na miejscu u zamawiającego, to wymóg ten powinien raczej dotyczyć ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, a nie ofert dodatkowych, gdyż kryteria oceny ofert nie ulegają zmianie, a oferta dodatkowa stanowi jedynie dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanych elementów oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Nie jest jednak wykluczone, przy zastosowaniu kryteriów pozacenowych, że w konkretnych okolicznościach faktycznych może być uzasadniony wymóg odbycia wizji lokalnej lub sprawdzenia dokumentów

niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego i tym samym możliwość zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp.

Więcej o podstawach odrzucenia ofert – zob. komentarz do art. 226 Pzp.

Odrzucenie oferty dodatkowej powoduje, że wykonawcę wiąże wyłącznie oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (o ile termin związania ofertą nie upłynął).

4. Wybór oferty najkorzystniejszej w wariancie drugim trybu podstawowego. Wybór najkorzystniejszej oferty poprzedza ocena ofert pod kątem kryteriów wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ. Do wyboru najkorzystniejszej oferty zastosowanie będą miały przepisy art. 239–253 Pzp oraz przepisy działu III rozdziału 5.

Jeśli zostały złożone oferty dodatkowe niepodlegające odrzuceniu, zamawiający ocenia oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, uwzględniając nowe propozycje wykonawców **w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazane w ofercie dodatkowej. Ustalenie, która ze złożonych w postępowaniu ofert jest ofertą najkorzystniejszą, może wymagać ponownego przeliczenia punktacji w zakresie złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu ofert wykonawców, którzy nie złożyli ofert dodatkowych. Będzie to miało miejsce w sytuacji, w której ocena w zakresie konkretnego kryterium będzie uzależniona od paramentów wskazanych w innych ofertach.**

Po ocenie ofert, ustaleniu ich rankingu zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia tego wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu

o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 Pzp).

5. Wyznaczenie terminu składania ofert w wariancie trzecim trybu.

Art. 296 ust. 3 Pzp reguluje zasady wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert ostatecznych w wariancie trzecim trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 Pzp). Zasady wyznaczania terminu składania ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (tj. ofert podlegających negocjacjom) określa art. 283 Pzp. Reguła wyznaczania terminu w obu tych przypadkach jest taka sama, różne są natomiast ustawowe minimalne terminy na składanie tych ofert.

Oferta ostateczna to oferta, którą składa się po przeprowadzeniu negocjacji. Na gruncie trybu podstawowego oferty ostateczne składane są tylko w wariancie trzecim (art. 275 pkt 3 Pzp).

Zgodnie z art. 296 ust. 3 Pzp termin składania ofert ostatecznych wyznacza zamawiający z uwzględnieniem:

1) złożoności zamówienia oraz
2) czasu potrzebnego na przygotowanie ofert.

Art. 296 ust. 3 Pzp określa minimalny termin składania ofert ostatecznych, który jest inny dla dostaw, usług oraz dla robót budowlanych:

1) minimalny termin składania ofert ostatecznych dla dostaw i usług nie może być krótszy niż **5 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych,
2) minimalny termin składania ofert ostatecznych dla robót budowlanych nie może być krótszy niż **10 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych.

Termin składania ofert ostatecznych zamawiający wskazuje w zaproszeniu do ich składania (zob. art. 295 ust. 1 pkt 5 Pzp). Pzp przewiduje obligatoryjne przedłużenie terminu składania ofert ostatecznych

w przypadkach, o których mowa w art. 284 ust. 3 Pzp i art. 286 ust. 3 Pzp, stosowanych do ofert ostatecznych z mocy art. 295 ust. 4 Pzp, tj. w sytuacji, w której zamawiający nie udzieli wyjaśnień SWZ w ustawowym terminie oraz gdy dochodzi do zmiany treści SWZ, a zmiana ta jest istotna dla sporządzenia oferty ostatecznej lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie ofert (zob. art. 284 ust. 3 Pzp i art. 286 ust. 3 Pzp z komentarzem).

Oddział 2
Partnerstwo innowacyjne

Art. 297.

Do udzielenia zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 6, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału.

1. Odwołanie do procedury właściwej dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Art. 297 Pzp wskazuje, że postępowania o udzielenia zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne mogą być prowadzone m.in. w trybie partnerstwa innowacyjnego. W takich przypadkach zastosowanie będą miały przepisy procedury partnerstwa innowacyjnego właściwe dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne z pewnymi modyfikacjami wynikającymi z art. 298 i art. 299 Pzp.

Art. 298.

1. Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

2. Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do opisu potrzeb i wymagań, od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

3. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, który stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań udostępnianym od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji.

1. Publikacja ogłoszenia i OPW. Adekwatnie do wartości zamówienia ogłoszenie o zamówieniu publikuje się w BZP, a nie w DUUE, i od dnia takiej publikacji udostępnia się OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania w sposób bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony.

2. Doprecyzowanie OPW. Tak jak w procedurze o wartości równej lub przekraczającej progi unijne tak i w trybie partnerstwa innowacyjnego o wartości mniejszej niż progi unijne, OPW sporządzony na potrzeby zainicjowania postępowania podlega doprecyzowaniu po zakończeniu negocjacji.

Art. 299.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

2. Zamawiający wyznacza termin na złożenie odpowiednio oferty wstępnej albo oferty, z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na jej przygotowanie. Termin na złożenie

odpowiednio oferty wstępnej albo oferty, w przypadku dostaw lub usług, nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania odpowiednio ofert wstępnych albo ofert, a w przypadku robót budowlanych, nie może być krótszy niż 14 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania odpowiednio ofert wstępnych albo ofert.

3. W przypadku gdy zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, określa jego kwotę w wysokości nie większej niż 1,5% wartości zamówienia.

1. Skrócenie minimalnych terminów. W stosunku do partnerstwa innowacyjnego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został skrócony z 30 do 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu. Skróceniu uległy również terminy na składanie ofert. W postępowaniach prowadzonych w trybie partnerstwa innowacyjnego, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, minimalny termin na złożenie oferty wstępnej wynosi 30 dni, natomiast termin na złożenie pozostałych ofert (ofert kolejnych i ofert ostatecznych) nie został określony. W postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne na złożenie ofert wstępnych i oferty przewidziano minimalny termin 7 dni w przypadku dostaw i usług oraz 14 dni w przypadku robót budowlanych (oba liczone od dnia przekazania zaproszenia do składania odpowiednio ofert wstępnych albo ofert).

2. Wadium. W przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, do ustalania wysokości ewentualnego wadium w postepowaniu prowadzonym w trybie partnerstwa innowacyjnego zastosowanie ma przepis art. 97 ust. 2 Pzp, co oznacza, że określając

wysokość wadium, zamawiający nie może przekroczyć 3% wartości zamówienia. Przepis art. 97 ust. 2 Pzp nie ma zastosowania do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne (zob. art. 266 Pzp). W zamówieniach o wartości mniejszej niż progi unijne kwotę dopuszczalnego wadium zmniejszono o połowę – nie może ona przekroczyć 1,5% wartości zamówienia, w przypadku partnerstwa innowacyjnego o maksymalnej wysokości wadium stanowi art. 299 ust. 3 Pzp. Żądanie wadium pozostaje fakultatywne.

Oddział 3
Negocjacje bez ogłoszenia

Art. 300.

Do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 7, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału.

1. Zakres stosowania. Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (zob. art. 300 w zw. z art. 208 ust. 1 Pzp). Ten tryb udzielenia zamówienia występuje zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 208–212 Pzp), jak i w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne. **Przebieg postępowania w obu przypadkach jest zasadniczo taki sam.** Zgodnie z treścią art. 300 Pzp do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II rozdziału

3 oddziału 7 Pzp ze zmianami wynikającymi z przepisów oddziału 3 rozdziału 4 Pzp. Rozwiązanie to zastosowano w celu uniknięcia powtarzania przepisów. Oznacza to, że do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy dotyczące trybu negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (tj. art. 208–212 Pzp), z różnicami wynikającymi z przepisów art. 301–303 Pzp (szerzej zob. komentarz do art. 208–212 Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia (w świetle regulacji dotyczącej zamówień osiągających progi unijne) przebiega w następujący sposób:

1) postępowanie wszczyna przekazanie przez zamawiającego wybranym przez niego wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Wymogi dotyczące treści zaproszenia do negocjacji zawiera art. 210 ust. 2 Pzp. Regulacje dotyczące liczby wykonawców, których zamawiający zaprasza do negocjacji, zawiera art. 210 ust. 3 i 4 Pzp;
2) zamawiający prowadzi z zaproszonymi wykonawcami poufne negocjacje dotyczące warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacje dotyczące zasad prowadzenia negocjacji określa art. 211 Pzp;
3) zamawiający kończy fazę negocjacji, o czym informuje wszystkich pozostałych wykonawców. Następnie zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu. Wymogi dotyczące treści zaproszenia do składania ofert zawiera art. 212 ust. 2 Pzp poprzez odesłanie do art. 168 ust. 2 Pzp;
4) wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcom SWZ (art. 212 ust. 3 Pzp);

5) zaproszeni wykonawcy składają oferty w postępowaniu. Podkreślić należy, że w postępowaniu skutecznie mogą złożyć ofertę tylko wykonawcy, którzy zostali zaproszeni do złożenia oferty. Oferta wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp;
6) zamawiający bada i ocenia oferty oraz dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona;
7) zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców zaproszonych do składania ofert;
8) postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem z wybranym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z dyspozycją art. 254 pkt 2 Pzp postępowanie może się także zakończyć unieważnieniem postępowania, jeżeli zajdą ku temu ustawowe przesłanki.

Równocześnie w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne wskazać należy, że:

1) art. 301 Pzp określa przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, które częściowo różnią się od przesłanek zastosowania tego trybu w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (por. art. 209 ust. 1 Pzp);
2) art. 302 Pzp reguluje kwestię publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne ogłoszenie to zamieszcza się w BZP, natomiast w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy

przekazuje się do publikacji UPUE (art. 208 ust. 2 Pzp). W obu przypadkach zamieszczenie tego ogłoszenia pozostawione jest do decyzji zamawiającego;

3) art. 303 ust. 1 Pzp reguluje zakres minimalny informacji, jakie zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Zgodnie z jego treścią zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje wykonawcom dokumenty zamówienia, zawierające co najmniej informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 212 ust. 3 Pzp, który jest właściwy dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne;
4) art. 303 ust. 2 Pzp wskazuje, jakie przepisy stosuje się do wyjaśnień i zmiany dokumentów zamówienia;
5) art. 303 ust. 3 Pzp wskazuje, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne w trybie negocjacji bez ogłoszenia stosuje się art. 299 ust. 3 Pzp, który dotyczy maksymalnej wysokości wadium, gdy zamawiający żąda od wykonawców jego wniesienia. Maksymalna kwota wadium w tym przypadku wynosi 1,5% wartości zamówienia.

Art. 301.

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:

1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 209 ust. 1 pkt 2 i 3;
2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

3) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla trybu podstawowego;

4) w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, zamawiający zaprasza, w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił.

1. Przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Art. 301 ust. 1 Pzp zawiera przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Warto zwrócić uwagę, że przesłanki te częściowo różnią się od przesłanek zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. art. 209 Pzp z komentarzem). Katalog przesłanek zawartych w art. 301 ust. 1 Pzp ma

charakter zamknięty, co oznacza, że tylko okoliczności wskazane w tym przepisie stanowią podstawę do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

2. Przesłanki z art. 209 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w danym stanie faktycznym zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 209 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Okoliczności te są następujące:

1) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych (art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp),
2) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju (art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp).

3. Nagroda w konkursie. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych (art. 301 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp). Procedura konkursowa uregulowana jest w art. 325–358 Pzp. Celem konkursu jest wybór pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej w szczególności: planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Zgodnie z treścią

art. 326 pkt 2 Pzp nagrodą w konkursie jest zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. Z powyższego wynika, że rodzajem świadczenia udzielanego na podstawie art. 301 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 2 Pzp może być tylko usługa o charakterze twórczym (arg. z art. 325 ust. 1 Pzp). Należy podkreślić, że musi być zachowany ścisły funkcjonalny związek pracy konkursowej z finalnym kształtem i wykonaniem zamówienia (więcej na temat konkursu – zob. art. 325–358 Pzp z komentarzem).

W omawianym przypadku zamawiający najpierw przeprowadza konkurs, w którym nagrodą jest zaproszenie autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Następnie zamawiający zaprasza zwycięzców konkursu do negocjacji. Zakres negocjacji wynika z treści regulaminu konkursu. Obejmuje: przedmiot usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie wybranej pracy konkursowej, istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz orientacyjny termin realizacji usługi (zob. art. 333 ust. 3 Pzp). Dalej zamawiający postępuje zgodnie z przepisami właściwymi dla trybu negocjacji bez ogłoszenia.

4. Rzeczy wytwarzane w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. Zgodnie z treścią art. 301 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdy przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie

służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Z treści przywołanego wyżej przepisu wynika, że przedmiotem zamówienia w omawianym przypadku może być **jedynie dostawa rzeczy:**

1) wytwarzanych wyłącznie w celach: badawczych, doświadczalnych naukowych lub rozwojowych,
2) które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Zgodnie z treścią art. 7 pkt 4 Pzp przez **dostawę** należy 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. Jak stanowi art. 45 Kc, rzeczami są tylko przedmioty materialne. W komentowanym przepisie chodzi wyłącznie o wytworzenie rzeczy, a nie modyfikację rzeczy i np. nadanie jej w ten sposób nowych cech i funkcjonalności.

W celu dokonania analizy omawianego przepisu należy odpowiedzieć na pytanie, czym są **rzeczy wytwarzane w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych i rozwojowych.** Pzp nie zawiera definicji pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe", stąd w pierwszym rzędzie należy sięgnąć do definicji legalnych dostępnych w innych aktach prawnych. Należy zatem sięgnąć do Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. Zgodnie z art. 4 ust. 2 tej ustawy badania naukowe są działalnością obejmującą:

1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne oraz
2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Z kolei prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń (art. 4 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce). Wskazać także należy, że w świetle art. 5 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce badania naukowe i prace rozwojowe prowadzi się w dziedzinach nauki i dyscyplinach naukowych, których klasyfikację określa minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego i nauki, w drodze rozporządzenia. Mowa tu o rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 20 września 2018 r. w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych oraz dyscyplin artystycznych (Dz. U. poz. 1818). Art. 209 ust. 1 pkt 3 wprowadza zastrzeżenie, że wskazane w nim cele nie mogą służyć prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W analizowanym przypadku kluczowe jest niepodjęcie przez

zamawiającego produkcji masowej, której skutkiem będzie osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju.
Wyjaśniając znaczenie pojęć „cele badawcze", „cele doświadczalne", „cele naukowe" czy „cele rozwojowe", można również pomocniczo odwołać się do definicji pojęć prac: badawczych, eksperymentalnych i naukowych ujętych w międzynarodowych standardach rachunkowości. Zgodnie z międzynarodowym standardem rachunkowości nr 38 „Wartości niematerialne" prace badawcze są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej. Do przykładów prac badawczych zalicza się:

1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług, oraz
4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§ 56 standardu).

Do prac rozwojowych zalicza się:

1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż, oraz

4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (§59 standardu).

Badania podstawowe mają na celu zdobycie nowej wiedzy o zjawiskach, faktach oraz procesach (np. społecznych lub ekonomicznych), czyli przykładem może być opracowanie diagnozy w danym obszarze problemowym. Natomiast badania stosowane i prace rozwojowe podejmowane są w celu zdobycia nowej wiedzy ukierunkowanej na zastosowanie w praktyce. Badania podstawowe niemal zawsze mają odniesienie praktyczne, a ich uzasadnienia często odwołują się do oczekiwanych korzyści (pożytków) w przyszłości. Zatem różnica polega głównie na efekcie prac, a w zasadzie – sposobie ich wykorzystania. Poprzestanie na opisie, diagnozie, zrozumieniu obszaru problemowego i procesów zachodzących pomiędzy badanymi zjawiskami jest domeną badań podstawowych. Natomiast w przypadku prac rozwojowych kluczowe jest położenie nacisku na wykorzystanie wyników badań – typowym efektem prac jest opracowanie metody (koncepcji, modelu itp.) rozwiązywania danego problemu społecznego lub ekonomicznego (m.in. na podstawie diagnoz i procesów zbadanych w ramach badań podstawowych), a następnie sprawdzenie skuteczności tego rozwiązania. Prace rozwojowe bazują na dostępnej wiedzy w celu dopracowania i przygotowania do wdrożenia nowych metod (koncepcji) lub ulepszenia rozwiązania danego problemu. Testowanie prowadzone jest zazwyczaj na szerszą skalę niż w przypadku badań przemysłowych. W ramach tych prac można dopracowywać poszczególne elementy składowe tworzące finalne rozwiązanie, np. platformę internetową, która będzie obsługiwała opracowaną metodę. Prace rozwojowe mogą również obejmować zarządzanie procesem, czyli planowanie wdrożenia (przygotowanie

niezbędnych elementów), kontrolę czy ewaluację wypracowanych rozwiązań. Prace rozwojowe dopuszczają także możliwość tworzenia i testowania „prototypów", jednakże te mogą powstawać w wyniku kumulacji dostępnej już wiedzy, co oznacza, że ryzyko niepowodzenia jest zdecydowanie mniejsze niż w przypadku badań przemysłowych. Prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do istniejących metod (modeli) rozwiązywania problemów, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń. „Prace eksperymentalne" nie występują w definicji samodzielnie, ale w ramach pojęcia eksperymentalnych prac rozwojowych. Zgodnie z rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 651/2014 eksperymentalne prace rozwojowe oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosownej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług.

Zamówienie nie może służyć osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Przepis art. 301 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp wprowadza zastrzeżenie, że wskazane w nim cele wytworzenia rzeczy nie mogą służyć prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Zatem rzeczy nabywane na podstawie omawianego przepisu nie mogą służyć osiągnięciu przez zamawiającego rentowności rynkowej (czyli generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, bez względu

na to, czy produkcja będzie miała charakter produkcji masowej, czy seryjnej. Taki wniosek wypływa zresztą z podstawowego celu, któremu ma służyć zamówienie, a więc przeznaczenia jego przedmiotu wyłącznie dla celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych. Pod pojęciem „produkcji masowej" należy rozumieć produkcję dużej liczby identycznych wyrobów w sposób ciągły. Powyższej regulacji nie należy jednakże rozumieć w ten sposób, że zamawiający, uzyskując jakiekolwiek finansowanie zewnętrzne na dany projekt, np. w postaci grantów czy też subwencji, nie może zastosować trybu negocjacji bez ogłoszenia. Celem bowiem wprowadzenia przedmiotowej regulacji było uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych dla zamówień mających nieść korzyści społeczeństwu oraz zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej różnego rodzaju podmiotów. Odmienna interpretacja art. 301 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp wprowadziłaby nieuzasadnione przeszkody w uzyskaniu finansowania prac badawczych.

5. Bezskuteczność wcześniejszego postępowania w trybie podstawowym. Zgodnie z treścią art. 301 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5 Pzp, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Bezskuteczność wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w komentowanym przepisie, dotyczy tylko postępowania prowadzonego w trybie podstawowym. Bezskuteczność wcześniejszego postępowania prowadzonego w innym trybie nie mieści

się w dyspozycji tego przepisu, co oznacza, że w takiej sytuacji nie można zastosować trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

1) podlegającego wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp) lub
2) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp), lub
3) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego), lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp).

Zgodnie natomiast z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przesłanka udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 301 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczy sytuacji, gdy we wcześniej prowadzonym postępowaniu w trybie podstawowym nie było ofert – z tego powodu, że żadna oferta nie została złożona albo oferty co prawda złożono, jednak wszystkie zostały odrzucone na podstawie: art. 226 ust.1 pkt 2 lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. **Tylko te dwie podstawy odrzucenia ofert** w postępowaniu stanowią przesłankę do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Inne niż wymienione wyżej podstawy odrzucenia ofert nie mieszczą się w dyspozycji komentowanego przepisu, co oznacza, że odrzucenie ofert na podstawie innych przepisów

nie stanowi przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Odrzucenie wszystkich ofert powodujące wypełnienie przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia może dotyczyć odpowiednio:

1) ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (wszystkie warianty trybu podstawowego),
2) ofert ostatecznych złożonych po negocjacjach z zamawiających i ukształtowaniu SWZ (wariant trzeci trybu podstawowego – art. 275 pkt 3 Pzp).

Należy przy tym wskazać, że oferta dodatkowa składana w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) nie jest samodzielną ofertą, a jedynie ulepszeniem oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zatem odrzucenie oferty, dające podstawę do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, musiałoby w tym wariancie nastąpić wobec oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie.

Art. 301 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga, aby pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Mowa tu o zmianie względem warunków zamówienia obowiązujących w poprzednio prowadzonym, bezskutecznym postępowaniu w trybie podstawowym. Warunki zamówienia definiuje art. 7 pkt 29 Pzp, wskazując, że przez warunki zamówienia 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 (zob. komentarz do art. 7 pkt 29 Pzp). Pojęcie „istotna zmiana warunków" nie została sprecyzowana w Pzp. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że za istotną zmianę warunków należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian,

których ujęcie w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłoby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłoby dopuszczenie innej oferty[11]. Za istotną zmianę należy zatem uznać taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nie można zmieniać przedmiotu zamówienia czy też jego istotnych cech w sposób, który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Przejawem zmiany warunków zamówienia będzie ich poszerzenie o nowe elementy, które pierwotnie nie były przewidziane, co w konsekwencji może prowadzić do udzielenia zamówienia odmiennego od pierwotnego. Istotną zmianą pierwotnych warunków zamówienia będzie również obniżenie wymagań w ramach negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w stosunku do wymagań stawianych wykonawcom w poprzednim, bezskutecznym postępowaniu.

6. Nieprzewidywana i pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Zgodnie z treścią art. 301 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla trybu podstawowego. Przepis **określa przesłanki, które muszą być spełnione łącznie**:

1) występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
2) pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

[11] Wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:338, pkt 52

3) potrzeby tej wcześniej nie można było przewidzieć,
4) nie można zachować terminów określonych przez Pzp dla trybu podstawowego.

Omawiana przesłanka dotyczy nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania Pzp, gdy zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybu podstawowego. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę z art. 301 ust. 1 pkt 3 Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Pzp nie definiuje pojęcia **pilnej potrzeby udzielenia zamówienia.** Opowiedzieć się należy za poglądem, że na gruncie komentowanego przepisu jest to konieczność ochrony interesu, który zagrożony jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności i który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego[12]. Do interesów takich można zaliczyć np. ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo czy zapobieganie szkodzie w majątku. Możliwość udzielenia zamówienia na podstawie omawianej przesłanki musi wynikać z okoliczności, za które zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, że powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale doszło do tego pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w działaniu.

[12] Zob. wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 88/11

Dla zaistnienia przesłanki przepis wymaga, aby powstania potrzeby **nie można było przewidzieć.** Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidzenia określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Nieprzewidywalność powinna być oceniana w sposób obiektywny i indywidualnie dla każdej sytuacji.

Warunkiem zastosowania analizowanego przepisu jest także **niemożność zachowania terminów** określonych przez Pzp dla trybu podstawowego. Mowa tu o obiektywnej niemożności dochowania tych terminów ze względu na pilność udzielenia zamówienia.

Warto zwrócić uwagę, że omawiana przesłanka jest podobna do przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, o której mowa w art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Różnica polega na tym, że w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia mowa jest o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia, a w przypadku zamówienia z wolnej ręki przepis stanowi wymaganiu natychmiastowego wykonania zamówienia (więcej na temat przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia – zob. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp z komentarzem).

7. Odstąpienie przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 301 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia

publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia. Jest to nowa względem Pzp2004 przesłanka udzielenia zamówienia. Nie ma swojego odpowiednika w przesłankach dla tego trybu w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne lub w dyrektywach unijnych. Udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu możliwe jest tylko w przypadku **łącznego spełnienia** następujących przesłanek:

1) udzielone zostało zamówienie na roboty budowlane,
2) w okresie 3 lat od udzielenia tego zamówienia, zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3) przyczyny tego odstąpienia leżały po stronie wykonawcy,
4) udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia (chodzi o zakończenie robót budowlanych, a nie wykonanie całości poprzedniego zamówienia).

Omawiany przepis dotyczy wyłącznie zamówienia na roboty budowlane. W przypadku innego rodzaju zamówienia nie znajduje on zastosowania (więcej na ten temat robót budowlanych – zob. komentarz do art. 7 pkt 21 Pzp). Art. 301 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy zatem sytuacji, w której najpierw została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane, a następnie zamawiający od niej odstąpił. Odstąpienie, o którym mowa w omawianym przepisie, musi mieć miejsce **w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia**, tj. od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do obliczenia tego terminu zastosowanie ma art. 8 ust. 1 Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do

umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Sposób obliczenia terminu określonego w latach określa art. 112 Kc.

Ostatnim warunkiem postawionym w komentowanym przepisie jest to, żeby udzielenie zamówienia było **niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia**. Kluczowy w tym przypadku jest przedmiot zamówienia określony w umowie, od której zamawiający odstąpił – przedmiotem nowego zamówienia może być tylko **dokończenie** robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia.

W przypadku, o którym mowa w art. 301 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający zaprasza w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił (art. 301 ust. 2 Pzp). Przepis ten wskazuje, że zaproszenie do negocjacji musi mieć miejsce w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy. Do obliczania tego terminu stosuje się art. 112 Kc. W omawianym przypadku zamawiający zobowiązany jest do zaproszenia do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, poza wykonawcą, z którym zawarto umowę, od której zamawiający odstąpił. Użyte w przepisie sformułowanie „co najmniej" wskazuje, że zamawiający może zaprosić – poza tymi wykonawcami – także inne wybrane przez siebie podmioty. Jednocześnie należy wyjaśnić, że wymóg zaproszenia wszystkich wykonawców, którzy w uprzednio prowadzonym postępowaniu złożyli oferty, jest wymogiem o charakterze proceduralnym i nie oznacza, że zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe jedynie wtedy, gdy tacy

wykonawcy w istocie brali udział w tym postępowaniu. W każdym natomiast przypadku niezbędne jest zachowanie ogólnego wymogu dotyczącego liczby zaproszonych wykonawców, o którym mowa w art. 210 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2. Wymóg ten znajduje zastosowanie do trybu negocjacji bez ogłoszenia bez względu na wartość zamówienia, a zatem i w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne.

Art. 302.

Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

1. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia może zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w BZP. Jest to ogłoszenie, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 2 Pzp. BZP jest udostępniony na stronie internetowej UZP.

Celem tego ogłoszenia jest poinformowanie wykonawców o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Powzięcie tej informacji umożliwia przede wszystkim zakwestionowanie przez wykonawców podstaw do zastosowania przez zamawiającego tego trybu postępowania. W tym celu wykonawca może skorzystać z przysługujących mu na gruncie Pzp środków ochrony prawnej.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma **charakter fakultatywny**, a jego zamieszczenie jest pozostawione do decyzji zamawiającego. Pzp

nie precyzuje, w jakim konkretnie terminie zamawiający ma zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, podając jedynie, że zamieszczenie w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli po przekazaniu przez zamawiającego wybranym przez niego wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszcza się na zasadach określonych w dziale III, rozdziale 2 „Ogłoszenia" Pzp. Zgodnie z art. 269 ust. 1 Pzp zamawiający zamieszcza ogłoszenie w BZP, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą dostępnych tam formularzy. Więcej na temat zamieszczania ogłoszenia – zob. rozdział 2 „Ogłoszenia", w dziale III Pzp z komentarzem.

Brak zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy może mieć wpływ na terminy do wniesienia odwołania na czynność (bądź zaniechanie czynności) do KIO stosownie do treści art. 515 ust. 4 Pzp (por. komentarz do działu IX art. 515 Pzp).

Przypomnieć warto, że zgodnie z treścią art. 309 ust. 1 Pzp zamawiający zobligowany jest do zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania, zawierającego informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania, nie później niż w terminie 30 dni od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 303.

1. Zamawiający, wraz z zaproszeniem do składania ofert, przekazuje dokumenty zamówienia, zawierające co najmniej informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1.

2. Do wyjaśnień i zmiany dokumentów zamówienia przepisy art. 284, art. 285 oraz art. 286 ust. 1, 3, 5, 7 i 8 stosuje się odpowiednio.

3. Przepis art. 299 ust. 3 stosuje się.

1. Obowiązek przekazania dokumentów zamówienia i informacje przekazywane wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert.
Zaproszenie do składania ofert zamawiający kieruje do wykonawców po zakończeniu negocjacji (zob. art. 212 ust. 1 Pzp). Zgodnie z treścią art. 303 ust. 1 Pzp zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje dokumenty zamówienia, zawierające co najmniej informacje wymienione w tym przepisie. Dokumenty zamówienia definiuje art. 7 pkt 3 Pzp, wskazując, że przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.
Art. 303 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania wraz z zaproszeniem do składania ofert dokumentów zamówienia, zawierających co najmniej informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 Pzp, czyli:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania,
2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
3) tryb udzielenia zamówienia,
4) informację, czy zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji,
5) opis przedmiotu zamówienia,
6) termin wykonania zamówienia,

7) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy,
8) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej,
9) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (dot. możliwości odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej w przypadkach wymienionych w tym przepisie), art. 66 Pzp (dot. możliwości wymagania przez zamawiającego użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnodostępne w przypadkach wymienionych w tym przepisie) i art. 69 Pzp (dot. możliwości wymagania przez zamawiającego sporządzenia i przedstawienia ofert lub prac konkursowych przy użyciu narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub innych podobnych narzędzi, które nie są ogólnie dostępne, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów),
10) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
11) termin związania ofertą,
12) opis sposobu przygotowania oferty,
13) sposób oraz termin składania ofert,
14) termin otwarcia ofert,
15) obowiązkowe podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp,

16) sposób obliczenia ceny,
17) opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert,
18) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Sformułowanie „co najmniej informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1, użyte w treści art. 303 ust. 1 Pzp oznacza, że wskazane w art. 281 ust. 1 Pzp informacje są obowiązkowe, natomiast zamawiający, jeśli uzna to za uzasadnione, może przekazać także inne, dodatkowe informacje.

2. Wyjaśnienia treści dokumentów zamówienia. Zgodnie z treścią art. 303 ust. 2 Pzp do wyjaśnień treści dokumentów zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 284 ust. 1 Pzp (uprawnienie wykonawcy do zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia),
2) art. 284 ust. 2 Pzp (obowiązek zamawiającego do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień i termin na wykonanie tego obowiązku oraz termin dla wykonawcy na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia),
3) art. 284 ust. 3 Pzp (konsekwencje nieudzielenia przez zamawiającego wyjaśnień w przepisanym terminie, tj. przedłużenie terminu składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom),
4) art. 284 ust. 4 Pzp (konsekwencje niedochowania przez wykonawcę terminu na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia),

5) art. 284 ust. 5 Pzp (konsekwencje przedłużenia terminu składania ofert, o którym mowa w art. 284 ust.4 Pzp),
6) art. 284 ust. 6 Pzp (obowiązek zamawiającego w zakresie udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami),
7) art. 285 Pzp (możliwość zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców w celu wyjaśnienia treści dokumentów zamówienia),

Szerzej zob. komentarz do art 284 i 285 Pzp.

3. Zmiana treści dokumentów zamówienia. Zgodnie z treścią art. 303 ust. 2 Pzp do zmiany treści dokumentów zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

1) art. 286 ust. 1 Pzp (dotyczy możliwości zmiany przez zamawiającego treści SWZ),
2) art. 286 ust. 3 Pzp (dotyczy przedłużenia terminu składania ofert w przypadku zmiany treści SWZ),
3) art. 286 ust. 5 Pzp (dotyczy informowania wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert),
4) art. 286 ust. 7 Pzp (dotyczy obowiązku udostępnienia zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania),
5) art. 286 ust. 8 Pzp (dotyczy obowiązku przekazania zmiany SWZ w sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, w przypadku gdy SWZ nie był publikowany na stronie internetowej prowadzonego postępowania).

4. Wadium. Możliwość żądania przez zamawiającego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne wynika z treści art. 97 ust. 1 Pzp, stosowanego w tym postępowaniu z mocy

art. 266 Pzp. W przypadku gdy zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, określa jego kwotę w wysokości nie większej niż 1,5% wartości zamówienia. Wartość zamówienia określa się zgodnie z przepisami działu I, rozdziału 5 Pzp.

Oddział 4
Zamówienie z wolnej ręki

Art. 304.

Do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 8, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału.

1. Zastosowanie przepisów działu II rozdziału 3 oddziału 8 Pzp. Do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki stosuje się te same przepisy co do zamówień, których wartość osiąga i przekracza progi unijne z zastrzeżeniem treści art. 305 Pzp (przesłanki zastosowania trybu) i 306 Pzp. Ten tryb udzielenia zamówienia występuje zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 213–217 Pzp), jak i w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne (zob. komentarz do art. 213–217 Pzp).

Art. 305.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1–5 i 7–14;

2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

3) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej[13];

3) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej[14];

4) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa;

5) zamówienie jest udzielane przez zamawiających mających siedzibę poza granicami państwa i jest wykonywane poza jego granicami.

1. Odwołanie do przesłanek w postępowaniach równej lub wyższej niż progi unijne. Wszelkie uwagi poczynione w zakresie interpretacji przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1–5 i 7–14 Pzp należy odnieść również do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Art. 305 pkt 1 Pzp przenosi zatem podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co oznacza, że przesłanki

[13] W tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany, o której mowa w odnośniku 14.

[14] Ze zmianą wprowadzoną przez art. 73 pkt 2 ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. poz. 464), która wejdzie w życie z dniem 16 czerwca 2021 r.

są tożsame. Okoliczności wskazane w kolejnych punktach art. 214 ust. 1 Pzp dotyczą: pkt 1 i 2 – istnienia tylko jednego wykonawcy, pkt 3 – dostawy rzeczy wytwarzanych wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, pkt 4 – udzielenia zamówienia zwycięzcy konkursu, pkt 5 – wyjątkowej sytuacji wymagającej natychmiastowego udzielenia zamówienia, pkt 7 – powtórzeniu w ciągu 3 lat podobnych usług lub robót budowlanych, pkt 8 – udzielenia zamówienia na dodatkowe dostawy, pkt 9 – nabycia dostaw na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym, pkt 10 – zamówienia na dostawy dokonywanego na rynku towarowym, pkt 11–14 – zamówień typu *in house* oraz współpracy publiczno-publicznej.

2. Nieskuteczność postępowania. Zgodnie z art. 305 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone z powodu niezgodności ich treści z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu tego, że wykonawca, który złożył odrzuconą ofertę: podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp), nie spełniał warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp) albo nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp), a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Zatem możliwość zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia

z wolnej ręki zależy od przyczyny nieskuteczności postępowania prowadzonego w trybie podstawowym. W świetle brzmienia tej przesłanki w porównaniu z zamówieniami o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp) uprawnienia zamawiającego są szersze. Przesłanka ta bowiem obejmuje wszystkie przypadki, gdy oferta jest odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a zatem za każdym razem, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na uwadze definicję warunków zamówienia z art. 7 pkt 29 Pzp należy podkreślić, że niezgodność oferty może dotyczyć (oprócz wymagań wynikających bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia) również wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odrzucenie wszystkich ofert powodujące wypełnienie przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia może dotyczyć odpowiednio:

1) ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (wszystkie warianty trybu podstawowego),
2) ofert ostatecznych złożonych po negocjacjach z zamawiającym i ukształtowaniu SWZ (wariant trzeci trybu podstawowego – art. 275 pkt 3 Pzp).

Należy przy tym wskazać, że oferta dodatkowa składana w wariancie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 Pzp) nie jest samodzielną ofertą, a jedynie ulepszeniem oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zatem odrzucenie oferty, dające podstawę do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, musiałoby w tym wariancie nastąpić wobec oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie.

O zaistnieniu przesłanki przesądzają również warunki zamówienia, które mogą różnić się wyłącznie w sposób nieistotny (por. komentarz do art. 214 ust. 1 Pzp).

3. Zamówienia placówek zagranicznych. Z trybu zamówienia z wolnej ręki dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne mogą korzystać placówki zagraniczne. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 7 ustawy o służbie zagranicznej „placówka zagraniczna" oznacza przedstawicielstwo dyplomatyczne, stałe przedstawicielstwo przy organizacji międzynarodowej, konsulat generalny, konsulat, wicekonsulat, agencję konsularną, instytut polski lub inną placówkę podległą ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych, mającą siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

4. Zamówienia jednostek wojskowych. W trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie art. 305 pkt 4 Pzp można udzielić zamówienia na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu ustawy o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 1 tej ustawy dotyczy ona użycia lub pobytu poza granicami państwa związków operacyjnych i taktycznych oraz oddziałów i pod-
oddziałów, zwanych dalej „jednostkami wojskowymi". A zatem poza zakresem podmiotowym przesłanki z art. 305 pkt 4 Pzp pozostaną inne jednostki wojskowe nieobjęte regulacją w świetle art. 1 ustawy o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa.

5. Zamawiający mający siedzibę za granicą. Ustawodawca dopuścił możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przypadku łącznego spełnienia się dwóch przesłanek. Po pierwsze, zamawiający posiada siedzibę za granicą, a po drugie, zamówienie jest wykonywane poza

granicami Polski. Przesłanka nie jest zatem spełniona, jeżeli zamówienie jest udzielane wprawdzie przez zamawiającego posiadającego siedzibę za granicą, jednak jego wykonanie ma miejsce na terenie Polski.

Art. 306.

1. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

2. Zamawiający, przed udzieleniem zamówienia, może żądać od wykonawcy złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych.

1. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki może zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w BZP. Jest to ogłoszenie, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 2 Pzp. BZP jest udostępniony na stronie internetowej UZP.

Celem tego ogłoszenia jest poinformowanie wykonawców o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Powzięcie tej informacji umożliwia przede wszystkim zakwestionowanie przez wykonawców podstaw do zastosowania przez zamawiającego tego trybu postępowania. W tym celu wykonawca może skorzystać z przysługujących mu na gruncie Pzp środków ochrony prawnej.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma **charakter fakultatywny**, a jego zamieszczenie jest pozostawione do decyzji zamawiającego. Pzp nie precyzuje, w jakim konkretnie terminie zamawiający ma zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, podając jedynie, że zamieszczenie w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli po przekazaniu

przez zamawiającego wybranym przez niego wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszcza się na zasadach określonych w dziale III, rozdziale 2 „Ogłoszenia" Pzp. Zgodnie z art. 269 ust. 1 Pzp zamawiający zamieszcza ogłoszenie w BZP, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą dostępnych tam formularzy. Więcej na temat zamieszczania ogłoszenia – zob. rozdział 2 „Ogłoszenia", w dziale III Pzp z komentarzem.

Brak zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy może mieć wpływ na terminy do wniesienia odwołania na czynność (bądź zaniechanie czynności) do KIO stosownie do treści art. 515 ust. 4 Pzp (por. komentarz do działu IX art. 515 Pzp).

Przypomnieć warto, że zgodnie z treścią art. 309 ust. 1 Pzp zamawiający zobligowany jest do zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania, zawierającego informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania, nie później niż w terminie 30 dni od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy. W celu maksymalnego odformalizowania „krajowego" trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający w istocie nie mają obowiązku przeprowadzania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, gdyż żądanie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowych środków dowodowych jest zgodnie z art. 306 ust. 2 Pzp dobrowolne.

Rozdział 5
Wybór najkorzystniejszej oferty

Art. 307.

1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia

upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

2. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni.

3. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

4. W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

1. Stosowanie przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej progów unijnych. Rozdział 5 działu III Pzp dotyczący postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne zawiera przepisy stanowiące nieliczne, odmienne regulacje w stosunku do przepisów działu II rozdziałów 4–8 Pzp. Z przepisów działu II, które na podstawie art. 266 Pzp mają zastosowanie także do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, większość przepisów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty będzie stosowanych wprost. Należą do nich przepisy dotyczące: składania ofert (art. 218 i art. 219 Pzp), otwarcia ofert (art. 221 i art. 222 Pzp), oceny ofert (art. 223–226 Pzp), aukcji elektronicznej (art. 227 ust. 2 i art. 228–238 Pzp), wyboru

najkorzystniejszej oferty (art. 239–253 Pzp). Do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne będą miały zastosowanie także przepisy działu II dotyczące zakończenia postępowania (art. 254–256 oraz art. 258–263 Pzp).

2. Termin związania ofertą. Termin związania ofertą jest określany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. W trybie podstawowym, w trybie negocjacji bez ogłoszenia i w odniesieniu do umów ramowych zawieranych z zastosowaniem trybu podstawowego termin związania ofertą jest wskazywany w SWZ (patrz: art. 281 ust. 1 pkt 11 Pzp, art. 295 ust. 3 Pzp, art. 303 ust. 1 w związku z art. 281 ust. 1 pkt 11 Pzp oraz art. 311 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 281 ust. 1 pkt 11 Pzp). W trybie podstawowym, w wariancie pierwszym i drugim (art. 275 pkt 1 i 2 Pzp), termin związania ofertą jest wskazywany również w ogłoszeniu o zamówieniu. Pzp ogranicza możliwość swobodnego określenia przez zamawiającego terminu związania ofertą. Dopuszczalny okres związania wykonawcy ofertą to maksymalnie 30 dni. Okres ten jest wyznaczany przez zamawiającego począwszy od dnia upływu terminu składania ofert do konkretnej, wskazywanej przez niego daty końca tego okresu. Przepis art. 307 ust. 1 Pzp modyfikuje zasadę liczenia terminów wynikającą z Kc. W szczególności do terminu związania ofertą nie ma zastosowania zasada z art. 111 § 2 Kc, zgodnie z którą, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Pierwszym dniem, od którego zaczyna się okres związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą, nie jest tak jak w Kc dzień następny po dniu będącym ostatnim dniem terminu składania ofert, ale dzień, w którym upływa termin składania ofert. Oznacza to, że do ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie ma zastosowania również przepis art. 66 § 1 Kc, który sam fakt złożenia oferty łączy ze skutkiem prawnym, jakim jest związanie

oferenta złożoną ofertą. A zatem wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest związany ofertą nie od chwili jej złożenia zamawiającemu, ale od dnia upływu terminu składania ofert aż do dnia, w którym upływa termin związania ofertą (tj. do upływu ostatniego dnia okresu związania ofertą), zakreślony konkretną datą w dokumentach zamówienia. Do upływu terminu składnia ofert wykonawca może ofertę wycofać (por. art. 219 Pzp w zw. z art. 266 Pzp).

Określając termin związania ofertą, zamawiający bierze pod uwagę okoliczności związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności charakter zamówienia, a w konsekwencji szacowany czas potrzebny do oceny ofert i do wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy, składając oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, akceptują, czyli przyjmują jako własny, określony w dokumentach zamówienia termin związania ofertą, jednakowy dla wszystkich wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Związanie ofertą ustaje przed upływem terminu związania ofertą w przypadku podpisania umowy albo unieważnienia postępowania.

Szczególne rozwiązanie w zakresie związania ofertą Pzp przewiduje dla ofert dodatkowych, składanych w wariancie drugim trybu podstawnego (art. 275 pkt 2 Pzp), w którym zamawiający przewidział możliwość negocjacji. Oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje (por. art. 296 ust. 2 zd. trzecie Pzp). Ponieważ oferta dodatkowa stanowi jedynie dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanych elementów oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie jest samodzielną ofertą, która mogłaby być podstawą do zawarcia umowy (inaczej niż oferta ostateczna, którą wykonawcy składają po negocjacjach w wariancie trzecim trybu

podstawowego), termin związania ofertą nie rozpoczyna biegu od nowa. Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się od upływu terminu złożenia oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nie ulega przerwaniu. Oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu przestaje wiązać wykonawcę wyłącznie w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Dla oferty dodatkowej termin związania ofertą upływa w tym samym dniu, w którym upływa termin związania oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Podobne rozwiązanie zostało przewidziane w Pzp dla ofert składanych w toku aukcji elektronicznej. Oferta wykonawcy złożona w toku aukcji elektronicznej przestaje wiązać w zakresie, w jakim ten sam wykonawca złoży w toku aukcji elektronicznej korzystniejszą ofertę. W takim przypadku bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu (por. art. 235 Pzp w związku z art. 266 Pzp). Pzp nie przewiduje, tak jak Pzp2004, ustawowego zawieszenia biegu związania ofertą w przypadku wniesienia odwołania do czasu ogłoszenia orzeczenia przez KIO.

3. Przedłużenie terminu związania ofertą. Z art. 252 ust. 1 Pzp w związku z art. 266 Pzp, a także z art. 307 ust. 2 Pzp wynika ogólna zasada, iż wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić przed upływem terminu związania ofertą. Jeżeli jednak, co należy traktować jako wyjątek, okoliczności towarzyszące prowadzonemu postępowaniu wskazują, że wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, **zamawiający** jeszcze w okresie związania ofertą **ma obowiązek** zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie przez nich zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez zamawiającego okres, który nie może być

dłuższy niż 30 dni. Zamawiający może wystąpić o takie przedłużenie terminu związania ofertą tylko raz. W interesie zamawiającego jest, żeby wystąpienie o przedłużenie terminu związania ofertą nastąpiło w takim czasie przed upływem tego terminu, aby umożliwić wykonawcom zarówno złożenie oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu, jak i przedłużenie okresu ważności lub złożenie nowego wadium, jeżeli wadium jest wymagane. Uzasadnione jest, by przedłużenie związania ofertą następowało przez wskazanie przez zamawiającego konkretnej daty zakreślającej nowy termin związania ofertą. Decyzja w zakresie związania się ofertą na przedłużony okres należy do wykonawcy. Jeżeli wykonawca podejmuje taką decyzję, jej wyrazem musi być złożenie zamawiającemu pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie wykonawcy nie może być więc domniemane i musi być pisemne.

4. Wadium a przedłużenie terminu związania ofertą. W sytuacji, gdy w postępowaniu wymagane było wniesienie wadium, skuteczność oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest uwarunkowana również przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (art. 307 ust. 4 Pzp). Obowiązuje zasada ciągłości wadium, które ma zabezpieczać ofertę przez cały okres związania wykonawcy ofertą. Złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą powinno nastąpić przed upływem tego terminu, aby była zachowana ciągłość okresu związania ofertą, stąd też przedłużenie okresu ważności wadium, bądź wniesienie nowego wadium powinno nastąpić przed upływem terminu związania ofertą. Przez „przedłużenie okresu ważności wadium" oraz przez „wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą" należy rozumieć nie tylko sam fakt

np. uzyskania przez wykonawcę poręczenia czy gwarancji wadialnych, ale również dostarczenie zamawiającemu oryginalnego dokumentu potwierdzającego tę okoliczność, analogicznie jak w przypadku wadium wnoszonego na pierwotny okres związania ofertą.

5. Skutki braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zarówno w przypadku, gdy wykonawca nie złoży pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, odmówi wyrażenia takiej zgody, jak i w przypadku, gdy nie wniesie wadium na przedłużony okres związania ofertą (nawet w sytuacji, gdy złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą), oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. art. 226 ust. 1 pkt 12–14 Pzp w związku z art. 266 Pzp).

Warto zwrócić uwagę, że Pzp nie daje możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po upływie tego terminu ani w sytuacji, gdy w przedłużonym terminie związania ofertą nie doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast w sytuacji, gdy nawet przedłużony termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, a w przypadku braku takiej zgody – zwraca się o jej wyrażenie do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (por. art. 252 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 266 Pzp).

Art. 308.

1. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia,

że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny, oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

2. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

3. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 2, jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie:
   a) podstawowym złożono tylko jedną ofertę,
   b) partnerstwa innowacyjnego złożono tylko jeden wniosek albo złożono tylko jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;

2) umowa w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo na podstawie umowy ramowej.

1. Aukcja elektroniczna. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne aukcja elektroniczna poprzedzająca wybór najkorzystniejszej oferty może być przeprowadzona tylko w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie podstawowym.

Przepis art. 308 ust. 1 Pzp zawiera odmienne uregulowanie w stosunku do art. 227 ust. 1 Pzp dotyczącego postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Pozostałe przepisy działu II rozdziału 6 dotyczące aukcji elektronicznej mają w pełni zastosowanie do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne. Analogicznie jak w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest uwarunkowane uprzednim wskazaniem przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty zostanie przeprowadzona taka aukcja.

Kolejnym warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest, aby te elementy ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert zostały wskazane przez zamawiającego do oceny w ramach tej aukcji, mogły być klasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny (por. art. 308 ust. 1 Pzp). Te elementy ofert, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej, powinny być wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (por. art. 230 pkt 1 w związku z art. 266 Pzp).

Trzecim warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej – określonym w art. 308 ust. 1 Pzp – jest, aby w postępowaniu pozostały przynajmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W przypadku braku minimalnej liczby ofert niepodlegających odrzuceniu aukcja elektroniczna nie dochodzi do skutku i zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez zastosowania aukcji. Warto zaznaczyć, że poza sytuacją, w której w prowadzonym postępowaniu brak jest minimalnej liczby ofert dopuszczającej przeprowadzenie aukcji elektronicznej, aukcja przewidziana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach

zamówienia powinna być przeprowadzona. Innymi słowy zamawiający jest związany warunkiem postępowania, jakim jest aukcja elektroniczna poprzedzająca wybór najkorzystniejszej oferty, i nie może od niego odstąpić z powołaniem się np. na nieprzewidziane uprzednio okoliczności, tak jak jest związany wybranymi do oceny w ramach aukcji elektronicznej kryteriami oceny ofert.

Chociaż zamawiający nie musi wybierać do oceny w ramach aukcji elektronicznej wszystkich tych kryteriów oceny ofert, w ramach których oceniane elementy ofert mają charakter wymierny i mogłyby być poddane automatycznej ocenie, to jednak w przypadku, gdy wybierze już określone kryteria do aukcji i wskaże je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia, wówczas wiążą one zamawiającego i nie mogą być zmienione. Związanie zamawiającego warunkami postępowania w zakresie obowiązku przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie oznacza jednak po stronie wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej obowiązku udziału w aukcji. W przypadku, gdy aukcja elektroniczna ma miejsce, te elementy oferty wykonawcy zaproszonego, ale nieprzystępującego do aukcji, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert stosowanych w aukcji, są oceniane w sposób automatyczny, na równi z ofertami wykonawców biorących udział w aukcji i dokonujących postąpień.

2. Powstrzymanie się od zawarcia umowy. Po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego najwcześniej po 5. dniach od dnia przesłania wykonawcom, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jeżeli zawiadomienie było przesłane w inny sposób niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej (np. faksem), umowa może być zawarta najwcześniej po 10. dniach od dnia

przesłania zawiadomienia. Jest to zasada umożliwiająca wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej (por. art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp). Wniesienie przez wykonawcę odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty skutkuje zakazem zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (por. art. 577 Pzp). Zakaz zawarcia umowy do czasu rozpatrzenia odwołania może być uchylony przez KIO w okolicznościach określonych w art. 578 ust. 2 Pzp (negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną interesów, które mogą doznać uszczerbku na skutek działania zamawiającego, lub uprawdopodobnienie, że odwołanie ma na celu jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy).

Zasada dotycząca obowiązku powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy na okres odpowiednio 5 albo 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty nie obowiązuje jednak w przypadku, gdy została złożona tylko jedna oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym. Zasada ta nie obowiązuje także, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie partnerstwa innowacyjnego został złożony tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo gdy wprawdzie została złożona większa liczba wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale część z nich została odrzucona i minął termin na wniesienie odwołania na czynność odrzucenia tych wniosków albo KIO ogłosiła wyrok oddalający odwołanie lub wydała postanowienie kończące postępowanie odwoławcze, a w konsekwencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została złożona tylko jedna oferta.

Trzecim przypadkiem, w którym zakaz zawarcia umowy w sprawie

udzielenia zamówienia publicznego przez ustawowo określony okres nie obowiązuje, jest sytuacja, w której zamówienie jest udzielane w następstwie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo gdy zamówienie jest udzielane w oparciu o umowę ramową.

Art. 309.

1. Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania.

2. Zamawiający może nie zawierać niektórych informacji w ogłoszeniu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

1. Obwiązek informacyjny. Obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania jest dopełnieniem stosowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady przejrzystości. Jest to również narzędzie, które dopełnia realizowaną w postępowaniu zasadę jawności. W szczególności wszyscy zainteresowani mają prawo wiedzieć, na co zostały wydane pieniądze publiczne, komu zostało zlecone wykonanie zamówienia publicznego i za jaką kwotę. Obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania dotyczy zarówno sytuacji, w której została zawarta umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jak i sytuacji, w której postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione.
Zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu określa załącznik nr 3 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 272 ust. 2 Pzp, tj. rozporządzenie w sprawie ogłoszeń w BZP. W ogłoszeniu tym zamawiający podaje m.in. informacje: o ofertach uzyskanych w postępowaniu, o wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, oraz o wartości i okresie obowiązywania umowy albo o podstawie prawnej i przyczynach unieważnienia postępowania.

2. Brak obowiązku podawania niektórych informacji. Przepis art. 309 ust. 2 Pzp, stanowiący odpowiednik art. 265 ust. 2 Pzp dotyczącego postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, daje podstawę do niezamieszczania w ogłoszeniu o wyniku postępowania informacji, których ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa, lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. W tym zakresie przepisy Pzp nawiązują do art. 50 ust. 4 dyrektywy klasycznej oraz art. 70 ust. 3 dyrektywy sektorowej. Analogiczną regulację zawiera także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 oraz Porozumienie WTO ws. Zamówień Rządowych (GPA). Informacje chronione, o których mowa w art. 309 ust. 2 Pzp, nie są to informacje chronione w oparciu o inne podstawy prawne, jak np. informacje niejawne chronione w oparciu o ustawę o ochronie informacji niejawnych. Dopuszczona w Pzp możliwość odstąpienia przez zamawiającego od zamieszczania niektórych informacji w ogłoszeniu o wyniku postępowania stoi na straży pewności prawa, ograniczając możliwość nieujawniania niektórych informacji wyłącznie do wskazanych

Pzp przypadków. Przepis art. 309 ust. 2 Pzp jest wyrazem stosowania zasady proporcjonalności, ponieważ ograniczenie jawności informacji o postępowaniu może mieć miejsce tylko w sytuacjach, gdy ujawnienie takiej informacji godziłoby w inne wartości (egzekwowanie prawa, interes publiczny, uzasadnione interesy wykonawcy) bądź miałoby negatywny wpływ na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Zamawiający, decydując w zakresie niezamieszczania określonych informacji wymaganych rozporządzeniem w sprawie ogłoszeń w BZP, również kieruje się zasadą proporcjonalności w ocenie, czy występują okoliczności, które mogą stanowić podstawę podjęcia takiej decyzji. Każdy przypadek wystąpienia okoliczności z art. 309 ust. 2 Pzp wymaga indywidualnego podejścia w konkretnych okolicznościach. Informacje zamieszczane w ogłoszeniu o wyniku postępowania, np. w zakresie stosowania innowacyjnych rozwiązań w związku z zawartą umową, mogą podlegać ochronie z uwagi na indywidualną sytuację danego wykonawcy związaną np. z wejściem jego spółki na giełdę czy sprzedażą przedsiębiorstwa, podczas gdy w sytuacji innego wykonawcy taka informacja nie będzie stanowić informacji poufnej.

Art. 310.

Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, 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:

1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym albo partnerstwa innowacyjnego albo

2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

1. Unieważnienie postępowania z powodu nieprzyznania środków finansowych. Zamawiający, wszczynając postępowanie, deklaruje zamiar zawarcia umowy na warunkach określonych w tym postępowaniu i jednocześnie zobowiązuje się wobec wykonawców do ich dotrzymania. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zasady powinno należeć do sytuacji wyjątkowych. Do takich wyjątkowych sytuacji, które mogą uzasadniać unieważnienie postępowania, została również zaliczona w Pzp okoliczność nieprzyznania środków na finansowanie zamówienia. W przypadku niektórych zamówień możliwość udzielenia zamówienia jest ściśle powiązana z pozyskaniem i zaangażowaniem środków publicznych w ramach dofinansowania zamówienia w formie dotacji, pożyczki czy umowy o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej. Ustawodawca nie wskazuje na źródło środków, określa jedynie ich charakter jako środki publiczne. Pojęcie „środki publiczne" należy więc definiować szeroko, jako środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych. Brak możliwości sfinansowania zamówienia wyłącznie z budżetu zamawiającego uniemożliwia zawarcie umowy w sytuacji, gdy z różnych przyczyn środki, które miały służyć współfinansowaniu zamówienia, nie zostaną zamawiającemu przyznane. W przypadku niektórych projektów, zwłaszcza tych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, wszczęcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trakcie trwania procedury zmierzającej do przyznania dofinansowania projektu, a więc przed uzyskaniem potwierdzenia przyznania środków finansowych, jest konieczne do dotrzymania warunków wynikających

z harmonogramu realizacji projektu. Przepis art. 310 Pzp umożliwia zamawiającemu wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed uzyskaniem decyzji o przyznaniu mu środków finansowych, a więc bez zapewnienia w budżecie zamawiającego pełnej kwoty środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. Okoliczność braku przyznania środków finansowych, o które ubiegał się zamawiający dla celów dofinansowania zamówienia, może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania pod warunkiem, że zamawiający przewidział, że taka podstawa do unieważnienia postępowania może być przez niego zastosowana, odpowiednio do prowadzonego trybu postępowania: w ogłoszeniu o zamówieniu (dla postępowań prowadzonych w trybie podstawowym i w trybie partnerstwa innowacyjnego) albo w zaproszeniu do negocjacji (w przypadku postępowań prowadzonych w trybach negocjacji bez ogłoszenia albo wolnej ręki).

„Nieprzyznanie środków", o których mowa w art. 310 Pzp, będzie to zarówno sytuacja, w której zamawiający otrzymał powiadomienie o takiej decyzji podmiotu przyznającego dofinansowanie, jak i sytuacja, w której wprawdzie początkowo zapadła decyzja o przyznaniu środków, ale na skutek innych okoliczności decyzja ta została cofnięta i ostatecznie zamawiającemu środki na dofinansowanie zamówienia nie zostały przyznane. Nie są przesłanką do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 310 Pzp przypuszczenia zamawiającego co do tego, że środki na dofinansowanie zamówienia nie zostaną mu przyznane. Musi istnieć dowód pozwalający obiektywnie zweryfikować taką okoliczność stosowny do formy uzyskania takiej informacji. Warto przy tym zauważyć, że Pzp nie wymaga od zamawiającego unieważnienia postępowania w przypadku nieprzyznania środków dofinansowujących udzielenie zamówienia, ale

daje mu możliwość podjęcia takiej decyzji. Zamawiający może podjąć decyzję o kontynuowaniu postępowania w przypadku pozyskania środków finansowych z innych źródeł. Z drugiej strony istniejąca możliwość pozyskania środków finansowych na finansowanie zamówienia z innych źródeł nie oznacza obowiązku zamawiającego kontynuowania postępowania, jeżeli założone dofinansowanie, o które się ubiegał, nie zostało mu przyznane.

DZIAŁ IV
Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych

Rozdział 1
Umowa ramowa

Art. 311.

1. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące trybu:

1) przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, w przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne;

2) podstawowego lub partnerstwa innowacyjnego, o którym mowa w dziale III rozdziale 4 oddziale 2, w przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest mniejsza niż progi unijne.

2. Do umów ramowych stosuje się przepisy działu VII.

3. Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.

4. Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji.

1. Umiejscowienie przepisów o umowie ramowej. Przepisy o umowie ramowej (art. 311–315 Pzp) zostały zamieszczone w dziale IV „Szczególne

instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych", łącznie z przepisami o dynamicznym systemie zakupów (art. 316–324 Pzp), konkursie (art. 325–358 Pzp) i zamówieniach na usługi społeczne i inne szczególne usługi (art. 359–361 Pzp). Intencją ustawodawcy jest, by umowa ramowa była kwalifikowana jako jeden z **instrumentów organizujących udzielanie zamówień** w przyszłości (por. motyw 60 preambuły dyrektywy klasycznej) – obok dynamicznego systemu zakupów (por. motyw 63 preambuły dyrektywy klasycznej). Umowa ramowa nie jest bowiem ani trybem zawarcia umowy, ani też stadium rokowań, lecz stanowi samodzielną umowę łączoną z określoną techniką udzielania zamówień, która polega na rozłożeniu procesu kontraktowania na dwie fazy, czyli zawarcie umowy ramowej oraz następujących po niej umów jednostkowych (realizacyjnych, wykonawczych, konkretnych, cząstkowych)[1].

Przepisy art. 311–315 Pzp mają zastosowanie do umów ramowych objętych reżimem zamówień klasycznych. Art. 311–314 Pzp stanowią przeniesienie art. 33 dyrektywy klasycznej. Z kolei art. 315 Pzp transponuje art. 36 ust. 4 dyrektywy klasycznej.

2. Umowa ramowa. Zgodnie z legalną definicją umowa ramowa oznacza umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą być udzielone w danym okresie, w szczególności cen i – jeżeli zachodzi taka potrzeba – przewidywanych ilości (art. 7 pkt 26 Pzp). Umowa ramowa w znaczeniu przyjętym w Pzp nie jest wyodrębnionym typem umowy, tylko ogólnym pojęciem służącym do oznaczenia **różnorodnych typów umów**, które łączą dwa

[1] Por. G. Domański, *Umowa ramowa (na tle prawa niektórych państwa EWG i Polski)*, Warszawa 1989, s. 10 i 79

wspólne mianowniki: minimalna treść umowy w postaci gotowych klauzul wprowadzanych do treści przyszłych umów jednostkowych, które w jej ramach (stąd umowa ramowa) mają być zawierane, oraz podobne funkcje, jakie pełnią, tj. **funkcja normatywna** (ustalenie warunków przyszłych umów), **organizatorska** (organizacja procesu zawierania umów jednostkowych), **adaptacyjna** (możliwość dostosowania postanowień umów jednostkowych do dynamicznie zmieniających się warunków rynkowych), **symplifikacyjna** (przyspieszenie i usprawnienie zawierania umów jednostkowych) oraz **agregacyjna** (połączenie wielu umów w większą jurydyczną całość i wykorzystanie efektu skali). Jak zwraca się uwagę w literaturze, z uwagi na wielość i różnorodność typów umów ramowych występujących w praktyce, trudno jest wypracować jednolity wzorzec, model, który może posłużyć do oceny prawnej występujących w praktyce stosunków, określonych jako umowy ramowe[2].

3. Umowy ramowe pełne i niepełne. Ustawa daje podstawę do wyróżnienia dwóch rodzajów umów ramowych:

1) pełnych, które określają wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, oraz
2) niepełnych, w których pewne warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw nie zostały wystarczająco określone i mają być dookreślone na późniejszym etapie postępowania.

Przez warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw należy rozumieć warunki wprowadzane do treści umowy jednostkowej, w tym również wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia.

---

[2] Por. J. Strzępka, *Umowy ramowe w typologii umów*, „Studia Prawa Prywatnego" 2010, Nr 3, s. 3

Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Europejskiej w ramach pierwszego typu (**umowy ramowe pełne**) mieszczą się umowy o takim stopniu oznaczenia warunków dotyczących realizacji robót budowlanych, usług i dostaw, że nadają się do wykonania bez dodatkowych aktów konsensu (negocjacji, składania ofert itd.)[3]. Jeżeli zaś nawet takie dodatkowe akty konsensu są przewidziane, to polegają one na złożeniu oświadczeń woli o z góry ustalonej w umowie ramowej treści, z czym z reguły skorelowany jest obowiązek złożenia tych oświadczeń. Istota tego typu umów polega bowiem na tym, że ustalają one w sposób wiążący wszystkie warunki przyszłych zamówień[4]. W rezultacie upoważniają zamawiającego do nałożenia na wykonawcę lub jednego z wykonawców obowiązku wykonania objętych nią świadczeń cząstkowych na warunkach uprzednio w niej określonych (por. motyw 61 preambuły dyrektywy klasycznej). W tych wypadkach zamawiający ma prawo oznaczenia rozmiaru i szczegółowej charakterystyki świadczenia cząstkowego (tj. wyboru świadczenia w ramach ustalonego asortymentu), a także ewentualnie doprecyzowania miejsca i terminu jego spełnienia, zaś wykonawca musi zasadniczo przystać na warunki w kształcie jednostronnie określonym przez zamawiającego.

Z kolei umowy ramowe, w których nie określono wszystkich warunków dotyczących realizacji robót budowlanych, usług i dostaw, są z definicji **niepełne**. Dlatego dla ich skuteczności niezbędne są pomiędzy stronami dodatkowe akty konsensu, poprzedzone negocjacjami lub składaniem

---

[3] Por. Komisja Europejska, *Explanatory Note on Framework Agreements*, 14.07.2005, CC/2005/03_rev1, s. 3

[4] Ibidem

ofert[5]. Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Europejskiej wyróżnia się dwie postaci tego rodzaju umów ramowych:

1) umowy, które określają wszystkie warunki, ale nie są one ustalone w sposób wiążący pomiędzy stronami,
2) umowy, w których pewne warunki w ogóle nie zostały określone[6].

Nieokreślone lub niewiążące warunki muszą być w sposób wiążący ustalone w umowie jednostkowej. Odpowiednio do tego Pzp wyróżnia dwa mechanizmy kształtowania warunków zamówienia jednostkowego w odniesieniu do warunków umowy ramowej:

1) **doprecyzowanie** warunków określonych w sposób niewiążący w umowie ramowej,
2) **uzupełnienie** warunków nieokreślonych w umowie ramowej.

Te warunki, które nie zostały określone w sposób wiążący, stają się przedmiotem szczegółowego doprecyzowania w umowie jednostkowej. Te natomiast z warunków, które w ogóle nie zostały określone, staną się przedmiotem uzupełnień.

4. Tryby zawarcia umowy ramowej. W świetle art. 311 ust. 1 pkt 1 Pzp zawarcie umowy ramowej w sytuacji, gdy wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne, musi być poprzedzone postępowaniem przeprowadzonym z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego. Z kolei w świetle art. 311 ust. 1 pkt 2 Pzp umowy ramowe dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne zawiera się po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące trybu podstawowego lub partnerstwa

[5] Ibidem
[6] Ibidem

innowacyjnego. Polski ustawodawca ograniczył krąg procedur, spośród których zamawiający może wybierać. Możliwość zastosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki została z góry wykluczona.

W art. 311 ust. 1 Pzp ustawodawca posłużył się wyrazami „przepisy dotyczące trybu". Art. 311 ust. 1 Pzp odsyła więc nie tylko do przepisów zawartych w dziale II, rozdziale 3, oddział 1–6 o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, partnerstwie innowacyjnym oraz w dziale III, rozdziale 4, oddział 1 i 2 o trybie podstawowym i partnerstwie innowacyjnym, ale do wszystkich przepisów Pzp stosowanych przy udzielaniu zamówień w tych trybach, w tym do przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia czy wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stosowanie przepisów dotyczących trybów udzielenia zamówienia następuje „**odpowiednio**", co oznacza konieczność uwzględniania zachodzących różnic. Odpowiednie stosowanie tych przepisów nie ma jednolitego charakteru. Może mieć postać: stosowania pełnego (odpowiednie przepisy są stosowane wprost, bez żadnych zmian w ich dyspozycji do zawarcia umowy ramowej), stosowania ze zmianami dostosowanymi do celu i charakteru umowy ramowej oraz niestosowania w ogóle (przepisy te nie mogą być zastosowane, przede wszystkim ze względu na ich bezprzedmiotowość lub całkowitą sprzeczność z przepisami dotyczącymi umowy ramowej)[7]. Zmiany w przepisach będą przede wszystkim konsekwencją faktu, że celem postępowania o zawarcie umowy ramowej nie jest zasadniczo udzielenie zamówienia publicznego,

[7] Por. J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 135 i n.

a jedynie ustalenie warunków realizacji przyszłych zamówień, jakie zostaną udzielone w odrębnej procedurze. Należy też uwzględnić możliwości zawarcia umowy ramowej z kilkoma wykonawcami. W takiej sytuacji zamawiający dokona wyboru – na podstawie kryteriów oceny ofert – kilku najkorzystniejszych ofert.

5. Stosowanie przepisów o umowie w sprawie zamówienia publicznego. W art. 311 ust. 2 Pzp ustawodawca jednoznacznie wyjaśnił relacje zachodzące pomiędzy pojęciem „umowa ramowa" a pojęciem „umowa w sprawie zamówienia publicznego". Wprawdzie umowa ramowa nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego, jednak ustawodawca wskazał, że stosuje się do niej wprost przepisy o umowie w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonaniu (dział VII).

6. Czas trwania umowy. Zgodnie z art. 311 ust. 3 Pzp umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż **4 lata**, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.

Zawarcie umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata miałoby skutek wyłączający dane usługi, roboty budowlane lub dostawy spod ogólnoeuropejskiej konkurencji. O zamówienia ubiegałby się tylko jeden wykonawca lub ich wąska grupa. Zakaz ten nie jest jednak bezwzględny. Umowę ramową można zawrzeć **wyjątkowo** na okres dłuższy, jeżeli spełnione są łącznie dwa warunki: musi to być uzasadnione przedmiotem zamówienia i musi przemawiać za tym szczególny interes zamawiającego. Takie przypadki powinny być należycie **uzasadnione** (por. motyw 62 preambuły dyrektywy klasycznej). Zgodnie z pkt IV.1.3 załącznika II do rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń odpowiednie uzasadnienie zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. Walor „interesu zamawiającego" musi być zobiektywizowany. Subiektywny pogląd, iż

zapewnienie stałego, pewnego lub sprawdzonego źródła dostaw, usług lub robót budowlanych będzie korzystne dla zamawiającego, nie wystarcza. Zobiektywizowany charakter oznacza, że trzeba brać pod uwagę wyłącznie czynniki techniczne, ekonomiczne lub organizacyjne związane z przedmiotem zamówienia, które uzasadniają potrzebę zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata. Taka potrzeba może się pojawić np. gdy wykonawcy muszą dysponować sprzętem, którego okres amortyzacji przekracza cztery lata i który musi być dostępny w każdej chwili w całym okresie obowiązywania danej umowy ramowej (por. motyw 62 preambuły dyrektywy klasycznej). Taka potrzeba może również zachodzić, gdy umowę ramową z jednym wykonawcą zawiera się np. w celu realizacji długoletniego, rozwojowego projektu w obszarze teleinformatyki. Wtedy zmiana wykonawcy mogłaby powodować konieczność nabywania urządzeń lub oprogramowania niewspółdziałających z już stosowanymi urządzeniami lub oprogramowaniem[8].

Zamówienia jednostkowe oparte na umowie ramowej mogą być udzielane przez cały okres obowiązywania umowy ramowej, w tym również przed samym zakończeniem tego okresu. Także okres obowiązywania poszczególnych umów w sprawie zamówień opartych na umowie ramowej nie musi odpowiadać okresowi obowiązywania umowy ramowej, lecz może być – stosownie do przypadku – krótszy lub dłuższy (por. motyw 62 preambuły dyrektywy klasycznej). W szczególności zamawiający może określić okres obowiązywania poszczególnych umów opartych na umowie ramowej, z uwzględnieniem takich czynników, jak czas konieczny do ich realizacji, gdy uwzględnia się utrzymanie sprzętu o oczekiwanym okresie użytkowania przekraczającym cztery lata lub

[8] Por. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 519

gdy konieczne jest intensywne szkolenie personelu w celu realizacji zamówienia (por. motyw 62 preambuły dyrektywy klasycznej).

7. Zakaz ograniczania konkurencji. W myśl art. 311 ust. 4 Pzp zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji. Zabronione jest zwłaszcza zawieranie umowy ramowej, jeżeli celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Taka sytuacja może mieć miejsce, jeżeli zamawiający ma pozycję dominującą na rynku właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

8. Brak obowiązku udzielania zamówień jednostkowych. Umowa ramowa nie może też kreować po stronie zamawiającego **obowiązku udzielania zamówień jednostkowych**. Zamawiający powinien mieć zapewnioną możliwość udzielania zamówień poza umową ramową, aby wykonawcy uczestniczący w umowie ramowej byli poddani presji zewnętrznej konkurencji i mieli interes w poprawianiu warunków. Dlatego w motywie 61 preambuły dyrektywy klasycznej czytamy, że umowy ramowe nie powinny być stosowane w sposób nieodpowiedni ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję. Zgodnie z dyrektywą instytucje zamawiające nie powinny mieć obowiązku zamawiania robót budowlanych, dostaw lub usług objętych umową ramową na mocy tej umowy ramowej.

Art. 312.

1. Udzielenie zamówienia objętego umową ramową może nastąpić wyłącznie między zamawiającymi wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu a wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej.

2. Zamawiający, udzielając zamówienia, nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej.

1. Strony umowy jednostkowej. Zamawiający mogą dokonywać zakupów w sposób zbiorowy. Zadanie realizacji takich zbiorowych zakupów może w szczególności zostać powierzone jednemu z zamawiających, który może zawrzeć umowę ramową **w imieniu i na rzecz** wszystkich zamawiających (por. art. 38 ust. 3 Pzp), a następnie każdy z zamawiających może udzielać zamówień jednostkowych objętych tą umową w swoim imieniu i na swoją rzecz (por. art. 38 ust. 4 pkt 1 Pzp). Ustawa przewiduje też możliwość realizacji zbiorowych zakupów przez centralnego zamawiającego. Centralny zamawiający może zawrzeć umowę ramową **na rzecz** zamawiających (art. 44 ust. 1 pkt 2 Pzp), natomiast udzielanie zamówień jednostkowych powierzyć zamawiającym, na rzecz których podpisał umowę ramową (art. 44 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp). Wynika z tego, że w przypadku zakupów zbiorowych umowy ramowe mogą przybierać dwojaką postać.
Po pierwsze, umowy ramowej, zawieranej najczęściej za pośrednictwem pełnomocnika przez te same podmioty, które mają w przyszłości zawrzeć umowy jednostkowe. Jest to przypadek zwykłej umowy ramowej, która wywołuje skutki prawne tylko między stronami. Po drugie, może także dojść do zawarcia umowy ramowej, w której po jednej ze stron występuje centralny zamawiający działający na rzecz innych zamawiających i dopiero ci zamawiający będą udzielać zamówień. Tak ukształtowana umowa ramowa wywiera skutek w stosunku do podmiotów, które nie są jej stronami. Dlatego należy wprowadzić wyraźne rozróżnienie pomiędzy zamawiającymi zawierającymi

umowę ramową a zamawiającymi zawierającymi umowy jednostkowe. Zamawiający, którzy zawarli umowę ramową, są jej **stronami**. Natomiast zamawiający, którzy mogą zawierać umowy jednostkowe, staną się dopiero stronami umowy jednostkowej.

W świetle art. 312 ust. 1 Pzp zamawiający jest uprawniony do zawierania umów jednostkowych objętych umową ramową pod warunkiem, że został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu dla umowy ramowej.

W myśl motywu 60 preambuły dyrektywy klasycznej wystarczy, że zamawiający będą oznaczeni w sposób, który zapewni weryfikację ich tożsamości na etapie udzielenia zamówienia jednostkowego. Sposób oznaczenia zamawiających korzystających z umowy ramowej może być bowiem dwojaki: albo zostaną oznaczeni indywidualnie, albo rodzajowo. **Rodzajowa identyfikacja** zamawiających może polegać np. na odesłaniu do konkretnej kategorii zamawiających w wyraźnie oznaczonym obszarze geograficznym (zob. motyw 60 preambuły dyrektywy klasycznej). Oznacza to na przykład, że gdy centralny zamawiający korzysta z ogólnego rejestru zamawiających lub ich kategorii, takich jak jednostki samorządu w danym obszarze geograficznym, uprawnione do korzystania z umów ramowych zawartych przez tego centralnego zamawiającego, centralny zamawiający powinien to zrobić w sposób umożliwiający weryfikację nie tylko tożsamości danego zamawiającego, lecz także terminu, od którego zamawiający nabywa prawo do korzystania z umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, ponieważ termin ten decyduje o tym, z których konkretnych umów ramowych ten zamawiający może korzystać (zob. motyw 60 preambuły dyrektywy klasycznej).

Natomiast **wykonawcy** muszą być stronami umowy ramowej od samego jej początku. Innymi słowy: umowy ramowe tworzą zamknięty system, do którego nie mogą przystąpić nowi wykonawcy.

2. Zakaz istotnej zmiany warunków zamówienia. Zgodnie z art. 312 ust. 2 Pzp zamawiający, udzielając zamówienia, nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej. Zamawiający, kształtując warunki konkretnego zamówienia jednostkowego, może dokonywać **zmiany warunków zamówienia** w stosunku do określonych w umowie ramowej (zob. zwłaszcza art. 314 ust. 3 Pzp). Przez warunki zamówienia 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 (art. 7 pkt 29 Pzp). Modyfikacja warunków zamówienia nie może być jednak **istotna**. Odmienna praktyka zakłócałaby konkurencję i wypaczała cel umów ramowych. Pojęcie „istotna zmiana warunków zamówienia określonych w umowie ramowej" nawiązuje do pojęcia „istotna zmiana umowy", zdefiniowanego w art. 454 ust. 2 Pzp. Oznacza to, że zmiana warunków zamówienia określonych w umowie ramowej jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy ramowej lub umowy jednostkowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnych warunków odpowiednio umowy ramowej lub umowy jednostkowej określonych w umowie ramowej, w szczególności jeżeli zmiana:

1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, to wzięliby w nim

udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści,

2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy jednostkowej (jeżeli taka zostanie zawarta) na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnych warunkach umowy jednostkowej określonych w umowie ramowej,

3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań przewidzianych w pierwotnych warunkach umowy jednostkowej określonych w umowie ramowej.

Art. 313.

1. W przypadku gdy umowa ramowa została zawarta tylko z jednym wykonawcą zamawiający udziela zamówienia na warunkach zamówienia określonych w umowie ramowej, bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Jeżeli nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej, zamawiający może pisemnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty.

1. Umowa ramowa zawarta z jednym wykonawcą. Zamówień jednostkowych objętych umową ramową zawartą z jednym wykonawcą udziela się bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający może w zasadzie swobodnie kształtować proceduralne warunki dojścia do skutku umów jednostkowych, określając je w umowie ramowej. Procedura udzielenia zamówienia będzie jednak różnić się w zależności od tego, czy umowa ramowa określa wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, czy też ich nie określa.

2. Umowa ramowa pełna. Zamówień jednostkowych objętych umową ramową zawartą z jednym wykonawcą, która określa wszystkie

warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, udziela się **bezpośrednio** na warunkach zamówienia określonych w umowie ramowej. Ustawa nie określa dalej idących warunków proceduralnych. W związku z brakiem konieczności doprecyzowania lub uzupełnienia warunków zamówienia jednostkowego umowa tego rodzaju umożliwia nawet jednostronne udzielenie zamówienia przez zamawiającego w oparciu np. o formularz zlecenia.

3. Umowa ramowa niepełna. Zgodnie z art. 313 ust. 2 Pzp, jeżeli nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej, zamawiający może pisemnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty.

Stosownie do brzmienia przepisu („może") wezwanie do uzupełnienia warunków jest pozostawione **uznaniu** zamawiającego. Zamawiający nie jest zatem zobowiązany do wezwania do uzupełnienia. Jednakże w interesie zamawiającego leży, aby zawrzeć umowę jednostkową na ściśle oznaczonych warunkach.

Wezwanie do uzupełnienia oferty ma mieć **postać pisemną.** W świetle art. 7 pkt 16 Pzp zachowanie postaci pisemnej oznacza konieczność wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, co obejmuje przekazywanie wyrażonych w ten sposób informacji również przy użyciu komunikacji elektronicznej. Wymóg pisemności jest więc zachowany również przy przekazywaniu wezwania pocztą elektroniczną (e-mail).

Art. 314.

1. W przypadku gdy umowa ramowa została zawarta z większą liczbą wykonawców zamawiający udziela:

1) zamówień zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w umowie ramowej, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, oraz warunki wyboru wykonawców, którzy wykonają zamówienie;

2) część zamówień bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z pkt 1, a część po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z pkt 3, jeżeli w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, a zamawiający w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej przewidział taką możliwość oraz określił łącznie:

a) kryteria podjęcia decyzji, które roboty budowlane, dostawy lub usługi zostaną udzielone po przeprowadzeniu lub bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia,

b) które warunki zamówienia mogą być przedmiotem nowego postępowania o udzielenie zamówienia;

3) zamówień po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej.

2. Przepis ust. 1 pkt 2 stosuje się również do tych części umowy ramowej, dla których określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, niezależnie od tego, czy w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw dla pozostałych części tej umowy.

3. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zamawiający udziela zamówienia na tych samych i, w razie potrzeby, bardziej sprecyzowanych warunkach zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, oraz, w stosownych przypadkach, na innych warunkach zamówienia wskazanych w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. W przypadku, o którym mowa w art. 115 ust. 1 pkt 1, warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości konkretnych zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie, lub, w przypadku braku takich informacji, na podstawie wartości umowy ramowej.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający udziela zamówienia po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, na zasadach określonych w dziale II rozdziale 6, lub następującej procedury:

1) **przed udzieleniem każdego zamówienia zamawiający pisemnie zaprasza do składania ofert wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia;**
2) **wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert w odniesieniu do każdego zamówienia;**
3) **oferty składa się pisemnie, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a z ich zawartością nie można się zapoznać przed upływem terminu ich składania;**
4) **zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej; przepis art. 253 ust. 1 stosuje się.**

5. Do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, przepisy art. 255–261 stosuje się.

6. Zamawiający może nie przekazywać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo nie zamieszczać ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych zawierającego informację o udzieleniu zamówienia objętego umową ramową albo unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3.

7. Jeżeli zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej albo zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia, o których mowa w ust. 6, przepisy art. 265 ust. 2 albo art. 309 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

1. Umowa ramowa zawarta z kilkoma wykonawcami. Art. 314 Pzp reguluje udzielanie zamówień na podstawie umowy zawartej z większą (niż jeden) liczbą wykonawców.

W przypadku gdy w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw (**umowa ramowa pełna**), zamówień udziela się zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w umowie ramowej, bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej (art. 314 ust. 1 pkt 1 Pzp), o ile zamawiający nie przewidział możliwości przeprowadzenia procedury konkurencyjnej (art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp). Jeżeli jednak w umowie ramowej nie określono wszystkich warunków wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw (**umowa ramowa niepełna**), zamówień udziela się po przeprowadzeniu procedury konkurencyjnej (art. 314 ust. 1 pkt 3 Pzp). Procedura konkurencyjna jest przeprowadzana na tych samych i – w razie potrzeby – bardziej sprecyzowanych warunkach

zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, oraz – w stosownych przypadkach – na innych warunkach zamówienia (art. 314 ust. 3 Pzp).

Umowa ramowa wielostronna stanowi złożoną czynność, na którą składa się zespół osobnych oświadczeń woli.

2. Udzielanie zamówień bez procedury konkurencyjnej. Zgodnie z art. 314 ust. 1 pkt 1 Pzp zamówień udziela się zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w umowie ramowej, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyboru wykonawców, którzy wykonają zamówienie. W takim przypadku umowa ramowa musi określać **wszystkie** warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, czyli przedmiot zamówienia, cenę, miejsce oraz termin spełnienia świadczenia itd., albo określać **obiektywne kryteria**, na podstawie których zamawiający dookreśli warunki nieustalone bliżej w umowie ramowej. Innymi słowy: świadczenie oraz przedmiot świadczenia muszą być oznaczone bądź przynajmniej możliwe do oznaczenia (oznaczalne).

Zawarcie umowy ramowej, która określa wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług i dostaw, umożliwia bezpośrednie udzielenie zamówienia jednostkowego w oparciu o sam formularz zamówienia przekazywany wykonawcy lub jednemu z wykonawców. Formularz zamówienia powinien konkretyzować świadczenia będące przedmiotem zamówienia oraz ich ilość (rozmiar), a także w razie potrzeby termin i miejsce spełnienia świadczenia – oczywiście w oparciu o z góry określone obiektywne kryteria. Wszystkie pozostałe warunki zamówienia powinny być zasadniczo ściśle ustalone w umowie ramowej.

Zamawiający musi dokonać wyboru wykonawcy, do którego skierowany zostanie formularz zamówienia, przy czym wybór musi być dokonany wedle **warunków wyboru wykonawców** określonych w umowie ramowej. Ustawodawca nie stworzył zamkniętego katalogu sposobów określania warunków wyboru wykonawców. W zależności od stanów faktycznych te sposoby mogą się różnić.

Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Europejskiej jednym ze sposób jest tzw. **kaskadowe** udzielanie zamówienia. Umowa ramowa może przewidywać, że w momencie pojawienia się potrzeby udzielenia zamówienia, zamawiający zwróci się do wykonawcy, którego oferta uznana była za najkorzystniejszą w chwili zawierania umowy ramowej. W razie gdyby ten wykonawca nie mógł zrealizować zamówienia (na przykład z powodu braku towarów w magazynie), zamawiający zwraca się do drugiego itd.[9]

Możliwe jest również **rotacyjne** udzielanie zamówień według kolejności miejsca w rankingu ofert. Najpierw zamówienie otrzymuje wykonawca, którego oferta uzyskała najwyższą punktację w ramach kryteriów oceny ofert, kolejne – drugi w rankingu itd.

Dopuszczalne jest także rozdzielanie zamówień według kryteriów **geograficznych**, co polega na przydziale każdemu wykonawcy określonego obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane, pod warunkiem że największy obszar przypadnie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę itd.

W grę wchodzi także udzielanie zamówień przez zastosowanie systemu **kontyngentów**, czyli ilościowych limitów zakupów dokonywanych bezpośrednio u każdego z wykonawców. I w tym wypadku największy

---

[9] Por. Komisja Europejska, *Explanatory Note on Framework Agreements*, 14.07.2005, CC/2005/03_rev1, s. 8

kontyngent powinien otrzymać wykonawca, którego oferta była najkorzystniejsza itd.

Ponadto warunki wyłonienia wykonawców, którzy powinni wykonywać dane zadanie, takie jak dostawy lub usługi przeznaczone do wykorzystania przez osoby fizyczne, mogą obejmować potrzeby tych osób fizycznych lub wybór, którego dokonały (zob. motyw 61 preambuły dyrektywy klasycznej). Przykładowo zamawiający może zawrzeć umowę ramową na usługi opiekuńcze z kilkoma opiekunami i umożliwić osobom potrzebującym opieki skorzystanie z usług wybranego przez nie opiekuna.

3. Udzielanie zamówień ze stosowaniem lub bez stosowania procedury konkurencyjnej. Stosownie do art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może pod pewnymi warunkami udzielać część zamówień bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 314 ust. 1 pkt 1 Pzp, a część po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie art. 314 ust. 1 pkt 3 Pzp, jeżeli w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, a zamawiający w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej przewidział taką możliwość.

Zamawiający może więc zrezygnować z bezpośredniego udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej i ustalonych w niej warunkach, by poddać te warunki ponownej konfrontacji rynkowej w procedurze konkurencyjnej. W sytuacji, o której mowa w art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający nie jest zobowiązany do udzielania zamówień w procedurze konkurencyjnej. Może udzielić nie tylko część, ale także całość zamówień bez stosowania procedury konkurencyjnej. Wynika to z celu tego przepisu, jakim jest – zgodnie z motywami ustawodawcy europejskiego – zapewnienie większej elastyczności przy dokonywaniu zamówień na mocy umów ramowych, które są zawierane z co najmniej dwoma wykonawcami

i określają wszystkie warunki (zob. motyw 61 preambuły dyrektywy klasycznej). Przepis ma **umożliwić** zamawiającym uzyskanie konkretnych robót budowlanych, dostaw lub usług objętych umową ramową albo przez nałożenie wymogu ich wykonania na jednego z wykonawców, ustalonego zgodnie z obiektywnymi kryteriami i na warunkach uprzednio określonych, albo przez udzielenie konkretnego zamówienia na te roboty budowlane, dostawy lub usługi w następstwie procedury konkurencyjnej przeprowadzonej wśród wykonawców będących stronami danej umowy ramowej[10].

Aby zapewnić przejrzystość i równe traktowanie, zamawiający powinien wskazać w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej **kryteria**, które będą regulowały wybór między tymi dwiema metodami realizacji umowy ramowej (art. 314 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp). Kryteria te mogą dotyczyć na przykład ilości, wartości lub cech charakterystycznych danych robót budowlanych, dostaw lub usług, w tym na przykład wyższego poziomu usługi lub większego poziomu bezpieczeństwa, lub różnic cenowych w porównaniu do uprzednio ustalonego cennika[11]. W naturalny sposób narzuca się propozycja, aby procedurze konkurencyjnej poddawać przede wszystkim zamówienia o większym rozmiarze lub wyższej wartości albo o bardziej zaawansowanym technologicznie przedmiocie.

Stosownie do art. 314 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp zamawiający powinien w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej określić również **warunki zamówienia**, które mogą być przedmiotem nowego postępowania o udzielenie zamówienia (np. cena, termin realizacji). Jeżeli zamawiający podda zamówienie procedurze konkurencyjnej,

[10] Zob. ibidem

[11] Zob. ibidem

wskazane przez zamawiającego warunki przestają wiązać i podlegają doprecyzowaniu w ofertach (zob. komentarz do art. 311 Pzp).
Zgodnie z art. 314 ust. 2 Pzp przepis art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp stosuje się również do tych części umowy ramowej, dla których określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw, niezależnie od tego, czy w umowie ramowej określono wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw dla pozostałych części tej umowy. Przepis ma zastosowanie, gdy zamawiający podzielił przedmiot umowy ramowej na części i dopuścił składanie **ofert częściowych**. Wynika z niego, że zamawiający może przewidzieć skorzystanie z art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp w odniesieniu do jednej lub kilku części zamówienia, pod warunkiem że określił dla tej części lub tych części wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw.

4. Udzielanie zamówień w procedurze konkurencyjnej. Zgodnie z art. 314 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający udziela zamówień po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej.
W takim wypadku umowa jednostkowa może być zawarta w drodze ukształtowanej przez zamawiającego procedury konkurencyjnej lub aukcji elektronicznej (art. 314 ust. 3 Pzp). Uczestnikami obu procedur mogą być wyłącznie **wykonawcy** będący stronami umowy ramowej (art. 312 ust. 1 Pzp).

5. Konkurencyjny sposób wyboru oferty. Konkurencyjny sposób wyboru oferty został kompleksowo uregulowany w art. 314 ust. 4 Pzp. Nie mają do niego zastosowania przepisy Pzp dotyczące trybów udzielania zamówień. Zamawiający może w zasadzie swobodnie kształtować

proceduralne warunki dojścia do skutku umów jednostkowych, określając je w umowie ramowej.

Stosownie do art. 314 ust. 4 pkt 1 Pzp przed udzieleniem każdego zamówienia zamawiający pisemnie zaprasza do składania ofert wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Zamawiający **pisemnie** zaprasza wykonawców do składania ofert. W świetle art. 7 pkt 16 Pzp zachowanie postaci pisemnej oznacza konieczność wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, co obejmuje przekazywanie wyrażonych w ten sposób informacji również przy użyciu komunikacji elektronicznej. Wymóg pisemności jest więc zachowany przy przekazywaniu zaproszenia pocztą elektroniczną (e-mail).

Jak należy wywnioskować z art. 314 ust. 3 zd. 1 Pzp, w zaproszeniu do składania ofert zamawiający może **doprecyzować** warunki określone w sposób niewiążący w umowie ramowej lub **uzupełnić** warunki nieokreślone w umowie ramowej oraz wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty. Doprecyzowania oraz uzupełnienia mogą dotyczyć w szczególności przedmiotu zamówienia, jego rozmiaru, terminu lub miejsca spełnienia świadczenia. (zob. komentarz do art. 311 Pzp).

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców, zwłaszcza ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, może być dokonywana nie tylko na etapie zawierania umowy ramowej, ale również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia jednostkowego. Ponowna weryfikacja predyspozycji wykonawców może mieć sens zwłaszcza w przypadku umów ramowych wieloletnich. W świetle art. 314 ust. 3 zd. 1 Pzp warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jednostkowego mogą być te same, co warunki stosowane przy zawarciu umowy ramowej, ale też mogą się od nich różnić. Jeżeli warunki udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia jednostkowego mają być inne niż stosowane przy zawarciu umowy ramowej, powinny być wskazane w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Ustawa nie wprowadza jednak obowiązku powtórnej kwalifikacji podmiotowej.
Według art. 314 ust. 3 zd. 2 Pzp warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu oblicza się na podstawie **przewidywanej maksymalnej wielkości konkretnych zamówień**, które będą realizowane w tym samym czasie, lub – w przypadku braku takich informacji – **na podstawie wartości umowy ramowej**. Zamawiający powinien zatem uwzględnić wielkość konkretnych zamówień jednostkowych (np. wielkość pojedynczej partii produktów) udzielanych w tym samym czasie, a nie łączną wartość wszystkich zamówień objętych umową ramową. Przepis uwzględnia zasadę proporcjonalności.
Zgodnie z art. 314 ust. 4 pkt 2 Pzp zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert w odniesieniu do każdego zamówienia.
Według art. 314 ust. 4 pkt 3 Pzp oferty składa się pisemnie, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a z ich zawartością nie można się zapoznać przed upływem terminu ich składania.
Przepis wprowadza obowiązek elektronicznego składania ofert. Ustawa nie zastrzega dla ofert formy elektronicznej. Wystarczy złożenie oferty **w postaci elektronicznej**, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie.
Wymóg **pisemności** oznacza konieczność wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić (art. 7 pkt 16 Pzp).

Ponadto zamawiający powinien zapewnić, aby z zawartością ofert nie można było się zapoznać przed upływem terminu ich składania. Otwarcie ofert powinno zatem nastąpić dopiero po upływie terminu ich składania. Stosownie do art. 314 ust. 4 pkt 4 Pzp zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

W myśl cytowanego przepisu zamówienia udziela się wykonawcy, który złożył **najkorzystniejszą ofertę**. Przepis nawiązuje do art. 239 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Kryteria oceny ofert składanych w procedurze konkurencyjnej określa się w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

Zgodnie z art. 314 ust. 4 pkt 4 Pzp do informowania oferentów o wyborze najkorzystniejszej ofert oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, stosuje się art. 253 ust. 1 Pzp. Do postępowania o udzielenie zamówienia jednostkowego nie mają zatem zastosowania przepisy art. 253 ust. 2 i 3 Pzp. Zamawiający nie jest więc w szczególności zobowiązany do udostępniania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Jest to logiczne następstwo niestosowania do procedury przetargowej przepisów dotyczących SWZ, w tym obowiązku jej udostępniania na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a co za tym idzie – braku strony internetowej prowadzonego postępowania.

6. Aukcja elektroniczna. Z art. 314 ust. 4 Pzp jasno wynika, że umowa jednostkowa może być zawarta również w drodze aukcji elektronicznej. W takim wypadku do procedury udzielenia zamówienia jednostkowego

mają zastosowanie przepisy o aukcji elektronicznej określone w dziale II rozdziale 6. Zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert złożonych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Zastosowanie aukcji elektronicznej jest możliwe, jeżeli warunki zamówienia jednostkowego, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia jednostkowego w sposób precyzyjny i oświadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny (art. 227 ust. 1 Pzp). Aukcja elektroniczna nie ma zastosowania do zamówień na usługi lub roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, których nie można sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny (art. 228 ust. 2 Pzp).

7. Unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 314 ust. 5 Pzp do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 314 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pzp, przepisy art. 255–261 Pzp stosuje się. Z przepisu wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia jednostkowego prowadzone w drodze przetargu lub aukcji elektronicznej podlega unieważnieniu na zasadach ogólnych.

8. Ogłoszenia. Stosownie do art. 314 ust. 6 Pzp zamawiający może nie przekazywać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo nie zamieszczać ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych, zawierającego informację o udzieleniu zamówienia objętego umową ramową albo unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 314 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pzp. Przepis zwalnia zamawiającego z obowiązków publikacyjnych nałożonych przepisami art. 265

ust. 1 Pzp lub art. 309 ust. 1 Pzp. Jeżeli jednak zamawiający zdecyduje się na publikację takiego ogłoszenia, to może skorzystać z uprawnień przyznanych przepisami art. 265 ust. 2 albo art. 309 ust. 2 Pzp i wyłączyć z publikacji pewne newralgiczne informacje (art. 314 ust. 7 Pzp).

Art. 315.

1. Jeżeli umowa ramowa została zawarta z większą liczbą wykonawców po złożeniu wszystkich ofert w postaci katalogów elektronicznych, zamawiający może postanowić, że postępowanie o udzielenie zamówienia będzie odbywało się w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający:

1) zaprasza wykonawców do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia albo

2) informuje wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze dane potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że poinformował o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, zamawiający:

1) informuje, z należytym wyprzedzeniem, wykonawców o terminie i godzinie pobrania danych potrzebnych do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia oraz zapewnia wykonawcom możliwość zaktualizowania katalogów elektronicznych lub odmówienia zgody na takie pobranie danych;

2) przed udzieleniem zamówienia przedstawia wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, pobrane dane oraz wyznacza

temu wykonawcy odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów, przy czym jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie nie zakwestionuje tak sporządzonej oferty, uznaje się, że złożył ofertę.

1. Uwagi ogólne. Art. 315 Pzp określa zasady wykorzystania katalogów elektronicznych, gdy umowa ramowa z wieloma wykonawcami została zawarta po złożeniu wszystkich ofert w postaci katalogów elektronicznych, a zamówień jednostkowych udziela w drodze procedury konkurencyjnej zgodnie z art. 314 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 315 ust. 1 Pzp, jeżeli umowa ramowa została zawarta z większą liczbą wykonawców po złożeniu wszystkich ofert w postaci katalogów elektronicznych, zamawiający może postanowić, że postępowanie o udzielenie zamówienia będzie odbywało się w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne. W tym przypadku zamawiający stosuje alternatywnie jedną z dwóch możliwych procedur.

2. Dostosowanie katalogów elektronicznych przez wykonawców. W pierwszym przypadku zamawiający zaprasza wykonawców do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia (art. 315 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ponowne złożenie katalogów może polegać na dostosowaniu już złożonych katalogów do wymagań konkretnego zamówienia lub na złożeniu nowych katalogów. Następuje to w ramach procedury konkurencyjnej przewidzianej w art. 314 ust. 4 Pzp.

3. Pobranie danych przez zamawiającego. W drugim wariancie zamawiający nie zaprasza do ponownego złożenia katalogów, tylko informuje oferentów, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze dane potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych

do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że o stosowaniu tej procedury poinformowano w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej (art. 315 ust. 2 pkt 2 Pzp). Jeżeli zamawiający zdecyduje się na taki wariant, stosuje procedurę uregulowaną w art. 315 ust. 3 Pzp.

Pobranie danych odbywa się w praktyce w ten sam sposób jak wybór produktów z witryny sklepu internetowego – zamawiający wyszukuje z katalogu potrzebny mu produkt. Pobrane dane służą zamawiającemu do sporządzenia oferty dostosowanej do wymagań danego zamówienia. Przed pobraniem danych zamawiający informuje, z należytym wyprzedzeniem, wykonawców o terminie i godzinie pobrania danych potrzebnych do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia oraz zapewnia wykonawcom możliwość zaktualizowania katalogów elektronicznych lub odmówienia zgody na takie pobranie danych (art. 315 ust. 3 pkt 1 Pzp).

Aktualizacja katalogu ma ten sam skutek, co złożenie nowej oferty. Z kolei **odmowa** pobrania danych powoduje, że wykonawca nie otrzyma zamówienia. Ponieważ przepis stwarza wykonawcy **możliwość** aktualizacji katalogu elektronicznego lub odmówienia zgody na pobranie danych, **bierne** zachowanie wykonawcy oznacza utrzymanie warunków dotychczasowej oferty.

Przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, pobrane dane, oraz wyznacza temu wykonawcy odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów, przy czym jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie nie zakwestionuje tak sporządzonej oferty, uznaje się, że złożył ofertę (art. 315 ust. 3 pkt 2 Pzp).

U podstaw opisanej techniki zawierania umowy leży założenie, że system informatyczny znajdujący się pod kontrolą zamawiającego jest tak zaprogramowany, aby treść wygenerowanej oferty nie wykraczała poza ustalone w umowie ramowej warunki zamówień jednostkowych. Oczywiście tam, gdzie mamy do czynienia z oświadczeniami woli składanymi elektronicznie za pośrednictwem odpowiednio zaprogramowanych systemów informatycznych, występuje ryzyko zniekształcenia składanego oświadczenia czy to w wyniku wadliwie opracowanego programu komputerowego, czy też na skutek uszkodzenia spowodowanego czynnikami pozostającymi poza sferą oddziaływania kontrahentów (np. wirus komputerowy, „złośliwy" program")[12]. Dlatego przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia wykonawcy dane pobrane z katalogu elektronicznego, aby dać mu możliwość weryfikacji, czy tak sporządzona oferta nie zawiera **istotnych błędów**. W tym celu wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów. Jednocześnie przepis wiąże z **milczeniem** wykonawcy takie skutki prawne jak ze złożeniem oświadczenia o potwierdzeniu, że sporządzona przez zamawiającego oferta nie zawiera istotnych błędów. Ze stylizacji przepisu („uznaje się, że złożył ofertę") wynika, że sporządzona przez zamawiającego „oferta" (utożsamiona z pobranymi przez zamawiającego danymi) jest w istocie tylko **projektem oferty**. Pobrane przez zamawiającego dane stają się ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 Kc dopiero, gdy zostaną zaakceptowane, choćby w sposób dorozumiany, przez wykonawcę.

[12] Por. W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 49

Rozdział 2
Dynamiczny system zakupów

Art. 316.

1. W przypadku gdy wartość zamówienia klasycznego jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując przepisy dotyczące udzielenia zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

2. Dynamiczny system zakupów może zostać podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Cechy te mogą, w szczególności, dotyczyć dopuszczalnej wielkości późniejszych zamówień lub obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane.

3. W przypadku zmiany okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów, zamawiający informuje o tej zmianie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1.

4. Jeżeli zmiana okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów prowadzi do jego zakończenia, zamawiający informuje o tej zmianie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie zawierające informację o udzieleniu zamówienia.

5. Dostęp do dynamicznego systemu zakupów jest bezpłatny.

6. Zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji.

1. Dynamiczny system zakupów. Dynamiczny system zakupów to ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień. Zamawiający może stosować dynamiczny system zakupów, jeżeli przedmiotem zamówień są ogólnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 7 pkt 5 Pzp). W myśl art. 316 ust. 1 Pzp zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów, gdy jego wartość osiąga progi unijne.

Dynamiczny system zakupów umożliwia zamawiającemu korzystanie ze szczególnie szerokiej gamy ofert, a co za tym idzie, zapewnia optymalne wykorzystanie środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji w odniesieniu do powszechnie używanych lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku (motyw 63 preambuły dyrektywy klasycznej).

2. Przetarg ograniczony. Stosownie do art. 316 ust. 1 Pzp zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując przepisy dotyczące udzielenia zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Dynamiczny system zakupów dzieli się na dwa etapy. Najpierw w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wzywa zainteresowanych wykonawców do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów (pierwszy etap). Następnie dopuszczeni do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcy są zapraszani do składania ofert (drugi etap).

3. Podział na kategorie świadczeń. Zamawiający ma możliwość podziału dynamicznego sytemu zakupów na osobne kategorie świadczeń (art. 316 ust. 2 zd. 1 Pzp).

Podział zamówienia na kategorie świadczeń ma na celu zwiększenie możliwości udziału MŚP w dynamicznym systemie zakupów o dużej skali (motyw 66 preambuły dyrektywy klasycznej).
Podział dynamicznego systemu zakupów na kategorie świadczeń odpowiada udzielaniu zamówienia w częściach oraz dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych (art. 91 ust. 1 Pzp).
Kategorie świadczeń powinny być zdefiniowane na podstawie **cech** zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Cechy te mogą, w szczególności, dotyczyć dopuszczalnej wielkości późniejszych zamówień lub obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane (art. 316 ust. 2 zd. 2 Pzp).

4. Zmiana okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.

Zamawiający wszczyna dynamiczny system zakupów przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE (art. 130 ust. 1 pkt 2 Pzp).
Stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń. Rozporządzenie to (załącznik II, Sekcja II, pkt II.2.7) wymaga podania w ogłoszeniu o zamówieniu okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.
Dlatego jeżeli zamawiający zamierza zmienić okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów podany w ogłoszeniu o zamówieniu, informuje o tej zmianie, przekazując UPUE ogłoszenie zmian (art. 316 ust. 3 Pzp). Jeżeli jednak zmiana okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów prowadzi do jego zakończenia, zamawiający informuje o tej zmianie, przekazując UPUE ogłoszenie zawierające informację o udzieleniu zamówienia (art. 316 ust. 4 Pzp).

5. Bezpłatny dostęp do dynamicznego systemu zakupów. Zgodnie z art. 316 ust. 5 dostęp do dynamicznego systemu zakupów jest bezpłatny. Przepis wdraża art. 34 ust. 9 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym wykonawcy zainteresowani dynamicznym systemem zakupów lub uczestniczący w nim nie mogą być obciążani żadnymi opłatami przed rozpoczęciem okresu ważności dynamicznego systemu zakupów lub w trakcie tego okresu.

6. Zakaz ograniczania konkurencji. Stosownie do art. 316 ust. 6 Pzp zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji.

Art. 317.

W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

1. Wyłączne użycie środków komunikacji elektronicznej. Dynamiczny system zakupów jest w pełni elektronicznym procesem udzielania zamówień i dlatego wymaga zastosowania narzędzi komunikacji elektronicznej. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się **wyłącznie** przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający nie może skorzystać z art. 65 ust. 1 Pzp i odstąpić od użycia środków komunikacji elektronicznej

Art. 318.

1. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający udostępnia na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów informację o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów wraz z informacjami dotyczącymi dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:

1) **określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów wraz z szacowaną ilością;**
2) **okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów;**
3) **przewidywane terminy dokonywania zamówień;**
4) **wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert;**
5) **sposób funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów;**
6) **podział na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, o ile dynamiczny system zakupów zostanie podzielony na kategorie;**
7) **czy przewiduje się wymóg składania ofert w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty.**

2. Informacje, o których mowa w ust. 1, są dostępne na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów przez cały okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.

1. Wymagania dotyczące dokumentów zamówienia. Przepisy art. 318 Pzp formułują minimalne wymagania odnośnie do treści dokumentów zamówienia dotyczących dynamicznego systemu zakupów oraz określają sposób ich udostępniania.

2. Okres udostępnienia dokumentów zamówienia. Dokumenty zamówienia dotyczące dynamicznego systemu zakupów, w tym informację o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów, udostępnia się na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów przez cały okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów, poczynając od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE.

3. Przedmiot zamówień wraz z szacowaną ilością. Podobnie jak w przypadku umowy ramowej zamawiający musi określić **rodzajowo** przedmiot zamówień jednostkowych oraz przewidywane (szacowane) **ilości** (art. 318 ust. 1 pkt 1 Pzp).

4. Okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów. Zamawiający powinien wskazać w dokumentach zamówienia dotyczących dynamicznego systemu zakupów okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów (art. 318 ust. 1 pkt 2 Pzp). Informacja ta jest zamieszczana również w ogłoszeniu o zamówieniu (zob. komentarz do art. 316 Pzp).

Ustawa nie określa ani minimalnego, ani maksymalnego okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów, dlatego zamawiający może określić go według własnego uznania. Jednak zawsze powinien być to okres oznaczony.

5. Przewidywane terminy dokonywania zamówień. W dokumentach zamówienia dotyczących dynamicznego systemu zakupów należy również określić przewidywane terminy dokonywana zamówień (art. 318 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zamawiający nie jest związany tymi terminami.

6. Informacje o podziale na kategorie świadczeń wraz z cechami. Zamawiający ma możliwość podziału dynamicznego systemu zakupów na kategorie świadczeń. Jeżeli skorzysta z tej możliwości, ma obowiązek zamieścić w dokumentach zamówienia dotyczących dynamicznego

systemu zakupów informacje o podziale na kategorie świadczeń wraz z cechami określającymi te kategorie (art. 318 ust. 1 pkt 6 Pzp). Odnośnie do podziału dynamicznego systemu zakupów na kategorie świadczeń zob. komentarz do art. 316 Pzp.

7. Pozostałe informacje o charakterze proceduralnym i technicznym. Pozostałe niezbędne informacje mają charakter proceduralny lub techniczny. Liczą się przede wszystkim wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert, takie jak formaty plików czy wymagania dotyczące połączenia internetowego.

Art. 319.

1. Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów, nie krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub, gdy wstępne ogłoszenie informacyjne zawiera informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Po przekazaniu zaproszenia do składania ofert dotyczących pierwszego zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, kolejnych terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów nie wyznacza się.

2. W okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów zamawiający zapewnia wykonawcom nieobjętym tym systemem możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

1. Składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu przez

Urząd Publikacji Unii Europejskiej wykonawcy mogą składać wnioski o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Wnioski składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (art. 63 ust. 1 Pzp).

2. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Stosownie do art. 319 ust. 1 zd. 1 Pzp **minimalny** termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wynosi 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji UPUE. Jeżeli zamawiający opublikował zgodnie z art. 89 Pzp wstępne ogłoszenie informacyjne, które zawiera informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, termin liczy się od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z art. 319 ust. 2 Pzp w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów zamawiający zapewnia wykonawcom nieobjętym tym systemem możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Oznacza to, że wyznaczony przez zamawiającego termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest terminem końcowym, po którym złożone wnioski podlegają odrzuceniu. Termin ten jedynie gwarantuje wykonawcom odpowiedni czas na przygotowanie i przekazanie wniosków. Potwierdza to art. 319 ust. 1 zd. 2 Pzp, wedle którego po przekazaniu zaproszenia do składania ofert, dotyczących pierwszego zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, kolejnych terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów nie wyznacza się. Zatem dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów jest również możliwe po upływie terminu składania wniosków. Wnioski o dopuszczenie do udziału

w dynamicznym systemie zakupów można więc składać w całym okresie jego ważności.

Art. 320.

1. Zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w terminie 10 dni od dnia otrzymania wniosku o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

2. Termin, o którym mowa w ust. 1, w uzasadnionych przypadkach może zostać przedłużony do 15 dni.

3. Jeżeli zaproszenie do składania ofert na pierwsze zamówienie objęte dynamicznym systemem zakupów nie zostało przekazane, termin, o którym mowa w ust. 1, może zostać przedłużony pod warunkiem, że w przedłużonym terminie nie zostanie przekazane żadne zaproszenie do składania ofert. Zamawiający zawiadamia wykonawcę, którego wniosek podlega badaniu, o długości przedłużonego terminu.

1. Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy. Do dynamicznego systemu zakupów może zostać dopuszczony wyłącznie wykonawca, który nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy polega na analizie złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ramach tej analizy zamawiający najpierw bada rzetelność wykonawców w oparciu o podstawy wykluczenia z postępowania, a następnie weryfikuje zdolność wykonawców do należytego wykonania danego zamówienia na podstawie warunków udziału w postępowaniu.

Gdy dynamiczny system zakupów podzielony jest na kategorie, zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu

proporcjonalnie do cech charakterystycznych danej kategorii (motyw 66 preambuły dyrektywy klasycznej).

2. Termin dokonania kwalifikacji podmiotowej. Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy powinna być co do zasady przeprowadzona w ciągu maksymalnie 10 dni od dnia otrzymania wniosku o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów (art. 320 ust. 1 Pzp) i tylko w uzasadnionych przypadkach może zostać przedłużona do 15 dni (art. 320 ust. 2 Pzp). Przedłużenie terminu wymaga więc uzasadnienia. Jednak gdy dynamiczny system zakupów jest ustanawiany po raz pierwszy, zamawiający może – w odpowiedzi na pierwszą publikację ogłoszenia o zamówieniu lub na zaproszenie do potwierdzenia zainteresowania – otrzymać tak dużą liczbę wniosków o dopuszczenie do udziału, że może potrzebować więcej czasu na ich analizę (motyw 64 preambuły dyrektywy klasycznej). Zamawiający może wtedy dodatkowo przedłużyć termin kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że w przedłużonym terminie nie zostanie przekazane żadne zaproszenie do składania ofert (art. 320 ust. 3 zd. 1 Pzp). Zamawiający zawiadamia wykonawcę, którego wniosek podlega badaniu, o długości przedłużonego terminu (art. 320 ust. 3 zd. 2 Pzp). Zamawiający ma swobodę w organizowaniu sposobu analizy wniosków o dopuszczenie do udziału. Na przykład może analizować je tylko raz w tygodniu, pod warunkiem że dotrzymane są terminy kwalifikacji podmiotowej (motyw 64 preambuły dyrektywy klasycznej).

Art. 321.

1. Zamawiający zaprasza do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawców, których wnioski nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2–5. Przepisu art. 148 nie stosuje się.

2. Jeżeli dynamiczny system zakupów został podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zamawiający zaprasza do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu odpowiadające jednej z kategorii.

1. Dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów.
Art. 149 ust. 1 Pzp w odniesieniu do **przetargu ograniczonego** stanowi, iż zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego. Sposób ograniczenia liczby wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, został określony w art. 148 Pzp.
W świetle art. 321 ust. 1 Pzp powyższe reguły odnoszą się do dynamicznego systemu zakupów, ale z dwoma wyjątkami.
Po pierwsze, zamawiający nie odrzuca wniosku o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów w przypadku określonym w art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp, a więc jeżeli został złożony **po terminie** składania wniosków. Wnioski o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów można bowiem składać w całym okresie jego ważności (zob. komentarz do art. 319 Pzp).
Po drugie, zamawiający nie może skorzystać z możliwość **ograniczenia liczby** wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. Nie wchodzi zatem w grę wskazanie i stosowanie kryteriów selekcji.

2. Dopuszczenie do udziału w kategorii dynamicznego systemu zakupów. Ponadto zgodnie z art. 321 ust. 1 Pzp, jeżeli dynamiczny system zakupów został podzielony na kategorie świadczeń, zamawiający zaprasza do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu odpowiadające jednej z kategorii. Oznacza to, że wykonawcy mogą być kwalifikowani i dopuszczani do udziału w dynamicznym systemie zakupów osobno do każdej kategorii świadczeń.

Art. 322.

Zamawiający może w dowolnej chwili w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów wezwać dopuszczonych wykonawców do złożenia, w terminie 5 dni roboczych od dnia przekazania wezwania, nowego i zaktualizowanego jednolitego dokumentu. Przepisy art. 126 i art. 127 stosuje się.

1. Wezwanie do złożenia nowego i zaktualizowanego JEDZ. Stosownie do art. 322 zd. 1 Pzp zamawiający może w dowolnej chwili w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów wezwać dopuszczonych wykonawców do złożenia, w terminie 5 dni roboczych od dnia przekazania wezwania, nowego i zaktualizowanego JEDZ.
W odróżnieniu od przetargu ograniczonego w przypadku dynamicznego systemu zakupów nie dokonuje się kwalifikacji podmiotowej wykonawców osobno dla każdego jednostkowego zamówienia. Badanie predyspozycji wykonawców następuje co do zasady na etapie analizy wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Pomimo to zamawiający powinien mieć możliwość ponownej weryfikacji, czy dany wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym celu wolno mu dokonywać okresowej

kwalifikacji podmiotowej każdego wykonawcy. Dlatego art. 322 zd. 1 Pzp dopuszcza możliwość zażądania od wykonawców złożenia nowego i zaktualizowanego JEDZ.

2. Wezwanie do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych. Ponadto art. 322 zd. 2 Pzp odsyła do art. 126 i art. 127 Pzp. Oznacza to, że zamawiający ma również prawo wezwać wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z kontekstu wynika, że inaczej niż w przypadku przetargu ograniczonego zamawiający nie ma jednak obowiązku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych zwycięskiego wykonawcy.

Art. 323.

1. Zamawiający zaprasza jednocześnie wszystkich uczestników dynamicznego systemu zakupów do składania ofert na każde zamówienie udzielane w ramach tego systemu, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisu art. 151 nie stosuje się.

2. Jeżeli dynamiczny system zakupów został podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy zostali dopuszczeni do składania ofert dotyczących danej kategorii.

3. Zaproszenie, o którym mowa w ust. 1, zawiera co najmniej:

1) adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ;

2) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 318 ust. 1;

3) termin składania ofert, adres, na który oferty muszą zostać wysłane, oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone;

4) wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia;

5) wagę przypisaną kryteriom oceny ofert, jeżeli nie została podana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców.

4. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

5. W zaproszeniu do składania ofert zamawiający może doprecyzować kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

6. Aukcja elektroniczna może być przeprowadzona w przypadku udzielenia zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów, na zasadach określonych w dziale II rozdziale 6.

7. Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia można grupować kwartalnie i przekazywać do publikacji w terminie 30 dni od ostatniego dnia każdego kwartału.

1. Zaproszenie do składania ofert. Art. 323 Pzp reguluje drugi etap dynamicznego systemu zakupów: udzielenie zamówienia jednostkowego. Z art. 323 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający jest obowiązany zaprosić do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie. Nie ma więc możliwości ograniczenia liczby składanych ofert.

Jeżeli dynamiczny system zakupów został podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zamawiający – stosownie do art. 323 ust. 2 Pzp – zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy zostali dopuszczeni do składania ofert dotyczących danej kategorii. Minimalny termin składania ofert wynosi 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Informację o terminie składania ofert określa się w zaproszeniu do składania ofert.

2. Wybór najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 323 ust. 4 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Stosownie do art. 323 ust. 5 Pzp w zaproszeniu do składania ofert zamawiający może doprecyzować kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Aukcja elektroniczna. W art. 323 ust. 6 Pzp ustawodawca dopuścił możliwość udzielenia zamówienia jednostkowego w drodze aukcji elektronicznej. Do aukcji elektronicznej mają zastosowanie przepisy określone w dziale II, rozdziale 6.

4. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Zgodnie z art. 323 ust. 7 zd. 1 Pzp zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów przekazuje UPUE ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Stosownie do art. 323 ust. 7 zd. 2 Pzp ogłoszenia o udzieleniu zamówienia można grupować kwartalnie i przekazywać do publikacji w terminie 30 dni od ostatniego dnia każdego kwartału.

Art. 324.

1. Zamawiający może wymagać, aby oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych

lub dołączenia katalogów elektronicznych do wniosku o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów.

2. Jeżeli do dynamicznego systemu zakupów został dopuszczony więcej niż jeden wykonawca oraz wraz ze wszystkimi wnioskami o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów zostały złożone katalogi elektroniczne, zamawiający może, przed udzieleniem zamówienia, zaprosić wykonawców do ponownego złożenia lub zaktualizowania katalogów elektronicznych.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, zamawiający:

1) informuje wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze dane potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że poinformował o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ dotyczącej ustanowienia dynamicznego systemu zakupów;

2) informuje, z należytym wyprzedzeniem, wykonawców o terminie i godzinie pobrania danych, o którym mowa w pkt 1, oraz zapewnia wykonawcom możliwość odpowiednio uzupełnienia lub zaktualizowania katalogów elektronicznych lub odmówienia zgody na takie pobranie danych;

3) przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, pobrane dane oraz wyznacza temu wykonawcy odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów, przy czym jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie nie zakwestionuje tak sporządzonej oferty, uznaje się, że złożył ofertę.

1. Dopuszczalność stosowania katalogów elektronicznych. Zgodnie z art. 324 ust. 1 Pzp Zamawiający może wymagać, aby oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do wniosku o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów.

Przepis stanowi *lex specialis* względem art. 93 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma zatem tylko dwie opcje:

- może wymagać, aby oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych, albo
- może wymagać dołączenia katalogów elektronicznych do wniosku o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów.

Nie wchodzi w grę dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty.

2. Ponowne złożenie lub aktualizacja katalogów elektronicznych. Art. 315 ust. 2 i 3 Pzp określa zasady wykorzystania katalogów elektronicznych, gdy do dynamicznego systemu zakupów został dopuszczony więcej niż jeden wykonawca, a wraz ze wszystkimi wnioskami o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów zostały złożone katalogi elektroniczne. W takim wypadku zamawiający może, przed udzieleniem zamówienia, zaprosić wykonawców do ponownego złożenia lub zaktualizowania katalogów elektronicznych.

Procedura udzielenia zamówienia jednostkowego w oparciu o katalogi elektroniczne złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów jest podobna do procedury udzielenia zamówienia w oparciu o oferty w postaci katalogów elektronicznych złożone w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, przewidzianej w art. 315 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 Pzp (zob. komentarz do art. 315 Pzp).

Rozdział 3
Konkurs

Oddział 1
Przepisy ogólne

Art. 325.

1. Zamawiający może zorganizować konkurs w celu wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej, w szczególności planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego.

2. Jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, zamówienie takie poprzedzone jest konkursem.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się do zamówień:

1) udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2) o wartościach mniejszych niż progi unijne;

3) których przedmiotem jest obiekt liniowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

4. Do konkursu przepisy działu I rozdziału 2 stosuje się odpowiednio, z tym że przepisu art. 17 nie stosuje się.

1. Uwagi ogólne. Norma z art. 325 ust. 1 Pzp dopełnia definicję konkursu z art. 7 pkt 8 Pzp. Przywołany przepis stanowi, iż przez konkurs należy rozumieć przyrzecznie publiczne, w którym zamawiający przez publiczne

ogłoszenie przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy. Komentowany przepis stanowi zaś dodatkowo, że celem organizowania konkursu jest wybór pracy konkursowej o charakterze twórczym. Zatem przesłanką zastosowania tej procedury jest twórczy charakter przedmiotu zamówienia. Dla ustalenia twórczego charakteru przedmiotu zamówienia konieczne jest odwołanie się do znaczenia pojęcia „twórczości" określonego ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Na przesłankę twórczości w świetle doktryny dotyczącej praw autorskich składają się indywidualność dzieła i jego oryginalność[13].

W art. 325 ust. 1 Pzp określono także przykładowe dziedziny, w których można zorganizować konkurs. Nie jest to katalog zamknięty, o czym świadczy użyty zwrot „w szczególności". Oznacza to, że właściwie we wszystkich przypadkach, w których występuje twórczy element aktywności autora przejawiający się w pracach, konkurs jako forma wyboru najlepszej takiej pracy może mieć zastosowanie. W zakresie dziedzin wskazanych przez ustawodawcę warto zwrócić uwagę na nowość w postaci odwołania do projektowania z zakresu informatyki, ale także projektowania z zakresu zamierzenia innowacyjnego.

Warto też *a contrario* wskazać, że jeżeli w konkretnym zamówieniu, mieszczącym się w dziedzinach przywołanych w art. 325 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia nie ma charakteru twórczego, nie będą zachodziły podstawy do zastosowania tej procedury.

2. Konkurs fakultatywny i obligatoryjny. W art. 325 ust. 1 i 2 Pzp, inaczej niż miało to miejsce w Pzp2004, gdzie konkurs był procedurą wyłącznie fakultatywną, wprowadzono konkurs częściowo obligatoryjny.

[13] J. Barta, R. Markiewicz, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie, t. 11,* Warszawa 2017, s. 9

Obligatoryjny, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 325 ust. 3 Pzp, będzie konkurs, który za przedmiot ma przygotowanie twórczej pracy konkursowej w zakresie projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego. Nie będzie dopuszczalne w świetle art. 325 ust. 2 Pzp udzielenie zamówienia publicznego na twórcze usługi projektowe (np. na wykonanie dokumentacji projektowej), jeśli uprzednio nie zostanie przeprowadzony konkurs w przedmiocie wyboru najlepszej pracy konkursowej (z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 325 ust. 3 Pzp).

Przepis art. 325 ust. 2 Pzp ponadto wyraźnie łączy obowiązek przeprowadzenia konkursu z planowanym zamówieniem na usługi. Bezpośrednim efektem rozstrzygnięcia konkursu nie może być udzielenie zamówienia na dostawy. Jeśli zatem przedmiotem planowanego zamówienia będą roboty budowlane realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj (gdzie zarówno projekt, jak i roboty wykonuje wybrany wykonawca), to pomimo iż ich elementem jest wykonanie dokumentacji projektowej – nie będzie obowiązku poprzedzania takiego zamówienia konkursem. Konkursy, które za przedmiot mają pozostałe typy prac (np. informatyczne), pozostają procedurą całkowicie fakultatywną.

3. Odstępstwa od obligatoryjnego przeprowadzenia konkursu.

Art. 325 ust. 3 Pzp wprowadza wyjątki, które pozwalają zamawiającemu na odstąpienie od obowiązku przeprowadzenia konkursu, pomimo iż przedmiot planowanego zamówienia publicznego dotyczy usług projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego. Nie będzie konieczne przeprowadzenie konkursu, jeżeli zamówienie na wykonanie projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego zamawiający zamierza przeprowadzić w jednym

z następujących trybów: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Bezprzedmiotowe jest bowiem przeprowadzenie konkursu w sytuacji, gdy planowane do udzielenia zamówienie na usługi spełnia przesłanki pozwalające na zastosowanie niekonkurencyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki lub częściowo tylko konkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazane odpowiednio w art. 214 lub art. 209 Pzp. Możliwe jest także odstąpienie od konkursu, jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia w trybach konkurencyjnych wymagających przeprowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami-projektantami, tj. w trybach negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego. Nie jest ponadto obligatoryjne przeprowadzenie konkursu, jeżeli zamówienie dotyczące usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego ma za przedmiot obiekt liniowy w rozumieniu Prawa budowlanego. W świetle art. 3 pkt 3a Prawa budowlanego przez obiekt liniowy należy rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane oraz kable zainstalowane w kanale technologicznym nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.
Nie ma konieczności przeprowadzenia konkursu na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, jeśli wartość przyszłego zamówienia będzie mniejsza niż progi unijne. Wartość

zamówienia, o której mowa w przepisie, należy odnosić do wartości usług projektowania, a nie wartości ewentualnych robót budowlanych.

4. Odpowiednie stosowanie przepisów działu I rozdziału 2. Postanowienia działu I rozdziału 2 Pzp, zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień", znajdują odpowiednie zastosowanie do konkursu, z wyłączeniem zasady efektywności, która w konkursie bezpośrednio nie obowiązuje. Pozostałe zasady stosuje się odpowiednio, uwzględniając różnice formalne pomiędzy procedurą zamówieniową a procedurą konkursową. W szczególności modyfikacji dozna stosowanie w konkursie zasady jawności, która będzie ograniczona regułą anonimowości pracy konkursowej i sposobem dokumentowania przebiegu konkursu, w którym odstąpiono od możliwości ujawniania prac konkursowych innych niż te, które zdobyły nagrody (zob. komentarz do art. 16 i 18–20 Pzp).

Art. 326.

W konkursie nagrodą jest:

1) **nagroda pieniężna lub rzeczowa przyznawana autorowi lub autorom wybranych prac konkursowych albo**
2) **zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową.**

1. Uwagi ogólne. Zamawiający jest obowiązany przyznać nagrodę autorowi lub autorom wybranych prac konkursowych w rozstrzygniętym konkursie. W konkursie unieważnionym nagród nie przyznaje się. Zamawiający samodzielnie określa ilość, wielkość i charakter nagród konkursowych, kierując się specyfiką konkursu oraz efektem, który

oczekuje osiągnąć w wyniku jego przeprowadzenia lub rozstrzygnięcia. Ustawa przewiduje dwa rodzaje nagród dla autora lub autorów wybranych prac konkursowych:

1) nagrodę pieniężną lub rzeczową lub
2) zaproszenie autora lub autorów prac konkursowych do negocjacji, odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, której może towarzyszyć dodatkowo nagroda pieniężna lub rzeczowa.

2. Przedmiot zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia. Art. 111 ust. 2 Pzp2004 stanowił, że przedmiotem zamówienia udzielanego na skutek przeprowadzenia konkursu, w których nagrodą było zaproszenie do negocjacji autora pracy konkursowej, było szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Według Pzp2004 dopuszczalne było jedynie udzielenie zamówienia (w trybie zamówienia z wolnej ręki bądź negocjacji bez ogłoszenia) na doszczegółowienie zwycięskiego opracowania lub koncepcji. Nie można było zatem w procedurze konkursu zlecić np. realizacji finalnej usługi projektowania. W Pzp przedmiotem zamówień udzielanych na skutek rozstrzygnięcia konkursu może być **wykonanie usługi** na podstawie wybranej pracy konkursowej, a zatem urzeczywistnienie zamierzonego przedsięwzięcia twórczego, a nie jedynie uszczegółowienie autorskiej wizji (pracy konkursowej). Stanowi to istotne *novum*, gdyż ustawa rozszerzyła zakres nagród i prac, które można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki lub trybie negocjacji bez ogłoszenia. Tytułem przykładu: nagrodą za najlepszą pracę konkursową w dziedzinie projektowania architektonicznego będzie mogło być zamówienie na usługę wykonania projektu budowlanego lub wykonawczego, nagrodą

za najlepszą pracę konkursową w dziedzinie urbanistycznej (projekt makiety) będzie mogło być zamówienie na usługę wykonania makiety, w zakresie projektowania informatycznego – przygotowanie projektu technicznego czy podobnie w zakresie zamierzenia innowacyjnego – przygotowanie projektu czy szczegółowych rozwiązań w tym zakresie. Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji z ogłoszeniem nie mogą być natomiast dostawy lub roboty budowlane. Przykładowo przedmiotem zamówienia z wolnej ręki (negocjacji bez ogłoszenia) udzielonym na skutek rozstrzygnięcia konkursu na opracowanie projektu architektonicznego nie będzie mogło być wykonanie robót budowlanych.

Art. 327.

Konkurs przeprowadza się w procedurze konkursu nieograniczonego albo konkursu ograniczonego.

1. Uwagi ogólne. W art. 327 Pzp określono dopuszczalne procedury konkursowe („tryby" przeprowadzenia konkursu): procedurę konkursu nieograniczonego i procedurę konkursu ograniczonego. Nie jest możliwe przeprowadzenie konkursu w innej procedurze niż określone w tym przepisie. Podstawowa różnica pomiędzy tymi procedurami dotyczy kwalifikacji podmiotowej uczestników konkursu. W konkursie ograniczonym „etap" kwalifikacji podmiotowej w postaci oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzedza „etap merytoryczny", tj. oceny prac konkursowych. W konkursie nieograniczonym kwalifikacja podmiotowa uczestników konkursu dotyczy wyłącznie uprawnień wymaganych do przygotowania takiej pracy (ew. do wykonania usługi na jej podstawie) i następuje po merytorycznej

ocenie pracy konkursowej (nie występują wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie). Przebieg obu procedur opisano w oddziale 4 rozdziału 4 w dziale IV Pzp, przy czym procedura nieograniczona została zdefiniowana w art. 338 Pzp, a ograniczona w art. 339 Pzp.
Ustawa nie uzależnia natomiast zastosowania określonej procedury konkursowej od przedmiotu konkursu. Zamawiający ma swobodę w wyborze jednej z nich.

Art. 328.

1. Do przygotowania i przeprowadzenia konkursu przepisów art. 23, art. 53–55 i art. 57–60 nie stosuje się.

2. Zamawiający zapewnia anonimowość prac konkursowych.

3. Zamawiający udostępnia wyłącznie nagrodzone prace konkursowe oraz opracowania studialne, na podstawie których wykonano te prace, od chwili przekazania zawiadomienia, o którym mowa w art. 354. Sposób udostępnienia nagrodzonych prac konkursowych i opracowań studialnych zamawiający określa z uwzględnieniem przepisów dotyczących ochrony praw autorskich.

1. Stosowanie przepisów ogólnych w konkursie. W art. 328 ust. 1 Pzp wskazano (w sposób niewyłączny), które przepisy działu I (Przepisy ogólne) Pzp nie znajdą zastosowania w regulacji konkursowej. Nie znajdą zatem zastosowania następujące przepisy:

1) art. 23 Pzp dotyczący obowiązku sporządzania planu postępowań o zamówienie publiczne,
2) art. 53–55 Pzp dotyczące komisji przetargowej,
3) art. 57–60 Pzp dotyczące wykonawców (tj. kwestii związanych z wiarygodnością wykonawców, konsorcjów, umowy konsorcjum oraz obowiązkiem osobistego wykonania kluczowych zadań).

Sporządzanie planów postępowań o zamówienie publiczne nie dotyczy konkursów, co oznacza brak obowiązku zamieszczania informacji o przewidywanych konkursach w rocznych planach. Zamawiający może jednak taką informację zamieścić, jeżeli uważa to za celowe. Zamieszczenie informacji o planowanych postępowaniach jest jednak obowiązkowe dla zamówień publicznych na usługi udzielanych (w trybach z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia) na skutek przeprowadzenia procedury konkursowej. Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów dotyczących komisji przetargowej wynika z faktu, że konkurs wprowadza własną instytucję – sąd konkursowy, o którym mowa w oddziale 3 (art. 335–337 Pzp). Podobnie w miejsce przepisów dotyczących wykonawców regulacja konkursowa wprowadza uczestników konkursu, o których mowa w art. 330 Pzp. Oznacza to, że wyłączone regulacje dotyczące wykonawców można stosować co najwyżej pomocniczo. Podkreślić należy, że art. 328 ust. 1 Pzp nie jest jedynym przepisem konkursowym, wskazującym, które przepisy działu I nie znajdują zastosowania dla konkursu.

2. Anonimowość prac konkursowych. Reguła anonimowości prac konkursowych powinna być odczytywana łącznie z treścią art. 346 Pzp, który stanowi, że sąd konkursowy nie może zapoznać się z pracami konkursowymi przed upływem terminu ich składania. W świetle powyższego anonimowość prac konkursowych oznacza niemożność przyporządkowania pracy konkursowej do jej autora w toku dokonywania czynności związanych z merytoryczną oceną samej pracy przez sąd konkursowy. Z przepisu wynika literalnie, że obowiązki związane z określeniem zasad i zapewnieniem anonimowości spoczywają na zamawiającym. Aby jednak zamawiający mógł wypełnić ciążący na nim obowiązek zapewnienia nieidentyfikowalności prac, rolą

uczestnika konkursu będzie złożenie pracy w sposób uniemożliwiający przyporządkowanie pracy konkursowej do autora. Anonimowa praca w rozumieniu przepisu to taka praca, która nie jest i nie może być podpisana (np. podpisem kwalifikowanym autora pracy czy uczestnika konkursu), ale także nie zawiera innych danych identyfikujących uczestników lub autora (np. metadanych identyfikujących autora w przypadku pracy konkursowej składanej za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej). Zapewnienie anonimowości pracy konkursowej przez zamawiającego polega na wykonywaniu czynności lub powstrzymaniu się od czynności, które prowadzą do powiązania pracy z jej twórcą na etapie dokonywania oceny przez sąd. Obowiązek należy rozumieć szeroko, także jako zapewnienie prawidłowego działania systemu teleinformatycznego do obsługi konkursów czy prawidłowego obiegu opracowań. Zamawiający w regulaminie konkursu powinien określić wytyczne, jakimi winien kierować się uczestnik konkursu w celu zapewnienia anonimowości pracy konkursowej. Zadaniem zamawiającego jest na etapie procedury merytorycznej weryfikacji pracy utrzymanie stanu anonimowości pracy. Złożenie pracy konkursowej przez uczestnika konkursu w taki sposób, który z łatwością pozwala przyporządkować pracę do jej autora (np. podpisaną przez autora), powinno być rozpatrywane jako złożenie pracy niezgodnej z Pzp. Zasada anonimowości w zakresie konkursu stanowi wyjątek od stosowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 18–20 Pzp.

3. Udostępnianie prac konkursowych. Jedną z istotnych, zidentyfikowanych w procesie przygotowywania Pzp, barier zniechęcających autorów (twórców) do wzięcia udziału w ogłaszanych konkursach na podstawie Pzp2004 była praktyka zamawiających polegająca na powszechnym udostępnianiu prac biorących udział

w konkursie (także tych, które nie zostały nagrodzone) innym uczestnikom. W okolicznościach, gdy każda praca ma charakter twórczy i ze swojej istoty zawiera rozwiązania autorskie, powszechny dostęp do takiej pracy przez innych autorów (nierzadko konkurentów) nie jest pożądany. W odpowiedzi na powyższe Pzp przesądza w art. 328 ust. 3 Pzp, że udostępnieniu podlegają wyłącznie prace nagrodzone oraz opracowania studialne, na podstawie których wykonano te prace, od chwili przekazania zawiadomienia o wynikach konkursu, o którym mowa w art. 354 Pzp. Zawiadomienie to zawiera informację o merytorycznym rozstrzygnięciu konkursu. Przepis art. 328 ust. 3 Pzp łączy ponadto obowiązek udostępnienia nagrodzonych prac konkursowych i opracowań studialnych z obowiązkiem przestrzegania przez zamawiającego przepisów dotyczących ochrony praw autorskich. Regulacja podkreśla zatem, że i w tym przypadku zamawiający winien dobrać właściwy sposób udostępnienia do charakteru pracy i obowiązujących przepisów. Art. 328 ust. 3 oraz art. 358 ust. 4 Pzp stanowią ponadto literalnie, że prace, które nie otrzymały nagród, oraz opracowania studialne, na podstawie których wykonano te prace, nie podlegają udostępnieniu na żadnym etapie toczącego się postępowania konkursowego oraz po jego zakończeniu.

Art. 329.

1. Konkurs może być jednoetapowy lub dwuetapowy.

2. W konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.

3. W konkursie dwuetapowym zamawiający może ograniczyć liczbę uczestników konkursu, którzy zostaną zaproszeni do drugiego etapu konkursu, stosując w odniesieniu do opracowań studialnych wszystkie lub niektóre kryteria oceny prac konkursowych określone w regulaminie konkursu.

4. W konkursie dwuetapowym zamawiający zaprasza uczestników konkursu do składania prac konkursowych w liczbie zapewniającej konkurencję.

5. O wynikach oceny opracowań studialnych zamawiający niezwłocznie informuje uczestników konkursu, którzy złożyli te opracowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

6. W konkursie dwuetapowym przepisy dotyczące prac konkursowych stosuje się odpowiednio do opracowań studialnych.

1. Uwagi ogólne. Przepis dopuszcza możliwość podzielenia konkursu na etapy. Każdy konkurs jest jedno lub dwuetapowy. W konkursie jednoetapowym uczestnicy konkursu składają prace konkursowe, w konkursie dwuetapowym oprócz prac konkursowych na pierwszym etapie składane są również poprzedzające je opracowania studialne. Podział konkursu na etapy jest niezależny od zastosowanej procedury konkursowej, o której mowa w art. 327 Pzp, tj. mogą istnieć konkursy jednoetapowe lub dwuetapowe zarówno w procedurze nieograniczonej, jak i ograniczonej. Rozróżnienie konkursu ograniczonego od dwuetapowego polega na tym, że w konkursie ograniczonym można na podstawie kryteriów selekcji dopuścić do złożenia wniosków uczestników najlepiej spełniających kryteria selekcji (art. 330 ust. 4 Pzp), a więc najlepszych ze względów podmiotowych. Natomiast stosując konkurs dwuetapowy, zamawiający ogranicza udział uczestników

w drugim etapie do tych, których opracowania studialne uzyskały najlepsze oceny w kryteriach (wszystkich lub kilku – w zależności od postanowień regulaminu) oceny prac konkursowych. W tym wypadku ograniczenie następuje do uczestników, którzy najlepiej wykonali konkretne opracowanie studialne.

Art. 329 ust. 2–6 Pzp cytowanego przepisu ustawodawca odnosi wyłącznie do konkursów dwuetapowych. Zamawiający autonomicznie decyduje, czy przeprowadzi konkurs jednoetapowy, czy dwuetapowy i określa to w regulaminie konkursu (art. 333 ust. 2 pkt 2 Pzp).

2. Opracowanie studialne. Opracowaniem studialnym może być zarówno dzieło mające charakter pracy przygotowawczej (koncepcyjnej, ramowej), której dopełnienie i rozwinięcie nastąpi w pracy konkursowej, jak i dzieło będące kompleksowym i szczegółowym opracowaniem pewnego elementu przyszłej pracy konkursowej. Możliwe są również rozwiązania hybrydowe powyższych „typów" opracowań. Opracowanie studialne występuje wyłącznie w konkursie dwuetapowym. Decydując się na przeprowadzenie konkursu dwuetapowego, zamawiający określa zarazem w regulaminie konkursu, jaki charakter ma mieć opracowanie studialne. Opracowanie studialne może być przydatnym narzędziem zwiększającym liczbę uczestników konkursu w okolicznościach, gdy przygotowanie pracy konkursowej jest kosztowne, lub ułatwiającym pracę sądowi konkursowemu, gdy przewiduje się znaczną liczbę uczestników.

3. Etapy konkursu dwuetapowego i przebieg pierwszego etapu procedury. W art. 329 ust. 2 Pzp opisano, które elementy konstytuują poszczególne etapy konkursu dwuetapowego, tj. etap opracowań studialnych i etap prac konkursowych. Podkreślić należy, że etapowość konkursu, o jakiej mowa w art. 329 Pzp, odnosi się wyłącznie do tego momentu postępowania w sprawie przeprowadzenia konkursu, który

dotyczy oceny przedmiotowej uczestnika konkursu sprawdzanej za pomocą opracowań studialnych (w I etapie), a następnie prac konkursowych (w II etapie).

W I etapie uczestnicy konkursu składają opracowanie studialne. Celem tego etapu jest wyłonienie opracowań, odpowiadających wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. Innymi słowy zamawiający w I etapie konkursu dwuetapowego dokonuje prekwalifikacji merytorycznej w celu wyeliminowania tych uczestników konkursu, których prace albo nie spełniają wymagań merytorycznych, jakie postawił zamawiający, albo spełniają je w sposób niewystarczający (co skutkuje ich niezaproszeniem do kolejnego etapu). Etap I w konkursie dwuetapowym (tj. etap opracowań studialnych) rozpoczyna się i kończy w zależności od procedury konkursowej:

1) w konkursie nieograniczonym – od złożenia opracowań studialnych (w odpowiedzi na ogłoszenie o konkursie i zgodnie z regulaminem konkursu) do zaproszenia do składania prac konkursowych,
2) w konkursie ograniczonym – od złożenia opracowań studialnych (w odpowiedzi na zaproszenie uczestników konkursu do składania opracowań studialnych, które następuje po podmiotowej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie) do zaproszenia do składania prac konkursowych.

Opracowania studialne składane są najpóźniej do upływu terminu wskazanego w regulaminie konkursu (konkurs nieograniczony) lub zaproszeniu do składania prac konkursowych (konkurs ograniczony). Określając termin na złożenie opracowań studialnych, zamawiający stosuje art. 344 Pzp w zw. z art. 329 ust. 6 Pzp. Opracowania przygotowywane są na podstawie wytycznych wskazanych przez zamawiającego w regulaminie

konkursu. Oceny złożonych opracowań dokonuje sąd konkursowy w oparciu o wymagania określone w regulaminie konkursu oraz, fakultatywnie, w oparciu o kryteria oceny prac w nim określone. Pzp upoważnia zamawiającego do ograniczenia liczby uczestników konkursu, którzy spełniają wymagania merytoryczne, ale w niewystarczającym stopniu – w okolicznościach wskazanych w art. 329 ust. 3 Pzp. Jeżeli zamawiający nie ograniczy liczby uczestników konkursu, którzy zostaną zaproszeni do składania prac konkursowych, zaprasza do dalszego etapu wszystkich uczestników, których opracowania odpowiadają oczekiwaniom zamawiającego wskazanym w regulaminie. Jeżeli zamawiający decyduje się na ograniczenie liczby uczestników konkursu (co określa już na etapie ogłoszenia i regulaminu), dokonuje weryfikacji z wykorzystaniem kryteriów oceny prac konkursowych. Zamawiający może do oceny opracowań studialnych stosować wszystkie kryteria właściwe do oceny prac konkursowych lub wybrać niektóre z nich. Art. 329 ust. 4 Pzp stanowi, że dopuszczalne jest ograniczenie liczby zapraszanych uczestników pod warunkiem, że ich liczba będzie wystarczająca do zapewnienia konkurencji. Ustawodawca nie dookreślił liczby zapraszanych uczestników, ponieważ liczba uczestników zapewniających rzeczywistą konkurencję może się różnić w zależności od przedmiotu konkursu. Po zakończeniu oceny zamawiający informuje uczestników o jej wynikach, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Informacja, o jakiej mowa w art. 329 ust. 5 Pzp, stanowi zakończenie I etapu konkursu dwuetapowego. Zakończenie I etapu nie daje tytułu do udostępnienia opracowań studialnych (art. 328 ust. 3 Pzp). Zaproszenie uczestników na podstawie art. 329 ust. 4 Pzp (w zależności od wyboru zamawiającego: wszystkich, których opracowania odpowiadają

regulaminowi, lub tych, których opracowania odpowiadają regulaminowi i którzy otrzymali najwięcej punktów w ramach kryteriów oceny) rozpoczyna II etap konkursu dwuetapowego. Dalsze elementy procedury w ramach II etapu określono w art. 345–357 Pzp.

4. Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących prac konkursowych do opracowań studialnych. Art. 329 ust. 6 Pzp stanowi, że tam, gdzie przepisy dotyczą prac konkursowych, stosuje się je odpowiednio także do opracowań studialnych. Co do zasady dotyczy to wszystkich przepisów odwołujących się do prac konkursowych, chyba że Pzp wprost określa regulację szczegółową właściwą wyłącznie dla opracowania studialnego. W szczególności do opracowań studialnych znajdują zastosowanie przepisy dotyczące:

1) anonimowości – art. 328 ust. 2 Pzp,
2) sądu konkursowego – art. 335–337 Pzp,
3) przesłanek odrzucenia prac konkursowych – art. 343 ust. 3 Pzp,
4) wyznaczenia terminu na złożenie pracy konkursowej – art. 344 Pzp,
5) dopuszczalności złożenia tylko jednej pracy (opracowania) – art. 345 Pzp,
6) kryteriów oceny prac konkursowych – art. 347 Pzp etc.

Nie znajdzie natomiast zastosowania przepis dotyczący wyboru prac konkursowych (art. 350 Pzp), gdyż celem oceny opracowań studialnych nie jest wyłącznie ujawnienie najlepszego opracowania lub najlepszych opracowań, ale wskazanie także najlepszych uczestników konkursu zdolnych do przełożenia opracowania studialnego na pracę konkursową.

Art. 330.

1. Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

2. Jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej lub wykonania na jej podstawie usługi, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia.

3. W przypadku konkursu ograniczonego zamawiający ustala także inne niż określone w ust. 2, obiektywne wymagania, których niespełnienie uniemożliwia wzięcie udziału w konkursie.

4. Obiektywne wymagania mogą obejmować podstawy wykluczenia, warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Przepisy art. 108–123 stosuje się odpowiednio.

5. W okolicznościach, o których mowa w ust. 2–4, zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124. Przepisy art. 127 i art. 128 stosuje się.

6. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o konkursie oraz regulaminie konkursu, że konkurs jest zastrzeżony dla uczestników zatrudniających osoby należące do kategorii osób społecznie marginalizowanych zgodnie z art. 94.

7. Uczestnicy konkursu mogą wspólnie brać udział w konkursie. Przepisy dotyczące uczestnika konkursu stosuje się odpowiednio do uczestników konkursu biorących wspólnie udział w konkursie.

1. Uczestnik konkursu. Procedura konkursowa zawiera własną definicję podmiotu, który w zamierzeniu ma przygotować pracę konkursową (lub opracowanie studialne), nazywając go uczestnikiem konkursu. Uczestnik konkursu nie jest wykonawcą, pomimo występowania podobieństwa pomiędzy definicją z art. 330 ust. 1 Pzp a definicją wykonawcy z art. 7 pkt 30 Pzp. Uczestnikiem konkursu może być każdy, niezależnie

od okoliczności, czy ujawnił swoje zainteresowanie wzięciem udziału w konkursie przed terminem odpowiednio składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, opracowań studialnych lub prac konkursowych. Do uczestnika konkursu nie mają wprost zastosowania przepisy Pzp dotyczące wykonawców. W szczególności Pzp nie przewiduje, aby zamawiający zobowiązany był do zaakceptowania wykazywania przez uczestnika konkursu posiadania uprawnień, kompetencji czy innych wymagań przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. Uczestnik konkursu nie zawsze będzie tożsamy z autorem pracy konkursowej. W przypadku podmiotów zbiorowych składających pracę konkursową, np. biur projektowych, firm IT, uczestnikami będą te podmioty, podczas gdy autorami – poszczególni architekci czy projektanci IT.

2. Obowiązkowe uprawnienia uczestnika konkursu. Przepis wprowadza wymaganie posiadania przez uczestnika konkursu uprawnień na etapie procedury konkursowej, jeśli do przygotowania pracy konkursowej lub wykonania usługi na podstawie tej pracy wymagane są specjalne uprawnienia na mocy innych szczególnych przepisów. *A contrario*, jeśli żaden przepis szczególny nie łączy możliwości wykonania pracy konkursowej lub usługi wykonywanej na jej podstawie z posiadaniem uprawnień, na etapie procedury konkursowej również nie jest dopuszczalne wymaganie jakichkolwiek uprawnień. Przepis ma na celu zabezpieczenie zamawiającego przed skutkami otrzymania pracy konkursowej, która zostanie przygotowana przez osobę nieposiadającą wymaganych przepisami uprawnień. W przypadku konkursu na pracę architektoniczną z nagrodą w postaci zaproszenia do wykonania usługi projektowej – wybór pracy konkursowej przygotowanej przez osobę nieposiadającą właściwych uprawnień do projektowania na podstawie

Prawa budowlanego spowodowałby niemożność wykorzystania tej pracy zgodnie z zamierzeniem zamawiającego. Natomiast wymaganie uprawnień od osób w zakresie zamówienia IT, gdzie co do zasady nie ma obowiązków ich posiadania do świadczenia usług w tym zakresie, byłoby niezgodne z art. 330 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 330 ust. 5 Pzp zamawiający może na potwierdzenie posiadania odpowiednich uprawnień zażądać od uczestnika konkursu środków dowodowych. W przypadku uczestników konkursu posługujących się w celu wykonania pracy konkursowej osobami posiadającymi stosowne uprawnienia – zamawiający wymaga tych uprawnień w stosunku do tych osób. Jeżeli zatem uczestnik konkursu nie wykaże posiadania uprawnień, o jakich mowa w art. 330 ust. 2 Pzp, które są wymagane przez zamawiającego, złożony przez niego wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie zostanie odrzucony (w przypadku konkursu ograniczonego), a praca konkursowa nie będzie mogła zostać nagrodzona.

3. Inne wymagania. Wymaganie posiadania przez uczestnika konkursu uprawnień na etapie procedury konkursowej, jeśli do przygotowania pracy konkursowej lub wykonania usługi na podstawie tej pracy wymagane są specjalne uprawnienia na mocy innych szczególnych przepisów, jest jedynym obligatoryjnym wymaganiem kwalifikacyjnym uczestników konkursu, jakie przewidziano w procedurze konkursowej. W procedurze ograniczonej zamawiający jest jednak zobowiązany określić również inne obiektywne wymagania spośród podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wybór obiektywnych wymagań spoczywa na zamawiającym, który określając warunki udziału w postępowaniu czy kryteria selekcji, zobowiązany jest do przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych znajdujących zastosowanie

w konkursie, w szczególności zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców czy zapewnienia uczciwej konkurencji.
W przypadku określenia tych wymagań w oparciu o warunki udziału w postępowaniu aktualność zachowają przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, tj. art. 112–117 Pzp, choć stosowane będą odpowiednio. Na zamawiającym ciążyć będzie obowiązek precyzyjnego określenia wymagań w ogłoszeniu i regulaminie konkursu, w szczególności w sposób zgodny z art. 112 Pzp. Podobnie jak w postępowaniach o zamówienie publiczne obiektywne kryteria konkursowe znajdujące oparcie w warunkach będą mogły dotyczyć kompetencji, sytuacji i zdolności opisanych w art. 112 Pzp, na zasadach określonych w art. 113–117 Pzp.
W przypadku określenia obiektywnych wymagań w oparciu o przesłanki niepodlegania wykluczeniu zamawiający winien mieć na uwadze, że podział przesłanek dotyczących niepodlegania wykluczeniu na obligatoryjne (wyrażone w art. 108 Pzp) i fakultatywne (wyrażone w art. 109 Pzp) nie znajduje tutaj zastosowania. Zamawiający nie jest w szczególności zobowiązany do weryfikacji uczestnika konkursu pod kątem spełniania wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 108 Pzp. Zamawiający może jednak zweryfikować uczestników konkursu pod kątem wszystkich przesłanek z art. 108 i 109 Pzp, podobnie jak może przeprowadzać weryfikację w oparciu o niektóre z tych przesłanek bądź odstąpić od weryfikacji (nie określając żadnej przesłanki z art. 108 i 109 Pzp). Warunkiem dokonania weryfikacji w toku konkursu jest zamieszczenie stosownej informacji o wybranych podstawach wykluczenia w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie. Wskazanie przez zamawiającego określonej przesłanki (lub przesłanek) z art. 108 lub 109 Pzp jako obiektywnego wymagania z art. 330 ust. 3 Pzp oznacza, że

uczestnik konkursu zobowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu w ramach tej przesłanki. Zważywszy, że w konkursie szczególną rolę odgrywa oddalenie ryzyka wystąpienia potencjalnych konfliktów interesów pomiędzy uczestnikami konkursu a członkami sądu konkursowego, uzasadnionym wydaje się, aby jedno z wymagań zamawiającego odpowiadało przesłance niepodlegania wykluczeniu, o jakiej mowa w art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Na potwierdzenie określonych wymagań zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 Pzp. Podmiotowe środki dowodowe powinny odpowiadać tym wskazanym w treści odpowiedniego rozporządzenia w sprawie dokumentów, o czym wprost stanowi art. 128 Pzp. Pzp nie przewiduje obligatoryjnego składania oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w tym na formularzu JEDZ. Zamawiający może żądać środków dowodowych zarówno w postaci oświadczeń, jak i dokumentów. Zastosowanie znajdą także przepisy dotyczące uzupełniania środków dowodowych. Zastosowanie znajdują przepisy dotyczące mechanizmu „samooczyszczenia" określonego w art. 110 Pzp.

Pzp nie przewiduje określania innych wymagań niż wskazanych w art. 330 ust. 2 Pzp dla procedury nieograniczonej.

4. Konkurs zastrzeżony. Zamawiający może zastrzec, że wyłącznymi uczestnikami mogą być podmioty zatrudniające osoby należące do kategorii osób społecznie marginalizowanych określonych w art. 94 Pzp. W świetle brzmienia art. 94 Pzp takimi podmiotami mogą być wyłącznie podmioty mające status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inne podmioty, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja

osób społecznie marginalizowanych, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1–10 Pzp – pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1–10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

5. Uczestnicy biorący wspólny udział w konkursie. Art. 330 ust. 7 Pzp dopuszcza, aby uczestnicy konkursu występowali wspólnie. Przepisy dotyczące uczestnika konkursu stosuje się odpowiednio do uczestników konkursu biorących wspólnie udział w konkursie. W przypadku ustalania obiektywnych wymagań, jakie muszą spełnić uczestnicy konkursu – zamawiający, wskazując odpowiednie wymaganie, powinien także określić sposób jego spełnienia przez uczestników występujących wspólnie.

W przypadku wyboru pracy konkursowej konieczne będzie ustalenie zakresu praw autorskich przysługujących poszczególnym uczestnikom, aby przed wydaniem nagrody w sposób należyty prawa do pracy zostały przeniesione na zamawiającego.

Art. 331.

Przedmiot konkursu opisuje się w sposób jednoznaczny i zrozumiały, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pracy konkursowej.

1. Opis przedmiotu konkursu. Przedmiotem konkursu jest wykonanie pracy konkursowej. Opis przedmiotu konkursu winien uwzględniać, że efektem konkursu jest otrzymanie przez zamawiającego twórczej pracy konkursowej, a nie oferty.

Przedmiot konkursu winien być opisany w regulaminie w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Precyzja opisu ma pozwolić na otrzymanie prac konkursowych zgodnych z celami, jakie chce osiągnąć zamawiający.

Zamawiający, przygotowując opis przedmiotu konkursu, zobowiązany jest rozważyć, jak wiele swobody twórczej zamierza pozostawić autorom prac konkursowych, przy czym pozostawienie takiej swobody jest w konkursie niezbędne. Opis przedmiotu konkursu nie musi być zatem wyczerpujący w takim stopniu, w jakim jest to wymagane od opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 Pzp), gdyż nie w każdym konkursie wyczerpujący opis stanowiłby ułatwienie dla autorów prac konkursowych, w założeniu swobodnie przygotowujących swoje dzieła.
Art. 7 pkt 8 Pzp stanowi, że przez konkurs należy rozumieć przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy. Dlatego przygotowanie i przedstawienie zwycięskiej pracy nie jest wystarczające do uzyskania nagrody, warunkiem niezbędnym jest także przeniesienie prawa do wybranej pracy konkursowej. Przepis, wskazując na „prawa", odwołuje się do autorskich praw majątkowych, o których mowa w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Art. 332.

Do osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego przepis art. 56 stosuje się odpowiednio.

1. Konflikt interesów. Art. 56 Pzp stanowi, że kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania, lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów. Przepis art. 332 Pzp dotyczy wystąpienia takiego konfliktu interesów pomiędzy osobami wykonującymi czynności w konkursie

a uczestnikami konkursu. Przepis nie obejmuje natomiast członków sądu konkursowego, dla których Pzp przewidziało odrębną regulację w art. 335 ust. 3 Pzp. Jeżeli zatem wobec osób wykonujących czynności merytoryczne w konkursie ujawnią się okoliczności (przesłanki konfliktu interesów), o jakich mowa w art. 56 ust. 2 Pzp, to osoby takie podlegać będą wyłączeniu z organizowania konkursu na zasadach podobnych jak dla zamówień, tj. określonych w art. 56 ust. 3–7 Pzp. Zważywszy, że w konkursie podstawowe czynności związane z wyborem pracy konkursowej należą do sądu konkursowego, najistotniejszą merytoryczną czynnością w organizowanym konkursie, którą mogą wykonywać inne osoby, będzie ocena i wybór wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie w procedurze ograniczonej.

Jak stanowi art. 332 Pzp, przepis art. 56 Pzp należy stosować odpowiednio. Oznacza to w szczególności, że tam gdzie art. 56 Pzp stanowi wprost o zamówieniu publicznym oraz o wykonawcy, należy przez to rozumieć konkurs oraz uczestników konkursu.

Oddział 2
Regulamin konkursu

Art. 333.

1. Zamawiający organizuje konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu.

2. Regulamin konkursu określa, w szczególności:

1) nazwę oraz adres zamawiającego;

2) rodzaj pracy konkursowej i procedurę przeprowadzenia konkursu;

3) opis przedmiotu konkursu;

4) maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej;

5) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu;

6) informację o podmiotowych środkach dowodowych potwierdzających spełnianie wymagań;

7) sposób komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień lub informacji;

8) sposób oraz termin składania opracowań studialnych albo prac konkursowych w przypadku konkursu nieograniczonego albo wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, w przypadku konkursu ograniczonego;

9) zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej;

10) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;

11) kryteria oceny opracowań studialnych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów, w przypadku, o którym mowa w art. 329 ust. 3;

12) skład sądu konkursowego;

13) rodzaj i wysokość nagród;

14) termin wypłacenia nagrody pieniężnej lub wydania nagrody rzeczowej;

15) wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;

16) postanowienia przyszłej umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych;

17) maksymalną kwotę zwrotu kosztów za przygotowanie i złożenie pracy konkursowej, jeśli konkurs zostanie unieważniony, w okolicznościach, o których mowa w art. 355 ust. 4;

18) sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu;

19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu.

3. W przypadku konkursu, o którym mowa w art. 326 pkt 2, regulamin konkursu:

1) może nie zawierać informacji, o których mowa w ust. 2 pkt 13;

2) zawiera także informacje o:

a) planowanym terminie zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej,

b) przedmiocie usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie wybranej pracy konkursowej,

c) istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,

d) podstawach wykluczenia z postępowania oraz warunkach udziału w postępowaniu, które zostaną określone w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia,

e) orientacyjnym terminie realizacji usługi.

4. Zamawiający udostępnia regulamin konkursu na stronie internetowej prowadzonego konkursu.

1. Zamawiający jako organizator konkursu. Podmiotem odpowiedzialnym za organizację konkursu jest zamawiający. Pzp w art. 37 i n. dopuszcza, aby niektóre czynności związane z organizacją konkursu powierzone zostały innym podmiotom, np. w ramach pomocniczych działań zakupowych czy w ramach wspólnego zorganizowania konkursu

przez więcej niż jednego zamawiającego. Przywołane przepisy znajdują zastosowanie w konkursie.

2. Regulamin konkursu. Zamawiający organizuje konkurs na podstawie regulaminu, którym sam jest związany. Regulamin konkursu stanowi doprecyzowanie ogłoszenia (przyrzeczenia publicznego) i zawiera wyczerpujące informacje o konkursie. Pełni w konkursie podobną funkcję, jaką specyfikacja warunków zamówienia pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W art. 333 ust. 2 i 3 Pzp wskazano na minimalny zakres informacji, które muszą zostać zamieszczone w regulaminie konkursu. Zamawiający może ująć w nim także inne informacje, niewskazane w treści tego przepisu. Warunki regulaminu wiążą zamawiającego oraz przystępujących do konkursu uczestników. Regulamin konkursu przygotowuje zamawiający. Zamawiający może przygotowywać regulamin przy wsparciu sądu konkursowego.

3. Treść regulaminu. Rodzaj pracy konkursowej i procedura przeprowadzenia konkursu.

Zamawiający jest zobowiązany poinformować o rodzaju pracy konkursowej i procedurze przeprowadzenia konkursu. Zamawiający wskazuje zatem, czy prowadzony konkurs jest konkursem wyłącznie z nagrodami pieniężnymi lub rzeczowymi, czy też nagrodą jest zaproszenie do udziału w zamówieniu publicznym, któremu towarzyszyć mają nagrody pieniężne lub rzeczowe. Zamawiający określa ponadto rodzaj procedury: nieograniczoną lub ograniczoną, a także czy przewiduje konkurs dwuetapowy.

4. Treść regulaminu. Maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Bardzo istotnym wymaganiem dotyczącym regulaminu jest wskazanie maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych

na podstawie pracy konkursowej. Tym samym zamawiający zapoznaje uczestników konkursu z własnymi możliwościami finansowymi, tj. kwotą, jaką przewiduje przeznaczyć na wykonanie prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Informacja ta jest wytyczną dla uczestników konkursu do przygotowania pracy z zastosowaniem takich rozwiązań autorskich, które nie spowodują przekroczenia tej wartości. Zwycięska praca konkursowa, która przekracza możliwości finansowe zamawiającego, byłaby bowiem dla niego nieprzydatna. Art. 333 ust. 2 pkt 4 Pzp należy odczytywać łącznie z art. 351 Pzp, który nakazuje uczestnikom konkursu składać 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. Zamawiający nie jest jednak związany na etapie udzielania zamówienia publicznego własnymi ustaleniami związanymi z maksymalną przewidywalną wartością realizowanych prac. Podkreślić również należy, iż kwoty, jaką zamawiający przewiduje przeznaczyć na wykonanie prac na podstawie pracy konkursowej, nie należy utożsamiać z kwotą, jaką zamawiający może lub zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

5. Treść regulaminu. Sposób komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień lub informacji. Procedura konkursowa objęta jest, podobnie jak procedury udzielenia zamówienia publicznego, koniecznością komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu za pomocą środków komunikacji elektronicznej, o czym wprost stanowią także art. 61–70 Pzp. Użycie środków komunikacji elektronicznej zasadniczo będzie wykorzystywane przy przekazywaniu oświadczeń i dokumentów. W odniesieniu natomiast do opracowania studialnego

i pracy konkursowej możliwość przekazania ich przy użyciu środków komunikacji elektronicznej będzie zdeterminowana przez ich charakter. W przypadku użycia środków komunikacji elektronicznej do przekazania pracy lub opracowania system teleinformatyczny będzie musiał uwzględnić konieczność zapewnienia anonimowości autorowi pracy.

6. Treść regulaminu. Skład sądu konkursowego. Zamawiający wskazuje w regulaminie imiona i nazwiska osób, którzy będą członkami sądu konkursowego. Skład sądu konkursowego musi zatem zostać ostatecznie ustalony przez zamawiającego przed ogłoszeniem konkursu i opublikowaniem regulaminu. Poinformowanie uczestników o składzie sądu jest istotne z punktu widzenia przestrzegania zasady przejrzystości i może pozwolić zmniejszyć ryzyko wystąpienia konfliktu interesów pomiędzy potencjalnymi uczestnikami konkursu a członkami sądu konkursowego.

7. Regulamin konkursu. Rodzaj i wysokość nagród. Termin wypłacenia nagrody pieniężnej lub wydania nagrody rzeczowej. Punkt „rodzaj i wysokość nagród" dotyczy nagród przewidywanych w konkursie, w tym zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający informuje w tym punkcie o liczbie i rodzajach przewidywanych nagród, w tym ich wartości. Nagrody powinny być przyporządkowane poszczególnym miejscom, które zajmą prace konkursowe. Zamawiający może przewidywać także nagrody za prace konkursowe, które zostały wyróżnione przez sąd konkursowy. Termin wypłacenia nagrody zamawiający określa w dniach w sposób zgodny z art. 356 ust. 1 Pzp.

8. Regulamin konkursu. Wysokość zwrotu kosztów przygotowania prac konkursowych, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot. Zamawiający winien wskazać, czy przewiduje zwrot kosztów przygotowania prac

konkursowych, czy też nie (art. 333 ust. 1 pkt 15 Pzp). Jeśli nie przewiduje zwrotu, winien jednoznacznie określić to w regulaminie konkursu. Niezależnie od powyższego zamawiający jest zobowiązany wskazać maksymalną kwotę przewidzianego zwrotu na okoliczność unieważnienia konkursu, jeżeli unieważnienie konkursu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Kwoty, o jakich mowa w art. 333 ust. 1 pkt 15 i 17 Pzp, mogą być identyczne. W każdym z powyższych przypadków zamawiający w regulaminie wskazuje wartość, która podlegać będzie zwrotowi. Nie jest w szczególności dopuszczalne określenie tej wartości procentowo w stosunku do wartości nakładów, jakie przeznaczył na przygotowanie pracy uczestnik konkursu. Wskazanie maksymalnej kwoty zwrotu w przypadku unieważnienia konkursu nie oznacza jednak, że zamawiający zobowiązany jest zrekompensować koszty złożenia pracy dokładnie o taką wartość. Ocena zasadności roszczenia o zwrot i wysokości zwrotu spoczywa na zamawiającym, który zobowiązany jest dokonać zwrotu w obiektywnej i uzasadnionej wysokości. Zamawiający nie może przy tym różnicować uczestników konkursu, co do wysokości zwrotu, w sposób inny niż obiektywny i merytorycznie uzasadniony.

9. Regulamin konkursu. Sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu. Sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu to rozwiązanie dodatkowe względem obowiązku poinformowania uczestników konkursu o rozstrzygnięciu (art. 354 Pzp) oraz zamieszczenie odpowiedniego ogłoszenia w DUUE lub BZP (art. 357 Pzp). Zamawiający może przewidzieć także inne sposoby na rozpowszechnienie wyników konkursu, np. w prasie branżowej.

10. Wymagania regulaminu dla konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie przewiduje innych nagród niż zaproszenie, regulamin konkursu nie zawiera informacji o rodzaju i wysokości nagród. Regulamin w takim przypadki powinien zawierać informacje wskazane w art. 333 ust. 3 pkt 2 lit. a–e Pzp. Wymagania dotyczące opisu planowanego terminu zaproszenia do negocjacji w celu udzielenia zamówienia oraz orientacyjnego terminu realizacji usługi mają wyłącznie znaczenie informacyjne i mają za zadanie zapoznać uczestników konkursu z harmonogramem zamawiającego co do przebiegu konkursu i ewentualnego zamówienia publicznego. Wymagania dotyczące:

1) przedmiotu usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie wybranej pracy konkursowej,
2) istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz
3) podstaw wykluczenia z postępowania oraz warunków udziału w postępowaniu, które zostaną określone w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia,

nie dotyczą bezpośrednio prowadzonego konkursu, ale przyszłego zamówienia publicznego realizowanego jako konsekwencja rozstrzygnięcia konkursu. Nie mają one wyłącznie charakteru informacyjnego, gdyż na skutek powziętych w toku prowadzonego konkursu wiadomości uczestnik konkursu może podejmować decyzje związane z własnym udziałem w konkursie, w szczególności odstąpić od przystąpienia do konkursu. Przedmiot usługi (art. 333 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp), która ma być realizowana w postępowaniu o zamówienie publiczne na podstawie wybranej pracy konkursowej, może być opisany jedynie w tym zakresie,

w jakim jest to możliwe na etapie wszczęcia konkursu. Jeżeli zamawiający w momencie wszczynania konkursu dysponuje dokumentacją, która stanie się częścią dokumentacji postępowania o zamówienie, powinien zapoznać uczestników konkursu z tą dokumentacją. Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu o przyszłe zamówienie publiczne na usługi powinny zostać określone już na etapie konkursu. W przypadku konkursu ograniczonego podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu mogą odpowiadać obiektywnym wymaganiom, o jakich mowa w art. 330 ust. 3 Pzp.

Art. 334.

Zamawiający może zwołać zebranie podmiotów zainteresowanych złożeniem prac konkursowych w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści regulaminu konkursu. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego konkursu.

1. Zebranie podmiotów zainteresowanych złożeniem prac konkursowych. Zgodnie z art. 334 Pzp Zamawiający może zwołać zebranie podmiotów zainteresowanych złożeniem prac konkursowych w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści regulaminu konkursu. Przepis art. 334 Pzp nie nakazuje wprost zamieszczać na stronie internetowej informacji o wyjaśnieniach zamawiającego udzielonych w toku zebrania. Zważywszy jednak na obowiązującą także w konkursie zasadę równego traktowania wykonawców (uczestników konkursu), niezbędne będzie udzielenie takich informacji na stronie internetowej wszystkim potencjalnym uczestnikom, jeśli wyjaśnienia mogą mieć wpływ na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie lub prac konkursowych.

Zamawiający, kierując się regułami bezstronności sądu konkursowego i anonimowości prac konkursowych, powinien także mieć na względzie okoliczność, że udział potencjalnych wykonawców i członków sądu konkursowego w jednym wspólnym zebraniu nie wspiera wypełniania tych reguł. Zamawiający, zwołując takie zebranie, zobowiązany będzie zaproponować taką formułę spotkania, która skutecznie zapewni zachowanie tych reguł.

Oddział 3
Sąd konkursowy

Art. 335.

1. Kierownik zamawiającego powołuje sąd konkursowy oraz określa organizację, skład i tryb pracy sądu konkursowego.

2. Sąd konkursowy składa się co najmniej z 3 osób powoływanych i odwoływanych przez kierownika zamawiającego.

3. Członkowie sądu konkursowego są bezstronni. Do członków sądu konkursowego przepis art. 56 stosuje się odpowiednio.

4. Członkami sądu konkursowego są osoby posiadające wiedzę i doświadczenie umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 składu sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, posiada wymagane uprawnienia.

1. Uwagi ogólne. Uprawnionym do powołania sądu konkursowego, określenia organizacji, składu i trybu pracy sądu jest kierownik zamawiającego. Skład sądu konkursowego zamawiający wskazuje w regulaminie konkursu. Organizację, tryb pracy sądu kierownik

zamawiającego określa i zatwierdza w dokumencie zwanym zwyczajowo regulaminem pracy sądu konkursowego lub statutem sądu konkursowego. W dokumencie określającym organizację i tryb pracy może znaleźć się także informacja o składzie sądu czy funkcjach i zadaniach przypisanych każdemu z członków. Powyższe jest niezależne od wynikającego z art. 333 ust. 2 pkt 12 Pzp obowiązku poinformowania o składzie sądu konkursowego w regulaminie konkursu.

2. Skład sądu konkursowego. W art. 335 ust. 2 i 4 Pzp określono trzy szczegółowe wymagania odnoszące się do składu sądu. Po pierwsze, sąd konkursowy musi składać się z minimum trzech osób. Po drugie, każda z osób ma posiadać wiedzę i doświadczenie umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych. Po trzecie, jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 składu sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, powinna posiadać wymagane uprawnienia. Pzp nie wymaga, aby członkami sądu konkursowego byli pracownicy zamawiającego. Nakazuje jednakże, aby były to osoby posiadające kwalifikacje w swojej dziedzinie pozwalające na dokonanie oceny prac konkursowych w oparciu o kryteria ustalone przez zamawiającego.

Niepożądane na gruncie Pzp jest, ażeby członkiem sądu konkursowego został kierownik zamawiającego, nawet jeśli spełnia wymagania określone w art. 335 Pzp. Należy bowiem zauważyć, iż sąd konkursowy, choć jest ciałem autonomicznym, to jednak nie przestaje być zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego. Oznacza to, iż w przypadku powołania w skład sądu pozycja kierownika byłaby w praktyce dominująca wobec wykonywania przez niego czynności nadzorczych wobec sądu (art. 337 Pzp). Rozwiązanie takie uznać należy za trudne do pogodzenia

z intencją ustawodawcy, zmierzającą do wsparcia zamawiającego przez zespół profesjonalistów w celu wyboru najlepszej pracy konkursowej. Zamawiający może zdecydować o powołaniu członków sądu konkursowego w większej liczbie niż wymagana w przepisie, w tym większej liczbie osób z uprawnieniami do oceny pracy (jeśli takie uprawnienia są wymagane).

3. Bezstronność sądu konkursowego. Bezstronność sądu konkursowego i jego niezależność od uczestników konkursu jest naczelną regułą warunkującą wybór rzeczywiście najlepszej pracy konkursowej. Powyższe wynika z okoliczności, że to sąd konkursowy jest wyłącznie upoważniony do oceny prac konkursowych. Nakaz weryfikacji członków sądu pod kątem wystąpienia konfliktu interesów stanowi podstawowy obowiązek zamawiającego w ramach czynności organizowania konkursu. Przepis art. 335 ust. 3 Pzp odsyła do art. 56 Pzp, który określa niedopuszczalne relacje określane jako konflikt interesów. W przypadku członków sądu konkursowego relacje te nie powinny zachodzić pomiędzy członkiem sądu konkursowego a uczestnikami konkursu.

Relacje te określone zostały szczegółowo w art. 56 ust. 2 Pzp. Przepis stosowany odpowiednio do konkursu wskazuje na wystąpienie konfliktu interesów w okolicznościach, gdy:

1) członek sądu konkursowego przedstawił pracę w konkursie,
2) członek sądu konkursowego pozostaje w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostaje we wspólnym pożyciu z uczestnikami konkursu lub autorami prac konkursowych, ich zastępcami prawnymi

lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych uczestników konkursu,

3) członek sądu konkursowego w okresie 3 lat przed ogłoszeniem konkursu pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z uczestnikami konkursu lub autorami prac konkursowych, otrzymywał od nich wynagrodzenie z innego tytułu lub był członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych uczestników,
4) członek sądu konkursowego pozostaje z uczestnikami konkursu lub autorami prac konkursowych w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do jego bezstronności lub niezależności w związku z konkursem z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięcia konkursu.

Członkowie sądu konkursowego zobowiązani będą do złożenia oświadczenia, o jakim mowa w art. 56 ust. 4 Pzp (odnoszącym się do treści art. 56 ust. 2 Pzp stosowanej odpowiednio), w momencie, w którym powezmą wiedzę o fakcie, jacy wskazani imiennie uczestnicy konkursu biorą w nim udział. W przypadku konkursu ograniczonego członkowie sądu konkursowego mogą pozyskać taką wiedzę na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. W przypadku konkursu nieograniczonego – po złożeniu przez uczestników konkursu zgłoszeń do udziału w konkursie. Oświadczenia od członków sądu odbiera kierownik zamawiającego lub osoba przez niego upoważniona. Jednym ze sposobów wyeliminowania konfliktu interesów jest zapewnienie przez zamawiającego, aby uczestnicy konkursu także byli weryfikowani przez niego na okoliczność art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp. Oznacza to wymaganie złożenia oświadczenia o niewystąpieniu

konfliktu interesów z członkami sądu konkursowego. Takie oświadczenie w konkursie ograniczonym może być złożone przez uczestnika na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

Jeżeli wobec członka sądu konkursowego ujawnią się okoliczności (przesłanki konfliktu interesów), o jakich mowa w art. 56 ust. 2 Pzp, to członek sądu konkursowego powinien poinformować kierownika zamawiającego o zaistniałym konflikcie.

Ujawnienie konfliktu interesów obliguje zamawiającego do podjęcia decyzji w przedmiocie usunięcia konfliktu. Zamawiający może odwołać sędziego ze składu sądu konkursowego w przypadku wystąpienia konfliktu interesów z uczestnikiem konkursu. Przed podjęciem decyzji o odwołaniu sędziego zamawiający ocenia, czy konflikt interesów nie może zostać skutecznie wyeliminowany w inny sposób niż poprzez odwołanie sędziego. W okolicznościach, gdy konflikt może być wyeliminowany albo przez odwołanie sędziego, albo wykluczenie uczestnika konkursu, zamawiający przez podjęciem decyzji ocenia całokształt materiału dowodowego. W zależności od określonego stanu faktycznego możliwe będzie zatem usunięcie sędziego, wykluczenie uczestnika sądu (w tym brak oceny jego pracy) lub unieważnienie konkursu.

Szczegółowe zasady weryfikacji (i autoweryfikacji) członków sądu konkursowego, treść składanych oświadczeń o braku istnienia okoliczności mających postać konfliktu interesów, skutki niezłożenia oświadczenia etc. powinny być określone w regulaminie (statucie) sądu. Nadzór nad sądem konkursowym w zakresie bezstronności powinien sprawować kierownik zamawiającego lub osoba przez niego upoważniona.

Art. 336.

1. Sąd konkursowy jest powoływany do oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.

2. Sąd konkursowy w szczególności sporządza informacje o pracach konkursowych, przygotowuje uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, a także występuje z wnioskiem o unieważnienie konkursu.

3. Sąd konkursowy w zakresie, o którym mowa w ust. 1 i 2, jest niezależny.

4. Kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne niż określone w ust. 1 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem konkursu.

1. Sąd konkursowy. Obowiązki sądu konkursowego. Sąd konkursowy jest organem pomocniczym zamawiającego, ale o większej autonomii względem zamawiającego niż komisja przetargowa. Sąd konkursowy posiada wyłączne kompetencje do oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych, o czym stanowi ust. 1, choć czynności sądu podlegają zatwierdzeniu. Wybór pracy przez sąd konkursowy jest także elementem konstytutywnym konkursu, o czym mowa w definicji z art. 7 pkt 8 Pzp. Jeżeli konkurs jest dwuetapowy, sąd konkursowy posiada wyłączne kompetencje także do oceny opracowań studialnych (art. 329 ust. 6 Pzp). Do szczegółowych obowiązków sądu konkursowego należy także sporządzanie informacji o pracach konkursowych, przygotowywanie uzasadnienia rozstrzygnięcia konkursu, a także występowanie z wnioskiem o unieważnienie konkursu. Informacja o pracach konkursowych powinna zawierać co najmniej: zestawienie złożonych prac, przedstawienie rankingu prac wraz ze wskazaniem punktów, jakie

otrzymała każda z prac w ramach kryteriów oceny prac konkursowych, wskazanie prac wybranych i nagrodzonych oraz informację o pracach niepodlegających ocenie. Informacja powinna zawierać uzasadnienie przyznania pracom określonych ocen. Uzasadnienie dotyczące wyboru najlepszej pracy konkursowej (najlepszych prac konkursowych) lub uzasadnienie unieważnienia konkursu stanowi merytoryczną konkluzję z prac sądu konkursowego, którą zamawiający poddaje ocenie przed podjęciem czynności zatwierdzenia wyniku dokonanego przez sąd konkursowy.

2. Niezależność sądu konkursowego. W art. 336 ust. 3 Pzp podkreślono, że zarówno podczas oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych, jak również sporządzania informacji i uzasadnień, o których mowa w art. 336 ust. 2 Pzp, sąd konkursowy jest niezależny. Wpływ osób trzecich, w tym innych pracowników zamawiającego na merytoryczne rozstrzygnięcia sądu konkursowego, jest niedopuszczalny. Kierownik zamawiającego nie może zatem zastąpić sądu konkursowego w wykonywaniu tych czynności, w szczególności w ocenie prac konkursowych. Sąd konkursowy jest organem powoływanym w każdym konkursie, niezależnie od jego wartości.

3. Dodatkowe obowiązki sądu konkursowego. Kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne obowiązki niż wynikające z treści art. 336 ust. 1 i 2 Pzp, tj. inne niż związane stricte z oceną prac konkursowych. Inne obowiązki mogą dotyczyć nie tylko przeprowadzenia konkursu, ale także przykładowo jego przygotowania. Sąd konkursowy może np. brać udział w przygotowaniu regulaminu konkursu. Kierownik zamawiającego, nakładając na sąd konkursowy nowe zadania, winien mieć na względzie, że członkowie sądu konkursowego nie mogą przyporządkować autorów do konkretnych

prac konkursowych przed etapem oceny prac i na etapie ich oceny. Należy również podkreślić, iż sąd konkursowy, wykonując obowiązki powierzone na podstawie art. 336 ust. 4 Pzp, nie jest niezależny w rozumieniu art. 336 ust. 3 Pzp.

Art. 337.

Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności:

1) unieważnia konkurs;

2) zatwierdza rozstrzygnięcie konkursu.

1. Nadzór nad sądem konkursowym. Niezależność sądu konkursowego znajduje rozwinięcie w treści art. 337 Pzp. Kierownik zamawiającego lub osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym, co do zasady w aspekcie legalności, tj. zgodności działań sądu konkursowego z przepisami prawa i zapisami regulaminu. Przepis ustanawia także wyłączne kompetencje dla kierownika zamawiającego (osoby upoważnionej), które nie mogą zostać delegowane na sąd konkursowy. Czynnościami tymi są: unieważnienie konkursu oraz zatwierdzenie rozstrzygnięcia konkursu.

Oddział 4
Konkurs nieograniczony i konkurs ograniczony

Art. 338.

Konkurs nieograniczony to procedura przeprowadzenia konkursu, w której w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o konkursie prace

konkursowe mogą składać wszyscy zainteresowani uczestnicy konkursu.

1. Konkurs nieograniczony. Konkurs nieograniczony to jedna z dwóch dopuszczalnych procedur przeprowadzenia konkursu. W odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie prace konkursowe mogą składać wszyscy zainteresowani uczestnicy konkursu. Brak jest w tej procedurze wcześniejszej weryfikacji uczestników pod kątem posiadania uprawnień do przygotowania pracy konkursowej. Weryfikacja ma charakter następczy, tj. dokonuje się po wyborze pracy konkursowej. Procedura nieograniczona jest zalecana dla tych konkursów, w których zamawiającemu zależy na możliwie największym odformalizowaniu przepisów i możliwie szybkim rozstrzygnięciu.

Art. 339.

Konkurs ograniczony to procedura przeprowadzenia konkursu, 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.

1. Uwagi ogólne. Konkurs ograniczony to jedna z dwóch dopuszczalnych procedur przeprowadzenia konkursu. W odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie uczestnicy konkursu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie, a prace konkursowe mogą składać wyłącznie uczestnicy zaproszeni do składania prac konkursowych. Procedura zakłada weryfikację uczestników pod kątem posiadania uprawnień do przygotowania pracy konkursowej i spełniania obiektywnych wymagań, o jakich mowa w art. 330 ust. 3 Pzp. Weryfikacja poprzedza etap składania

pracy konkursowej. W konkursie ograniczonym weryfikacja podmiotowa uczestników konkursu następuje wyłącznie na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopiero uczestnicy pozytywnie zweryfikowani (a w przypadku, gdy zamawiający wykorzystał do oceny wniosków kryteria selekcji, także obiektywnie najlepsi) mogą zostać zaproszeni do składania prac konkursowych (w przypadku konkursu dwuetapowego – opracowań studialnych a następnie prac konkursowych).

Art. 340.

1. Zamawiający wszczyna konkurs przez:

1) przekazanie ogłoszenia o konkursie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku gdy wartość konkursu jest równa lub przekracza progi unijne;

2) zamieszczenie ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych, w przypadku gdy wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne.

2. Do ogłoszeń o konkursie stosuje się odpowiednio przepisy art. 86–88 i art. 90, a jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne – przepisy art. 267 oraz art. 269–272.

3. Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego konkursu, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do regulaminu konkursu, odpowiednio od dnia publikacji ogłoszenia o konkursie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych, nie krócej niż do upływu terminu na składanie prac konkursowych.

1. Ogłoszenia o konkursie. Każdy konkurs wszczyna się przy pomocy publicznego ogłoszenia o konkursie. W zależności od wartości konkursu

wszczęcie następuje za pośrednictwem ogłoszenia przekazywanego do UPUE lub zamieszczonego w BZP. Do przekazywania (zamieszczania) właściwych ogłoszeń o konkursie zastosowanie znajdą odpowiednie przepisy dotyczące ogłoszeń o zamówieniu. Jeżeli wartość konkursu przekracza kwoty unijne, do konkursu zastosowanie znajdą przepisy art. 86–88 i art. 90 Pzp, które stanowią m.in. o:

1) obowiązku przygotowania ogłoszeń zgodnie z wzorami standardowych formularzy określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń,
2) obowiązku przekazywania ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską,
3) obowiązku dokumentowania (art. 87 ust. 3 Pzp),
4) obowiązku udostępnienia ogłoszeń na stronie internetowej i fakultatywnej możliwości udostępnienia w innych miejscach,
5) dopuszczalności zmiany ogłoszenia.

Jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż kwoty unijne, zastosowanie znajdą przepisy art. 267 oraz art. 269–272 Pzp. Art. 267 ust. 2 pkt 4 Pzp wprost przewiduje ogłoszenie o konkursie, które dla konkursów o wartości mniejszej niż kwoty unijne jest obligatoryjne. Pozostałe przepisy mające zastosowanie także do konkursów stanowią m.in. o:

1) obowiązku przekazywania ogłoszeń przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
2) obowiązku dokumentowania (art. 267 ust. 3 Pzp),
3) fakultatywnej możliwości udostępnienia ogłoszenia w innych miejscach, w tym na stronie internetowej,
4) dopuszczalności zmiany ogłoszenia.

Pzp nie przewiduje dla konkursów, niezależnie od ich wartości, wstępnych ogłoszeń informacyjnych.

2. Udostępnianie regulaminu konkursu. Regulamin, podobnie jak SWZ, zamieszcza się na stronie internetowej w sposób określony w przepisie. Pzp nie przewiduje przekazywania regulaminu konkursu na wniosek. Dla konkursów o wartości równej lub przekraczającej kwoty unijne moment udostępnienia regulaminu jest analogiczny jak moment udostępniania SWZ dla takich zamówień (art. 133 ust. 1 Pzp). Z kolei dla konkursów o wartości mniejszej niż kwoty unijne moment udostępnienia regulaminu jest analogiczny jak moment udostępniania SWZ dla takich zamówień (art. 280 ust. 1 pkt 1 Pzp). Kierując się zasadą przejrzystości konkursu, zamawiający organizujący konkurs jedno- lub dwuetapowy zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego konkursu, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do regulaminu konkursu, nie krócej niż do upływu terminu na składanie prac konkursowych (a zatem nie tylko do etapu składania opracowań studialnych w konkursie dwuetapowym).

Art. 341.

1. Uczestnik konkursu może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści regulaminu konkursu.

2. Do wyjaśnienia treści regulaminu konkursu stosuje się odpowiednio przepis art. 284.

1. Wyjaśnienie treści regulaminu. Ustawodawca przewidział dla uczestników konkursu, niezależnie od prowadzonej procedury konkursowej, możliwość zwrócenia się z wnioskiem do zamawiającego o wyjaśnienie treści regulaminu, na zasadach określonych w art. 284 Pzp.

Zasady te są identyczne niezależnie od wartości konkursu. W przypadku konkursu nieograniczonego ostatecznym terminem na złożenie zapytania jest upływ terminu na składanie prac konkursowych, przy czym tylko w sytuacji złożenia takiego wniosku, nie później niż na 4 dni przed upływem tego terminu, Pzp nakazuje zamawiającemu udzielenie odpowiedzi. W przypadku konkursu ograniczonego ostatecznym terminem na złożenie zapytania jest również upływ terminu na składanie prac konkursowych. Oznacza to, że pytania o wyjaśnienie treści regulaminu mogą być składane przez uczestników konkursu także po upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a przed upływem terminu na składanie prac konkursowych na zasadach określonych jak dla konkursu nieograniczonego. Zastosowanie znajdują też pozostałe przepisy art. 284 Pzp stosowane odpowiednio. Zamawiający jest zatem obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania prac konkursowych (opracowań studialnych – jeśli wniosek dotyczył opracowań), pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści regulaminu konkursu wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu, o jakim mowa powyżej. Oznacza to, że zamawiający jest w szczególności zobowiązany do niezwłocznego udzielania odpowiedzi. W sytuacji gdy przygotowanie pracy konkursowej jest (co do zasady) procesem bardziej złożonym od przygotowania oferty, opóźnienie w udzieleniu odpowiedzi może negatywnie wpłynąć na liczbę i jakość prac konkursowych. Jeżeli wyjaśnienia zamawiającego nie będą udzielone niezwłocznie, zamawiający przedłuża termin składania prac konkursowych o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia prac. Konsekwentnie, jeżeli

wniosek o wyjaśnienie regulaminu konkursu nie wpłynął w terminie, o którym mowa w art. 284 ust. 2 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień. Zastosowanie odpowiednio do prac konkursowych znajdują także art. 284 ust. 5 i 6 Pzp dotyczące wpływu przedłużenia terminu składania prac konkursowych na bieg terminu ich składania oraz udostępniania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami.
Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zapytanie uczestnika konkursu bezpośrednio przed upływem terminu na złożenie prac konkursowych, winien ocenić, na ile udzielona odpowiedź może ingerować w treść faktycznie przygotowanej już pracy konkursowej. W przypadku gdy odpowiedź na pytanie może być na tyle istotna, że może wpłynąć na możliwość jej złożenia lub na treść pracy, zamawiający powinien rozważyć przesunięcie terminu na złożenie pracy. Zamawiający, udzielając odpowiedzi, powinien też rozważyć, na ile udzielana odpowiedź oddziałuje na treść regulaminu, którego co do zasady nie należy zmieniać po upływie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie (w konkursie ograniczonym).

Art. 342.

1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść regulaminu konkursu:

1) w konkursie nieograniczonym, przed upływem terminu składania prac konkursowych;

2) w konkursie ograniczonym, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

2. Zmiana treści regulaminu konkursu po upływie terminów, o których mowa w ust. 1, jest niedopuszczalna, chyba że dotyczy zmiany składu sądu konkursowego.

3. Zmianę treści regulaminu konkursu zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego konkursu.

4. Do zmian treści regulaminu konkursu stosuje się odpowiednio przepisy art. 137 ust. 4–7, a jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne – przepisy art. 286 ust. 3, 5, 6 i 9.

1. Uwagi ogólne. Ustawodawca jednoznacznie dopuścił zmianę regulaminu konkursu po dacie jego upublicznienia. Zmiana regulaminu konkursu jest dopuszczalna wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przez co należy rozumieć, że muszą mieć one charakter obiektywny, np. doprecyzowanie niejasnych zapisów etc. Przepisy dotyczące zmiany regulaminu wzorowane są na przepisach dotyczących zmiany SWZ.

2. Zmiana treści regulaminu w konkursie nieograniczonym. Zmiana treści regulaminu konkursu w konkursie nieograniczonym może nastąpić wyłącznie przed upływem terminu składania prac konkursowych. Jeżeli wartość konkursu przekracza lub jest równa kwotom unijnym, do zmian regulaminu zastosowanie znajdą przepisy art. 137 ust. 4–7 Pzp. Wprowadzają one w szczególności obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o sprostowaniu ogłoszenia w DUUE, jeśli zmiana regulaminu prowadzi do zmiany ogłoszenia, oraz obowiązek przesunięcia terminu składania prac konkursowych, jeśli zmiana wymaga od uczestników konkursu dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w pracach konkursowych. Jeżeli wartość konkursu nieograniczonego jest mniejsza niż progi unijne, zastosowanie znajdą przepisy art. 286 ust. 3, 5, 6 i 9 Pzp. Przepisy te dotyczą dopuszczalności przedłużenia terminu na złożenie prac konkursowych, sposobu poinformowania uczestników lub potencjalnych uczestników konkursu o dokonanym przesunięciu terminu oraz obowiązku zamieszczenia w tych okolicznościach ogłoszenia o zmianie

ogłoszenia. Użyte w tych przepisach pojęcia „ofert" należy odnosić do prac konkursowych, a jeżeli konkurs jest dwuetapowy – do opracowań studialnych. Niemniej jednak zakres i dopuszczalność zmiany regulaminu musi uwzględniać specyfikę konkursu oraz różnice pomiędzy ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a pracą konkursową. Dokonanie istotnych i daleko idących zmian w regulaminie w okolicznościach, gdy uczestnicy konkursu są w trakcie przygotowania swoich autorskich dzieł, może skutkować ostatecznym niewzięciem przez nich udziału w konkursie lub złożeniem pracy nie w pełni wartościowej. Dopuszczalność modyfikacji regulaminu w konkursie nieograniczonym należy zatem rozpatrywać na zasadzie wyjątku od obowiązku kompletnego i wyczerpującego sporządzenia regulaminu.

3. Zmiana treści regulaminu w konkursie ograniczonym. Zmiana treści regulaminu konkursu w konkursie ograniczonym może nastąpić wyłącznie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Jeżeli wartość konkursu przekracza lub jest równa kwotom unijnym, do zmian regulaminu zastosowanie znajdą przepisy art. 137 ust. 4–7 Pzp. Wprowadzają one w szczególności obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o sprostowaniu ogłoszenia w DUUE, jeśli zmiana regulaminu prowadzi do zmiany ogłoszenia, oraz obowiązek przesunięcia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, jeśli zmiana wymaga od uczestników konkursu dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian do wniosków. Jeżeli wartość konkursu ograniczonego jest mniejsza niż progi unijne, zastosowanie znajdą przepisy art. 286 ust. 3, 5, 6 i 9 Pzp. Użyte w tych przepisach pojęcia „ofert" należy odnosić do wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

4. Dopuszczalność zmiany składu sądu konkursowego. Zgodnie z art. 342 ust. 2 Pzp zakaz zmiany treści regulaminu konkursu po upływie terminów, o których mowa w art. 342 ust. 1 Pzp, nie dotyczy składu sądu konkursowego. Przepis ma na celu oddalenie ryzyka unieważnienia konkursu w okolicznościach, gdy członek lub członkowie sądu konkursowego nie mogą dalej pełnić swoich funkcji. Przesłanki niemożności pełnienia dalej funkcji członka sądu mogą być w szczególności obiektywne (np. choroba uniemożliwiająca wypełnianie funkcji) lub związane z naruszeniem zasady bezstronności przez członka sądu. Przepis umożliwia zamawiającemu zmianę polegającą na usunięciu członka sądu konkursowego. Ustawa nie wyklucza możliwości wprowadzenia nowego członka sądu do istniejącego składu. Rodzić to może jednak komplikacje na gruncie potencjalnego konfliktu interesów, szczególnie w okolicznościach, gdy uczestnicy złożyli już oświadczenia w tym przedmiocie (jeśli zamawiający ich wymagał na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp). Uwzględniając powyższe, pewnym rozwiązaniem może być wskazanie od początku w regulaminie konkursu członka lub członków rezerwowych, którzy we wskazanych powyżej okolicznościach zastąpią członka lub członków z podstawowego składu sądu konkursowego.

Art. 343.

1. W konkursie ograniczonym zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, z uwzględnieniem czasu na złożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 21 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o konkursie Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej. Przepisy art. 145, art. 146 ust. 2 i art. 148 stosuje się odpowiednio.

2. Jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający w konkursie ograniczonym wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, z uwzględnieniem czasu na złożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych. Przepisy art. 145, art. 146 ust. 2 i art. 148 stosuje się odpowiednio.

3. Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, jeżeli:

1) został złożony po upływie terminu składania wniosków;

2) został złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu;

3) jest niezgodny z przepisami ustawy;

4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;

5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

4. O wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie zamawiający informuje wszystkich uczestników konkursu.

5. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania prac konkursowych uczestników konkursu, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu.

1. Uwagi ogólne o wnioskach o dopuszczenie do udziału w konkursie. Przepis znajduje zastosowanie wyłącznie w konkursie ograniczonym (jedno- lub dwuetapowym). Konstrukcja wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie została zaczerpnięta z trybu przetargu ograniczonego dla udzielania zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi unijne. Znaczenie i funkcja wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie jest analogiczna jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ślad zatem za przepisami dotyczącymi trybów:

1) nie jest dopuszczalne zapoznawanie się z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie przed upływem terminu na ich składanie (art. 145 Pzp),
2) możliwe jest ograniczanie liczby uczestników konkursu, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu na podobnych zasadach jak kryteria selekcji w zamówieniach publicznych (art. 148 Pzp).

2. Termin składania wniosków do udziału w konkursie. Podstawowym terminem na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie jest termin uwzględniający czas na złożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W zależności od wartości zamówienia termin ten nie może być krótszy niż:

1) 21 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o konkursie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (zamówienia o wartościach równych lub przekraczających progi unijnych),
2) 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych (zamówienia o wartościach mniejszych od progów unijnych).

Regulacja dotycząca konkursu nie zezwala na skrócenie tych terminów, w tym w szczególności z uwagi na przesłankę pilności, o jakiej mowa w art. 144 ust. 2.

3. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie. Ustawodawca wprowadził przesłanki odrzucenia wniosku (analogicznie jak w przetargu ograniczonym w art. 146 Pzp wprowadził przesłanki odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). I tak zamawiający odrzuca wniosek złożony w ramach konkursu, jeżeli:

1) został złożony po upływie terminu składania wniosków,
2) został złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu,
3) jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Art. 343 ust. 3 pkt 2 Pzp sankcjonuje także przypadek, gdy uczestnik konkursu nie wykazał posiadania uprawnień, o jakich mowa w art. 330 ust. 2 Pzp.

4. Informacja o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie i zaproszenie do składania prac konkursowych. Ustawa nakazuje zamawiającemu poinformować uczestników konkursu o wynikach oceny wniosków. Informacja musi być wystarczająco precyzyjna, ażeby umożliwić ewentualne złożenie odwołania.

Z systematyki Pzp wynika, że informacja o wynikach oceny musi poprzedzać zaproszenie do złożenia prac konkursowych lub co najmniej

nastąpić w tym samym momencie. Informację przekazuje się wszystkim uczestnikom postępowania, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie. Zaproszenie do udziału w konkursie kieruje się do uczestników, których wnioski nie podlegają odrzuceniu, przy czym w przypadku ograniczenia przez zamawiającego liczby uczestników konkursu, którzy zostaną zaproszeni do składania prac konkursowych, wnioski uczestników niezaproszonych uważa się za odrzucone (art. 146 ust. 2 Pzp).

Art. 344.

Zamawiający wyznacza termin składania prac konkursowych z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie pracy.

1. Termin składania prac konkursowych. Przepis art. 344 Pzp statuuje ogólną normę określania terminu na składanie prac konkursowych, przez co przepis znajdzie zastosowanie zarówno do prac konkursowych składanych w ramach procedury konkursu ograniczonego, jak i nieograniczonego. W przypadku konkursu ograniczonego zamawiający wskazuje termin w zaproszeniu do składania prac konkursowych, o jakim mowa w art. 343 ust. 5 Pzp. W przypadku konkursu nieograniczonego zamawiający, określając termin składania prac konkursowych w regulaminie (art. 333 ust. 2 pkt 8 Pzp), stosuje także przepis art. 344 Pzp. Termin na złożenie prac konkursowych ma uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie pracy. Pzp nie określa terminów minimalnych. Określenie właściwego terminu uzależnione będzie od specyfiki pracy konkursowej. Określenie zbyt krótkiego terminu może spowodować niemożność przygotowania i złożenia prac, co przełoży się bezpośrednio na skuteczność rozstrzygnięcia konkursu i jakość otrzymanych prac, a zatem

także na cel jego prowadzenia. Jeżeli zamawiający organizuje konkurs dwuetapowy (w procedurze nieograniczonej lub ograniczonej), przepis powyższy należy rozumieć zarówno jako termin na złożenie opracowań studialnych, jak też prac konkursowych. Zgodnie z art. 329 ust. 4 i 6 Pzp wraz z zaproszeniem do składania prac konkursowych zamawiający zobowiązany jest określić termin na ich złożenie, który musi odpowiadać regulacji z art. 344 Pzp.

Art. 345.

1. Uczestnik konkursu może złożyć jedną pracę konkursową.

2. Nie podlega ocenie praca konkursowa niezgodna z przepisami ustawy, nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu, złożona po terminie oraz złożona przez uczestnika, którego wniosek został odrzucony.

1. Uwagi ogólne. Przepis art. 345 ust. 1 Pzp zawiera podobną regulację do art. 218 ust. 1 Pzp dotyczącego ofert. Przepis należy rozumieć dwojako. W pierwszym rozumieniu uczestnik konkursu fizycznie może złożyć tylko jedną pracę konkursową. Nie jest dopuszczalne przedłożenie zamawiającemu więcej niż jednego rozwiązania autorskiego (oczywiście w przypadku konkursu dwuetapowego oznacza to, że uczestnik konkursu i autor może złożyć jedno opracowanie studialne i jedną pracę).
Brak jest w konkursie regulacji analogicznych do oferty wariantowej.
W drugim rozumieniu przepis oznacza, że uczestnik konkursu (rozumiany bezpośrednio jako autor lub współautor) może brać udział w przygotowaniu tylko jednej pracy biorącej udział w konkursie. Przykładowo złożenie pracy konkursowej jako uczestnik-autor, a następnie jako jeden z autorów (w sytuacji, gdy uczestnikiem postępowania jest np. biuro projektowe), nie będzie dopuszczalne.

2. Prace konkursowe niepodlegające ocenie. Pzp2004 nie odpowiadało na pytanie, czy wszystkie prace konkursowe powinny podlegać ocenie sądu konkursowego. Rodziło to wątpliwości w zakresie odnalezienia odpowiedniej podstawy prawnej, która umożliwiałaby odmowę merytorycznej oceny pracy w sytuacji, w której na skutek obiektywnych okoliczności praca nie może zostać nagrodzona. Pojęcie „niepodlegania ocenie" przez pracę konkursową jest pojemne znaczeniowo i mieści zarówno sytuacje, w których sąd konkursowy nie przystępuje w ogóle do oceny pracy, bo np. została ona złożona po terminie, jak i takie, w których ocena jest przeprowadzana, ażeby w jej trakcie albo nawet po zakończeniu skonkludować, że pracy nie zostanie przyznana punktacja, przez co nie będzie ona oceniona w rankingu nagród. Przepis ust. 2 określa obecnie w sposób zamknięty możliwe sytuacje, w których praca konkursowa (ale także opracowanie studialne w konkursie dwuetapowym) nie zostanie oceniona.

Nie będzie podlegać ocenie praca niezgodna z ustawą. Za taką może być uznana m.in. praca, która nie zawiera informacji o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej w okolicznościach, na jakie wskazuje art. 351 Pzp.

Nie będzie podlegała ocenie także praca konkursowa „nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu". Jest to najszersza znaczeniowo przesłanka stanowiąca prawną podstawę niedopuszczenia pracy konkursowej do nagrody. Jej zakresem przedmiotowym zostaną objęte te prace, które są merytorycznie niezgodne z wymaganiami zamawiającego wyrażonymi w ogłoszeniu o konkursie lub regulaminie konkursu, jak i z wymaganiami technicznymi. W pierwszym przypadku nieprawidłowość „pracy nieodpowiadającej" jest podobna znaczeniowo do nieprawidłowości oferty, której treść jest niezgodna z SWZ. W drugim

przypadku zakresem przedmiotowym przepisu zostały ponadto objęte okoliczności mające charakter techniczny, związane ze sposobem przedstawienia pracy czy używaniem przez uczestnika konkursu nieodpowiednich narzędzi do komunikacji.
Praca złożona po terminie (podobnie jak oferta złożona po terminie) to taka, która wpłynęła do zamawiającego z uchybieniem określonego w regulaminie, ogłoszeniu lub zaproszeniu do złożenia prac konkursowych terminu na jej złożenie określonego w dniach i godzinach.
Nie podlega ocenie praca złożona przez uczestnika, którego wniosek został odrzucony, w tym także tego uczestnika, który nie został zaproszony do składania prac konkursowych.
Okoliczności, czy praca nie podlega ocenie, co do zasady będzie ustalał sąd konkursowy. Niemniej jednak w niektórych przypadkach, takich jak wystąpienie konfliktu interesów pomiędzy uczestnikiem konkursu a sądem konkursowym, który nie został ujawniony wcześniej (np. na etapie wniosków w konkursie ograniczonym) i nie może być skutecznie wyeliminowany w inny sposób niż poprzez eliminację pracy konkursowej, ostatecznych ustaleń dokonywać będzie zamawiający.
Momentem, w którym uczestnik konkursu poweźmie wiadomość, że jego praca nie podlegała ocenie, będzie informacja zamawiającego o wynikach konkursu i otrzymanych ocenach, o jakiej mowa w art. 354 Pzp.

Art. 346.

Z zawartością prac konkursowych sąd konkursowy nie może zapoznać się przed upływem terminu ich składania.

1. Zapoznanie sądu z pracami. Art. 346 Pzp wprowadza zakaz zapoznawania się członków sądu konkursowego z zawartością prac

konkursowych przed upływem ostatecznego terminu na ich złożenie. W konkursie nie istnieje instytucja terminu otwarcia prac konkursowych, zatem datą graniczną jest upływ terminu na ich składanie. Zapewnienie niezapoznania się członków sądu z pracami konkursowymi spoczywa na zamawiającym, który w tym celu może używać różnych narzędzi technicznych (w przypadku środków komunikacji elektronicznej, np. zabezpieczeń informatycznych uniemożliwiających zapoznanie się z pracą przed upływem ustalonej daty). Dopuszczenie do zapoznania się sędziów z pracami przed upływem terminu na złożenie pracy może, po dokonaniu oceny stanu faktycznego, stanowić podstawę do unieważnienia konkursu z winy zamawiającego.

Art. 347.

1. Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu.

2. Zamawiający określa kryteria oceny prac konkursowych w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zapewniający możliwość wyboru najlepszej pracy konkursowej, z uwzględnieniem maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej.

3. Kryteria oceny prac konkursowych nie mogą dotyczyć właściwości uczestnika konkursu.

1. Kryteria oceny prac konkursowych a kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych. Przepisy dotyczące konkursu zawierają w art. 347 Pzp własną regulację dotycząca kryteriów oceny prac konkursowych, odrębną od regulacji dotyczącej kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 239 Pzp i następnych. Celem kryteriów oceny wyboru oferty

jest zidentyfikowanie i wybór oferty najkorzystniejszej pod względem ekonomicznym, tj. oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu. W tym celu zamawiający stosuje jednoznaczne i obiektywne (mierzalne) kryteria, pozostawiając sobie jedynie ograniczoną swobodę w ocenie oferty (art. 240 Pzp). W przypadku kryteriów oceny pracy konkursowej celem ich jest umożliwienie wyboru najlepszej pracy, tj. takiej, która posiada najwyższe walory artystyczne, techniczne, funkcjonalne w ramach możliwości finansowych zamawiającego. Kryteria oceny pracy konkursowej mają być więc jednoznaczne i zrozumiałe, ale mogą pozostawiać znaczną swobodę sądowi konkursowemu do oceny pracy (brak jednoznacznego ograniczenia swobody zamawiającego, jak w art. 240 ust. 2 Pzp). W związku z powyższym na podstawie kryteriów oceny prac konkursowych sąd konkursowy może dokonywać oceny, mającej także charakter subiektywny, gdyż nie jest możliwe wskazanie pracy posiadającej obiektywnie najwyższe walory artystyczne wyłącznie przy pomocy mierzalnych kryteriów, takich jak: termin realizacji, wymagania związane z gwarancją etc.

2. Przykładowe kryteria oceny prac konkursowych. Przykładowymi kryteriami oceny prac konkursowych mogą być:

1) kryteria oceniające rozwiązania (walory) funkcjonalne pracy,
2) kryteria jakościowe,
3) kryteria związane z późniejszym utrzymaniem lub rozwojem,
4) kryteria premiujące rozwiązania innowacyjne (całkowicie nowatorskie rozwiązania bądź zastosowanie rozwiązań znanych, ale w nowatorskim zastosowaniu etc.),

5) kryteria dotyczące walorów estetycznych lub też użytkowych pracy (konkursy na prace architektoniczne lub architektoniczno-urbanistyczne),
6) kryteria związane z relacją utworu do istniejących uwarunkowań, np. do istniejącego układu przestrzennego (konkursy na prace architektoniczne lub architektoniczno-urbanistyczne). etc.

3. Charakter oceny sądu konkursowego. Oceny prac konkursowych dokonuje sąd konkursowy na podstawie kryteriów wskazanych w regulaminie lub ogłoszeniu. Sąd posiada wyłączne uprawnienie do oceny prac, co oznacza, że jest jedynym organem do tego uprawnionym, a jego decyzja co do rankingu prac konkursowych nie może zostać zmieniona np. przez zamawiającego. Ocena sądu konkursowego w zakresie, w jakim dotyczy kryteriów pozwalających na swobodną ocenę walorów artystycznych, może być do pewnego stopnia subiektywna. Członkowie sądu konkursowego zobowiązani są do przedstawienia uzasadnienia dokonania oceny w protokole sądu konkursowego. Ocena sądu konkursowego podlega jednak zatwierdzeniu przez zamawiającego.

4. Niedopuszczalność podmiotowych kryteriów oceny. Kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do właściwości uczestników konkursu. Zamawiający nie może przyznawać dodatkowych punktów, kierując się np. przesłankami organizacyjnymi po stronie uczestnika i odmiennie oceniać prace złożone przez uczestnika konkursu-autora i uczestnika konkursu będącego biurem projektowym lub firmą IT.

Art. 348.

1. W przypadku gdy wyjaśnienia uczestnika konkursu mogą być pomocne w ocenie pracy konkursowej, sąd konkursowy

za pośrednictwem zamawiającego może wezwać uczestnika konkursu do wyjaśnienia. Przepis art. 223 ust. 1 stosuje się odpowiednio.

2. Wyjaśnianie prac konkursowych zamawiający organizuje w sposób uniemożliwiający identyfikację uczestnika konkursu.

1. Wyjaśnienie pracy konkursowej. Sąd konkursowy podczas dokonywania oceny pracy może, jeżeli uważa to za pomocne dla prawidłowej oceny pracy (w tym także zrozumienia zamysłu autora pracy konkursowej), wezwać uczestnika konkursu do wyjaśnienia. Wniosek o wyjaśnienia sąd konkursowy kieruje za pośrednictwem zamawiającego, co ma stanowić gwarancję, że nie dojdzie do przypadkowego przyporządkowania przez sąd autora pracy do wyjaśnianej pracy konkursowej w trakcie dokonywania jej oceny. Zamawiający jest zobowiązany wskazać w regulaminie konkursu i zastosować proceduralne mechanizmy, które zagwarantują, że uczestnik konkursu nie zostanie ujawniony na okoliczność wyjaśnień.
Pzp nakazuje w art. 61 Pzp, aby wyjaśnienia były złożone pisemnie i przekazane za pomocą środków komunikacji elektronicznej
Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do modyfikacji pracy konkursowej, chyba że zakres modyfikacji jest bagatelny lub wynika z oczywistej omyłki. Nie jest natomiast dopuszczalne negocjowanie pomiędzy uczestnikiem konkursu a zamawiającym merytorycznych rozwiązań zaproponowanych w pracy. W szczególności nie jest dopuszczalne, aby uczestnik, celem obniżenia planowanych łącznych kosztów wykonania prac na podstawie pracy konkursowej, proponował rozwiązania zamienne czy alternatywne.
Wyjaśnienia zamawiający organizuje w sposób uniemożliwiający identyfikację uczestnika konkursu przez sąd konkursowy. Jeżeli charakter konkursu, charakter pracy lub zakres wyjaśnień uniemożliwia zapewnienie

anonimowości autora pracy, uczestnika konkursu nie wzywa się do wyjaśnień.

Art. 349.

1. Z przebiegu prac sądu konkursowego sporządza się protokół prac sądu konkursowego.

2. Protokół prac sądu konkursowego zawiera w szczególności listę prac konkursowych, ich ranking oraz uwagi członków sądu konkursowego wraz z wnioskami i zaleceniami, w tym wskazanie aspektów pracy konkursowej, które wymagają wyjaśnień. Wyjaśnienia uczestników konkursu stanowią załącznik do tego protokołu.

3. Protokół prac sądu konkursowego stanowi element dokumentacji konkursowej.

1. Protokół prac sądu konkursowego. Art. 349 dotyczy wyłącznie czynności sprawozdawczych podejmowanych przez sąd konkursowy. Regulacja art. 349 Pzp nie obejmuje działalności zamawiającego czy osób działających z jego upoważnienia. Przepis nakazuje sporządzanie protokołu z prac sądu, który zgodnie z art. 20 Pzp winien być pisemny. Pzp ani rozporządzenia wykonawcze nie wprowadzają wzoru protokołu sądu konkursowego, zatem o jego postaci przesądzić winien zamawiający w regulaminie (statucie) sądu konkursowego. Choć przepis nie określa, kto bezpośrednio sporządza protokół prac sądu konkursowego, to zważywszy na autonomię sądu względem zamawiającego, zasadnym jest, aby protokolantem był wyznaczony przez zamawiającego lub sąd członek sądu konkursowego. Protokół stanowi element dokumentacji konkursowej, o której mowa w art. 358 Pzp.

2. Zakres przedmiotowy protokołu prac sądu konkursowego. Przepis określa minimalny zakres protokołu. Na protokół składają się co najmniej:

1) lista prac konkursowych,
2) ranking prac,
3) uwagi członków sądu konkursowego, w tym pisemne wyjaśnienia podstaw dokonania takiej, a nie innej oceny każdej pracy konkursowej,
4) treść wyjaśnień kierowanych do uczestników konkursu,
5) wyjaśnienia uczestników konkursu.

Wymaganie zamieszczenia w protokole rankingu prac i uwag członków sądu konkursu (w szczególności co do treści prac konkursowych) oznaczają, że w protokole prac sądu powinny znaleźć się precyzyjne wyjaśnienia, jakie okoliczności i które elementy pracy przesądziły o przyznaniu jej takiej, a nie innej oceny. Jest to szczególnie istotne, gdyż załącznikiem do protokołu nie będą prace konkursowe (opracowania studialne), bowiem zgodnie z art. 358 Pzp mogą one zostać zwrócone uczestnikom konkursu. Jeżeli konkurs był dwuetapowy, zakresem protokołu objęte powinny zostać także prace sądu dotyczące opracowań studialnych. Jeżeli zamawiający nałożył na sąd konkursowy inne obowiązki związane z organizowaniem lub przygotowaniem konkursu, sposób realizacji tych obowiązków sąd konkursowy winien uwzględnić w treści protokołu.

Art. 350.

1. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs, wybierając spośród prac konkursowych najlepszą pracę konkursową lub najlepsze prace konkursowe.

2. Sąd konkursowy dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych po rozstrzygnięciu konkursu.

1. Rozstrzygnięcie konkursu. Wybór przez sąd konkursowy na podstawie kryteriów oceny prac konkursowych najlepszej pracy konkursowej lub najlepszych prac konkursowych stanowi merytoryczne rozstrzygnięcie konkursu. Sąd konkursowy, dokonując oceny prac konkursowych, wskazuje ranking prac konkursowych (arg. z art. 354 Pzp). Może to być pomocne w okolicznościach, gdy jest więcej niż jedna nagroda do przyznania.

2. Identyfikacja prac konkursowych. Po rozstrzygnięciu konkursu sąd konkursowy dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych. Oznacza to, że nie jest możliwa zmiana przez sąd konkursowy dokonanej oceny prac konkursowych, polegająca w szczególności na innym przyporządkowaniu punktów czy innym ustaleniu miejsca poszczególnych prac. Zamawiający może nadać rozstrzygnięciu sądu szczególną oprawę i przewidzieć w regulaminie konkursu jawny charakter tego wydarzenia. Przepis znajduje odpowiednie zastosowanie także w konkursie dwustopniowym na etapie opracowań studialnych. W tym jednak przypadku niedopuszczalne będzie przyporządkowanie przez sąd konkursowy opracowania studialnego do uczestnika sądu konkursowego, ponieważ spowodowałoby to faktyczną niemożność zapewnienia anonimowości prac konkursowych przygotowywanych następnie na podstawie tych opracowań.

Art. 351.

Uczestnicy konkursu 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.

1. Uwagi ogólne. Przydatność pracy konkursowej dla zamawiającego, niezależnie od rodzaju przewidywanej nagrody (w szczególności jednak w konkursie, w którym nagrodą jest zaproszenie do udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia), jest uzależniona od kosztów, jakie poniesie zamawiający w celu wykonania prac na jej podstawie. Praca o najwyższym poziomie artystycznym, technicznym, funkcjonalnym lub innym, ale przekraczająca znacznie możliwości finansowe zamawiającego, będzie dla niego nieprzydatna, gdyż zamawiający nie będzie mógł zrealizować prac (robót budowlanych, usług czy dostaw) na jej podstawie. W celu „dostosowania" jakości i zakresu pracy konkursowej do możliwości finansowych zamawiającego przepisy dotyczące konkursu przewidziały dwie instytucje. Zgodnie z art. 333 ust. 2 pkt 4 Pzp zamawiający w regulaminie informuje uczestników konkursu o maksymalnym planowanym łącznym koszcie wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Z kolei w świetle art. 351 Pzp uczestnik konkursu jest zobowiązany w pracy konkursowej (lub załączonym do niej dokumencie) poinformować o planowanych kosztach prac realizowanych na jej podstawie. Poprzez „prace realizowane na podstawie pracy konkursowej" w obu przypadkach należy rozumieć nie tylko usługi wykonywane na podstawie pracy konkursowej, ale wszystkie zamówienia, które doprowadzą do jej pełnej realizacji. Takimi pracami będą np. roboty budowlane, jeśli praca konkursowa jest pracą architektoniczną lub urbanistyczną, albo koszty związane z dostępem do licencji, oprogramowania czy istniejących rozwiązań IT, jeśli praca jest pracą z zakresu IT.

2. Charakter informacji o planowanych kosztach. Zarówno informacja zamawiającego wskazana w regulaminie, jak i informacja uczestnika konkursu mają jedynie ramowy charakter. Informacji o planowanych

kosztach prac zamawiającego nie należy łączyć z koniecznością oszacowania przez niego wartości ewentualnych zamówień na podstawie art. 28 i nast. Pzp. Zarówno jedna, jak i druga wielkość liczbowa może ulec zmianie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. z uwagi na znaczny wzrost cen materiałów czy określony przez zamawiającego rozkład i charakter ryzyk kontraktowych. Bezsprzeczne jest jednak, że zamawiający jest związany określoną przez siebie kwotą na etapie prowadzenia konkursu. Zamawiający musi mieć świadomość, że uczestnicy konkursu w składanych pracach konkursowych będą stosowali takie rozwiązania, których przełożenie na konkretne prace realizacje nie będzie odbiegać znacząco od kwoty wskazanej w regulaminie. W ten sam sposób wartością ustaloną przez zamawiającego będzie też związany sąd konkursowy. Nie będzie zatem dopuszczalne wybranie pracy konkursowej, która znacznie przekracza ramowe ustalenia zamawiającego co do finansowego zakresu prac na etapie realizacyjnym. Nie można też wykluczyć sytuacji, gdy zamawiający wskaże, że rozwiązanie nie może przekraczać wskazanych przez zamawiającego ram finansowych. Wówczas znajdzie wprost zastosowanie art. 345 ust. 2 Pzp stanowiący, że praca konkursowa nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu nie podlega ocenie.
W momencie przygotowania regulaminu konkursu i składania pracy konkursowej oszacowanie przyszłych kosztów może być jedynie orientacyjne. W ramach badania merytorycznego pracy konkursowej konkursu sąd konkursowy może kierować do uczestnika konkursu wyjaśnienia także w zakresie przyjętej wartości ewentualnych prac realizowanych na skutek wyboru pracy. Informacja o planowanych kosztach podlega zatem ocenie sądu konkursowego.

Art. 352.

1. Uczestnicy konkursu nieograniczonego składają prace konkursowe oraz pisemne zgłoszenie do udziału w konkursie.

2. Zgłoszenie do udziału w konkursie zawiera imię i nazwisko albo nazwę oraz adres uczestnika konkursu.

1. Konkurs nieograniczony. W konkursie nieograniczonym nie występuje etap prekwalifikacji, w którym zamawiający może powziąć wiedzę o uczestnikach konkursu biorących w nim udziału. W konkursie nieograniczonym pierwszym etapem jest złożenie anonimowej pracy konkursowej. Aby na późniejszym etapie powiązać anonimową pracę konkursową z uczestnikiem konkursu, uczestnik musi się zidentyfikować przed zamawiającym. Identyfikacja następuje poprzez tzw. zgłoszenie, którego minimalny zakres obejmuje imię i nazwisko albo nazwę oraz adres uczestnika konkursu. Sposób przekazywania zgłoszeń uzależniony będzie od sposobu komunikacji, jaki przyjął zamawiający.

Art. 353.

1. Zamawiający niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu nieograniczonego wzywa autora wybranej pracy konkursowej lub autorów wybranych prac konkursowych do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie uprawnień, o których mowa w art. 330 ust. 2, wyznaczając termin na ich przedłożenie.

2. Uczestnik konkursu, w okolicznościach, o których mowa w ust. 1, który nie wykaże posiadania uprawnień, o których mowa w art. 330 ust. 2, nie otrzymuje nagrody.

1. Weryfikacja podmiotowa w konkursie nieograniczonym. W konkursie nieograniczonym nie określa się wymagań, o których mowa w art. 330 ust. 4 Pzp (o czym wprost stanowi art. 330 ust. 3 Pzp). Jednocześnie konstrukcja tej procedury uniemożliwia złożenie (i żądanie złożenia) środka dowodowego w postaci potwierdzenia posiadania wymaganego uprawnienia na etapie poprzedzającym merytoryczną ocenę pracy konkursowej. Możliwość weryfikacji wykonawcy następuje po rozstrzygnięciu konkursu przez sąd konkursowy, a zatem po przyporządkowaniu pracy konkursowej do jej autora. Zważywszy, że ocena spełnienia wymagania podmiotowego dokonywana jest po merytorycznym rozstrzygnięciu konkursu, ewentualne niespełnienie wymagania nie może już wpłynąć na dokonane rozstrzygnięcie sądu konkursowego. Konsekwencją, jaką przewiduje Pzp dla uczestnika konkursu, który wziął w nim udział pomimo niespełniania wymagania posiadania uprawnień, jest brak możliwości uzyskania nagrody przez tego uczestnika.

Oddział 5
Zakończenie konkursu

Art. 354.

Niezwłocznie po zatwierdzeniu rozstrzygnięcia konkursu albo jego unieważnieniu, zamawiający zawiadamia równocześnie uczestników konkursu o wynikach i otrzymanych ocenach, podając imię i nazwisko oraz miejsce zamieszkania albo firmę oraz siedzibę lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej autora wybranej pracy konkursowej albo autorów wybranych prac konkursowych.

1. Zawiadomienie o wynikach konkursu. Niezwłocznie po zatwierdzeniu rozstrzygnięcia sądu konkursowego zamawiający zawiadamia równocześnie

wszystkich uczestników konkursu o wynikach i otrzymanych ocenach. Zawiadomienie musi być pisemne, przekazane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o czym stanowi art. 61 Pzp. Zamawiający wskazuje w zawiadomieniu co najmniej imię i nazwisko oraz miejsce zamieszkania albo firmę oraz siedzibę lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej autora wybranej pracy konkursowej albo autorów wybranych prac konkursowych. Możliwe jest rozszerzenie zakresu informacji o inne dane dotyczące rozstrzygnięcia postepowania, jeśli zostało to określone w regulaminie konkursu.

Art. 355.

1. Zamawiający unieważnia konkurs, jeżeli:

1) nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa;

2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie podlegały odrzuceniu albo wszystkie prace konkursowe nie podlegały ocenie;

3) nastąpiła zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie konkursu nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

4) konkurs obarczony jest wadą mającą lub mogącą mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie.

2. Zamawiający może unieważnić konkurs, jeśli złożono tylko jedną pracę konkursową lub tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie.

3. Zamawiający może unieważnić konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, nie zostały mu przyznane.

4. Zamawiający przewiduje zwrot kosztów przygotowania pracy konkursowej uczestnikom konkursu, którzy złożyli prace konkursowe podlegające ocenie, jeżeli unieważnienie konkursu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

1. Unieważnienie konkursu. Zamawiający unieważnia konkurs wyłącznie w okolicznościach wskazanych w Pzp (katalog obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek unieważnienia z art. 355 ust. 1–3 Pzp jest katalogiem zamkniętym). Przesłanki unieważnienia konkursu są podobne do przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 255 Pzp.

Konkurs unieważnia się, jeżeli nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadnej pracy konkursowej. Przesłanka unieważnienia ma charakter obiektywny – brak choćby jednego wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie lub choćby jednej pracy konkursowej powoduje niemożność jego merytorycznego rozstrzygnięcia. Jeżeli konkurs jest dwuetapowy, niezłożenie opracowań studialnych również skutkuje unieważnieniem konkursu.

Konkurs unieważnia się także, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie będą podlegały odrzuceniu w oparciu o którekolwiek z przesłanek wskazanych w art. 343 ust. 3 Pzp. Wypełnienie przesłanek niepodlegania ocenie określonych w art. 345 ust. 2 Pzp przez wszystkie prace konkursowe lub wszystkie opracowania studialne również powoduje konieczność unieważnienia konkursu. Zmiana okoliczności, o jakiej mowa w art. 355 ust. 1 pkt 3 Pzp, powinna być rozumiana tak samo jak przesłanka z art. 255 pkt 5 Pzp.

W przypadku konkursu, gdzie nagrodą jest zaproszenie do negocjacji, zmiana okoliczności może dotyczyć nie tylko samego konkursu, ale także zamówienia publicznego udzielanego na wykonanie usługi w oparciu o pracę konkursową lub wykonanie prac na podstawie pracy konkursowej. Wada konkursu, o jakiej mowa w art. 355 ust. 1 pkt 4 Pzp, musi być istotna, tzn. taka, która ma lub może mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie. Innymi słowy wada istotna to taka, która potencjalnie może doprowadzić do nieprawidłowego wyboru zwycięzcy konkursu lub laureata (nagrodzonego uczestnika) konkursu. Wada może mieć swoją genezę w błędnych zapisach regulaminu konkursu lub ogłoszenia, w nieobiektywnej ocenie sądu konkursowego, w nieprawidłowo przeprowadzonej procedurze itd. Wada skutkująca koniecznością unieważnienia konkursu musi mieć charakter nieprzezwyciężalny, co oznacza, że po ujawnieniu wady zamawiający nie ma możliwości jej poprawienia w sposób zgodny z przepisami Pzp. W przypadku gdy taka możliwość istnieje, zamawiający poprawia wadę formalną postępowania.
W art. 355 ust. 2 Pzp przewidziano możliwość unieważnienia konkursu, w sytuacji gdy złożono tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub tylko jedną pracę konkursową (opracowanie studialne). Zamawiający nie jest zobowiązany do określenia w regulaminie, czy zamierza skorzystać z tej przesłanki. W przypadku otrzymania jednej tylko pracy konkursowej, jednego opracowania studialnego lub jednego tylko wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie – zamawiający samodzielnie (choć z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących, takich jak: jakość pracy, pilność rozstrzygnięcia konkursu) podejmuje decyzję w przedmiocie jego unieważnienia lub kontynuowania.
W art. 355 ust. 3 Pzp do konkursu odniesiono przesłankę unieważnienia znaną z art. 257 Pzp. Unieważnienie konkursu będzie możliwe, jeśli

zamawiający nie otrzymał środków publicznych, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przesłanka ma charakter obiektywny, co oznacza, że zamawiający musi wykazać:

1) zobowiązanie podmiotu zewnętrznego do przekazania środków publicznych (krajowych lub unijnych),
2) informację, że środki te były przeznaczone na sfinansowanie zamówienia publicznego,
3) informację, że środki nie zostały ostatecznie przyznane.

2. Zwrot kosztów. Konieczność unieważnienia procedury z uwagi na błędy zamawiającego jest szczególnie dotkliwa dla uczestników konkursu. Wynika to z faktu, że przygotowanie pracy konkursowej często jest wielokrotnie bardziej złożone i kosztotwórcze niż oferty przetargowej. Regulacja art. 355 ust. 4 Pzp nakazuje zamawiającemu dokonać zwrotu kosztów przygotowania prac, jeśli konkurs unieważniono z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Przepis dotyczy sytuacji, w których prace konkursowe zostały złożone, zatem unieważnienie konkursu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego przed dniem składania prac konkursowych nie powoduje konieczności zwrotu kosztów. Zwrot kosztów dotyczy wyłącznie prac podlegających ocenie. Zatem koszty przygotowania prac konkursowych, spełniających przesłanki, o których mowa w art. 345 ust. 2 Pzp, nie zostaną zrekompensowane.
Koszty przysługującego zwrotu wskazuje uczestnik konkursu. Zamawiający może weryfikować zaproponowaną wysokość rekompensaty i zaproponować własne rozwiązanie odpowiadające rzeczywiście poniesionym nakładom.

Art. 356.

1. W terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia zatwierdzenia rozstrzygnięcia konkursu, zamawiający w przypadku, o którym mowa w art. 326 pkt 1, wypłaca nagrodę pieniężną lub wydaje nagrodę rzeczową, a w przypadku, o którym mowa w art. 326 pkt 2, zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, odpowiednio autorów wybranych prac konkursowych lub autora wybranej pracy konkursowej i, jeśli przewidział nagrodę, wydaje lub wypłaca nagrodę.

2. Jeżeli negocjacje prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki z autorem wybranej pracy konkursowej nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może zaprosić do negocjacji w tym trybie uczestnika konkursu, którego praca konkursowa otrzymała drugą w kolejności najwyższą ocenę, a zamawiający przewidział taką możliwość w regulaminie konkursu.

1. Termin wypłacenia lub wydania nagrody. Termin wypłacenia lub wydania nagrody (ewentualnie zaproszenia do negocjacji) określa zamawiający w dniach, informując o tym wykonawców w regulaminie konkursu (art. 333 ust. 2 pkt 14 Pzp). Ustalony przez zamawiającego termin nie może być krótszy niż 15 dni, licząc od daty rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy. Ustawowy termin 15 dni ma umożliwić zamawiającemu poinformowanie uczestników o dokonanym rozstrzygnięciu, a uczestnikom konkursu dać wystarczający czas na złożenie odwołań. W przypadku gdy nagrodą jest zaproszenie uczestnika konkursu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, termin musi być wystarczający do przygotowania postępowania w tym trybie, w tym opracowania

wymaganej na tym etapie dokumentacji postępowania. Jeżeli zachodzi taka potrzeba, termin określony w regulaminie konkursu zamawiający może doprecyzować wraz z pismem informującym o wynikach i dokonanych ocenach, wskazując np. konkretną godzinę.
Nagroda może zostać wypłacona wyłącznie w sytuacji, gdy zgodnie z definicją konkursu z art. 7 pkt 8 Pzp uczestnik konkursu nie tylko wykona pracę konkursową (która została oceniona i wskazana przez sąd konkursowy jako zwycięska), ale także przeniesie na zamawiającego prawa autorskie do pracy konkursowej. Brak woli przeniesienia tych praw albo ujawnienie, że uczestnik konkursu próbuje przenieść prawa, których sam nie posiada, uniemożliwia wypłacenie nagrody.

2. Zaproszenie do negocjacji kolejnego uczestnika konkursu. Przepis art. 356 ust. 2 Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, w której nagrodą było zaproszenie uczestnika konkursu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przepis znajduje zastosowanie także w sytuacji, gdy obok zaproszenia zamawiający przewidział także nagrody pieniężne lub rzeczowe. Warunkiem zastosowania takiego rozwiązania jest przewidzenie takiej możliwości w regulaminie konkursu.
Użycie przez ustawodawcę sformułowania „negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy" wskazuje na obiektywny charakter braku podpisania umowy. Dotyczy to przykładowo sytuacji, gdy brak ów spowodowany jest niemożnością zbliżenia stanowisk negocjacyjnych uczestnika konkursu (a obecnie wykonawcy) i zamawiającego, której nie dało się przezwyciężyć. Różnice w stanowiskach negocjacyjnych mogą mieć różną genezę w zależności od rodzaju pracy konkursowej. W przypadku prac informatycznych w toku negocjacji mogą się ujawnić wątpliwości związane z zakresem projektu wykonywanego na podstawie pracy,

w przypadku prac architektonicznych – ponadto z wyceną przyszłych robót budowlanych. Niemożność zbliżenia stanowisk nie powinna jednak być sztucznie wykreowana przez zamawiającego, w szczególności poprzez określenie nierealnych czy niespotykanych w branży warunków zamówienia.

Użycie sformułowania „zamawiający może zaprosić do negocjacji" wskazuje na uprawnienie zamawiającego do dokonania tych czynności, a nie na jego obowiązek. Zaproszony kolejny uczestnik konkursu powinien być skonfrontowany z tymi samymi wymaganiami zamawiającego, które przesądziły o niemożności zawarcia umowy z pierwszym uczestnikiem.

Art. 357.

Niezwłocznie po zatwierdzeniu rozstrzygnięcia konkursu albo jego unieważnieniu, zamawiający przekazuje do publikacji ogłoszenie o jego wyniku Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż progi unijne zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1. Ogłoszenie o wyniku konkursu. Ogłoszenie o wyniku konkursu pełni analogiczną funkcję jak ogłoszenie o wyniku postępowania, o jakim mowa w art. 267 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić ogłoszenie o wyniku konkursu, gdy konkurs został rozstrzygnięty, jak również wtedy, gdy został unieważniony. Bieg terminu na – odpowiednio – przekazanie lub zamieszczenie ogłoszenia rozpoczyna się wraz z zatwierdzeniem rozstrzygnięcia konkursu lub unieważnieniem, tj. wyborem prac konkursowych przez sąd konkursowy (w momencie, gdy ono nastąpi). Przepis nie określa maksymalnego terminu na przekazanie lub zamieszczenie ogłoszenia, wskazując jednakże, że musi to nastąpić niezwłocznie po dokonaniu

zatwierdzenia. Niezwłoczne przekazanie lub zamieszczenie ogłoszenia powinno uwzględniać okoliczność, że na czynności zamawiającego związane z zatwierdzeniem rozstrzygnięcia konkursu lub jego unieważnienia przysługuje odwołanie. Zamawiający powinien zatem wstrzymać się z ogłoszeniem wyniku konkursu co najmniej do upływu terminu na wniesienie odwołania (terminy określono w art. 515 Pzp). W przypadku braku wpływu odwołania do upływu terminu na jego wniesienie zamawiający winien opublikować ogłoszenie o wyniku konkursu w najszybszym możliwym terminie, zasadniczo nie przekraczającym 3 dni. W przypadku wpływu odwołania na czynność lub zaniechanie czynności przez zamawiającego niezwłoczne przekazanie ogłoszenia uzależnione będzie od czynności, jakie podejmie zamawiający w związku z jego wniesieniem oraz ewentualnego orzeczenia KIO.

Art. 358.

1. Zamawiający przechowuje dokumentację konkursu przez okres 4 lat od dnia ustalenia wyników konkursu w postaci, w jakiej została ona sporządzona lub przekazana, w sposób gwarantujący jej nienaruszalność i możliwość odczytania.

2. Zamawiający, na wniosek uczestników konkursu, których prace konkursowe nie zostały nagrodzone, zwraca złożone przez nich prace konkursowe.

3. Zamawiający, na wniosek uczestników konkursu, zwraca złożone przez nich opracowania studialne, z wyjątkiem opracowania studialnego, na podstawie którego dokonano wyboru pracy konkursowej.

4. Prace konkursowe, które nie zostały nagrodzone, oraz opracowania studialne nie podlegają udostępnianiu.

5. Przepisy art. 74 ust. 3 i 4, art. 75, art. 76, art. 78 ust. 2 oraz art. 79 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

1. Dokumentacja konkursu. Na zamawiającym ciąży obowiązek dokumentowania przebiegu konkursu. Na dokumentację konkursu, o jakiej mowa w przepisie, składają się dokumenty wytworzone przez zamawiającego w związku z przygotowaniem lub przeprowadzeniem konkursu. Dokumentację konkursu stanowią także oświadczenia i dokumenty przekazywane przez uczestników konkursu, z zastrzeżeniem tych dokumentów i oświadczeń, które na podstawie wniosku uczestnika zostały uczestnikowi zwrócone. Obligatoryjnym elementem dokumentacji konkursu jest protokół sądu konkursowego, o którym mowa w art. 349 Pzp. Ustawa nie przewiduje, ażeby zamawiający sporządzał odrębny dokument mający charakter sprawozdawczy, tak jak ma to miejsce w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający przechowuje dokumentację konkursu przez 4 lata od dnia ustalenia wyników konkursu, tj. od dnia, w którym nastąpiło zatwierdzenie rozstrzygnięcia konkursu lub jego unieważnienia.

2. Zwrot prac konkursowych i opracowań studialnych. Prace konkursowe i opracowania studialne stają się częścią dokumentacji konkursu w takim zakresie, w jakim uczestnik konkursu, który je złożył, nie zażąda ich zwrotu. Jeżeli praca konkursowa lub opracowanie mają postać elektroniczną, zwrot takich prac i opracowań wiąże się z koniecznością usunięcia wszystkich dokumentów elektronicznych zawierających te prace i opracowania ze środowiska zamawiającego. Nie zwraca się prac konkursowych nagrodzonych i opracowań studialnych,

które prowadziły do sporządzenia takich prac. Wnioski uczestników konkursu w przedmiocie zwrotu ich prac lub opracowań są elementem dokumentacji konkursu.

3. Udostępnianie prac konkursowych i opracowań studialnych. Przepis wprowadza regułę nieudostępniania prac konkursowych, co wynika z konieczności zabezpieczenia praw autorskich przynależnych autorom tych prac i oddala groźbę ich bezprawnego kopiowania (przetwarzania) przez podmioty do tego nieuprawnione. Przepis stanowi regulację wyłączającą w odniesieniu do tych prac zasadę jawności. Prace nienagrodzone nie są udostępniane na żadnym etapie prowadzonego postępowania ani po jego zakończeniu. W odniesieniu do opracowań studialnych – opracowania takie nie podlegają udostępnieniu, z zastrzeżeniem art. 328 ust. 3 Pzp, dotyczącego opracowań studialnych, na podstawie których wykonano nagrodzone prace konkursowe.

4. Odesłania do innych przepisów. Art. 358 ust. 5 Pzp odwołuje się do niektórych przepisów rozdziału 8 działu I – Przepisy ogólne w zakresie dokumentowania postępowania. Przepisy art. 74 ust. 3 i 4 Pzp, art. 75 i 76 Pzp dotyczą konieczności uwzględniania w konkursie regulacji dotyczących ochrony danych osobowych (RODO). Art. 78 ust. 2 Pzp dotyczy sposobu przechowywania dokumentacji elektronicznej w okolicznościach, gdy postępowanie prowadzone jest na platformie teleinformatycznej nienależącej do zamawiającego. Art. 79 ust. 2 Pzp nakazuje natomiast dokumentować wszelkie istotne czynności podejmowane przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Wszystkie te przepisy znajdą „odpowiednie" zastosowanie w konkursie. Oznacza to, że użyte w nich zwroty: „protokół postępowania wraz z załącznikami" czy „postępowanie o udzielenie zamówienia" na gruncie konkursu należy

rozumieć jako „dokumentację konkursu" czy „konkurs" lub „procedurę konkursu".

Rozdział 4
Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi

Art. 359.

Przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

1) **zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału;**
2) **zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.**

1. Geneza wydzielenia usług społecznych i innych szczególnych usług. Usługi społeczne i inne szczególne usługi stanowią specjalny katalog usług wyróżniony w art. 74–77 dyrektywy klasycznej i transponowany do Pzp w rozdziale 4 (art. 359–361 Pzp). Zgodnie z motywem 114 preambuły dyrektywy klasycznej podstawą do wyróżnienia usług społecznych i innych szczególnych usług spośród pozostałych usług jest ich „ograniczony wymiar transgraniczny", co w założeniu przekłada się na mniejsze zainteresowanie zamówieniami w przedmiocie tych usług przez wykonawców z innych państw członkowskich UE. Jak wskazano dalej w motywie 114, celowe jest ustanowienie „szczególnego systemu udzielania zamówień publicznych na takie usługi, o wyższym progu niż próg mający zastosowanie do innych

usług". Szczególne instrumenty udzielania zamówień publicznych na te usługi polegają zatem na ustanowieniu:

1) wyższego progu stosowania przepisów dyrektyw dla tego typu usług (750 000 euro),
2) łagodniejszego reżimu udzielania zamówień na tego typu usługi.

2. Zakres usług społecznych i innych szczególnych usług. Usługi społeczne i inne szczególne usługi określone zostały w art. 7 pkt 34 Pzp poprzez odesłanie do wyliczenia w załączniku XIV do dyrektywy klasycznej. Załącznik ten zawiera następujące kategorie usług:

1) usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne,
2) usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury,
3) usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego,
4) świadczenia społeczne,
5) inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie,
6) usługi religijne,
7) usługi hotelowe i restauracyjne,
8) usługi prawne, niewyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
9) inne usługi administracyjne i rządowe,
10) świadczenie usług na rzecz społeczności,
11) usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
12) usługi detektywistyczne i ochroniarskie,
13) usługi międzynarodowe,

14) usługi pocztowe,

15) usługi różne (formowanie opon i usługi kowalskie).

Kategorie usług zawarte w opisie wskazanym w załączniku do dyrektywy wymagają łącznego odczytania wraz z przynależącymi do nich kodami CPV. Dopiero łączne przyporządkowanie danej usługi o określonym kodzie CPV do odpowiedniego opisu i kodu CPV usług określonych jako społeczne lub inne szczególne w załączniku do dyrektywy pozwala na przesądzenie, czy dana usługa ma charakter społeczny lub jest inną szczególną usługą, a zatem mają do niej zastosowanie regulacje z rozdziału 4 działu IV Pzp.

3. Zamknięty charakter katalogu usług. Katalog usług społecznych i innych szczególnych usług ma charakter zamknięty. Jeżeli zatem kod CPV danej usługi nie mieści się w wykazie kodów z załącznika XIV do dyrektywy klasycznej, taka usługa nie będzie usługą społeczną lub inną szczególną usługą.

4. Wyższy próg unijny stosowania ustawy dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Ustawa Pzp w ślad za dyrektywą klasyczną wprowadza nowy próg właściwy dla zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi w wysokości 750 000 euro. Próg 750 000 euro jest stały dla zamówień społecznych niezależnie od typu zamawiającego. Zamówienia klasyczne na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej równowartość progu 750 000 euro udziela się według reżimu zamówień klasycznych, o których mowa w dziale II Pzp, tj. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, z modyfikacjami, o których mowa w art. 360 Pzp. Zamówienia klasyczne na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż równowartość progu 750 000 euro (ale większej niż 130 000 złotych)

udziela się według reżimu zamówień klasycznych, o których mowa w dziale III Pzp, tj. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Jeżeli wartość zamówienia klasycznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi zostanie ustalona w kwocie poniżej 130 000 złotych, do takiego zamówienia Pzp nie znajdzie zastosowania.

Art. 360.

Zamawiający, udzielając zamówień, o których mowa w art. 359 pkt 1, może nie stosować przepisów ustawy dotyczących:

1) **obowiązku powołania komisji przetargowej;**
2) **obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu;**
3) **minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert;**
4) **obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego;**
5) **przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia, w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego.**

1. Uwagi ogólne. Ustawodawca, regulując sposób udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, znacząco zmodyfikował regulację względem Pzp2004. Przepisy art. 138i–138s Pzp2004 upoważniały zamawiającego do samodzielnego opisania procedury udzielania zamówień w przedmiocie tych usług (zarówno o wartościach przekraczających, jak i mniejszych od progów unijnych), z uwzględnieniem enumeratywnie wskazanych przepisów. Obecnie ustawodawca nie powtórzył tego upoważnienia, w jego miejsce wprowadzając inne

polegające na złagodzeniu klasycznego reżimu udzielania zamówień o niektóre wymagania, których zamknięty katalog opisano w art. 360 Pzp.

2. Uproszczenie procedury dla zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach równych i przekraczających progi unijne. Przepis art. 360 Pzp dotyczy zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach równych lub przekraczających progi unijne. Ustawodawca zezwolił w nim zamawiającemu na wprowadzenie pięciu enumeratywnie wskazanych odstępstw od procedury zamówień klasycznych o wartościach równych i przekraczających progi unijne. Skorzystanie z tego uprawnienia (w pełnym lub wybranym zakresie) jest dla zamawiającego całkowicie dobrowolne. Odstępstwa od procedury zwykłej dotyczą:

1) braku obowiązku powołania komisji przetargowej,
2) braku obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu,
3) dopuszczalności skrócenia minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
4) braku obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego,
5) dopuszczalności wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego bez konieczności spełnienia przesłanek wyboru tych trybów udzielenia zamówienia.

Brak obowiązku powołania komisji przetargowej oznacza, że do zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach równych i przekraczających próg 750 000 euro nie znajduje zastosowania art. 53 ust. 1 Pzp, wskazujący na obligatoryjność komisji przetargowej dla zamówień o tych wartościach. Jeżeli jednak zamawiający zdecyduje

o powołaniu komisji przetargowej, stosuje przepisy działu I dotyczące komisji na zwykłych zasadach.

Upoważnienie dotyczące braku obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, na formularzu jednolitego dokumentu skierowane jest do zamawiającego. Zamawiający może nie wymagać składania przez wykonawców do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, na formularzu JEDZ, co oznacza, że nie stosuje się art. 125 ust. 2 Pzp. Pozostałe regulacje art. 125 Pzp, w tym regulacja z ust. 1 tego artykułu, zachowują aktualność. Informację, czy wymagane jest złożenie oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 2 Pzp, zamawiający, kierując się zasadą przejrzystości wyrażoną w art. 16 ust. 2 Pzp, winien wskazać już ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od żądania złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, na formularzu jednolitego dokumentu powoduje też powstanie specyficznego uprawnienia po stronie wykonawcy. Wykonawca może złożyć żądane przez zamawiającego oświadczenie także na jednolitym dokumencie, choćby zamawiający go nie wymagał. Warunkiem poprawności złożenia takiego oświadczenia jest zawarcie w nim wszystkich informacji wymaganych przez zamawiającego. W takich okolicznościach zamawiający zobowiązany będzie zweryfikować informacje zawarte w oświadczeniu złożonym na jednolitym dokumencie. Nie jest natomiast dopuszczalna sytuacja odwrotna, w której wykonawca nie składa oświadczenia na formularzu jednolitego dokumentu, jeśli taki obowiązek nałożył na wykonawcę zamawiający.

Zamawiający jest uprawniony do skrócenia minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub

terminów składania ofert wskazanych w przepisach dotyczących trybów udzielania zamówień, o jakich mowa w art. 129 ust. 1 pkt 1–6 Pzp. Uprawnienie dotyczy skrócenia terminu na złożenie oferty lub złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyrażonego w dniach. Określony przez zamawiającego nowy termin skrócony musi być wystarczający do złożenia ważnej oferty lub wniosku.

Brak obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego oznacza, że ustawodawca zezwala zamawiającemu na weryfikację wykonawców wyłącznie za pomocą oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych, będących oświadczeniami własnymi wykonawcy, a dotyczących niepodlegania wykluczeniu (uprawnienie odstąpienia od wymogu żądania podmiotowych środków dowodowych, dotyczących warunków udziału w postępowaniu, wynika z art. 124 pkt 2 Pzp). Celem ustawodawcy było odstąpienie od obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych, mających postać zaświadczeń (co do zasady, wydawanych przez uprawnione podmioty, takich jak informacja z KRK, zaświadczenie z ZUS etc.). Kierując się regułą a *maiori ad minus*, zamawiający może także na mocy art. 360 pkt 4 Pzp odstąpić od żądania tylko niektórych podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów. Zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców wymagają, aby informację o zakresie żądanych podmiotowych środków dowodowych zamawiający zamieścił w dokumentach zamówienia.

Ustawodawca dopuszcza, aby do udzielenia zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi zamawiający mógł skorzystać z trybu negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego bez konieczności spełnienia przesłanek wyboru tych trybów udzielenia zamówienia. Nie znajdują zatem zastosowania do zamówień na usługi społeczne

i inne szczególne usługi, o wartościach równych lub przekraczających progi unijne, przepisy art. 153 i 170 zd. pierwsze Pzp. Zastosowanie może znaleźć natomiast art. 154 Pzp (oraz art. 170 zd. drugie Pzp), w okolicznościach wskazanych w art. 153 ust. 1 pkt 5 Pzp.

3. Udzielanie zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach mniejszych niż progi unijne.

Ustawodawca uznając, że reżim zamówień klasycznych o wartościach mniejszych niż progi unijne jest dostatecznie odformalizowany, nie przewidział szczególnych regulacji dla zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi o tych wartościach. Istotne uproszczenie wynika z wyższego progu unijnego dla tego typu zamówień, co skutkować będzie zwiększeniem liczby zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi udzielanych po przeprowadzeniu procedury opisanej w dziale III Pzp.

Art. 361.

1. W przypadku zamówień, o których mowa w art. 359 pkt 1 i 2, zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte kodami CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie następujące warunki:

1) celem ich działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 94;

2) nie działają w celu osiągnięcia zysku, przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników;

3) struktura zarządzania nimi lub ich struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie;

4) w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie udzielono im zamówienia na podstawie tego przepisu przez tego samego zamawiającego.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata.

1. Uwagi ogólne. Przepis określa, że niektóre usługi społeczne i inne szczególne usługi mogą być zastrzeżone do wykonywania przez szczególne grono wykonawców, jeśli zamawiający poczyni takie zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym. Jeżeli zamawiający nie poczyni wyraźnego zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte wskazanymi w przepisie kodami CPV mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający przesłanki określone w art. 361 ust. 1 pkt 1–4 Pzp,

takie zamówienie udzielane będzie tak jak pozostałe zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi (tj. z zastosowaniem art. 359 i 360 Pzp).

2. Zakres zastrzeżonych usług społecznych i innych szczególnych usług.

Kody CPV określone w przepisie dotyczą następujących usług:

1) usługi administracyjne w zakresie edukacji (75121000-0),
2) usługi administracyjne w zakresie opieki zdrowotnej (75122000-7),
3) administrowanie osiedlami mieszkalnymi (75123000-4),
4) usługi w zakresie pozyskiwania pracowników świadczących pomoc domową (79622000-0),
5) usługi w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarskiego (79624000-4),
6) usługi w zakresie pozyskiwania personelu medycznego (79625000-1),
7) usługi szkolnictwa przedszkolnego (80110000-8),
8) usługi szkolnictwa wyższego (80300000-7),
9) usługi e-learning (80420000-4),
10) usługi edukacji osób dorosłych na poziomie akademickim (80430000-7),
11) usługi szkolenia personelu (80511000-9),
12) placówki szkoleniowe (w tym usługi opracowywania programów szkoleniowych i seminaria szkoleniowe) (80520000-5),
13) usługi seminaryjne (80590000-6),
14) usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej (niektóre) (85000000-9 do 85323000-9),
15) usługi świadczone przez biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi kulturalne (92500000-6),
16) usługi sportowe (92600000-7),
17) usługi świadczone przez organizacje społeczne (98133000-4),
18) usługi świadczone przez stowarzyszenia młodzieżowe (98133110-8).

3. Wykonawcy. O zamówienie na usługi społeczne i inne szczególne usługi zastrzeżone dla szczególnych wykonawców mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający łącznie przesłanki wskazane w przepisie. Niespełnienie przez wykonawcę choćby jednej z tych przesłanek uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, o jakim mowa w art. 361 Pzp. Pierwsza z przesłanek dotyczy celu działalności podmiotu, którym ma być realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 94 Pzp.
Druga z przesłanek dotyczy charakteru działalności i wskazuje, że wykonawca ubiegający się o zamówienie na określone kategorie usług nie może działać w celu osiągnięcia zysku, przeznacza całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznacza zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników. Przesłanka, o której mowa w art. 361 ust. 1 pkt 2 Pzp, powinna być rozpatrywana ściśle, co oznacza, że wykonawca łącznie: nie może działać w celu osiągnięcia zysku, przeznaczać musi całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznacza zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników. W praktyce podmioty niedziałające w celu osiągnięcia zysku występują w postaci fundacji, stowarzyszeń, spółdzielni, ale także tzw. spółek non profit. Wspólną cechą tych podmiotów jest to, że nie są one stworzone w celu prowadzenia działalności gospodarczej i osiągania zysku, co nie oznacza jednak, że jakikolwiek zysk z tytułu prowadzenia przez nich działalności nie może być osiągany. Całość dochodów wykonawcy ma być przeznaczona na realizację celów statutowych, a ewentualny zysk nie może być przeznaczony do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników (innymi słowy zysk także winien wspierać cele statutowe).

Trzecia z przesłanek odnosi się do struktury własnościowej podmiotu i wskazuje, że struktura zarządzania wykonawcą lub jego struktura własnościowa opiera się na:

1) współzarządzaniu (w przypadku spółdzielni),
2) akcjonariacie pracowniczym,
3) zasadach partycypacji pracowników,

co wykonawca winien wykazać w swoim statucie (innym dokumencie regulującym zadania, strukturę organizacyjną i sposób działania podmiotu). Czwarta przesłanka ma charakter proceduralny i oznacza, że zamawiający nie może udzielić zamówienia podmiotowi (choćby spełniał łącznie wszystkie trzy powyższe przesłanki), jeśli w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi udzielił mu zamówienia zastrzeżonego do wykonywania przez szczególne grono wykonawców, tj. na podstawie niniejszego przepisu lub art. 138p Pzp2004.

4. Maksymalny czas trwania umowy zawartej po przeprowadzeniu procedury uwzględniającej art. 361 Pzp. Umowa z wykonawcą wybranym w ramach procedury zastrzeżonej z art. 361 Pzp nie może być zawarta na okres dłuższy niż 3 lata. Przepis transponuje wprost art. 77 ust. 3 dyrektywy klasycznej.

DZIAŁ V
Zamówienia sektorowe

Rozdział 1
Zakres zastosowania

Art. 362.

Do udzielania zamówień sektorowych stosuje się przepisy:

1) **działu II, z wyjątkiem art. 83, art. 89, art. 91 ust. 2, art. 115 ust. 2 oraz z wyjątkiem przepisów rozdziału 3, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej;**
2) **działu IV, z wyjątkiem przepisów rozdziału 1, art. 319 ust. 1 oraz art. 325 ust. 2.**

1. Odesłania do przepisów właściwych dla zamówień klasycznych.

Z uwagi na fakt, że przepisy działu V transponują do prawa krajowego regulacje zawarte w dyrektywie sektorowej, ta zaś istotną część zagadnień reguluje w sposób analogiczny jak dyrektywa klasyczna, art. 362 Pzp zawiera odesłania do stosownych przepisów Pzp regulujących udzielanie zamówień klasycznych. Tym samym do udzielania zamówień sektorowych zastosowanie znajdą przepisy dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne z pewnymi wyjątkami. Do zamówień sektorowych co do zasady stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem przepisów dotyczących analizy potrzeb zamawiającego (art. 83 Pzp), wstępnego ogłoszenia informacyjnego (art. 89 Pzp), obowiązku wskazania w dokumentach zamówienia

powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 Pzp), ograniczenia możliwości wymagania od wykonawców minimalnych rocznych przychodów do wysokości dwukrotności wartości zamówienia (art. 115 ust. 2 Pzp) oraz z wyjątkiem przepisów rozdziału 3 dotyczącego trybów udzielania zamówień – chyba że przepisy działu dotyczącego zamówień sektorowych stanowią inaczej. Zastosowanie znajdują również regulacje określone w dziale IV dotyczące szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień klasycznych, z wyjątkiem przepisów dotyczących umów ramowych (art. 311–315 Pzp) oraz terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów (art. 319 ust. 1 Pzp) i przepisów dotyczących obowiązku poprzedzenia zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego konkursem (art. 325 ust. 2 Pzp). Niezależnie od powyższego do zamówień sektorowych stosuje się także przepisy działu I (Przepisy ogólne), VII (Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie), IX (Środki ochrony prawnej), X (Pozasądowe rozwiazywanie sporów), XI (Kontrola udzielania zamówień), XII (Przepisy o karach pieniężnych), a w stosownych przypadkach mogą znaleźć zastosowanie również regulacje działu VI (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Art. 363.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez

ograniczeń sprzedawać, wynajmować lub dzierżawić na tych samych warunkach co zamawiający.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych i konkursów udzielanych w celu wykonywania działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej.

3. Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w ust. 1 i 2.

1. Zamówienia udzielane w celu odsprzedaży, najmu lub dzierżawy. Zgodnie z dyspozycją art. 363 ust. 1 Pzp, jeżeli zamówienie sektorowe udzielane jest w celu nabycia przedmiotu zamówienia, który przeznaczony jest do odsprzedaży, najmu lub dzierżawy osobom trzecim, do tego zamówienia nie stosuje się przepisów Pzp, o ile zamawiający nie posiada prawa szczególnego lub wyłącznego do sprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia. Skorzystanie z tego wyłączenia możliwe jest zatem pod warunkiem, że zamawiający nie dysponuje prawem wyłącznym, które ograniczałoby swobodny obrót przedmiotem zamówienia przez inne podmioty na takich samych warunkach jak zamawiający.

2. Zamówienia i konkursy udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej poza obszarem UE. Na mocy art. 363 ust. 2 Pzp ustawa ta nie ma zastosowania do zamówień i konkursów udzielanych w celu wykonywania jednej z działalności sektorowych pod warunkiem, że działalność taka prowadzona jest przez zamawiającego sektorowego poza obszarem UE, a do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej ani obszar Unii Europejskiej.

3. Obowiązek informacyjny. Zamawiający zobowiązani są przekazać KE informacje na temat zamówień udzielonych na podstawie jednego z powyższych wyłączeń, jeżeli KE wystąpi z wnioskiem o udzielenie takich informacji.

Art. 364.

1. Zamawiający prowadzący działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 2, 3 i 7, nie stosują przepisów ustawy do udzielenia zamówień sektorowych na:

1) dostawy energii oraz paliw do wytwarzania energii;

2) usługi przesyłania, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego.

2. Zamawiający prowadzący działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4 pkt 1, nie stosują przepisów ustawy do udzielania zamówień na dostawy wody.

1. Wyłączenia szczególne dotyczące zakupu wody, energii lub paliw do produkcji energii. Zgodnie z art. 364 ust. 1 Pzp zamawiający sektorowi prowadzący działalność w sektorze energii, gazu i energii cieplnej oraz wydobycia paliw nie są zobowiązani do stosowania przepisów Pzp do udzielania zamówień, których przedmiotem są dostawy energii, paliw do wytwarzania energii lub usługi przesyłania, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego.

Na tej samej zasadzie zamawiający prowadzący działalność w sektorze gospodarki wodnej nie stosują przepisów Pzp do udzielania zamówień na dostawy wody.

Art. 365.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na dostawy, udzielanych podmiotom:

1) których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217),

2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,

4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy

– jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia dostaw pochodziło ze świadczenia dostaw na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi, udzielanych podmiotom:

1) których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości,

2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,

4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy

– jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia usług pochodziło ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4.

3. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na roboty budowlane, udzielanych podmiotom:

1) których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości,

2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji

zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,

4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy

– jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych z wykonywania robót budowlanych pochodziło z wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4.

4. W przypadku gdy okres prowadzenia działalności, o której mowa w ust. 1–3, jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody osiągnięte w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się osiągnąć w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

1. Zamówienia udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu.

Art. 365 Pzp implementuje do prawa krajowego regulacje zawarte w art. 29 dyrektywy sektorowej, który wyłącza spod zakresu dyrektywy zamówienia udzielane przez zamawiających sektorowych podmiotom powiązanym. Jak wyjaśniono w motywie 39 preambuły tej dyrektywy, „Wiele podmiotów zamawiających jest zorganizowanych jako grupa ekonomiczna, w której skład może wchodzić szereg odrębnych przedsiębiorstw; niejednokrotnie każde z tych przedsiębiorstw odgrywa wyspecjalizowaną rolę w ogólnym kontekście danej grupy ekonomicznej. Należy w związku z tym wyłączyć określone zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego podstawowa działalność obejmuje realizację tego rodzaju usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz grupy, której jest ono członkiem,

raczej niż oferowanie ich na rynku". W preambule wskazano także, że „Przedsiębiorstwa należy uznać za powiązane, gdy pomiędzy podmiotem zamawiającym a danym przedsiębiorstwem istnieje bezpośredni lub pośredni dominujący wpływ lub gdy inne przedsiębiorstwo wywiera dominujący wpływ zarówno na ten podmiot zamawiający, jak i to przedsiębiorstwo; w tym kontekście udział prywatny [w przeciwieństwie do zamówień in house – przyp. aut.] nie powinien sam w sobie mieć znaczenia". Co do zasady przedsiębiorstwa należy uznać za powiązane zawsze, gdy ich roczne sprawozdania finansowe są konsolidowane. Z tego względu na użytek art. 29 dyrektywy sektorowej przedsiębiorstwo powiązane zostało zdefiniowane w pierwszej kolejności jako przedsiębiorstwo, którego roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane z rocznymi sprawozdaniami finansowymi podmiotu zamawiającego, zgodnie z wymogami dyrektywy 2013/34/UE[1]. Niemniej jednak uwzględniając fakt, że przepisy tej dyrektywy nie mają w pewnych przypadkach zastosowania, np. z uwagi na rozmiar odnośnych przedsiębiorstw lub z racji niespełnienia określonych warunków dotyczących ich formy prawnej, konieczne w takich wypadkach będzie przeanalizowanie, czy istnieje bezpośredni lub pośredni dominujący wpływ przy uwzględnieniu własności, udziału finansowego lub przepisów dotyczących przedsiębiorstw. Definicja przedsiębiorstwa powiązanego zawarta w art. 29 dyrektywy sektorowej obejmuje zatem także:

---

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG (Dz. Urz. UE nr L 182 z 29.6.2013, str. 19)

1) przedsiębiorstwo bezpośrednio lub pośrednio podlegające dominującemu wpływowi podmiotu zamawiającego,
2) przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na podmiot zamawiający lub
3) wspólnie z podmiotem zamawiającym podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa z mocy prawa własności, udziału finansowego lub obowiązujących go przepisów.

Jednocześnie dominujący wpływ na użytek tego przepisu rozumiany jest w sposób określony w definicji przedsiębiorstwa publicznego w art. 4 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

Uwzględniając wytyczne zawarte w regulacji unijnej, przepis art. 365 Pzp stanowi, iż zamawiający sektorowi nie są zobowiązani do stosowania przepisów Pzp do zamówień udzielanych podmiotom należącym do jednej z niżej wymienionych kategorii:

1) podmioty, których dane wraz z danymi zamawiającego objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym w rozumieniu ustawy o rachunkowości,
2) podmioty, w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
3) podmioty, które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego lub

4) podmioty, które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy.

Jak wyjaśniono w motywie 39 preambuły do dyrektywy sektorowej, należy jednak zagwarantować, że wspomniane wyłączenie nie będzie powodować zakłóceń konkurencji na korzyść przedsiębiorstw, które są powiązane z podmiotami zamawiającymi; należy opracować odpowiedni zestaw przepisów, w szczególności w zakresie maksymalnych limitów, w ramach których przedsiębiorstwa mogą uzyskać część swoich obrotów z rynku i powyżej których traciłyby możliwość otrzymywania zamówień bez zaproszeń do ubiegania się o zamówienie. Zatem dodatkowym warunkiem, który musi być spełniony, aby zamawiający mógł skorzystać z tego wyłączenia, jest warunek, aby w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów:

1) osiąganych ze świadczenia dostaw pochodziło ze świadczenia dostaw na rzecz zamawiającego lub ww. podmiotów będących podmiotami powiązanymi z zamawiającym;
2) osiąganych ze świadczenia usług pochodziło ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego lub ww. podmiotów będących podmiotami powiązanymi z zamawiającym;
3) osiąganych z wykonywania robót budowlanych pochodziło z wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub ww. podmiotów będących podmiotami powiązanymi z zamawiającym.

Art. 365 ust. 4 Pzp precyzuje dodatkowo, iż w przypadku, w którym okres prowadzenia działalności przez te podmioty jest krótszy niż 3 lata, należy uwzględnić przychody osiągnięte w okresie prowadzenia tej działalności oraz przychody, które przewiduje się osiągnąć w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

Art. 366.

1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4:

1) jednemu z tych zamawiających, pod warunkiem że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie, lub

2) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób określony w art. 365, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia dostaw, świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych pochodziło odpowiednio ze świadczenia dostaw, świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz podmiotów, z którymi jest powiązany.

2. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych podmiotowi utworzonemu przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, przez jednego z tych zamawiających, pod warunkiem że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, stosuje się przepis art. 365 ust. 4.

1. Zamówienia udzielane przedsięwzięciu typu *joint venture* oraz przez przedsięwzięcia typu *joint venture*. Art. 366 ust. 1 Pzp implementuje regulacje zawarte w art. 29 ust. 3 lit. b oraz w art. 30 lit. a dyrektywy sektorowej, kształtując zasady warunkujące wyłączenie spod procedur określonych w Pzp zamówień udzielanych przez przedsięwzięcia określane w dyrektywie mianem przedsięwzięć typu *joint venture*. Odpowiednikiem tego typu przedsięwzięcia w Pzp jest podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej. Zgodnie z dyspozycją art. 366 ust. 1 Pzp przepisów tej ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych przez takie podmioty:

1) jednemu z zamawiających, którzy utworzyli ten podmiot pod warunkiem, że podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie lub
2) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób określony w art. 365 Pzp, pod warunkiem, że w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiąganych ze świadczenia dostaw, świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych pochodziło odpowiednio ze świadczenia dostaw, świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz podmiotów, z którymi jest powiązany. W przypadku, w którym okres prowadzenia działalności przez ten podmiot jest krótszy niż 3 lata, należy uwzględnić przychody osiągnięte w okresie prowadzenia tej działalności oraz przychody, które przewiduje się osiągnąć w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

Z kolei art. 366 ust. 2 Pzp przenosi na grunt prawa krajowego wyłączenie przewidziane w art. 30 lit. b dyrektywy sektorowej, wyłączając spod rygorów określonych w Pzp zamówienia udzielane podmiotowi utworzonemu przez

zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej przez jednego z tych zamawiających. Zamówienia udzielane podmiotowi utworzonemu przez zamawiających w celu wspólnej realizacji działalności sektorowej podlegają wyłączeniu spod Pzp, jeśli podmiot ten został utworzony na okres co najmniej 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie.

Art. 367.

Jeżeli spośród podmiotów, o których mowa w art. 365, więcej niż jeden podmiot świadczy na rzecz zamawiającego takie same lub podobne usługi albo świadczy takie same lub podobne dostawy albo wykonuje takie same lub podobne roboty budowlane, uwzględnia się całkowity przychód wszystkich tych podmiotów osiągany odpowiednio ze świadczenia usług albo ze świadczenia dostaw albo wykonywania robót budowlanych.

1. Minimalne wartości przeciętnych przychodów osiąganych przez podmioty powiązane z zamawiającym. Art. 367 Pzp stanowi uzupełnienie dyspozycji art. 365 Pzp, odnoszącej się do wymaganych minimalnych wartości przeciętnych przychodów osiąganych przez podmioty powiązane z zamawiającym. Omawiany przepis precyzuje, iż w sytuacji, kiedy więcej niż jeden podmiot spośród podmiotów powiązanych świadczy na rzecz zamawiającego takie same lub podobne usługi, dostawy lub wykonuje roboty budowlane, do celów obliczania wartości wskazanych w art. 365 Pzp bierze się pod uwagę całkowity przychód wszystkich tych podmiotów osiągany odpowiednio ze świadczenia usług albo ze świadczenia dostaw, albo wykonywania robót budowlanych.

Art. 368.

Zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje w zakresie, o którym mowa w art. 365 i art. 366.

1. Obowiązek informacyjny. Art. 368 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania KE informacji na temat zamówień udzielonych na podstawie art. 365 i 366 Pzp oraz podmiotów powiązanych z zamawiającym i podmiotów utworzonych z innymi zamawiającymi w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej. Wskazane informacje przekazuje się Komisji na jej wniosek.

Rozdział 2
Okresowe ogłoszenie informacyjne

Art. 369.

1. Zamawiający może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na stronie internetowej zamawiającego okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych.

2. Jeżeli okresowe ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane przez zamawiającego na stronie internetowej zamawiającego, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o publikacji okresowego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego.

1. Publikacja okresowego ogłoszenia informacyjnego. Okresowe ogłoszenie informacyjne stanowi w zamówieniach sektorowych odpowiednik wstępnego ogłoszenia informacyjnego przewidzianego

dla zamówień klasycznych. Zasadniczo pełni funkcję informacyjną dla wykonawców, zawierając informacje o zamówieniach sektorowych i umowach ramowych planowanych przez zamawiającego w dłuższym okresie (nieprzekraczającym jednak 12 miesięcy). Tego rodzaju informacje pozwalają wykonawcom odpowiednio wcześnie zidentyfikować zamówienia, którymi będą potencjalnie zainteresowani i wstępnie przygotować się do ubiegania się o te zamówienia.

Okresowe ogłoszenie informacyjne może być zamieszczone – zgodnie z wyborem zamawiającego – w DUUE (w tym celu przesyła się je do publikacji UPUE) lub na stronie internetowej zamawiającego. W przypadku, w którym zamawiający decyduje się na zamieszczenie okresowego ogłoszenia informacyjnego na swojej stronie internetowej, art. 369 ust. 2 Pzp zobowiązuje go do przekazania UPUE ogłoszenia o publikacji okresowego ogłoszenia informacyjnego na stronie zamawiającego. Celem tej regulacji jest umożliwienie dostępu do informacji o publikacji okresowego ogłoszenia informacyjnego, a co za tym idzie do informacji o planowanych przez zamawiającego zamówieniach sektorowych i umowach ramowych szerszemu gronu potencjalnie zainteresowanych wykonawców, w tym również wykonawcom zagranicznym.

Zgodnie z art. 362 Pzp do zamówień sektorowych stosuje się, z wyjątkami określonymi w tym artykule, przepisy działu II Pzp, w tym regulacje dotyczące ogłoszeń z wyłączeniem przepisów dotyczących wstępnego ogłoszenia informacyjnego. W konsekwencji do okresowego ogłoszenia informacyjnego zastosowanie znajdzie art. 87 Pzp. Oznacza to, że zamawiający ma obowiązek przygotować takie ogłoszenie zgodnie z wzorami standardowych formularzy ogłoszeń, określonymi w rozporządzeniu Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń.

Art. 370.

1. Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może stanowić zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. W takim przypadku zamawiający, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, nie zamieszcza ogłoszenia o zamówieniu.

2. Okresowe ogłoszenie informacyjne zamawiający może zamieścić na stronie internetowej zamawiającego, po publikacji tego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający zaprasza wykonawców, którzy po opublikowaniu okresowego ogłoszenia informacyjnego poinformowali zamawiającego, że są zainteresowani udziałem w postępowaniu, do potwierdzenia tego zainteresowania, informując jednocześnie o terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. Okresowe ogłoszenie informacyjne zawiera:

1) wyraźne odniesienie do dostaw, robót budowlanych lub usług będących przedmiotem zamówienia sektorowego, które ma zostać udzielone;

2) wskazanie, że zamówienie sektorowe zostanie udzielone w trybie przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem bez dalszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania;

3) zaproszenie wykonawców do wyrażenia zainteresowania;

4) dodatkowe informacje określone w załączniku VI, części A, sekcji I i II do dyrektywy 2014/25/UE.

5. Okresowe ogłoszenie informacyjne przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej co najmniej na 35 dni i nie więcej niż na 12 miesięcy przed dniem wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania.

6. Zaproszenie do potwierdzenia zainteresowania zawiera co najmniej:

1) **nazwę i adres zamawiającego;**
2) **rodzaj oraz wielkość lub zakres zamówienia, z uwzględnieniem opcji oraz wznowień, i o ile to możliwe, przewidywany termin na wykonanie tych opcji oraz wznowień;**
3) **rodzaj oraz wielkość lub zakres zamówień powtarzających się oraz, o ile to możliwe, przewidywany termin publikacji przyszłych ogłoszeń dotyczących tych zamówień;**
4) **informację na temat trybu udzielenia zamówienia sektorowego;**
5) **w stosownych przypadkach, termin rozpoczęcia lub zakończenia realizacji dostaw, robót budowlanych lub usług;**
6) **warunki ekonomiczne i techniczne, gwarancje finansowe oraz informacje wymagane od wykonawców;**
7) **kryteria oceny ofert i ich wagę lub, w stosownych przypadkach, kolejność tych kryteriów według ich ważności od najważniejszego do najmniej ważnego, jeżeli nie zostało to określone w okresowym ogłoszeniu informacyjnym, w opisie przedmiotu zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji;**
8) **adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ;**
9) **w przypadkach określonych w art. 65 ust. 1, miejsce i termin udostępnienia SWZ oraz język lub języki, w jakich jest sporządzona.**

1. Okresowe ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. Zgodnie z art. 370 ust. 1 Pzp zamawiający, udzielając zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, może wykorzystać okresowe ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W takim przypadku zamawiający nie zamieszcza ogłoszenia o zamówieniu, gdyż jego funkcję pełni okresowe ogłoszenie informacyjne, samo zaś postępowanie jest prowadzone według przepisów właściwych dla przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem (lecz bez dalszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Tego typu ogłoszenie publikowane jest w DUUE, aczkolwiek zamawiający może je opublikować także na swojej stronie internetowej, nie wcześniej jednak niż po publikacji tego ogłoszenia w DUUE lub po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez UPUE. Ogłoszenie powinno zostać przekazane do UPUE co najmniej na 35 dni i nie więcej niż na 12 miesięcy przed dniem wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania.

Okresowe ogłoszenie informacyjne pełniące funkcję zaproszenia do ubiegania się o zamówienie powinno zawierać następujące informacje:

1) wyraźne odniesienie do dostaw, robót budowlanych lub usług będących przedmiotem zamówienia sektorowego, które ma zostać udzielone;
2) wskazanie, że zamówienie sektorowe zostanie udzielone w trybie przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem bez dalszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania;
3) zaproszenie wykonawców do wyrażenia zainteresowania;

4) dodatkowe informacje określone w załączniku VI, części A, sekcji I i II do dyrektywy sektorowej, w tym m.in. informacje o terminie, w jakim wykonawcy mogą zgłaszać swoje zainteresowanie ubieganiem się o zamówienie, oraz adres, na jaki zainteresowani wykonawcy powinni przesyłać na piśmie swoje zgłoszenia zainteresowania.

W przypadku, w którym zamawiający stosuje okresowe ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, zgodnie z art. 370 ust. 3 Pzp ma on obowiązek zaprosić wykonawców, którzy po opublikowaniu okresowego ogłoszenia informacyjnego poinformowali zamawiającego, że są zainteresowani udziałem w postępowaniu, do potwierdzenia tego zainteresowania. Takiemu zaproszeniu powinna towarzyszyć informacja o terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 370 ust. 6 Pzp zaproszenie do potwierdzenia zainteresowania powinno zawierać co najmniej następujące informacje:

1) nazwę i adres zamawiającego;
2) rodzaj oraz wielkość lub zakres zamówienia, z uwzględnieniem opcji oraz wznowień, i o ile to możliwe, przewidywany termin na wykonanie tych opcji oraz wznowień;
3) rodzaj oraz wielkość lub zakres zamówień powtarzających się oraz, o ile to możliwe, przewidywany termin publikacji przyszłych ogłoszeń dotyczących tych zamówień;
4) informację na temat trybu udzielenia zamówienia sektorowego;
5) w stosownych przypadkach termin rozpoczęcia lub zakończenia realizacji dostaw, robót budowlanych lub usług;
6) warunki ekonomiczne i techniczne, gwarancje finansowe oraz informacje wymagane od wykonawców;

7) kryteria oceny ofert i ich wagę lub – w stosownych przypadkach – kolejność tych kryteriów według ich ważności od najważniejszego do najmniej ważnego, jeżeli nie zostało to określone w okresowym ogłoszeniu informacyjnym, w opisie przedmiotu zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji;
8) adres strony internetowej, na której dostępna jest SWZ;
9) w przypadkach określonych w art. 65 ust. 1 Pzp, tj. w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, miejsce i termin udostępnienia SWZ oraz język lub języki, w jakich jest sporządzona.

Rozdział 3
System kwalifikowania wykonawców

Art. 371.

1. Zamawiający może ustanowić i stosować system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

2. Zamawiający określa w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców podstawy wykluczenia i warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców oraz obiektywne kryteria i zasady funkcjonowania tego systemu, regulujące w szczególności wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców, ewentualną okresową aktualizację w zakresie warunków udziału i podstaw wykluczenia oraz okres obowiązywania systemu. Jeżeli warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców odnoszą się do wymaganych cech

dostaw, usług lub robót budowlanych, przepisy art. 99–106 stosuje się odpowiednio.

3. System kwalifikowania wykonawców ustanawia się na czas oznaczony, w sposób umożliwiający wykonawcom składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie i ich aktualizację przez cały okres obowiązywania systemu.

4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w związku z systemem kwalifikowania wykonawców.

5. Do określenia:

1) **podstaw wykluczenia w systemie kwalifikowania wykonawców przepisy działu II rozdziału 2 oddziału 1 i art. 393 ust. 1 pkt 2 stosuje się;**
2) **warunków udziału w systemie kwalifikowania wykonawców przepisy działu II rozdziału 2 oddziałów 2 i 3 oraz art. 393 ust. 1 pkt 2 stosuje się odpowiednio.**

1. Ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców. Szczególnym uprawnieniem przysługującym tylko zamawiającym sektorowym jest wprowadzona przez art. 371 Pzp możliwość ustanowienia i stosowania systemu kwalifikowania wykonawców. Tego rodzaju rozwiązanie ma w założeniu stanowić ułatwienie dla zamawiających oraz usprawnić proces udzielania zamówień sektorowych, pozwalając ograniczyć czynności o charakterze powtarzalnym, dotyczące oceny występowania podstaw wykluczenia oraz oceny zdolności kandydatów do należytego wykonania określonych kategorii zamówień. Jest to rozwiązanie, z którego zamawiający mogą skorzystać, ale nie są do tego zobligowani.

Będzie zatem co do zasady stosowane w zależności od potrzeb danego zamawiającego sektorowego, przy czym wydaje się, że ustanowienie i stosowanie systemu kwalifikowania wykonawców będzie szczególnie przydatne w przypadku tych kategorii zamówień, które charakteryzuje podobieństwo wymagań i warunków stawianych wykonawcom oraz pewna powtarzalność zamówień udzielanych w ramach danej kategorii. Zgodnie z art. 371 ust. 1 Pzp do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający dopuszcza wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w systemie kwalifikowania określone dla danej kategorii zamówień. Rodzi to po stronie zamawiającego, który ustanawia taki system, obowiązek określenia w ogłoszeniu o ustanowieniu sytemu kwalifikowania wykonawców podstaw wykluczenia i warunków udziału w systemie kwalifikowania. Zgodnie z dyspozycją art. 371 ust. 5 Pzp do określenia podstaw wykluczenia stosuje się przepisy działu II rozdziału 2 oddziału 1 oraz art. 393 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oznacza to, że zastosowanie znajdą podstawy wykluczenia oraz podmiotowe środki dowodowe określone w dziale II z zastrzeżeniem jednak, że zamawiający sektorowy może ustanowić inne podstawy wykluczenia niż te wymienione w przepisach stosowanych do zamówień klasycznych (tj. w art. 108 i 109 Pzp), o ile mają one obiektywny charakter. Natomiast do określenia warunków udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający stosuje odpowiednio przepisy działu II rozdziału 2 oddziałów 2 i 3 oraz art. 393 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym zamawiający sektorowy stosuje odpowiednio przepisy dotyczące zamówień klasycznych odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu oraz udostępniania zasobów, zachowując przy tym uprawnienie do zastosowania innych warunków udziału w postępowaniu niż określone w art. 112 Pzp.

Wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału oraz nie podlegają wykluczeniu, wpisywani są do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

W ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający zobowiązany jest określić także obiektywne kryteria i zasady funkcjonowania systemu, w tym w szczególności zasady regulujące wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców, ewentualną okresową aktualizację w zakresie warunków udziału i podstaw wykluczenia oraz okres obowiązywania systemu. Jeżeli warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców odnoszą się do wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych, przepisy art. 99–106 Pzp, tj. zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiotowych środków dowodowych, stosuje się odpowiednio.

Zamawiający, ustanawiając system kwalifikowania wykonawców, może ponadto określić wymagania dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w związku z systemem kwalifikowania wykonawców. Tego rodzaju wymagania powinny zostać wskazane, zgodnie z wyborem zamawiającego, w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

System kwalifikowania wykonawców ustanawia się na czas określony. Przez cały okres obowiązywania systemu wykonawcy powinni mieć możliwość składania wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie i ich aktualizacji.

Art. 372.

1. Zamawiający ustanawia system kwalifikowania wykonawców przez przekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców.

2. W przypadku systemu kwalifikowania wykonawców ustanowionego na okres dłuższy niż 3 lata, ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców podlega publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej co roku.

3. Zamawiający udostępnia na stronie internetowej ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców przez cały okres obowiązywania systemu.

4. Zamawiający może zmienić okres obowiązywania systemu kwalifikowania wykonawców:

1) **bez zakończenia funkcjonowania systemu, przez przekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1;**
2) **w przypadku zakończenia funkcjonowania systemu, przez przekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia, o którym mowa w art. 265 ust. 1.**

1. Ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z dyspozycją art. 372 ust. 1 Pzp w celu ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców zamawiający zobowiązany jest przekazać do publikacji w DUUE ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców. Jeżeli taki system ma być utrzymywany przez okres dłuższy niż 3 lata, ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców powinno być publikowane w DUUE co roku. Tym samym zamawiający co roku będzie musiał przekazywać stosowne ogłoszenie do publikacji UPUE, zapewniając w ten sposób potencjalnie zainteresowanym wykonawcom regularny dostęp do informacji o istnieniu systemu kwalifikowania wykonawców i umożliwiając im ubieganie się o dopuszczenie do udziału w tym systemie.

Ponadto dla zachowania odpowiedniego poziomu przejrzystości zamawiający ma obowiązek udostępniania ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców na swojej stronie internetowej przez cały okres obowiązywania systemu.

Okres obowiązywania systemu może być zmieniony przez zamawiającego na dwa sposoby: poprzez przekazanie do publikacji w DUUE ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców – jeśli zmiana okresu obowiązywania systemu nie wiąże się z zakończeniem jego funkcjonowania lub poprzez przekazanie do publikacji w DUUE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – jeśli zmiana okresu obowiązywania systemu oznacza zakończenie jego funkcjonowania.

Art. 373.

1. Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców składa wniosek wraz z oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców, a jeżeli zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych, również te środki dowodowe. Przepisy art. 125 ust. 2–6, art. 127, art. 128 i art. 393 ust. 1 pkt 1 i 3 stosuje się odpowiednio.

2. Zamawiający informuje wykonawcę o decyzji dotyczącej zakwalifikowania go do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców niezwłocznie, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia złożenia wniosku.

3. Jeżeli w ocenie zamawiającego podjęcie decyzji, o której mowa w ust. 2, nastąpi później niż w terminie 4 miesięcy od dnia złożenia

wniosku, informuje on wnioskodawcę w terminie 2 miesięcy od dnia złożenia wniosku o powodach wydłużenia tego terminu oraz o dacie, do której jego wniosek zostanie rozpatrzony. Informacja o decyzji dotyczącej zakwalifikowania wykonawcy nie może nastąpić później niż w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku przez wykonawcę.

4. Zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawcę o odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, jednak nie później niż w terminie 15 dni od dnia podjęcia decyzji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z uwzględnieniem terminu, o którym mowa w ust. 3 zdanie drugie.

1. Kwalifikacja do udziału w systemie. Zgodnie z art. 373 ust. 1 Pzp wykonawca, który zamierza ubiegać się o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania, musi w tym celu złożyć wniosek do zamawiającego, któremu powinno towarzyszyć oświadczenie potwierdzające brak podstaw wykluczenia i o spełnianiu warunków udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, określonych przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający żąda przedłożenia podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca powinien załączyć do wniosku również wymagane środki dowodowe. Odpowiednie zastosowanie znajdą w tym przypadku przepisy dotyczące jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, odstąpienia od wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, uzupełniania dokumentów składanych w postępowaniu oraz możliwości żądania przez zamawiającego sektorowego podmiotowych środków dowodowych innych niż określone w przepisach właściwych dla zamówień klasycznych i możliwości odstąpienia przez zamawiającego sektorowego niebędącego

zamawiającym publicznym od badania podstaw wykluczenia wykonawców.

2. Terminy. Art 373 Pzp zobowiązuje zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawcy o decyzji dotyczącej zakwalifikowania go do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, nie później jednak niż w ciągu 4 miesięcy od dnia złożenia przez wykonawcę wniosku o dopuszczenie do systemu. Jeżeli zamawiający przewiduje, że podjęcie decyzji dotyczącej zakwalifikowania wykonawcy do udziału w systemie nastąpi później niż w terminie 4 miesięcy, najpóźniej w ciągu 2 miesięcy od złożenia wniosku przez tego wykonawcę powinien go poinformować o powodach wydłużenia terminu i wskazać termin, do którego jego wniosek zostanie rozpatrzony. W takim przypadku informacja o decyzji dotyczącej zakwalifikowania wykonawcy do systemu nie powinna jednak być przekazana później niż w ciągu 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku przez wykonawcę.

W przypadku odmowy dopuszczenia do udziału w systemie informacja powinna zostać przekazana wykonawcy niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 15 dni od dnia podjęcia decyzji z uwzględnieniem wydłużonego terminu rozpatrzenia wniosku, jeśli miał zastosowanie. Informacja powinna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej decyzji.

Art. 374.

1. Wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców wpisywani są do wykazu zakwalifikowanych wykonawców, do odpowiedniej kategorii zamówień sektorowych, prowadzonego przez zamawiającego i aktualizowanego przez cały okres obowiązywania systemu.

2. Wykonawcy wpisani do wykazu zakwalifikowanych wykonawców do odpowiedniej kategorii zamówień sektorowych nie są zobowiązani do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału wskazanych w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców przy kolejnych zamówieniach objętych tą kategorią zamówień sektorowych.

3. Zamawiający informuje o zamiarze skreślenia z wykazu, o którym mowa w ust. 1, wykonawcę, który przestał spełniać kryteria kwalifikacji wykonawców nie później niż 15 dni przed planowanym skreśleniem.

1. Wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców. Zamawiający mogą ustanowić system kwalifikowania wykonawców dla jednej lub więcej kategorii zamówień. Po weryfikacji wykonawców pod kątem podlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w systemie zamawiający wpisuje wykonawców zakwalifikowanych do udziału w systemie do wykazu zakwalifikowanych wykonawców prowadzonego dla właściwej kategorii zamówień sektorowych objętych systemem kwalifikowania. Wykaz może być aktualizowany przez cały okres obowiązywania systemu w zakresie listy wykonawców spełniających warunki udziału i niepodlegających wykluczeniu. W tym celu zamawiający może okresowo weryfikować, czy wykonawcy ujęci w wykazie nadal spełniają warunki udziału w systemie i żądać stosownych oświadczeń lub podmiotowych środków dowodowych.

Wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców skutkuje dla wykonawców wyłączeniem obowiązku potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału wskazanych w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców przy kolejnych zamówieniach objętych daną kategorią zamówień sektorowych. Upraszcza zatem

wykonawcy proces ubiegania się o zamówienie z danej kategorii objętej systemem, a zamawiającemu proces weryfikacji wykonawców ubiegających się o takie zamówienie.
W przypadku kiedy zamawiający zamierza wykreślić z wykazu zakwalifikowanych wykonawców wykonawcę, który przestał spełniać kryteria kwalifikacji, art. 374 ust. 3 Pzp nakłada na niego obowiązek poinformowania wykonawcy o takim zamiarze nie później niż 15 dni przed planowanym skreśleniem.

Art. 375.

1. Zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, przez przekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców, stanowiącego zaproszenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

2. W okolicznościach, o których mowa w ust. 1:

1) zamawiający nie publikuje ogłoszenia o zamówieniu;

2) za dopuszczonych do udziału w postępowaniu uważa się wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, w określonej kategorii zamówień sektorowych;

3) zamawiający jednocześnie przekazuje wykonawcom dopuszczonym do udziału w systemie odpowiednio zaproszenie do składania ofert, ofert wstępnych, do udziału w dialogu lub do negocjacji w przypadku przetargu ograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dialogu konkurencyjnego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem;

4) zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do dokumentów zamówienia, niezwłocznie, jednak nie później niż od dnia wysłania odpowiednio zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych, do udziału w dialogu lub do negocjacji w przypadku przetargu ograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dialogu konkurencyjnego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem.

1. Wszczęcie postępowania za pomocą ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców. Na mocy art. 375 ust. 1 Pzp ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców opublikowane w DUUE może także służyć do wszczęcia postępowania. Dotyczy to postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego. W takim wypadku ogłoszenie o systemie kwalifikowania stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. Tym samym zamawiający nie jest zobligowany do publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ jego rolę pełni ogłoszenie o systemie kwalifikowania wykonawców.
W przypadku kiedy postępowanie wszczynane jest publikacją ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców, za dopuszczonych do udziału w postępowaniu uważa się wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie kwalifikowania w określonej kategorii zamówień sektorowych. Zamawiający ma przy tym obowiązek przekazania jednocześnie wykonawcom dopuszczonym do udziału w systemie odpowiednio zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych, zaproszenia do udziału w dialogu lub do negocjacji oraz zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego

i nieograniczonego dostępu do dokumentów zamówienia niezwłocznie, jednak nie później niż od dnia wysłania odpowiednio zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych, zaproszenia do udziału w dialogu lub do negocjacji.

Bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia oznacza, że uzyskanie ich jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za ich pobranie ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy byłyby one ponoszone na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.

Pełny dostęp do dokumentów oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres tych dokumentów, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w odpowiednim ogłoszeniu. Pełny dostęp do dokumentów dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści dokumentów.

Bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu do nich, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca w celu dostępu do dokumentów nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi do dokumentów zamówienia.

Nieograniczony dostęp do dokumentów oznacza, że każdy może mieć do nich dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma też obowiązek zapewnić dostęp do dokumentów w całym przewidzianym w Pzp przedziale czasowym.

Rozdział 4
Tryby udzielania zamówień sektorowych

Art. 376.

1. Zamawiający sektorowi udzielają zamówień w jednym z następujących trybów:

1) przetargu nieograniczonego;

2) przetargu ograniczonego;

3) sektorowych negocjacji z ogłoszeniem;

4) dialogu konkurencyjnego;

5) partnerstwa innowacyjnego.

2. Zamawiający sektorowi mogą udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki w przypadkach określonych w niniejszym rozdziale.

1. Dostępne procedury. Jednym z udogodnień dla zamawiających, charakterystycznych dla zamówień sektorowych, jest większa elastyczność korzystania z dostępnych procedur udzielania zamówień publicznych. Wzorem regulacji unijnych do procedur podstawowych dostępnych zamawiającym sektorowym, oprócz przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, art. 376 ust. 1 Pzp zalicza także sektorowe negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny i partnerstwo innowacyjne. Jedynymi procedurami, których zastosowanie wymaga spełnienia określonych przesłanek, są negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki, uznawane z uwagi na brak publikacji ogłoszenia za procedury niekonkurencyjne, których zastosowanie ograniczone jest do ściśle określonych okoliczności.

Art. 377.

1. Zamawiający sektorowi wszczynają postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie za pomocą:

1) ogłoszenia o zamówieniu w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego;

2) ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców stanowiącego zaproszenie do ubiegania się o zamówienie w przypadku trybu przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego;

3) okresowego ogłoszenia informacyjnego stanowiącego zaproszenie do ubiegania się o zamówienie w przypadku trybu przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem;

4) zaproszenia do negocjacji w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

2. Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika IX do dyrektywy 2014/25/UE.

1. Wszczęcie postępowania sektorowego. Dyrektywa sektorowa, a w ślad za nią Pzp, przyznają zamawiającym sektorowym większą swobodę, także w zakresie doboru środków stanowiących zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, za pomocą których mogą wszcząć postępowanie. Zgodnie z art. 377 ust. 1 Pzp zamawiający sektorowy może w tym celu skorzystać z ogłoszenia o zamówieniu, które jest podstawowym środkiem służącym

wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, dostępnym w każdej procedurze wymagającej publikacji ogłoszenia. W przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego zamawiający sektorowy może wszcząć postępowanie, korzystając także z ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców. Z kolei okresowe ogłoszenie informacyjne może pełnić funkcję zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w przypadku przetargu ograniczonego lub sektorowych negocjacji z ogłoszeniem. Postępowanie prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki jest natomiast wszczynane przez zamawiającego z wykorzystaniem zaproszenia do negocjacji. Należy jednocześnie zaznaczyć, że momentem wszczęcia postępowania będzie w takim wypadku przekazanie ogłoszenia do publikacji UPUE, a nie jego publikacja w DUUE, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki przekazanie wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Wskazuje na to brzmienie art. 377 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wszczynają postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, a także definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sformułowana w art. 7 pkt 18 Pzp. Zgodnie z tą definicją postępowanie o udzielenie zamówienia jest wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert.

Zgodnie z dyspozycją art. 377 ust. 2 Pzp wszystkie ww. ogłoszenia powinny zostać przekazane do publikacji w DUUE zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń ustanowionymi przez KE, dostępnymi na stronie internetowej, do której odsyła ust. 3 załącznika IX do dyrektywy sektorowej, tj. na stronie SIMAP (https://simap.ted.europa.eu).

Art. 378.

1. Do przetargu nieograniczonego stosuje się przepisy art. 132–139.

2. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 15 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanym lub zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego co najmniej na 35 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

1. Przetarg nieograniczony. Do postępowań o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego co do zasady stosuje się reguły dotyczące przetargu nieograniczonego określone w przepisach regulujących udzielanie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. komentarz do art. 132–139 Pzp). Jedynym wyróżnikiem zamówień sektorowych jest w tym przypadku przewidziana w art. 378 ust. 2 Pzp możliwość skrócenia minimalnego terminu składania ofert do 15 dni liczonych od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu. Możliwość taka istnieje w przypadku, gdy informacja o zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, które samo w sobie nie stanowiło zaproszenia do składania ofert, jeżeli okresowe ogłoszenie informacyjne zostało przekazane lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE.

Art. 379.

1. Do przetargu ograniczonego stosuje się przepisy art. 140 i art. 142–151.

2. Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się.

3. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego zamawiający może wyznaczyć:

1) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, a w wyjątkowych przypadkach 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania;

2) termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty;

3) dowolny termin składania ofert, jeżeli wszyscy wykonawcy, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wyrazili na to zgodę.

1. Przetarg ograniczony. Co do zasady do postępowań o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego stosuje się przepisy dotyczące tej procedury właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub wyższej niż progi unijne (zob. komentarz do art. 140–151 Pzp). Zamawiający sektorowi, inaczej

niż zamawiający klasyczni, mają jednak możliwość wyznaczenia krótszego terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podstawowym terminem jest termin 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE lub od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Jednakże w wyjątkowych przypadkach termin ten może być skrócony do 15 dni. Ponadto w zamówieniach sektorowych termin na składanie ofert może zostać ustalony w drodze wzajemnego porozumienia między zamawiającym a wykonawcami. Termin na składanie ofert może też zostać wyznaczony samodzielnie przez zamawiającego i może wynosić nie mniej niż 10 dni, przy czym interpretując przepis art. 379 ust. 3 pkt 2 Pzp, należy mieć na uwadze brzmienie art. 46 ust. 2 akapit 3 dyrektywy sektorowej, którą ten przepis wdraża do prawa krajowego. Zgodnie z przywołaną regulacją unijną 10-dniowy termin na składanie ofert zamawiający może wyznaczyć w przypadku nieosiągnięcia porozumienia z wykonawcami w sprawie terminu składania ofert. Jednocześnie, wyznaczając ten termin, powinien uwzględnić czas potrzebny na przygotowanie i złożenie ofert.
Tym samym, jeśli chodzi o wyznaczanie terminu składania ofert, zamawiający sektorowy ma do wyboru kilka możliwości: może skorzystać z terminu podstawowego przewidzianego dla przetargu ograniczonego w przepisach dotyczących zamówień klasycznych, może też wyznaczyć termin w drodze uzgodnienia z wykonawcami, a jeśli nie uda się osiągnąć porozumienia z wykonawcami w tej kwestii, może samodzielnie wyznaczyć termin na składanie ofert, uwzględniający czas potrzebny na przygotowanie i złożenie oferty, nie krótszy jednak niż 10 dni.
Podobnie jak zamawiający klasyczni, zamawiający sektorowi mają też obowiązek zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego

dostępu do SWZ co najmniej do dnia udzielenia zamówienia. Dostęp do SWZ powinien być zapewniony od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE lub od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Stosuje się także art. 133 ust. 2 Pzp dotyczący obowiązku przekazania dokumentów w inny, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu sposób, jeśli nie można zapewnić dostępu do SWZ na stronie internetowej z powodu jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (wyjątki od zastosowania środków komunikacji elektronicznej). Zastosowanie znajdzie również regulacja zawarta w art. 133 ust. 3 Pzp, zobowiązująca zamawiającego do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu sposobu dostępu do informacji oraz wymagań związanych z ochroną ich poufnego charakteru w sytuacji, w której zamawiający nie może zapewnić dostępu do części SWZ na stronie internetowej z powodu ochrony poufnego charakteru tych informacji.

Art. 380.

Sektorowe negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stanowiące zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

1. Definicja sektorowych negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z art. 380 Pzp sektorowe negocjacje z ogłoszeniem to tryb, w którym o zamówienie mogą ubiegać się wszyscy potencjalnie zainteresowani wykonawcy. W tym celu, w odpowiedzi na ogłoszenie opublikowane w DUUE, składają oni wnioski

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaproszenia do kolejnego etapu, tj. do negocjacji zamawiający wysyła do wykonawców, którzy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu, następnie prowadzi z nimi negocjacje i zaprasza ich do składania ofert. W zamówieniach sektorowych negocjacje mogą być prowadzone bez zaproszenia do złożenia ofert wstępnych.

Art. 381.

1. Do sektorowych negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 155 ust. 1, art. 156 ust. 1 pkt 1–5 i 7–16, 18 i 19 oraz ust. 2 i 3, art. 157 ust. 1, art. 158 ust. 2, art. 167 i art. 168 stosuje się odpowiednio.

2. Zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do opisu potrzeb i wymagań od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Przepisy art. 133 ust. 2 i 3 stosuje się odpowiednio.

3. W postępowaniu prowadzonym w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może wyznaczyć:

1) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, a w wyjątkowych przypadkach 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania;

2) termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty;

3) dowolny termin składania ofert, jeżeli wszyscy wykonawcy, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wyrazili na to zgodę.

4. Zamawiający zaprasza jednocześnie do negocjacji wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu.

5. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do negocjacji, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji.

7. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzucony.

8. Negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie oraz w opisie potrzeb i wymagań.

9. Podczas negocjacji zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny.

1. Odesłania do przepisów właściwych dla zamówień klasycznych. Art. 381 Pzp wdraża do prawa krajowego przepis art. 47 dyrektywy sektorowej. Procedurę negocjacyjną z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie na gruncie unijnych przepisów w dziedzinie zamówień sektorowych charakteryzują znaczące różnice w stosunku do analogicznych regulacji na gruncie udzielania zamówień klasycznych. Pozostawiają one zamawiającym sektorowym znaczącą swobodę w zakresie ustalenia szczegółowych zasad przebiegu tej procedury. Z tego względu w Pzp procedura negocjacyjna z ogłoszeniem dla zamówień sektorowych została uregulowana odrębnie i nazwana sektorowymi negocjacjami z ogłoszeniem. Regulując przebieg procedury, art. 381 ust. 1 Pzp tylko w niektórych obszarach odsyła do regulacji właściwych dla zamówień klasycznych. Tym samym do sektorowych negocjacji z ogłoszeniem znajdują zastosowanie regulacje zawarte w części dotyczącej udzielania zamówień klasycznych o wartości równej lub wyższej niż progi unijne dotyczące następujących kwestii:

1) obowiązku sporządzenia przez zamawiającego opisu potrzeb i wymagań oraz wybranych aspektów dotyczących jego zawartości (art. 155 ust. 1 oraz art. 156 ust. 1 pkt 1–5 i 7–16, 18 i 19, ust. 2 i 3 Pzp);
2) zasad mających zastosowanie w przypadku wyjaśnień oraz zmian treści opisu potrzeb i wymagań (art. 157 ust. 1 Pzp);
3) zasad mających zastosowanie do postępowania z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 158 ust. 2 Pzp).

Odpowiednio stosuje się także art. 167 i art. 168 Pzp dotyczące zakończenia negocjacji, SWZ i zaproszenia do składania ofert ostatecznych.

2. Dostęp do OPW. W przypadku sektorowych negocjacji z ogłoszeniem zamawiający sektorowi mają obowiązek zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do OPW co najmniej do dnia udzielenia zamówienia.

Bezpłatny dostęp do OPW oznacza, że uzyskanie jej jest darmowe, a wykonawca nie może ponosić żadnych kosztów za jej pobranie ze strony internetowej prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy byłyby one ponoszone na rzecz zamawiającego, czy innych podmiotów.

Pełny dostęp do OPW oznacza, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania musi być udostępniony pełny i kompletny zakres dokumentów, nawet jeżeli niektóre warunki zamówienia zostały już opisane w odpowiednim ogłoszeniu lub innych dokumentach. Pełny dostęp do dokumentów dotyczy również ewentualnych zmian lub wyjaśnień treści dokumentów.

Bezpośredni dostęp do OPW oznacza, że zamawiający powinien wskazać bezpośrednią ścieżkę dostępu, a nie jedynie ogólny adres internetowy strony, na której prowadzone jest postępowanie. W szczególności wykonawca w celu dostępu do OPW nie powinien być zmuszany do logowania się, podawania haseł dostępu. Elektronizacja zamówień publicznych powinna sprzyjać bezpośredniemu i szybkiemu dostępowi.

Nieograniczony dostęp do OPW oznacza, że każdy może mieć do niej dostęp, nawet jeżeli nie ubiega się lub nie zamierza się ubiegać o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma też obowiązek zapewnić dostęp do OPW w całym przewidzianym Pzp przedziale czasowym. Dostęp do OPW powinien być zapewniony od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE lub od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Stosuje się także art. 133 ust. 2 Pzp

dotyczący obowiązku przekazania dokumentów w inny, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu sposób, jeśli nie można zapewnić dostępu do OPW na stronie internetowej z powodu jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1 Pzp (wyjątki od zastosowania środków komunikacji elektronicznej). Zastosowanie znajdzie także regulacja zawarta w art. 133 ust. 3 Pzp, zobowiązująca zamawiającego do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu sposobu dostępu do informacji oraz wymagań związanych z ochroną ich poufnego charakteru w sytuacji, w której zamawiający nie może zapewnić dostępu do części OPW na stronie internetowej z powodu ochrony poufnego charakteru tych informacji.

3. Wyznaczanie terminów. Podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego w sektorowych negocjacjach z ogłoszeniem zamawiający mają możliwość wyznaczenia krótszego terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyjątkowych przypadkach podstawowy 30-dniowy termin może być skrócony do 15 dni. Ponadto termin na składanie ofert w zamówieniach sektorowych może zostać ustalony w drodze wzajemnego porozumienia między zamawiającym a wykonawcami. Termin na składanie ofert może też zostać wyznaczony samodzielnie przez zamawiającego i może wynosić nie mniej niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, przy czym 10-dniowy termin na składanie ofert zamawiający może wyznaczyć w przypadku nieosiągnięcia porozumienia z wykonawcami w sprawie terminu składania ofert. Jednocześnie wyznaczając ten termin, powinien uwzględnić czas potrzebny na przygotowanie i złożenie ofert.

4. Zaproszenie do negocjacji. Zamawiający zaprasza jednocześnie do negocjacji wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. W tym miejscu należy

przypomnieć, że – zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 381 ust. 1 Pzp – do procedury sektorowych negocjacji z ogłoszeniem stosuje się art. 146 ust. 1 Pzp. Tym samym zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) został złożony po terminie;
2) został złożony przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń;
3) jest niezgodny z przepisami ustawy;
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Art. 381 ust. 5 Pzp uprawnia zamawiających do ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, przy czym zamawiający może skorzystać z tej możliwości, o ile liczba zaproszonych wykonawców jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie

jest mniejsza niż 3. Pzp obliguje jednocześnie zamawiających, którzy zamierzają skorzystać z uprawnienia określonego w art. 381 ust. 5 Pzp, do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteriów selekcji, które zamierzają stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji, oraz podania minimalnej liczby wykonawców, których zaproszą do negocjacji. Zamawiający może też wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji. Zgodnie z dyspozycją art. 381 ust. 7 Pzp wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niezaproszonych do negocjacji uznaje się za odrzucone.

5. Negocjacje. Negocjacje umożliwiają zamawiającemu doprecyzowanie wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań, należy jednak pamiętać, że ich skutkiem nie może być zmiana minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie oraz w OPW. Zamawiający jest też zobowiązany do zapewnienia podczas negocjacji równego traktowania wszystkich wykonawców. Prowadzone negocjacje powinny mieć poufny charakter.

Art. 382.

Do dialogu konkurencyjnego stosuje się przepisy art. 169, art. 171–175, art. 176 ust. 2 i 3 i art. 177–188.

1. Dialog konkurencyjny. Zgodnie z art. 382 Pzp zamawiający udzielając zamówienia sektorowego w trybie dialogu konkurencyjnego, stosuje przepisy dotyczące dialogu konkurencyjnego właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne z wyjątkiem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania trybu dialogu

konkurencyjnego oraz terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zob. komentarz do art. 169–188 Pzp).

Art. 383.

Do partnerstwa innowacyjnego stosuje się przepisy art. 189–193, art. 194 ust. 2, art. 195 i art. 197–207.

1. Partnerstwo innowacyjne. W zakresie szczegółowych zasad dotyczących stosowania procedury partnerstwa innowacyjnego art. 383 Pzp odsyła do przepisów regulujących udzielanie zamówień w trybie partnerstwa innowacyjnego właściwych dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. komentarz do art. 189–207 Pzp). Do zamówień sektorowych nie stosuje się jednak przepisów dotyczących terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminu składania ofert wstępnych.

Art. 384.

W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego zamawiający może wyznaczyć termin składania:

1) **wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, a w wyjątkowych przypadkach 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania;**
2) **ofert z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty.**

1. Terminy w dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym. Odmiennością procedury dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego w zamówieniach sektorowych w stosunku do zamówień klasycznych jest możliwość wyznaczenia przez zamawiającego w zamówieniu sektorowym krótszego terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz elastyczność w zakresie wyznaczania terminu na składanie ofert. Zgodnie z art. 384 pkt 1 Pzp podstawowym terminem na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest termin 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE lub od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. W wyjątkowych przypadkach zamawiający może jednak skrócić ten termin do 15 dni. Zamawiający może też wyznaczyć dowolny termin na składanie ofert w tych trybach, pamiętając jednak, że powinien on uwzględniać czas potrzebny na przygotowanie i złożenie oferty.

Art. 385.

1. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi odpowiednio do składania ofert, do negocjacji, do udziału w dialogu albo do składania ofert wstępnych.

2. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania kryteria selekcji, które zamierza stosować, oraz liczbę wykonawców, których zamierza zaprosić, zapewniającą konkurencję.

1. Ograniczanie liczby zaproszonych wykonawców. Prowadząc postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi odpowiednio: do składania ofert, do negocjacji, do udziału w dialogu albo do składania ofert wstępnych. W tym celu musi jednak określić kryteria selekcji, które zastosuje do ograniczenia liczby wykonawców oraz liczbę wykonawców, których zamierza zaprosić. Liczba ta musi zapewnić istnienie konkurencji między wykonawcami. Kryteria selekcji oraz liczbę wykonawców zamawiający wskazuje odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców lub zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 386.

1. Do negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy art. 208 i art. 210–212.

2. Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia:

1) w przypadkach określonych w art. 209 ust. 1 pkt 2–4;

2) jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, albo nie zostały złożone żadne oferty, albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia,

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

1. Negocjacje bez ogłoszenia. Do zamówień sektorowych udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia zgodnie z dyspozycją art. 386 Pzp stosuje się przepisy dotyczące negocjacji bez ogłoszenia właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. komentarz do art. 208–212 Pzp), z wyjątkiem przesłanki zastosowania negocjacji bez ogłoszenia określonej w art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp, która nieco odmiennie została sformułowana dla zamówień sektorowych w art. 386 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przepis ten przewiduje szerszy niż w przypadku zamówień klasycznych katalog procedur przewidzianych dla postępowania poprzedzającego postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym nie wpłynęły żadne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub żadne oferty bądź złożone wnioski lub oferty podlegały odrzuceniu odpowiednio na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, art. 226 ust. 1 pkt 2 lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co upoważnia zamawiającego do skorzystania z negocjacji bez ogłoszenia. W zamówieniach sektorowych tryb negocjacji bez ogłoszenia może być zatem zastosowany nie tylko po nieudanym – z powodów, o których mowa powyżej – przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym, ale także po nieudanych sektorowych negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym albo partnerstwie innowacyjnym.

Art. 387.

Do zamówienia z wolnej ręki stosuje się przepisy art. 213 i art. 215–217.

1. Zamówienie z wolnej ręki. Do zamówień sektorowych udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z dyspozycją art. 387 Pzp

stosuje się przepisy dotyczące zamówienia z wolnej ręki właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (zob. komentarz do art. 213–217 Pzp).

Art. 388.

Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki:

1) w przypadkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1–5 i 9–14;

2) jeżeli:

a) w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych,

b) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji,

c) zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu

jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone,

d) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, albo nie zostały złożone żadne oferty, albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

1. Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z dyspozycją art. 388 pkt 1 Pzp zamawiający sektorowi uprawnieni są do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki co do zasady w tych samych okolicznościach co zamawiający klasyczni, z wyjątkiem okoliczności wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 6, które nieco odmiennie zostały określone dla zamówień sektorowych w art. 388 pkt 2 lit. d. Ponadto art. 388 pkt 2 lit. c Pzp odmiennie reguluje przesłanki umożliwiające zastosowanie zamówienia z wolnej ręki odnoszące się do zamówień udzielanych dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych. Art. 388 pkt 2 lit. c nie zawiera przewidzianego w art. 214 ust. 1 pkt 7 dla zamówień klasycznych ograniczenia, zgodnie z którym w trybie zamówienia z wolnej

ręki zamawiający może udzielić dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Poza tym art. 388 pkt 2 lit. c Pzp reguluje wymogi dotyczące określenia zakresu takich usług lub robót budowlanych. Zamawiający sektorowy może bowiem udzielić dotychczasowemu wykonawcy zamówienia na usługi lub roboty budowlane, polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeśli zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną udzielone, wskazano w opisie zamówienia podstawowego.

Z kolei art. 388 pkt 2 lit. a przewiduje przesłankę umożliwiającą skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, której nie przewidują przepisy odnoszące się do zamówień klasycznych. Zgodnie z tym przepisem zamówienie sektorowe może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki również w sytuacji, kiedy w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. Innymi słowy przepis ten umożliwia zamawiającym sektorowym wykorzystanie trwających w ograniczonym, bardzo krótkim okresie, szczególnie korzystnych uwarunkowań rynkowych.

Rozdział 5
Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień sektorowych

Art. 389.

1. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów udzielenia zamówienia sektorowego przewidzianych w ustawie.

2. Zamówień na podstawie umowy ramowej udziela się w oparciu o obiektywne zasady i kryteria, które mogą obejmować ponowne poddanie zamówienia konkurencji między wykonawcami będącymi stroną zawartej umowy ramowej.

3. Zamawiający określa zasady i sposób udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

4. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową na okres nie dłuższy niż 8 lat, chyba że zachodzą wyjątkowe sytuacje uzasadnione przedmiotem umowy. Do umowy ramowej stosuje się przepisy działu VII.

5. Udzielenie zamówienia objętego umową ramową może nastąpić wyłącznie między zamawiającymi wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu a wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej.

6. Do zamówień objętych umową ramową udzielanych po ponownym poddaniu zamówienia konkurencji między wykonawcami będącymi stroną zawartej umowy ramowej stosuje się przepis art. 253 ust. 1.

7. Jeżeli umowa ramowa została zawarta z większą liczbą wykonawców po złożeniu wszystkich ofert w postaci katalogów elektronicznych, zamawiający może postanowić, że ponowne poddanie zamówienia konkurencji będzie odbywało się w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne.

8. W przypadku, o którym mowa w ust. 7, zamawiający:

1) zaprasza wykonawców do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia albo

2) informuje wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze dane potrzebne do sporządzenia

ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że poinformował o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8 pkt 2, zamawiający:

1) informuje, z należytym wyprzedzeniem, wykonawców o terminie i godzinie pobrania danych potrzebnych do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia oraz zapewnia wykonawcom możliwość zaktualizowania katalogów elektronicznych lub odmówienia zgody na takie pobranie danych;

2) przed udzieleniem zamówienia przedstawia wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, pobrane dane oraz wyznacza temu wykonawcy odpowiedni termin na zakwestionowanie lub potwierdzenie, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów, przy czym jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie nie zakwestionuje tak sporządzonej oferty, uznaje się, że złożył ofertę.

1. Umowy ramowe w zamówieniach sektorowych. Przepisy art. 389 Pzp, wzorem dyrektywy sektorowej, regulują kwestię zawierania umów ramowych i udzielania zamówień w oparciu o umowy ramowe w zamówieniach sektorowych w sposób bardzo oszczędny, pozostawiając zamawiającym dość dużą swobodę w tym zakresie. Przepisy dotyczące umów ramowych w zamówieniach sektorowych przewidują też szereg odmienności od analogicznych regulacji przewidzianych dla zamówień klasycznych, ustanawiając tym samym bardziej liberalne zasady niż te, które mają zastosowanie do zamówień klasycznych.

Przede wszystkim zamawiający udzielający zamówienia sektorowego mają do wyboru szerszy katalog procedur, które mogą wykorzystać do przeprowadzenia postępowania, mającego na celu zawarcie umowy

ramowej, niż zamawiający klasyczni. W zamówieniach sektorowych umowa ramowa może być zawarta po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów przewidzianych dla zamówień sektorowych, podczas gdy w zamówieniach klasycznych wyłączone jest skorzystanie w tym celu z trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki.
Art. 389 Pzp nie reguluje też szczegółowo zasad udzielania zamówień w oparciu o umowę ramową, pozostawiając tę kwestię do określenia zamawiającemu. To zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 389 ust. 3 Pzp określa zasady i sposób udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej. Do niego zatem należy m.in. decyzja, czy zamówienie zostanie udzielone po ponownym poddaniu konkurencji, czy też nie. Musi jednakże zapewnić, że zamówienie zostanie udzielone w oparciu o obiektywne zasady i kryteria oraz wskazać je w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.
Art. 389 ust. 4 Pzp ogranicza możliwość zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 8 lat, przy czym należy podkreślić, że jest to regulacja bardziej liberalna niż w zamówieniach klasycznych, w których umowa ramowa co do zasady nie może być zawarta na okres dłuższy niż 4 lata. Przepis przewiduje ponadto pewien wyjątek od tej zasady, pozwalający na zawarcie umowy ramowej na okres dłuższy niż 8 lat, jeśli zachodzą wyjątkowe okoliczności uzasadnione przedmiotem umowy. Do umów ramowych w zamówieniach sektorowych zastosowanie znajdują także przepisy dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonania określone w dziale VII (zob. komentarz do art. 431–465).

2. Zamówienia udzielane na podstawie umowy ramowej. Zgodnie z art. 389 ust. 5 Pzp stronami zamówienia udzielonego na podstawie umowy ramowej mogą być wyłącznie zamawiający wskazani w ogłoszeniu

o zamówieniu opublikowanym dla postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej oraz wykonawcy będący stronami umowy ramowej. Celem tej regulacji jest zapobieżenie sytuacji, w której mogłoby dojść do nieuprawnionego rozszerzenia zakresu umowy ramowej poprzez umożliwienie udzielenia zamówienia na jej podstawie zamawiającym, którzy nie zostali uwzględnieni na etapie postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej. Przepis ma także na celu uniknięcie naruszenia konkurencji, do którego mogłoby dojść poprzez udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej wykonawcy, który nie jest stroną tej umowy. Z tego względu zasady określone w tym przepisie należy stosować także do zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej zawartej w jednym z trybów nieprzewidujących publikacji ogłoszenia.
W związku z powyższym stronami zamówienia udzielonego na podstawie umowy ramowej zawartej w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki powinni być wyłącznie zamawiający wskazani w zaproszeniu do negocjacji skierowanym do wykonawców na potrzeby zawarcia umowy ramowej oraz wykonawcy będący stronami umowy ramowej.
W przypadku, w którym zamawiający zdecyduje się udzielić zamówienia opartego na umowie ramowej w drodze ponownego poddania zamówienia konkurencji, zastosowanie znajdą przepisy zawarte w art. 253 ust. 1 Pzp, tj. regulacje zobowiązujące zamawiających do poinformowania po wyborze oferty najkorzystniejszej równocześnie wszystkich wykonawców o: wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, którzy złożyli oferty, punktacji przyznanej oferentom w każdym kryterium oceny ofert oraz łącznej punktacji, a także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Informacji tej musi towarzyszyć uzasadnienie faktyczne i prawne.

W sytuacji, w której umowa ramowa została zawarta z wieloma wykonawcami w wyniku postępowania, w którym oferty zostały złożone w formie katalogów elektronicznych, zamawiający na mocy art. 389 ust. 7 Pzp może postanowić, że ponowne poddanie zamówienia konkurencji odbędzie się w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne. W tym celu zamawiający może wybrać jeden z dwóch sposobów postępowania:

1) zaprosić wykonawców do ponownego złożenia katalogów elektronicznych dostosowanych do wymagań danego zamówienia albo
2) pobierać z katalogów elektronicznych dane potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia. Możliwość taka powinna jednak być uprzednio przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej, a przed pobraniem potrzebnych danych z posiadanych katalogów elektronicznych zamawiający powinien o takim zamiarze poinformować wykonawców z należytym wyprzedzeniem, podając im informacje o terminie i godzinie pobrania danych oraz zapewniając im możliwość zaktualizowania katalogów lub odmówienia zgody na pobranie potrzebnych danych. Korzystając z tej możliwości, zamawiający zobowiązany jest ponadto przed udzieleniem zamówienia przedstawić wykonawcy, któremu zamierza udzielić tego zamówienia, pobrane dane oraz wyznaczyć mu odpowiedni termin, w którym wykonawca może zakwestionować lub potwierdzić, że tak sporządzona oferta nie zawiera istotnych błędów. Brak sprzeciwu w wyznaczonym terminie uznaje się w takim wypadku za złożenie oferty przez wykonawcę w kształcie sformułowanym przez zamawiającego na podstawie pobranych danych.

Art. 390.

1. Zamawiający może nie przekazywać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia zawierającego informację o udzieleniu zamówienia objętego umową ramową albo unieważnieniu postępowania o udzielenie takiego zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie zawierające informację o udzieleniu zamówienia objętego umową ramową albo unieważnieniu postępowania o udzielenie takiego zamówienia, stosuje się przepis art. 265 ust. 2.

1. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Art. 390 ust. 1 Pzp zwalnia zamawiających udzielających zamówień sektorowych w oparciu o zawartą umowę ramową z obowiązku przekazania UPUE ogłoszenia o udzieleniu takiego zamówienia lub o unieważnieniu postępowania. Jeżeli jednak zamawiający nie zdecyduje się skorzystać z tego zwolnienia i postanowi przekazać UPUE do opublikowania w DUUE ogłoszenie o udzieleniu zamówienia lub o unieważnieniu postępowania, zastosowanie znajdą reguły określone w art. 265 ust. 2 Pzp, pozwalające mu oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji. Wskazanie niektórych informacji jako nieprzeznaczonych do publikacji możliwe jest tylko w sytuacji, jeżeli ich ujawnienie w treści ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Art. 391.

1. Zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów.

2. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub, w przypadku gdy okresowe ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, zamawiający udostępnia na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów informację o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów wraz z informacjami dotyczącymi dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:

1) **określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów wraz z szacowaną ilością;**
2) **okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów;**
3) **przewidywane terminy dokonywania zamówień;**
4) **wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert;**
5) **sposób funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów;**
6) **podział na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, o ile dynamiczny system zakupów zostanie podzielony na kategorie;**
7) **czy przewiduje się wymóg składania ofert w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty.**

3. Informacje, o których mowa w ust. 2, są dostępne na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów przez cały okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów.

4. W dynamicznym systemie zakupów minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wynosi, co do zasady, co najmniej 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu lub, w przypadku gdy okresowe ogłoszenie informacyjne

jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania i nie może być w żadnym przypadku krótszy niż 15 dni.

5. W dynamicznym systemie zakupów termin składania ofert można ustalić w drodze wzajemnego porozumienia między zamawiającym a wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu, pod warunkiem że wszyscy wykonawcy mają tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert. W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu składania ofert termin ten wynosi co najmniej 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

6. Do dynamicznego systemu zakupów stosuje się przepisy art. 316, art. 317, art. 319 ust. 2, art. 320–322, art. 323 ust. 2–7 i art. 324.

1. Dynamiczny system zakupów w zamówieniach sektorowych. Zamawiający udzielający zamówień sektorowych mają możliwość ustanawiania dynamicznych systemów zakupów. W takim przypadku, zgodnie z art. 391 ust. 2 Pzp, zobowiązani są udostępnić na stronie internetowej dynamicznego systemu zakupów informację o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów. Informacja taka powinna być dostępna przez cały okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów, począwszy od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE lub, w przypadku gdy okresowe ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Informacji o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów publikowanej na stronie dynamicznego systemu zakupów powinny także towarzyszyć najważniejsze informacje dotyczące systemu, pozwalające wykonawcom pozyskać podstawową

wiedzę na temat samego systemu i zamówień, które w jego ramach będą udzielane. Powinny one zawierać w szczególności:

1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów wraz z szacowaną ich ilością;
2) okres obowiązywania dynamicznego systemu zakupów;
3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert;
5) sposób funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów;
6) podział na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, o ile dynamiczny system zakupów zostanie podzielony na kategorie,
7) informację, czy przewiduje się wymóg składania ofert w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty.

2. Terminy składania wniosków oraz ofert. W dynamicznym systemie zakupów w zamówieniach sektorowych podstawowy termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu lub, w przypadku gdy okresowe ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Zamawiający może jednak wyznaczyć krótszy termin, z tym że nie może on być krótszy niż 15 dni.
Z kolei jeśli chodzi o termin składania ofert, art. 391 ust. 5 Pzp umożliwia ustalenie tego terminu w drodze wzajemnego porozumienia z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu, pod

warunkiem jednak, że tak ustalony termin daje wszystkim wykonawcom tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert. Jeżeli nie uda się osiągnąć porozumienia z wykonawcami odnośnie do terminu składania ofert, zamawiający samodzielnie wyznacza termin, pamiętając jednak, że nie może on być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

3. Odesłania do przepisów właściwych dla zamówień klasycznych.

Do dynamicznego systemu zakupów w zamówieniach sektorowych na mocy art. 391 ust. 6 Pzp znajdują także zastosowanie niektóre przepisy dotyczące dynamicznego systemu zakupów właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Dotyczy to m.in. regulacji ustanowionych w art. 316 Pzp określających podstawowe zasady ustanawiania dynamicznego systemu zakupów i udzielania zamówień objętych systemem. Zgodnie z tym przepisem zamawiający, udzielając zamówień objętych systemem, stosuje tryb przetargu ograniczonego. Może też podzielić system na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Cechy te mogą dotyczyć m.in. dopuszczalnej wielkości późniejszych zamówień lub obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane. Zamawiający może także zmienić okres trwania dynamicznego systemu zakupów. Musi jednak poinformować o tej zmianie potencjalnie zainteresowanych wykonawców, publikując w DUUE ogłoszenie o zmianach. W przypadku gdy zmiana okresu obowiązywania dynamicznego systemu zakupów wiąże się z jego zakończeniem, zamawiający powinien poinformować o tej zmianie, publikując w DUUE ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Art. 316 Pzp ustanawia też ogólną

zasadę, zgodnie z którą dostęp do dynamicznego systemu zakupów powinien być bezpłatny. Zamawiający nie może też wykorzystywać systemu do ograniczania konkurencji.

W postępowaniach prowadzonych w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz postępowaniach służących udzieleniu zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów do przekazywania wniosków, oświadczeń, dokumentów, zawiadomień, zaproszeń i innych informacji stosuje się środki komunikacji elektronicznej (art. 317 Pzp).

Zamawiający powinien również zapewnić wykonawcom nieobjętym systemem możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Możliwość taka powinna być dostępna dla wykonawców przez cały okres obowiązywania systemu (art. 319 ust. 2 Pzp).

Zastosowanie znajdują także przepisy określone w części dotyczącej zamówień klasycznych regulujące zasady kwalifikacji wykonawców do udziału w dynamicznym systemie zakupów (art. 320–322 Pzp), a także przepisy dotyczące zapraszania do składania ofert w systemach, które zostały podzielone na kategorie, oraz wyboru ofert i publikacji ogłoszeń o udzieleniu zamówienia (art. 323 ust. 2–7 Pzp). Stosuje się także przepisy dopuszczające możliwość wymagania przez zamawiającego, aby oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów zostały złożone w formie katalogów elektronicznych oraz dotyczące możliwości udzielenia zamówienia objętego systemem w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne (art. 324 Pzp).

Art. 392.

1. Przepisy ustawy właściwe dla zamówień sektorowych stosuje się do udzielania zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne

szczególne usługi, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro.

2. Zamawiający, udzielając zamówień, o których mowa w ust. 1, może nie stosować przepisów ustawy dotyczących:

1) obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu;

2) minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert;

3) obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego.

3. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, okresowym ogłoszeniu informacyjnym lub ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte kodami CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie warunki, o których mowa w art. 361 ust. 1.

4. W przypadkach, o których mowa w ust. 3, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata.

1. Specjalny reżim zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Usługi społeczne i inne szczególne usługi objęte specjalnym reżimem udzielania zamówień określonym w art. 392 ust. 1 Pzp zostały enumeratywnie wskazane w załączniku XVII do dyrektywy sektorowej

(zob. komentarz do art. 7 pkt 34 Pzp). Do zamówień sektorowych, których przedmiotem są usługi społeczne i inne szczególne usługi, stosuje się przepisy właściwe dla zamówień sektorowych określone w dziale V Pzp, o ile ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 1 000 000 euro. Poniżej wskazanej wartości Pzp nie ma zastosowania do tego rodzaju zamówień.

Ponadto w zamówieniu sektorowym na usługi społeczne i inne szczególne usługi zamawiający może skorzystać z dodatkowych udogodnień, tj. może nie stosować przepisów dotyczących obowiązku składania przez wykonawców oświadczeń na formularzu JEDZ, minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert oraz obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowych środków dowodowych. W powyższym zakresie wymagania, które będą miały zastosowanie w danym zamówieniu, będą zależały od tego, w jaki sposób ukształtuje je zamawiający. Oczywiście nie mogą one być sformułowane w sposób, który mógłby naruszać konkurencję lub prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

2. Zamówienia zastrzeżone w specjalnym reżimie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Wzorem zamówień klasycznych również w zamówieniach sektorowych przepisy dotyczące specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi przewidują dla zamawiającego możliwość zastrzeżenia prawa ubiegania się o zamówienie dla szczególnego typu wykonawców, którzy działają na szczególnych zasadach i realizują działania o charakterze użyteczności publicznej. Określając krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o tego typu zamówienia, art. 392 ust. 3 Pzp odsyła do regulacji obejmujących analogiczne rozwiązanie, właściwych dla zamówień klasycznych, gdzie w art. 361 ust. 1 Pzp (zob. komentarz do art. 361 ust. 1)

wskazano warunki, które muszą być spełnione łącznie przez wykonawcę, aby mógł zostać uznany za uprawnionego do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone w zamówieniach na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Zgodnie z tym przepisem prawo ubiegania się o zamówienie może być zastrzeżone dla wykonawców:

1) których celem działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem usług, do których odnoszą się zamówienia zastrzeżone oraz społeczna i zawodowa integracja osób wykluczonych, o których mowa w art. 94 Pzp;
2) którzy nie działają w celu osiągnięcia zysku, przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników;
3) których struktura zarządzania nimi lub ich struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie;
4) którym w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie udzielono zamówienia na podstawie tego przepisu przez tego samego zamawiającego.

Możliwość zastrzeżenia prawa ubiegania się o zamówienie nie dotyczy wszystkich usług społecznych i innych szczególnych usług, do których odnosi się specjalny reżim udzielania zamówień, a jedynie do wybranych kategorii usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych, wskazanych enumeratywnie w cytowanym przepisie poprzez odesłanie do konkretnych kodów CPV.

Zamawiający, korzystając z możliwości zastrzeżenia zamówienia, powinien stosowną informację na ten temat zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu, okresowym ogłoszeniu informacyjnym lub w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców.

Umowa, która zostanie zawarta w wyniku udzielenia zamówienia zastrzeżonego, nie może być zawarta na okres dłuższy niż 3 lata.

Rozdział 6
Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego

Art. 393.

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego:

1) zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108;

2) zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia;

3) zamawiający może żądać przedstawienia także innych podmiotowych środków dowodowych niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 128 ust. 6, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków oraz braku podstaw wykluczenia;

4) zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, 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.

2. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w SWZ nie przewidziano odrzucenia oferty na podstawie ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli jego zastosowanie prowadziłoby do nabycia urządzeń niekompatybilnych z urządzeniami, którymi dysponuje zamawiający, innymi trudnościami technicznymi w eksploatacji i utrzymaniu urządzeń lub wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

4. W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h.

5. Udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej. Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania

zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac.

1. Szczególne uprawnienia zamawiającego sektorowego w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Wzorem dyrektywy sektorowej art. 393 ust. 1 pkt 1–3 Pzp daje większą swobodę zamawiającym udzielającym zamówień sektorowych w zakresie ustalania wymagań związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców do udziału w postępowaniu. Zamawiający sektorowi mogą nie stosować podstaw wykluczenia, wskazanych w art. 108 Pzp. Jako że w przepisie tym zostały wskazane przesłanki powodujące obowiązek wykluczenia wykonawcy, z uprawnienia tego mogą, zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 1 Pzp, skorzystać jedynie zmawiający niebędący zamawiającymi publicznymi. Jest to konsekwencją regulacji zawartych w dyrektywie sektorowej, która co do zasady przyznaje zamawiającym sektorowym większą swobodę w określeniu zasad i kryteriów kwalifikacji i wykluczania wykonawców, zastrzegając jedynie, że powinny one być obiektywne i dostępne dla zainteresowanych wykonawców. Jednocześnie wskazuje że w przypadku, kiedy zamawiający jest zamawiającym publicznym, wspomniane zasady i kryteria muszą obejmować obowiązkowe podstawy wykluczenia określone w dyrektywie klasycznej.
Zamawiający może również – dotyczy to wszystkich kategorii zamawiających sektorowych – zastosować inne podstawy wykluczenia oraz inne warunki udziału w postępowaniu niż wskazane w przepisach właściwych dla zamówień klasycznych, z tym że muszą one mieć obiektywny charakter i zostać wskazane w dokumentach zamówienia. Ponadto jeżeli jest to konieczne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału i braku podstaw wykluczenia, zamawiający sektorowi

mogą żądać innych podmiotowych środków dowodowych niż określone w przepisach właściwych dla zamówień klasycznych.

2. Preferencje unijne. Art. 393 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 2 Pzp przenosi na grunt prawa krajowego wprowadzoną przepisami dyrektywy sektorowej tzw. preferencję unijną, którą może zastosować zamawiający sektorowy. Przepis ten reguluje w pewnym zakresie zasady dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych produktów pochodzących z krajów, z którymi UE nie ma zawartych umów gwarantujących wzajemny dostęp do rynków zamówień publicznych. Przewiduje on w tym zakresie dwa rodzaje narzędzi dla zamawiających sektorowych: odrzucenie oferty (przepis fakultatywny) lub zastosowanie tzw. preferencji cenowej (obowiązkowe). Odrzucenie oferty może zostać zastosowane tylko w zamówieniach na dostawy i dotyczy ofert, które zawierają mniej niż 50% produktów – w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych – pochodzących z państw członkowskich UE, państw, z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy sektorowej. Zastosowanie tego instrumentu zamawiający musi jednak przewidzieć już w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeśli postępowanie nie jest wszczynane ogłoszeniem – w SWZ. Preferencja cenowa ma natomiast zastosowanie w zamówieniach na dostawy, w których nie można wybrać najkorzystniejszej oferty ze względu na fakt, że dwie lub więcej ofert zawiera taką sama cenę lub przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w SWZ zamawiający nie przewidział możliwości odrzucenia ofert zawierających mniej niż 50% produktów pochodzących z państw członkowskich UE, państw, z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady

stosuje się przepisy dyrektywy sektorowej. W takiej sytuacji wybiera się ofertę, która nie podlegałaby odrzuceniu, gdyby ww. możliwość została przewidziana przez zamawiającego. Na potrzeby tego przepisu za takie same uważa się ceny, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a ceną oferty, która podlegałaby w ww. okolicznościach odrzuceniu, nie przekracza 3%. W konsekwencji cena oferty, która podlegałaby odrzuceniu z uwagi na niewystarczający udział produktów pochodzących z UE lub krajów, z którymi UE ma zawarte umowy lub które zostały uwzględnione w stosownej decyzji Rady, jest uznawana za równą cenie oferty zawierającej odpowiedni udział takich produktów zarówno w sytuacji, kiedy przedstawia dokładnie taką samą wartość, jak również wtedy, kiedy jest od niej niższa, ale nie więcej niż o 3%. W tej sytuacji zamawiający może zastosować preferencję względem oferty zawierającej odpowiedni udział takich produktów i wybrać ją jako najkorzystniejszą.
Preferencji cenowej zamawiający nie stosuje, jeżeli jej zastosowanie prowadziłoby do nabycia urządzeń niekompatybilnych z urządzeniami, którymi dysponuje zamawiający, wiązałoby się z innymi trudnościami technicznymi w eksploatacji i utrzymaniu urządzeń lub wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

3. Wyjątki od wykluczenia z udziału w postępowaniu. Art. 393 ust. 4 Pzp przewiduje wyjątki w zakresie wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu. Na mocy tego przepisu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego nie podlegają wykonawcy, o których mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj. wykonawcy, którzy:

1) powierzają, w tym samym czasie, wykonywanie pracy wielu cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
2) w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą uporczywie powierzają wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
3) powierzają wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach szczególnego wykorzystania.

4. Brak obowiązku powoływania komisji przetargowej. Zamawiający sektorowy nie ma obowiązku powołania komisji przetargowej. W sytuacji kiedy zamawiający nie powołuje komisji przetargowej, jest jednak zobowiązany do określenia sposobu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający sprawność udzielenia zamówienia, przejrzystość prac oraz indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności.

Art. 394.

1. Zamawiający albo organ właściwy z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego może, po przeprowadzeniu analizy właściwego rynku, wystąpić do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający, wykonujący działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4, działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony. Zamawiający niezwłocznie przekazuje kopię wniosku organowi właściwemu.

2. Zamawiający albo organ właściwy przeprowadza analizę rynku w zakresie danej działalności i sporządza wniosek, o którym mowa w ust. 1, zgodnie z wymaganiami określonymi w decyzji wykonawczej

Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotyczącej szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 275 z 12.10.2016, str. 39).

3. Zamawiający, którzy zgodnie z opublikowaną decyzją Komisji Europejskiej działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, nie stosują przepisów ustawy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w przypadku niewydania przez Komisję Europejską decyzji w terminie 7 miesięcy od dnia otrzymania wniosku, o którym mowa w ust. 1.

4. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, organy właściwe do występowania z wnioskiem, o którym mowa w ust. 1, mając na względzie rodzaj działalności oraz zakres działania organów, a także znajomość przez te organy funkcjonowania rynku w zakresie danej działalności.

1. Wyłączenie działalności sektorowej wykonywanej na rynku konkurencyjnym. Art. 394 Pzp wprowadza do prawa krajowego mechanizm, przewidziany dyrektywą sektorową, służący wyłączeniu spod procedur zamówień publicznych tych kategorii działalności sektorowych lub ich części, które są prowadzone w warunkach pełnej konkurencji. W preambule do dyrektywy sektorowej w motywie 2 wyjaśniono, że celem regulacji unijnych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie zamówień w określonych sektorach na konkurencję. Tym samym należy przyjąć, że nie jest celowe stosowanie procedur zamówień publicznych do zamówień służących prowadzeniu działalności, która jest wykonywana w warunkach konkurencji. Potwierdza to motyw

43 preambuły do dyrektywy, w którym wskazano, że dyrektywa sektorowa nie powinna mieć zastosowania do działalności wymienionej w dyrektywie jako działalność sektorowa objęta jej zakresem, jeżeli w państwie członkowskim, w którym jest ona wykonywana, podlega bezpośrednio konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.
Art. 394 ust. 1 Pzp upoważnia zatem zamawiających albo właściwe organy, które mogą działać w tej sprawie na wniosek zamawiającego lub z własnej inicjatywy, do wystąpienia do KE z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający, wykonujący działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony. Organy właściwe wskazane są w rozporządzeniu RM wydanym na podstawie art. 394 ust. 4 Pzp. Jeżeli z wnioskiem takim występuje zamawiający, zobowiązany jest do przekazania jego kopii właściwemu organowi. Wystąpienie z wnioskiem powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem odpowiednio przez zamawiającego lub przez właściwy organ analizy właściwego rynku pod kątem tego, czy jest to rynek konkurencyjny, do którego dostęp nie jest ograniczony. Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w dyrektywie sektorowej istnienie konkurencji ocenia się w oparciu o kryteria dotyczące konkurencji określone w TFUE. Mogą one obejmować cechy produktów lub usług uważanych za zastępowalne po stronie popytu lub podaży, ceny oraz rzeczywistą lub potencjalną obecność więcej niż jednego dostawcy przedmiotowych produktów lub usług. Ocena tego, czy dostęp do danego rynku jest nieograniczony, powinna natomiast uwzględniać w szczególności istotne cechy danych produktów lub usług, istnienie barier wejścia na rynek lub preferencji konsumentów, znaczące różnice w udziałach rynkowych przedsiębiorstw między analizowanym obszarem a obszarami sąsiednimi lub istotne różnice cen. Przyjmuje się, bez konieczności weryfikowania

danego rynku, że dostęp do niego jest nieograniczony, jeżeli dane państwo członkowskie wdrożyło i stosuje przepisy unijne wymienione w załączniku III do dyrektywy sektorowej.

Analiza oraz stosowny wniosek powinny być przeprowadzone i sporządzone zgodnie ze szczegółowymi zasadami i wymaganiami określonymi w decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2016/1804[2]. Skutkiem stwierdzenia przez KE, że dana działalność prowadzona jest na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony, jest wyłączenie danej działalności spod przepisów Pzp. W takiej sytuacji zamawiający prowadzący działalność, w odniesieniu do której została wydana decyzja KE, nie jest zobowiązany stosować procedur zamówień publicznych określonych w Pzp do zamówień udzielanych w celu prowadzenia tej działalności. Taki sam skutek wywoła brak stosownej decyzji KE po upływie 7 miesięcy od dnia złożenia wniosku.

[2] Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotycząca szczegółowych zasad stosowania art. 34 i art. 35 dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE nr L 275 z 12.10.2016, str. 39)

DZIAŁ VI
Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Rozdział 1
Zakres zastosowania

Art. 395.

1. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

1) stosuje się przepisy:

a) działu II:

– z wyjątkiem art. 83, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 2, art. 92, art. 94, art. 100–102, art. 110 ust. 2 i 3, art. 115 ust. 2, art. 125 ust. 2, 3 i 6, art. 126 ust. 1 i 2, art. 127, art. 222 ust. 2–5, art. 245 ust. 6 i art. 262,

– rozdziału 3, z wyjątkiem art. 129 i art. 130 ust. 2, chyba, że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej,

b) działu IV rozdziału 1, z wyjątkiem art. 311 ust. 1 i 3;

2) nie stosuje się przepisów art. 21–23, art. 72 ust. 1 pkt 5, art. 78 ust. 4, art. 442 ust. 1 i 2, art. 443, art. 446 i art. 448.

2. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów działu I rozdziału 7 w zakresie, w jakim przewidują obowiązek komunikacji z wykonawcą wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz art. 97 ust. 10 w zakresie, w jakim przewiduje obowiązek przekazania oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.

3. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów ustawy właściwych dla przetargu nieograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dynamicznego systemu zakupów oraz konkursu.

1. Odesłanie. Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy ogólne działu I Pzp, z wyjątkiem przepisów dotyczących polityki zakupowej państwa i planów postępowań o udzielenie zamówienia (art. 21–23 Pzp), obowiązku wskazania w protokole postępowania powodów odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych (art. 72 ust. 1 pkt 5 Pzp) i obowiązku przechowywania protokołu postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza cztery lata[1] (art. 78 ust. 4 Pzp). Spośród przepisów działu II Pzp nie stosuje się przepisów dotyczących analizy potrzeb zamawiającego (art. 83 Pzp), obowiązku przekazywania ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy klasycznej[2] (art. 87 ust. 2 Pzp), wstępnego ogłoszenia

[1] Odrębne uregulowanie w tym zakresie na potrzeby zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawarto w art. 421 ust. 4 Pzp

[2] Z formalnego punktu widzenia w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ogłoszenia są przekazywane zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej, o czym stanowi art. 399 Pzp

informacyjnego zamieszczanego przez zamawiających udzielających zamówień klasycznych[3] (art. 89 ust. 1 i 3 Pzp[4]), obowiązku wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 Pzp), ofert wariantowych[5] (art. 92 Pzp), zamówień zastrzeżonych (art. 94 Pzp), opisu przedmiotu zamówienia[6] (art. 100–102 Pzp), możliwości podejmowania przez wykonawców, w stosunku do których zachodzą podstawy wykluczenia, działań naprawczych w ramach procedury *self-cleaning* (art. 110 ust. 2 i 3 Pzp), ograniczenia wysokości wymaganych minimalnych rocznych przychodów do dwukrotności wartości zamówienia (art. 115 ust. 2 Pzp), jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (art. 125 ust. 2, 3 i 6 Pzp), żądania podmiotowych środków dowodowych dopiero przed wyborem oferty najkorzystniejszej (art. 126 ust. 1 i 2 Pzp), wyłączenia obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych (art. 127 Pzp), otwarcia ofert przy użyciu systemu teleinformatycznego (art. 222 ust. 2–5 Pzp), obowiązkowych metod rachunku kosztów cyklu życia (art. 245 ust. 6 Pzp) i obowiązku niezwłocznego zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego

---

[3] Wstępne ogłoszenie informacyjne zostało na użytek zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulowane odrębnie w art. 402 Pzp

[4] Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się natomiast przepis art. 89 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przekazać UPUE ogłoszenie o publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego (ogłoszenie o profilu nabywcy), jeżeli wstępne ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane przez zamawiającego na stronie internetowej zamawiającego.

[5] Oferty wariantowe w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały uregulowane w art. 403 Pzp

[6] Opis przedmiotu zamówienia w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został uregulowany w art. 400 Pzp

przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia[7] (art. 262 Pzp).

Rozdział 3 w dziale II Pzp reguluje tryby udzielania zamówień klasycznych. Z uwagi na odmienny katalog trybów dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret drugie Pzp wprost wyłącza stosowanie art. 129 Pzp zawierającego katalog trybów udzielenia zamówienia dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień klasycznych. Dodatkowo, udzielając zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający nie stosuje mechanizmu przewidzianego w art. 130 ust. 2 Pzp pozwalającego, przy spełnieniu określonych w tym przepisie warunków, na wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego przez przekazanie zaproszenia do negocjacji lub dialogu, bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, po nieudanym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Pozostałe przepisy działu II rozdziału 3 Pzp znajdują zastosowanie, chyba że ich niestosowanie zostało przewidziane w przepisach działu VI Pzp.

Do **przetargu ograniczonego** nie stosuje się przepisów dotyczących obowiązku zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (art. 141 Pzp), treści

[7] W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający ma obowiązek zawiadomić niezwłocznie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia, jedynie na ich wniosek, o czym stanowi art. 418 ust. 3 Pzp

SWZ (art. 142 Pzp), wyjaśnień treści SWZ (art. 143 ust. 1–3 Pzp), możliwości wyznaczenia piętnastodniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia[8] (art. 144 ust. 2 Pzp), możliwości ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert[9] (art. 148 Pzp), zaproszenia do składania ofert[10] (art. 149 i 150 Pzp) i terminu składania ofert[11] (art. 151 Pzp).

Do **negocjacji z ogłoszeniem** nie stosuje się przepisów dotyczących możliwości udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji (art. 152 ust. 2 Pzp), przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem (art. 153 Pzp), możliwości odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu po nieudanym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego (art. 154 Pzp), treści OPW[12] (art. 155 ust. 2 i 3, art. 156 ust. 1, 2 i 4 i art. 157

---

[8] W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może zostać skrócony przez zamawiającego do 10 dni liczonych od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o czym mowa w art. 411 ust. 7 Pzp

[9] Możliwość ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert w trybie przetargu ograniczonego została na użytek zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulowana odrębnie w art. 411 ust. 8 Pzp

[10] Zaproszenie do składania ofert w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie przetargu ograniczonego zostało uregulowane w art. 411 ust. 12 Pzp

[11] Terminy składania ofert w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie przetargu ograniczonego zostały uregulowane w art. 411 ust. 13–16 Pzp

[12] Zawartość OPW w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem została uregulowana w art. 412 ust. 2 i 3 Pzp

ust. 2 Pzp), zaproszenia do składania ofert wstępnych[13] (art. 160 i 161 Pzp), terminu składania ofert wstępnych (art. 162 Pzp), wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji (art. 163 ust. 1 Pzp), treści SWZ[14] (art. 167 ust. 3 Pzp) oraz zaproszenia do składania ofert ostatecznych[15] (art. 168 ust. 2 pkt 1–3 i ust. 3 Pzp).

Do **dialogu konkurencyjnego** nie stosuje się przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu dialogu konkurencyjnego (art. 170 Pzp), obowiązku zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia (art. 173 Pzp), treści OPW[16] (art. 174 ust. 1 Pzp), zaproszenia do dialogu[17] (art. 178 ust. 1 i 3 i art. 179 Pzp),

---

[13] Zaproszenie do składania ofert wstępnych w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem zostało uregulowane w art. 412 ust. 7 Pzp

[14] Zawartość SWZ w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem została uregulowana w art. 412 ust. 8 zdanie drugie Pzp

[15] Zaproszenie do składania ofert ostatecznych w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem zostało uregulowane w art. 412 ust. 8 Pzp

[16] Zawartość OPW w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego została uregulowana w art. 413 ust. 3 i 4 Pzp

[17] Zaproszenie do dialogu w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego zostało uregulowane w art. 413 ust. 7 Pzp

treści SWZ[18] (art. 185 ust. 2 Pzp) oraz zaproszenia do składania ofert[19] (art. 186 ust. 2 Pzp).

Do **negocjacji bez ogłoszenia** nie stosuje się przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 209 Pzp) i zaproszenia do negocjacji[20] (art. 210 ust. 3 i 4 Pzp).

Do **zamówienia z wolnej ręki** nie stosuje się przepisów dotyczących części przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 214 ust. 1 pkt 2–8 oraz ust. 2 i 3 Pzp).

Z przepisów działu IV Pzp regulujących szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się jedynie dotyczące umów ramowych przepisy rozdziału 1, z wyjątkiem przepisów dotyczących katalogu trybów, w których można przeprowadzić postępowanie prowadzące do zawarcia umowy ramowej,[21] (art. 311 ust. 1 Pzp) i ograniczenia możliwości zawarcia umowy ramowej na okres do czterech lat[22] (art. 311 ust. 3 Pzp).

---

[18] Zawartość SWZ w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego została uregulowana w art. 413 ust. 8 zdanie drugie Pzp

[19] Zaproszenie do składania ofert w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego zostało uregulowane w art. 413 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp

[20] Zaproszenie do negocjacji w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia zostało uregulowane w art. 414 ust. 3 Pzp

[21] Katalog trybów, w których można przeprowadzić postępowanie prowadzące do zawarcia umowy ramowej, został na użytek zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulowany odrębnie w art. 422 ust. 1 Pzp

[22] W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa umowę ramową zawiera się, co do zasady, na okres do siedmiu lat, o czym stanowi art. 422 ust. 2 Pzp

Przepisy działu IV

- rozdziału 2 regulującego dynamiczne systemy zakupów,
- rozdziału 3 dotyczącego konkursu

i

- rozdziału 4 regulującego zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi

nie znajdują zastosowania do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Przepisy działu VII Pzp regulujące umowy w sprawie zamówienia publicznego i ich wykonanie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z wyjątkiem części przepisów dotyczących zaliczek[23] (art. 442 ust. 1 i 2 Pzp), płatności częściowych (art. 443 Pzp), przepisów dotyczących raportu z realizacji zamówienia (art. 446 Pzp) i przepisów dotyczących ogłoszenia o wykonaniu umowy[24] (art. 448 Pzp). Przepisy dotyczące organów właściwych w sprawach zamówień (dział VIII Pzp), środków ochrony prawnej[25] (dział IX Pzp), pozasądowego rozwiązywania sporów (dział X Pzp) i kontroli udzielania zamówień (dział XI Pzp) do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się w całości.

2. Porozumiewanie się zamawiającego z wykonawcami. Przepis art. 395 ust. 2 Pzp wyłącza stosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisów działu I rozdziału 7 Pzp w zakresie, w jakim

---

[23] Zaliczki zostały na potrzeby zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulowane częściowo odrębnie w art. 420 Pzp

[24] W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający ma obowiązek sporządzenia i przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wykonaniu umowy zgodnie z art. 421 ust. 5 Pzp

[25] Zwrócić należy uwagę na pewne odrębności w zakresie okresu zawieszenia możliwości zawarcia umowy wynikające z art. 421 ust. 1 i 2 Pzp

przewidują obowiązek komunikacji z wykonawcą wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu Prawa pocztowego, osobiście, przez posłańca, przy użyciu faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie znajduje zastosowania obowiązek porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Niemniej jednak w przypadku gdy na mocy decyzji zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa komunikacja między zamawiającym a wykonawcami będzie odbywać się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, przepisy działu I rozdziału 7 Pzp znajdą zastosowanie. Oznacza to w szczególności obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej (art. 67 Pzp). Oznacza to ponadto obowiązek zagwarantowania, że przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, które zapewniają zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniają możliwość zapoznania się

z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie (art. 68 Pzp). Zastosowanie znajdą także przepisy wykonawcze wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 70 Pzp, dotyczące sposobu sporządzania oraz sposobu i trybu przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert, oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, oraz innych informacji, oświadczeń lub dokumentów, przekazywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych zawierających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, oraz inne informacje, oświadczenia lub dokumenty, przekazywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz wymagań technicznych odnoszących się do środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Elektroniczna postać gwarancji lub poręczenia wnoszonych jako wadium. Przepis art. 395 ust. 2 Pzp wyłącza również stosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisu art. 97 ust. 10 Pzp w zakresie, w jakim ten przepis przewiduje obowiązek przekazania oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Zgodnie bowiem z art. 97 ust. 10 Pzp, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia udzielanego przez fundusz poręczeniowy w rozumieniu w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, wykonawca

ma obowiązek przekazać zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawca nie ma obowiązku przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Niemniej jednak w sytuacji, gdy na mocy decyzji zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa komunikacja między zamawiającym a wykonawcami będzie odbywała się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wykonawca będzie miał obowiązek przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.

4. Tryby i procedury udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 395 ust. 3 Pzp wyłącza stosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa niektórych przepisów ustawy w zakresie, w jakim odnoszą się do przetargu nieograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dynamicznego systemu zakupów oraz konkursu. W pozostałym zakresie te przepisy znajdują zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udziela się w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki. Katalog trybów postępowania dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie obejmuje przetargu nieograniczonego i partnerstwa innowacyjnego. Niemniej jednak do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajduje zastosowanie szereg przepisów, które regulują obok trybów przetargu

ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia czy zamówienia z wolnej ręki również tryby przetargu nieograniczonego i partnerstwa innowacyjnego.
Tytułem przykładu do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepis art. 130 ust. 1 Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie ogłoszenia do UPUE w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego, zaś w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie wykonawcom zaproszenia do negocjacji. W ocenie ustawodawcy wyłączanie stosowania tej regulacji do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa byłoby niecelowe. Wiązałoby się bowiem z koniecznością wprowadzenia analogicznego przepisu w dziale VI Pzp, który uwzględniałby odrębności charakterystyczne dla reżimu udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W konsekwencji, dzięki rozwiązaniu przyjętemu w art. 395 ust. 3 Pzp, normę wyrażoną w art. 130 ust. 1 Pzp należy w odniesieniu do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa odczytywać w ten sposób, że w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UPUE, zaś w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie wykonawcom zaproszenia do negocjacji.

Ponadto w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie ma możliwości zastosowania dynamicznego systemu zakupów ani przeprowadzenia konkursu. Niemniej jednak do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajduje zastosowanie szereg przepisów, które regulują częściowo również procedury dynamicznego systemu zakupów lub konkursu.

Tytułem przykładu do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajduje zastosowanie przepis art. 93 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo dopuścić dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo przewidzieć obowiązek złożenia katalogu elektronicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. W świetle art. 395 ust. 3 Pzp normę wyrażoną w art. 93 ust. 1 Pzp należy w odniesieniu do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa odczytywać w ten sposób, że w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający może wymagać złożenia oferty w postaci katalogu elektronicznego albo wymagać dołączenia katalogu elektronicznego do składanej oferty, albo dopuścić dołączenie katalogu elektronicznego do składanej oferty.

Podobnie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepis art. 29 ust. 1 Pzp, na mocy którego zamawiający nie może zaniżać wartości zamówienia lub konkursu ani wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia

stosowania przepisów ustawy. W odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis ten należy odczytywać w ten sposób, że zakazuje on zamawiającemu zaniżania wartości zamówienia oraz dokonywania wyboru sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajduje zastosowanie przepis art. 38 ust. 1 Pzp, w myśl którego zamawiający mogą wspólnie przygotować lub przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia lub zorganizować konkurs, udzielić zamówienia, zawrzeć umowę ramową, ustanowić dynamiczny system zakupów lub udzielić zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów. Przepis ten w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa należy odczytywać w ten sposób, że pozwala on zamawiającym na wspólne przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej.

Art. 396.

1. Przepisy niniejszego działu stosuje się również do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy ustawy, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur określonych w ustawie łączyć innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Zamówienia mieszane. Przepisy regulujące procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajdują zastosowanie również do zamówień mieszanych, które oprócz części podlegających reżimowi udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawierają części podlegające reżimowi udzielania zamówień klasycznych lub sektorowych. W konsekwencji, jeżeli zamówienie mieszane obejmuje równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy Pzp, zawsze stosuje się przepisy działu VI Pzp, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest obiektywnie uzasadnione. To rozwiązanie wynika wprost z art. 3 ust. 1 dyrektywy obronnej. Zgodnie z tym przepisem zamówienie objęte zakresem stosowania dyrektywy obronnej i częściowo dyrektywy klasycznej lub dyrektywy sektorowej powinno być udzielone zgodnie z dyrektywą obronną, o ile udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

2. Zakaz łączenia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z innymi zamówieniami. Przepis art. 396 ust. 2 Pzp zakazuje zamawiającemu łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu uniknięcia stosowania przewidzianych Pzp procedur udzielania zamówień.

Art. 397.

Jeżeli zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmuje usługi o charakterze priorytetowym oraz usługi o charakterze niepriorytetowym, określone w załącznikach I i II do dyrektywy 2009/81/WE, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług, których szacowana wartość jest większa.

1. Podział usług na usługi priorytetowe i usługi nieprioritetowe. W przypadku zamówień klasycznych i zamówień sektorowych zniesiony został podział usług na usługi zwane priorytetowymi i usługi zwane nieprioritetowymi przy jednoczesnym wprowadzeniu specjalnego (łagodniejszego) reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Natomiast w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podział usług na priorytetowe i nieprioritetowe został zachowany. W odróżnieniu do usług priorytetowych usługi nieprioritetowe to takie usługi, których znaczenie dla rynku zamówień jest ograniczone. Jak wskazano w motywie 37 preambuły dyrektywy obronnej w odniesieniu do zamówień na usługi, pełne zastosowanie przepisów dyrektywy powinno zostać ograniczone do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego. Usługami priorytetowymi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu załącznika I do dyrektywy obronnej są:

1) usługi konserwacyjne i naprawcze objęte kodami CPV 50000000-5, od 50100000-6 do 50884000-5 (z wyjątkiem od 50310000-1 do 50324200-4 i 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0) oraz od 51000000-9 do 51900000-1,
2) usługi związane z zagraniczną pomocą wojskową objęte kodem CPV 75211300-1,
3) usługi w dziedzinie obrony, usługi w dziedzinie obrony wojskowej oraz usługi w dziedzinie obrony cywilnej objęte kodami CPV 75220000-4, 75221000-1, 75222000-8,
4) usługi w zakresie działalności detektywistycznej i ochroniarskiej objęte kodami CPV od 79700000-1 do 79720000-7,

5) usługi transportu lądowego objęte kodami CPV 60000000-8, od 60100000-9 do 60183000-4 (z wyjątkiem 60160000-7, 60161000-4), oraz od 64120000-3 do 64121200-2,
6) usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty, objęte kodami CPV 60400000-2, od 60410000-5 do 60424120-3 (z wyjątkiem 60411000-2, 60421000-5), od 60440000-4 do 60445000-9 oraz 60500000-3,
7) transport poczty drogą lądową i lotniczą objęty kodami CPV 60160000-7, 60161000-4, 60411000-2, 60421000-5,
8) usługi w zakresie transportu kolejowego objęte kodami CPV od 60200000-0 do 60220000-6,
9) usługi w zakresie transportu wodnego objęte kodami CPV od 60600000-4 do 60653000-0, i od 63727000-1 do 63727200-3,
10) usługi pomocnicze i wspomagające transport objęte kodami CPV od 63100000-0 do 63111000-0, od 63120000-6 do 63121100-4, 63122000-0, 63512000-1 oraz od 63520000-0 do 6370000-6,
11) usługi telekomunikacyjne objęte kodami CPV od 64200000-8 do 64228200-2, 72318000–7 i od 72700000-7 do 72720000-3,
12) usługi finansowe: usługi ubezpieczeniowe objęte kodami CPV od 66500000-5 do 66720000-3,
13) usługi komputerowe i usługi z nimi związane objęte kodami CPV od 50310000-1 do 50324200-4, od 72000000-5 do 72920000-5 (z wyjątkiem 72318000-7 i od 72700000-7 do 72720000-3), 79342410-4, 9342410-4,
14) usługi (z wyjątkiem usług w zakresie badań i rozwoju, o których mowa w art. 13 lit. j) dyrektywy) związane z badaniami i rozwojem oraz badania diagnostyczne objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73436000-7,

15) usługi w dziedzinie księgowości, rachunkowości, kontroli finansowej i prowadzenia ksiąg rachunkowych objęte kodami CPV od 79210000-9 do 79212500-8,
16) usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania (z wyjątkiem usług arbitrażowych i koncyliacyjnych) i usługi z nimi związane objęte kodami CPV od 73200000-4 do 73220000-0, od 79400000-8 do 79421200-3 oraz 79342000-3, 79342100-4, 79342300-6, 79342320-2, 79342321-9, 79910000-6, 79991000-7 98362000-8,
17) usługi architektoniczne; usługi inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi inżynieryjne z zakresu urbanistyki i architektury krajobrazu; związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych objęte kodami CPV od 71000000-8 do 71900000-7 (z wyjątkiem 71550000-8) i 79994000-8,
18) usługi sprzątania budynków i usługi zarządzania mieniem objęte kodami CPV od 70300000-4 do 70340000-6 i od 90900000-6 do 90924000-0,
19) usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne objęte kodami CPV od 90400000-1 do 90743200-9 (z wyjątkiem 90712200-3), od 90910000-9 do 90920000-2 oraz 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0,
20) usługi w zakresie szkolenia i symulacji w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa objęte kodami CPV 80330000-6, 80600000-0, 80610000-3, 80620000-6, 80630000-9, 80640000-2, 80650000-5, 80660000-8.

Z kolei jako usługi nieprioritetowe w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w załączniku II do dyrektywy obronnej wymienione zostały:

1) usługi hotelarskie i restauratorskie objęte kodami CPV od 55100000-1 do 55524000-9 oraz od 98340000-8 do 98341100-6,
2) usługi dodatkowe i pomocnicze w zakresie transportu objęte kodami CPV od 63000000-9 do 63734000-3 (z wyjątkiem 63711200-8, 63712700-0, 63712710-3), od 63727000-1 do 63727200-3 oraz 98361000-1,
3) usługi prawne objęte kodami CPV od 79100000-5 do 79140000-7,
4) usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu (z wyjątkiem umów o pracę) objęte kodami CPV od 79600000-0 do 79635000-4 (z wyjątkiem 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) i od 98500000-8 do 98514000-9,
5) usługi w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej objęte kodami CPV 79611000-0 i od 85000000-9 do 85323000-9 (z wyjątkiem 85321000-5 i 85322000-2),
6) inne usługi.

2. Zamówienia mieszane. Przepis art. 397 Pzp rozstrzyga, jak traktować zamówienia obejmujące jednocześnie usługi priorytetowe i usługi niepriorytetowe. W takim przypadku decydująca jest wartość usług. Jeżeli wartość usług priorytetowych jest większa niż wartość usług niepriorytetowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy Pzp regulujące udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w całości. Jeżeli wartość usług priorytetowych jest mniejsza niż wartość usług niepriorytetowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy w zakresie wynikającym z art. 398 Pzp.

Art. 398.

Do postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, określone w załączniku

II do dyrektywy 2009/81/WE, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących:

1) przesłanek wyboru trybu dialogu konkurencyjnego;

2) badania podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108;

3) minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert;

4) obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego.

1. Otwarty katalog usług niepriorytetowych. Katalog usług niepriorytetowych ma charakter otwarty. Zgodnie załącznikiem II do dyrektywy obronnej do usług niepriorytetowych, oprócz usług hotelarskich i restauratorskich objętych kodami CPV od 55100000-1 do 55524000-9 oraz od 98340000-8 do 98341100-6, usług dodatkowych i pomocniczych w zakresie transportu objętych kodami CPV od 63000000-9 do 63734000-3 (z wyjątkiem 63711200-8, 63712700-0, 63712710-3), od 63727000-1 do 63727200-3 oraz 98361000-1, usług prawnych objętych kodami CPV od 79100000-5 do 79140000-7, usług rekrutacji i pozyskiwania personelu (z wyjątkiem umów o pracę) objętych kodami CPV od 79600000-0 do 79635000-4 (z wyjątkiem 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) i od 98500000-8 do 98514000-9 oraz usług w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej objętych kodami CPV 79611000-0 i od 85000000-9 do 85323000-9 (z wyjątkiem 85321000-5 i 85322000-2), zalicza się inne usługi. Oznacza to, że oprócz usług wymienionych w załączniku II do dyrektywy obronnej jako usługi niepriorytetowe należy traktować wszystkie usługi, które nie zostały wymienione w załączniku I do dyrektywy obronnej.

2. Zakres zastosowania przepisów Pzp. Do zamówień na usługi niepriorytetowe przepisy Pzp stosuje się w ograniczonym zakresie.

Do zamówień na tego rodzaju usługi nie stosuje się bowiem:

1) przesłanek wyboru trybu dialogu konkurencyjnego,
2) badania obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108 Pzp,
3) minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
4) obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego.

Oznacza to, po pierwsze, że zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na którąkolwiek z usług niepriorytetowych, ma możliwość zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego bez konieczności wykazywania, że zachodzi przewidziana w art. 413 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp przesłanka, tj. że ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Po drugie, zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na usługi niepriorytetowe nie ma obowiązku badania obligatoryjnych podstaw wykluczenia.

Po trzecie, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na usługi niepriorytetowe, zamawiający może wyznaczyć terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert krótsze niż terminy minimalne wynikające z przepisów Pzp.

Wreszcie po czwarte, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na usługi niepriorytetowe nie znajduje zastosowania obowiązek żądania dokumentów jako podmiotowych środków

dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriów selekcji.

Rozdział 2
Postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Art. 399.

Ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przekazuje się do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskie zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VI do dyrektywy 2009/81/WE.

1. Standardowe formularze ogłoszeń. Obowiązujące standardowe formularze ogłoszeń publikowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały ustanowione na mocy rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń[26]. Pamiętać jednak należy o „oczekującym" rozporządzeniu Komisji (UE) 2019/1780[27]. Przepisy rozporządzenia 2019/1780 znajdą zastosowanie dopiero od dnia 14 listopada 2022 r. Nie oznacza to jednak równoczesnej utraty mocy obowiązującej przez przepisy rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń. Zgodnie bowiem z motywem 11 preambuły rozporządzenia 2019/1780, pomiędzy datą rozpoczęcia stosowania rozporządzenia 2019/1780 a datą uchylenia rozporządzenia Komisji (UE)

[26] Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1
[27] Dz. Urz. UE L 272 z 25.10.2019, str. 7

w sprawie ogłoszeń należy wprowadzić **okres przejściowy**, uwzględniający czas potrzebny na przygotowanie elektronicznych wersji standardowych formularzy umożliwiających wymianę danych.
Okres przejściowy, o którym mowa, zakończy się z dniem 25 października 2023 r., kiedy przestaną obowiązywać przepisy rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń.
2. Strona internetowa. Zgodnie z ust. 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej ustanowione przez Komisję Europejską procedury i format elektronicznego przesyłania ogłoszeń są dostępne pod adresem internetowym: http://simap.europa.eu.

Art. 400.

1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przedmiot zamówienia opisuje się z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w tym związanych z bezpieczeństwem produktu, oraz międzynarodowych porozumień normalizacyjnych, w jeden z następujących sposobów:

1) przez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do:

a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

b) norm cywilnych innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,

c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady

(UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG,

d) wspólnych cywilnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE,

e) Polskich Norm przenoszących normy międzynarodowe,

f) norm cywilnych innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy międzynarodowe,

g) cywilnych norm międzynarodowych,

h) systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne,

i) cywilnych specyfikacji technicznych,

j) krajowych norm obronnych oraz specyfikacji w dziedzinie sprzętu obronnego podobnych do tych norm;

2) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić

wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;

3) przez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 2, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 1, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności;

4) przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 1, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 2, w zakresie wybranych cech.

2. W przypadku braku systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. h, przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności:

1) Polskie Normy;

2) normy cywilne państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

3) krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych;

4) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;

5) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

3. Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i ust. 2, zamawiający

jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne".

4. W przypadku gdy zamawiający korzysta z możliwości odniesienia do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i ust. 2, zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie faktu, że produkty i usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z tymi normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, jeżeli wykonawca udowodni w swojej ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

5. W przypadku gdy zamawiający korzysta z możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 1 pkt 2, zamawiający nie może odrzucić oferty na roboty budowlane, produkty lub usługi zgodne z normą krajową przenoszącą normę europejską, z europejską oceną techniczną, wspólną specyfikacją techniczną, normą międzynarodową lub systemem referencji technicznych opracowanym przez europejską instytucję normalizacyjną, jeżeli wykonawca udowodni w swojej ofercie, że odpowiadają one charakterystyce i wymaganiom dotyczącym wydajności lub funkcjonalności określonym przez zamawiającego.

6. Przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 105 ust. 2, rozumie się także jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności na podstawie przepisów o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

7. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagane cechy materiału, produktu lub usługi, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez zamawiającego, które mogą dotyczyć w szczególności:

1) określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat;

2) wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych;

3) określonej wydajności, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości;

4) określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania;

5) określonego opakowania i oznakowania;

6) określonej etykiety;

7) instrukcji użytkowania;

8) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych;

9) dodatkowych badań i testów przeprowadzanych przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku;

10) określonych zasad dotyczących projektowania i kosztorysowania;

11) warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych;

12) metod i technik budowy;

13) wszelkich pozostałych warunków technicznych.

8. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymagane cechy produktu lub usługi, które mogą dotyczyć w szczególności:

1) posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 7 pkt 1, 4–7 oraz 10;

2) określonych poziomów jakości;

3) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy pod jaką produkt jest sprzedawany;

4) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

1. Zasady ogólne. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 99 ust. 1 Pzp na zamawiającym, który udziela zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (zob. komentarz do art. 99 ust. 1 Pzp).

W myśl art. 99 ust. 2 Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia **wymagane cechy** dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Opisując przedmiot zamówienia, zamawiający może wskazać określony proces lub metodę produkcji czy realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych, lub konkretny proces innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, o ile spełnione są łącznie następujące dwa warunki: po pierwsze, proces lub metoda wskazane przez zamawiającego muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz, po drugie, wymaganie określonego procesu lub metody produkcji, realizacji lub innego etapu cyklu życia musi być **proporcjonalne** do wartości i przeznaczenia przedmiotu zamówienia.

Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i **kody CPV** określone w rozporządzeniu w sprawie CPV.

Pzp w art. 99 ust. 4 **zakazuje** zamawiającemu, w tym zamawiającemu, który udziela zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, opisywania przedmiotu zamówienia **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, w zakresie, w jakim mogłoby to doprowadzić do **uprzywilejowania lub wyeliminowania** niektórych wykonawców lub produktów.

Jednocześnie w art. 99 ust. 5 Pzp **zezwala** zamawiającemu, w tym zamawiającemu, który udziela zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, na opisanie przedmiotu zamówienia poprzez **wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu**, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, przy łącznym spełnieniu następujących dwóch warunków: po pierwsze, opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób jest niemożliwe dla zamawiającego oraz, po drugie, wskazaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". W takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny **równoważności** (art. 99 ust. 6 Pzp).

Podobnie jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, zgodnie z art. 99 ust. 7 Pzp, zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie znajduje zastosowania wynikający z art. 100 Pzp obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.

Na podstawie art. 103 Pzp zamówienia na **roboty budowlane** opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą **programu funkcjonalno-użytkowego**. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

2. Regulacje szczególne. W miejsce właściwych dla zamówień klasycznych i sektorowych regulacji przewidzianych w art. 101 i 102 Pzp, do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się szczególną regulację komentowanego przepisu art. 400 Pzp. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający ma obowiązek przede wszystkim uwzględnić **odrębne przepisy**, w tym związane z bezpieczeństwem produktu, oraz **międzynarodowe porozumienia normalizacyjne**. Spośród dostępnych sposobów dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, na pierwsze miejsce wysunięte zostało wskazanie wymaganych cech dostaw, usług i robót budowlanych, które stanowią przedmiot zamówienia, oraz odniesienie do **norm,**

ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Mogą to być w szczególności **krajowe normy obronne** oraz **podobne** do krajowych norm obronnych **specyfikacje** sprzętu obronnego (wojskowego).

Natomiast na drugim miejscu, jako dostępny sposób sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, wymienione zostało określenie **wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności**, w tym wymagań środowiskowych. W takim przypadku podane parametry muszą być na tyle **precyzyjne**, aby wykonawcom mogli ustalić przedmiot zamówienia, a zamawiający mógł udzielić zamówienia.

Trzeci sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to określenie **wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności** przy jednoczesnym odniesieniu do **norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych** jako stanowiących środek domniemania zgodności ze wspomnianymi wymaganiami w zakresie wydajności lub funkcjonalności.

Wreszcie czwarty dostępny sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to odniesienie do **norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych** w zakresie niektórych spośród wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia oraz określenie **wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności** w zakresie pozostałych wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

3. Wymagane cechy dostaw, usług i robót budowlanych. W myśl art. 400 ust. 7 Pzp zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, dokonując opisu przedmiotu zamówienia

na **roboty budowlane** przez odniesienie do **norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych**, podobnie jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, ma obowiązek wskazania wymaganych cech materiału, produktu lub usługi. Wymagane **cechy materiału, produktu lub usługi** powinny odpowiadać ich zgodnemu z zamiarem zamawiającego przeznaczeniu. Wspomniane cechy materiału, produktu lub usługi mogą, tytułem przykładu, obejmować:

1) określone poziomy oddziaływania na środowisko i klimat,
2) wymagania w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych,
3) określoną wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, w tym procedury dotyczące zapewnienia jakości,
4) określoną terminologię, symbole, testy i metody testowania,
5) określone opakowanie i oznakowanie,
6) określoną etykietę,
7) instrukcję użytkowania,
8) procesy i metody produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych,
9) dodatkowe badania i testy przeprowadzane przez jednostki autoryzowane w rozumieniu ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku,
10) określone zasady dotyczące projektowania i kosztorysowania,
11) warunki testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych,
12) metody i techniki budowy,
13) wszelkie pozostałe warunki techniczne.

Z kolei na mocy art. 400 ust. 8 Pzp zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, dokonując opisu przedmiotu zamówienia na **dostawy lub usługi** przez odniesienie do **norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji**

technicznych, podobnie jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, ma obowiązek wskazania wymaganych cech produktu lub usługi. Wymagane **cechy produktu lub usługi** powinny odpowiadać ich zgodnemu z zamiarem zamawiającego przeznaczeniu. Wspomniane cechy produktu lub usługi mogą, tytułem przykładu, obejmować:

1) określone poziomy oddziaływania na środowisko i klimat,
2) określoną terminologię, symbole, testy i metody testowania,
3) określone opakowanie i oznakowanie,
4) określoną etykietę,
5) instrukcję użytkowania,
6) określone zasady dotyczące projektowania i kosztorysowania,
7) określone poziomy jakości,
8) określoną wydajność, przeznaczenie produktu, bezpieczeństwo lub wymiary, w tym wymagania odnoszące się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany,
9) procesy i metody produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności.

Przepisy art. 400 ust. 7 i 8 Pzp przenoszą na grunt prawa krajowego zawartą w załączniku III pkt 1 do dyrektywy obronnej definicję specyfikacji technicznych.

4. Normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych. Podstawowym sposobem dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pozostaje wskazanie wymaganych cech dostaw, usług i robót budowlanych, które stanowią przedmiot zamówienia, przy jednoczesnym odniesieniu do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych.

W kolejności preferencji są to:

1) Polskie Normy przenoszące normy europejskie,
2) normy **cywilne** innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszące normy europejskie,
3) europejskie oceny techniczne, rozumiane jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia 305/2011 ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych[28],
4) wspólne **cywilne** specyfikacje techniczne, rozumiane jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia 1025/2012 w sprawie normalizacji europejskiej[29],
5) Polskie Normy przenoszące normy międzynarodowe,
6) normy **cywilne** innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszące normy międzynarodowe,
7) **cywilne** normy międzynarodowe,
8) systemy referencji technicznych ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne, zaś w przypadku ich braku:
   a. Polskie Normy,

[28] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 4.4.2011, str. 5)

[29] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12)

b. normy cywilne państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
c. krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy o wyrobach budowlanych,
d. polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw,
e. krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego,

9) **cywilne** specyfikacje techniczne,
10) krajowe **normy obronne** oraz specyfikacje w dziedzinie sprzętu wojskowego podobne do krajowych norm obronnych.

Zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że w przypadku braku systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne, dokonując opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający powinien odnieść się, w kolejności preferencji, do: Polskich Norm, norm cywilnych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, krajowych ocen technicznych wydawanych na podstawie ustawy o wyrobach budowlanych, polskich specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw, oraz do krajowych deklaracji zgodności i krajowych deklaracji właściwości użytkowych wyrobu budowlanego.

Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający ma obowiązek wskazać, że dopuszcza **rozwiązania równoważne** opisywanym. Odniesieniu do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji

technicznych za każdym razem muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne".

Co więcej gdy zamawiający korzysta z możliwości odniesienia do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający nie może odrzucić oferty z tego powodu, że produkty i usługi będące przedmiotem oferty **nie są zgodne** z tymi normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, **o ile wykonawca udowodni** w ofercie, że zaproponowane przez niego rozwiązania **w równoważnym stopniu spełniają wymagania** określone przez zamawiającego.

Dyrektywa obronna w art. 18 ust. 4 akapit drugi wskazuje, że odpowiednim środkiem dowodowym w tym zakresie może być dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzony przez uznaną instytucję.

Uznana instytucja, w myśl art. 18 ust. 7 dyrektywy obronnej, oznacza laboratoria testowe i kalibracyjne oraz instytucje ds. certyfikacji i inspekcji, które spełniają wymagania odpowiednich norm europejskich. Jednocześnie dyrektywa obronna nakłada na instytucje i podmioty zamawiające obowiązek przyjmowania za wiarygodne świadectw wydanych przez inne państwa członkowskie.

Na gruncie Pzp odpowiednikiem uznanej instytucji, o której mowa w dyrektywie obronnej, jest jednostka oceniająca zgodność.

5. Wymagania w zakresie wydajności lub funkcjonalności. Innym sposobem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych.

W takim przypadku zamawiający nie może odrzucić oferty na roboty budowlane, produkty lub usługi **zgodne z normą** krajową przenoszącą normę europejską, z europejską **oceną techniczną**, wspólną **specyfikacją**

techniczną, normą międzynarodową lub **systemem referencji technicznych** opracowanym przez europejską instytucję normalizacyjną, o ile wykonawca udowodni w ofercie, że odpowiadają one określonym przez zamawiającego charakterystyce i wymaganiom dotyczącym wydajności lub funkcjonalności.

Dyrektywa obronna w art. 18 ust. 5 akapit drugi doprecyzowuje, że odpowiednim środkiem dowodowym w tym zakresie może być dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzony przez uznaną instytucję. Na gruncie Pzp odpowiednikiem „uznanej instytucji", o której mowa w dyrektywie obronnej, jest jednostka oceniająca zgodność.

6. Przedmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z art. 105 ust. 1 Pzp, który znajduje zastosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców złożenia **certyfikatu** wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub **raportu z testów** przeprowadzonych przez tę jednostkę w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriami oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Na mocy art. 105 ust. 2 Pzp jednostka oceniająca zgodność oznacza jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem 765/2008 ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu[30]. Przepis art. 400 ust. 6 Pzp precyzuje, że

[30] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30)

jednostka oceniająca zgodność oznacza także jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności na podstawie przepisów o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

Art. 401.

1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, przez posłańca, przy użyciu faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

2. Komunikacja, wymiana i przechowywanie informacji odbywa się w sposób zapewniający integralność, autentyczność, nienaruszalność oraz poufność tych informacji, w tym zapewniający możliwość zapoznania się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

3. Zgłoszenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może nastąpić telefonicznie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 14 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

4. Zamawiający może wymagać, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składane przy użyciu faksu, były potwierdzane w określonym przez zamawiającego terminie

za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wymaganie takie, w tym termin przesyłania potwierdzeń za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu.

5. Ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej.

1. Wybór zamawiającego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu Prawa pocztowego, osobiście, przez posłańca, przy użyciu faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie znajduje zastosowania obowiązek porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

2. Integralność, autentyczność, nienaruszalność i poufność informacji. Niezależnie od wybranego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami komunikacja, wymiana i przechowywanie informacji odbywa się w sposób zapewniający integralność, autentyczność, nienaruszalność oraz poufność tych informacji.

Integralność informacji oznacza gwarancję, że informacja nie została w sposób nieuprawniony zmodyfikowana.

Autentyczność informacji gwarantuje pewność co do źródła jej pochodzenia.

Nienaruszalność informacji powinna być rozumiana jako ochrona danych przed ich nieautoryzowanym zmodyfikowaniem.

Poufność informacji jest rozumiana jako jej ochrona przed nieautoryzowanym ujawnieniem.

Zarówno z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i z treścią ofert zamawiający powinien mieć możliwość zapoznania się jedynie po upływie terminu na składanie odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

3. Telefoniczne zgłoszenie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może zostać przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłoszony telefonicznie. W takim przypadku wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 14 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

4. Potwierdzenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przy użyciu faksu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wymagać, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składane przy użyciu faksu, były potwierdzane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu Prawa pocztowego lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W tym celu zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcom termin na dokonanie takiego potwierdzenia. Jeżeli zamawiający zamierza skorzystać z tego uprawnienia, ma obowiązek poinformowania o tym

w ogłoszeniu o zamówieniu. W takiej sytuacji na zamawiającym spoczywa jednocześnie obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu terminu dokonania potwierdzenia za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu Prawa pocztowego lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przy użyciu faksu.

5. Forma oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składa się w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej. Oferta, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożone w innej formie niż pisemna lub w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający nie wyraził na to zgody, są nieważne.

5.1. Forma oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ofertę składa się w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej. Oferta złożona w innej formie niż pisemna lub w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający nie wyraził na to zgody, jest nieważna.

5.2. Forma wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

złożony w innej formie niż pisemna lub w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający nie wyraził na to zgody, jest nieważny.

5.3. Forma oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składa się w formie pisemnej lub, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej. Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożone w innej formie niż pisemna lub w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający nie wyraził na to zgody, jest nieważne.

Art. 402.

1. Zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na stronie internetowej zamawiającego wstępne ogłoszenie informacyjne o zamówieniach lub umowach ramowych planowanych do udzielenia w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego.

2. W ogłoszeniu, o którym mowa w ust. 1, podaje się dla:

1) robót budowlanych – podstawowe cechy zamówień lub umów ramowych na roboty budowlane, których zamawiający zamierza udzielić;

2) dostaw – zsumowaną wartość zamówień lub umów ramowych na dostawy, w podziale na grupy produktów, w ramach danej

grupy określonej we Wspólnym Słowniku Zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie następnych 12 miesięcy;

3) usług – zsumowaną wartość zamówień lub umów ramowych na usługi, w każdej z kategorii usług określonej we Wspólnym Słowniku Zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie następnych 12 miesięcy.

3. Jeżeli wstępne ogłoszenie informacyjne jest zamieszczane przez zamawiającego na stronie internetowej zamawiającego, zamawiający przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o profilu nabywcy.

4. Zamawiający nie może zamieścić wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego przed przekazaniem do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o profilu nabywcy.

1. Wstępne ogłoszenie informacyjne. Zamawiający może przekazać do publikacji UPUE wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych. Zamawiający może również takie wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach i umowach ramowych zamieścić na swojej stronie internetowej (lub innej stronie internetowej, na której ma swój profil nabywcy). Zamawiający przekazuje takie ogłoszenie do publikacji UPUE lub zamieszcza na stronie internetowej zamawiającego (profilu nabywcy) po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową. W przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego, takie ogłoszenie jest przekazywane przez zamawiającego do publikacji UPUE lub zamieszczane na stronie internetowej zamawiającego (profilu nabywcy) raz w roku.

Wstępne ogłoszenie informacyjne publikowane jest na standardowym formularzu nr 16, którego wzór został ustalony w załączniku XIII rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

2. Publikacja na profilu nabywcy. W przypadku zamieszczenia wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej zamawiającego zamawiający ma obowiązek przekazania do publikacji UPUE **ogłoszenia o profilu nabywcy**. Komentowane przepisy jednocześnie zakazują zamawiającemu zamieszczenia wstępnego ogłoszenia informacyjnego na swojej stronie internetowej przed przekazaniem do publikacji UPUE ogłoszenia o profilu nabywcy. Należy przyjąć, że wstępne ogłoszenie informacyjne publikowane na profilu nabywcy powinno zawierać datę przekazania do publikacji UPUE ogłoszenia o profilu nabywcy.

Ogłoszenie o profilu nabywcy publikowane jest na standardowym formularzu nr 8, którego wzór został ustalony w załączniku VIII rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

3. Możliwość skrócenia terminów. Dzięki publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego zamawiający ma możliwość skrócenia terminu składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego **do** co najmniej **22 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest, po pierwsze, by wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało **wszystkie informacje** wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, oraz, po drugie, by wstępne ogłoszenie informacyjne zostało **przekazane do publikacji** UPUE **na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy** przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu.

4. Treść wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Przepis art. 402 ust. 2 Pzp wymaga, by wstępne ogłoszenie informacyjne obejmowało planowane zamówienia i umowy ramowe, których zamawiający zamierza udzielić w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego.

We wstępnym ogłoszeniu informacyjnym zamawiający powinien zamieścić informacje o:

1) zsumowanej wartości zamówień lub umów ramowych na dostawy, w podziale na grupy produktów, w ramach danej grupy określonej we Wspólnym Słowniku Zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie następnych 12 miesięcy,
2) zsumowanej wartości zamówień lub umów ramowych na usługi, w każdej z kategorii usług określonej we Wspólnym Słowniku Zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie następnych 12 miesięcy,
3) podstawowych cechach zamówień lub umów ramowych na roboty budowlane, których zamawiający zamierza udzielić.

Wstępne ogłoszenie informacyjne publikowane jest na standardowym formularzu nr 16, którego wzór został ustalony w załączniku XIII rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

Art. 403.

1. Zamawiający może dopuścić w ogłoszeniu o zamówieniu złożenie oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:

1) minimalne wymagania, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, oraz wszelkie szczególne wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej;

2) kryteria oceny ofert w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej jak i oferty wariantowej.

1. Oferta wariantowa. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający może dopuścić składanie ofert wariantowych. Jeżeli zamawiający nie dopuści w ogłoszeniu o zamówieniu składania ofert wariantowych, wykonawca nie może złożyć takiej oferty.

Inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych i zamówień sektorowych zamawiającemu, który udziela zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nie przysługuje uprawnienie do wymagania od wykonawców złożenia ofert wariantowych (zob. komentarz do art. 92 Pzp).

Podobnie jak w przypadku zamówień klasycznych i zamówień sektorowych Pzp wymaga, by oferta wariantowa była **związana z** przedmiotem zamówienia.

2. **Minimalne wymagania.** Jak w przypadku zamówień klasycznych i zamówień sektorowych dopuszczenie przez zamawiającego możliwości składania przez wykonawców ofert wariantowych wiąże się z obowiązkiem wskazania przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, po pierwsze, minimalnych wymagań, jakie muszą spełniać oferty wariantowe, a po drugie, wszystkich wymagań szczególnych w zakresie składania ofert wariantowych. Takie wymagania dotyczące składania ofert wariantowych muszą w szczególności obejmować informację, czy oferta

wariantowa może być składana wraz z ofertą podstawową, czy też ma być składana zamiast oferty podstawowej.

3. Kryteria oceny ofert. Pzp zarazem wymaga, by zamawiający, który dopuszcza możliwość składania ofert wariantowych przez wykonawców, określił kryteria oceny ofert w taki sposób, który umożliwia ich zastosowanie zarówno do oceny ofert podstawowych, jak i do oceny ofert wariantowych.

4. Odrzucenie oferty wariantowej. Na mocy art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajdują zastosowanie przepisy art. 226 Pzp. Do ofert wariantowych stosuje się, co do zasady, przepisy art. 226 ust. 1 Pzp dotyczące przesłanek odrzucenia oferty.

Przepis art. 226 ust. 2 Pzp zawiera dodatkowo regulację, która dotyczy ofert wariantowych. Zgodnie z tym przepisem w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi oferta wariantowa nie podlega odrzuceniu tylko z tego powodu, że jej wybór prowadziłby do udzielenia zamówienia na usługi w miejsce zamówienia na dostawy albo do udzielenia zamówienia na dostawy w miejsce zamówienia na usługi.

5. Aukcja elektroniczna. W myśl art. 410 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 410 ust. 3 zdanie drugie Pzp do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy art. 227–238 Pzp regulujące aukcję elektroniczną. W przypadku korzystania z aukcji elektronicznej zamawiający obowiązany jest ustalić formułę matematyczną, która zostanie wykorzystana w trakcie aukcji elektronicznej do automatycznego

tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości. Na mocy art. 232 ust. 3 Pzp w przypadku dopuszczenia ofert wariantowych na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia odrębnej formuły matematycznej dla każdego wariantu.

Art. 404.

1. O udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień.

2. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw niż wymienione w ust. 1.

1. Wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 404 ust. 1 Pzp ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do wykonawców mających siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

2. Porozumienie w sprawie zamówień rządowych. Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (GPA)[31] zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) nie obejmuje zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zarówno zamówienia w dziedzinie obronności, jak i zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa zostały wyłączone z zakresu zastosowania Porozumienia GPA na mocy jego art. III ust. 1, który stanowi, że postanowienia Porozumienia nie mogą być interpretowane jako uniemożliwiające którejkolwiek ze Stron podejmowanie działań lub nieujawnianie informacji, które Strona ta uznaje za konieczne do ochrony swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa związanych z zakupem broni, amunicji lub materiałów wojskowych bądź z zakupami niezbędnymi do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i obrony narodowej.

3. Rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Decyzją zamawiającego krąg podmiotów, które mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zostać rozszerzony o wykonawców innych niż wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jak wskazano w motywie 18 preambuły dyrektywy obronnej, państwa członkowskie zachowują uprawnienia do decydowania, czy ich

[31] Zob. decyzja Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (2014/115/UE) (Dz. Urz. UE L 68 z 7.3.2014, str. 1); zrewidowany tekst Porozumienia GPA wszedł w życie w dniu 6 kwietnia 2014 r.

zamawiający mogą dopuścić wykonawców pochodzących z państw trzecich do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Podejmując decyzję o dopuszczeniu do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia wykonawców z państw trzecich, poszczególne państwa członkowskie powinny się kierować:

1) relacją wartości do ceny,
2) potrzebą zachowania konkurencyjności bazy przemysłowej i technologicznej europejskiego sektora obronnego na rynku światowym,
3) znaczeniem otwartych i uczciwych rynków; wzajemnymi korzyściami.

W ocenie unijnego prawodawcy państwa członkowskie powinny domagać się coraz szerszego otwierania rynków. Ich partnerzy powinni również wykazać się otwartością na podstawie reguł uzgodnionych na szczeblu międzynarodowym, zwłaszcza dotyczących otwartej i uczciwej konkurencji.

Art. 405.

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 108.

2. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną albo osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu

poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 pkt 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

2) który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw;

3) którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

4) który ma siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa, o których mowa w art. 404 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 404 ust. 2;

5) o którym mowa w art. 109;

6) będącego osobą fizyczną, która naruszyła zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia;

7) jeżeli urzędujący członek jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurent naruszył zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 pkt 2, 6 i 7, wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęło 5 lat od stwierdzenia naruszenia, o którym mowa w tych przepisach.

4. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia do oferty, wykonawca dołącza oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe.

5. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzają brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia nie później niż na dzień składania ofert.

6. Wykluczenie, na podstawie ust. 2 pkt 3, może nastąpić także w przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

7. Zamawiający odstępuje od uzasadnienia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, na podstawie ust. 2 pkt 3, w przypadku gdy uzasadnienie podstaw wykluczenia ma charakter niejawny lub zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie wykonawcy informacji o treści zawiadomienia, o którym mowa w ust. 6, albo przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu.

8. Zamawiający może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 1 i 2, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym.

1. Obligatoryjne podstawy wykluczenia. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajdują zastosowanie obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewidziane w art. 108 Pzp. Oznacza to, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za następujące przestępstwa:

1) przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kk,
2) przestępstwo handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kk,
3) przestępstwo, o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kk lub w art. 46 lub art. 48 ustawy o sporcie,
4) przestępstwo finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kk, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kk,
5) przestępstwo o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kk, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

6) przestępstwo powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
7) przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kk, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kk, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kk, lub przestępstwo skarbowe,
8) przestępstwo, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

– lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego. Dotyczy to również wykonawcy niebędącego osobą fizyczną, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za którekolwiek z wyżej wymienionych przestępstw. Ponadto zamawiający ma obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie

spłaty tych należności. Podobnie zamawiający ma obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Zamawiający ma również obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy w sytuacji, gdy na podstawie wiarygodnych przesłanek może stwierdzić, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Poza tym obowiązek wykluczenia wykonawcy zachodzi, jeżeli w związku z wcześniejszym zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania doszło do zakłócenia konkurencji, wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wreszcie zamawiający ma obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 euro dla dostaw lub usług, wykonawcy, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

2. Fakultatywne podstawy wykluczenia. Oprócz wymienionych wyżej okoliczności skutkujących obowiązkowym wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, tj. obligatoryjnych podstaw wykluczenia, Pzp przewiduje szereg fakultatywnych podstaw wykluczenia, których zastosowanie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia uzależnione jest od decyzji zamawiającego.

Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może wykluczyć wykonawcę będącego osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną albo osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o **cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa**, o której mowa w art. 33 ust. 11 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może również wykluczyć wykonawcę, którego uznano za **nieposiadającego wiarygodności niezbędnej** do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył zobowiązania w zakresie **bezpieczeństwa informacji** lub **bezpieczeństwa dostaw**, niezależnie od tego, czy do takiego naruszenia doszło w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, czy też nie. Z postępowania

o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może również wykluczyć wykonawcę będącego osobą fizyczną, która naruszyła zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Podobnie zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w sytuacji, gdy urzędujący członek organu zarządzającego lub organu nadzorczego wykonawcy, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurent naruszył zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Na mocy art. 405 ust. 3 Pzp fakultatywna podstawa wykluczenia dotycząca naruszenia zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw znajduje zastosowanie przez okres pięciu lat od stwierdzenia, że wykonawca dopuścił się takiego naruszenia. Zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawcę, który ma siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa członkowskie Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwa, z którymi Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający nie będzie miał jednak takiej możliwości, jeżeli skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 404 ust. 2 Pzp i rozszerzył krąg podmiotów, które mogą się ubiegać o zamówienie, o wykonawców z innych państw.

Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajdują poza tym zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewidziane w art. 109 Pzp.

Oznacza to, że zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający będzie mógł również wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, w tym wykonawcę będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kk lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kk, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, wykonawcę będącego osobą fizyczną prawomocnie ukaranego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny, oraz wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa

ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Dotyczy to również przypadków, gdy za którekolwiek z wymienionych wyżej przestępstw skazano prawomocnie lub za którekolwiek z wymienionych wyżej wykroczeń prawomocnie ukarano urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może również wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może również wykluczyć wykonawcę, 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, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Zamawiający może podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu w przypadku wystąpienia **konfliktu interesów**, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy. Konflikt interesów należy rozumieć zgodnie z art. 56 ust. 2 Pzp, w szczególności jako pozostawanie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności

po stronie zamawiającego związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może także wykluczyć wykonawcę, 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może ponadto wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może poza tym wykluczyć wykonawcę, 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. Wreszcie z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może również wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca ma obowiązek dołączyć oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. W przypadku postępowanie prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia ma obowiązek dołączyć oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji do oferty. Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania ofert.

4. Podmiotowe środki dowodowe. Wykonawca ma obowiązek dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również podmiotowe środki dowodowe. W przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na wykonawcy spoczywa obowiązek dołączenia podmiotowych środków dowodowych do oferty. Podmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia podmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie później niż na dzień składania ofert.

5. Zagrożenie dla obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 405 ust. 6 Pzp przewiduje, że wykluczenie na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp może nastąpić także w przypadku otrzymania przez zamawiającego, bezpośrednio lub pośrednio, pisemnego zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, dysponujących informacjami w tym zakresie, o wystąpieniu zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa, w szczególności przekazania informacji o decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy ochronie informacji niejawnych.

6. Odstąpienie od uzasadnienia odrzucenia wniosku lub oferty. Zamawiający ma obowiązek odstąpienia od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. w trzech przypadkach.

Po pierwsze w przypadku, gdy uzasadnienie podstaw wykluczenia ma charakter niejawny. Po drugie, gdy zastrzeżono, że nie wyraża się zgody na przekazanie wykonawcy informacji o treści zawiadomienia od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, o którym mowa w art. 405 ust. 6 Pzp. Po trzecie, zamawiający ma obowiązek odstąpienia od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty w sytuacji, gdy przekazujący je nie wskazał szczegółowych informacji w zakresie wystąpienia zagrożenia dla obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu.

7. Odstąpienie od wykluczenia wykonawcy. Zamawiający może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, zarówno obligatoryjne, jak i fakultatywne, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym. Interes ogólny jest pojęciem szerszym niż podstawowy czy istotny interes bezpieczeństwa państwa. Interes ogólny należy rozumieć jako **nadrzędne względy związane z interesem publicznym** (ang. *overriding reasons relating to the public interests*; franc. *des raisons impératives relevant de l'intérêt public*). Źródła tej regulacji należy bowiem upatrywać w przepisie art. 57 ust. 3 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia w wyjątkowych przypadkach, z uwagi na nadrzędne względy związane z interesem publicznym, takie jak zdrowie publiczne lub ochrona środowiska. W motywie 100 preambuły dyrektywy obronnej wyjaśniono, że może to obejmować przypadki, gdy na przykład pilnie potrzebne szczepionki lub sprzęt ratowniczy mogą być zakupione wyłącznie

od wykonawcy, do którego miałaby zastosowanie jedna z obowiązkowych podstaw wykluczenia.

Skorzystanie z tego uprawnienia jest zatem uzależnione, po pierwsze, od zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenia, że może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, oraz po drugie, od tego, czy interes ogólny uzasadnia odstąpienie od wykluczenia takiego wykonawcy.

Art. 406.

Zamawiający może zobowiązać wykonawcę do poinformowania podwykonawców o ciążącym na nich obowiązku ochrony informacji niejawnych, które uzyskali w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Obowiązek ochrony informacji niejawnych. Przepis art. 406 Pzp przewiduje uprawnienie zamawiającego do zobowiązania wykonawcy do poinformowania jego podwykonawców o obowiązkach w zakresie ochrony informacji niejawnych, w których posiadanie weszli w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym przepis art. 406 Pzp stanowi uzupełnienie regulacji art. 18 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Żaden przepis Pzp wprawdzie wprost nie upoważnia wykonawcy do przekazania podwykonawcom informacji niejawnych związanych z postępowaniem. Niemniej jednak przyjąć należy, że skoro

na podwykonawcach ciąży obowiązek ochrony informacji niejawnych, w których posiadanie weszli w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ustawodawca w sposób dorozumiany przewidział możliwość wejścia podwykonawców w posiadanie informacji niejawnych, w tym najprawdopodobniej wskutek powierzenia podwykonawcom takich informacji przez wykonawcę.

2. Bezpieczeństwo informacji. Komentowany przepis wpisuje się w problematykę bezpieczeństwa informacji, która nabiera szczególnie istotnego znaczenia w kontekście zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Źródłem tego przepisu jest regulacja art. 7 dyrektywy obronnej, na mocy którego instytucje/podmioty zamawiające mogą nałożyć na wykonawców wymagania mające na celu ochronę niejawnych informacji, które przekazują w trakcie procedury zbierania ofert i udzielania zamówień. Mogą również wymagać od tych wykonawców zagwarantowania zastosowania się do tych wymagań przez podwykonawców.

Jak podkreśla Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa informacji, wymagania w zakresie bezpieczeństwa informacji pozostają w mocy przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego i podlegają praktycznej weryfikacji podczas jej wykonywania[32].

Art. 407.

W przypadku zamówień obejmujących informacje niejawne zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach

[32] *Guidance Note – Security of Information,* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl, pkt 1; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011 r., s. 157

zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa tych informacji. W tym celu zamawiający może, w szczególności:

1) żądać złożenia wraz z ofertą:

a) zobowiązania wykonawcy i już znanych podwykonawców do ochrony informacji niejawnych znajdujących się w ich posiadaniu lub z którymi zapoznają się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu,

b) zobowiązania wykonawcy do uzyskania od innych podwykonawców, którym powierzy podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia, zobowiązań, o których mowa w lit. a, oraz do złożenia ich zamawiającemu przed zawarciem umowy o podwykonawstwo,

c) informacji dotyczących już znanych podwykonawców, w tym podania ich imion i nazwisk oraz miejsca zamieszkania albo nazwy i siedziby oraz danych, które umożliwiają zamawiającemu stwierdzenie, że każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do ochrony informacji niejawnych, do których mają dostęp lub które zostaną wytworzone w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo,

d) zobowiązania wykonawcy do dostarczenia informacji, o których mowa w lit. c, dotyczących nowych podwykonawców, przed zawarciem umowy o podwykonawstwo;

2) określić prawo zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia, zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jak również na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa, jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo jest to konieczne w celu podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień.

1. Bezpieczeństwo informacji Problematyka bezpieczeństwa informacji jest kluczowa z punktu widzenia zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa informacji Komisja Europejska zwraca uwagę, że zdolność i wiarygodność wykonawców związane z ochroną informacji niejawnych – rozumianych jako wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem – są kluczowe dla udzielania i realizowania wielu zamówień z dziedziny obronności lub newralgicznego sprzętu związanego z bezpieczeństwem[33].

2. Wymagania szczególne. Przepis art. 407 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (SWZ lub OPW) wymagań w zakresie bezpieczeństwa informacji w przypadku zamówień obejmujących informacje niejawne.

W praktyce oznacza to, że zamawiający będzie miał zawsze taki obowiązek, udzielając zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa, które z definicji

[33] *Guidance Note – Security of Information* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], op. cit., s. 157 i nast.

obejmują informacje niejawne. Należy się spodziewać, że również w dziedzinie obronności na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia wymagań w zakresie bezpieczeństwa informacji.

Pzp w art. 407 pkt 1 lit. a) upoważnia zamawiającego udzielającego zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy i już znanych podwykonawców do ochrony informacji niejawnych znajdujących się w ich posiadaniu lub z którymi zapoznają się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu. Żaden przepis Pzp nie upoważnia wprawdzie wykonawcy do przekazania podwykonawcom informacji niejawnych związanych z postępowaniem. Niemniej jednak przyjąć należy, że skoro na podwykonawcach ciąży obowiązek ochrony informacji niejawnych, w których posiadanie weszli w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ustawodawca w sposób dorozumiany przewidział możliwość wejścia podwykonawców w posiadanie informacji niejawnych, w tym powierzenia podwykonawcom takich informacji przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 407 pkt 1 lit. b Pzp zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest upoważniony do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy do uzyskania od innych podwykonawców, którym powierzy podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia, zobowiązań, o których mowa w lit. a, oraz do złożenia ich zamawiającemu przed zawarciem umowy o podwykonawstwo.

Z kolei przepis art. 407 pkt 1 lit. c Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą informacji dotyczących już znanych podwykonawców, w tym podania ich imion i nazwisk

oraz miejsca zamieszkania albo nazwy i siedziby oraz danych, które umożliwiają zamawiającemu stwierdzenie, że każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do ochrony informacji niejawnych, do których mają dostęp lub które zostaną wytworzone w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo.

Wreszcie w myśl art. 407 pkt 1 lit. d Pzp zamawiający jest upoważniony do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy do dostarczenia wymienionych wyżej informacji, dotyczących nowych podwykonawców, przed zawarciem umowy o podwykonawstwo.

Powyższy katalog ma charakter jedynie przykładowy i nie jest wyczerpujący. Oznacza to, że zamawiający może nakładać na wykonawcę również inne wymagania w zakresie bezpieczeństwa informacji w zakresie, w jakim jest to niezbędne.

3. Weryfikacja pracowników wykonawcy. Pzp w art. 407 pkt 2 upoważnia zamawiającego udzielającego zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa do zastrzeżenia sobie uprawnienia do zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia. Taka weryfikacja może mieć miejsce zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jak również na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Każdorazowo podobne zastrzeżenie musi być uzasadnione koniecznością ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo koniecznością podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Art. 408.

1. Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie

bezpieczeństwa dostaw. W tym celu zamawiający może żądać złożenia wraz z ofertą, w szczególności:

1) dokumentacji gwarantującej spełnianie wymagań w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu produktów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej;

2) informacji o ograniczeniach obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami, będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa;

3) dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw wykonawcy umożliwia mu spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a także zobowiązania do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w łańcuchu dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymaganiami;

4) zobowiązania wykonawcy do zapewnienia, na uzgodnionych warunkach, możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, w tym poprzez ustanowienie lub utrzymanie potencjału na wymaganym poziomie;

5) dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej;

6) zobowiązania wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia;

7) zobowiązania wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego;

8) zobowiązania wykonawcy do zapewnienia, na uzgodnionych warunkach, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania.

2. Określenie wymagań, o których mowa w ust. 1, nie może skutkować zobowiązaniem wykonawcy do uzyskania od władz państwa członkowskiego Unii Europejskiej zobowiązania ograniczającego swobodę tego państwa w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub unijnego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt.

3. Przez sytuację kryzysową, o której mowa w ust. 1 pkt 4 i 5, należy rozumieć:

1) wojnę;

2) konflikt zbrojny;

3) inną sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

1. Bezpieczeństwo dostaw. W kontekście zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa problematyka bezpieczeństwa dostaw ma szczególnie istotne znaczenie.

W nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw[34] Komisja Europejska definiuje bezpieczeństwo dostaw jako **gwarancję dostarczenia produktów i usług umożliwiających państwu członkowskiemu wykonanie jego zobowiązań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa**. Obejmuje to zdolność państw członkowskich do wykorzystywania swoich sił zbrojnych przy zachowaniu odpowiedniej kontroli krajowej oraz, w stosownych przypadkach, bez ograniczeń nakładanych przez strony trzecie. Tak szerokie pojęcie może obejmować **szeroki zakres różnych aspektów przemysłowych, technologicznych, prawnych i politycznych**.

We wspomnianej nocie wyjaśniającej Komisja Europejska zauważa, że bezpieczeństwo dostaw ma kluczowe znaczenie, z jednej strony, w szczególności **w czasach kryzysu**, kiedy niezawodna i terminowa dostawa może mieć znaczenie dosłownie na wagę życia i śmierci. Ponadto z drugiej strony, bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle **długi okres cyklu życia produktu** w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wieloletniego wsparcia logistycznego, technicznego, aktualizacji i modernizacji[35]. Inaczej mówiąc, wymagania w zakresie bezpieczeństwa mają na celu, po pierwsze, zagwarantowanie rzetelnej i terminowej dostawy

---

[34] *Guidance Note – Security of Supply* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 137 i nast.

[35] Zob. pkt 1 noty wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw

produktów i usług w ilości wystarczającej do zaspokojenia potrzeb zamawiającego udzielającego zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym w przypadku wzrostu tych potrzeb wynikającego z sytuacji kryzysowej, oraz po drugie, zapewnienia ciągłej dostępności zasobów niezbędnych do zapewnienia właściwego utrzymania, konserwacji, napraw, części zamiennych i wszelkiego innego wsparcia wymaganego przez zamawiającego w każdych warunkach, a w szczególności w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowych.
Tym samym wymagania w zakresie bezpieczeństwa w praktyce będą się sprowadzały, z jednej strony, do wskazania ilości, jakie należy dostarczyć w określone miejsce w określonych ramach czasowych, zaś z drugiej strony – do żądania przez zamawiającego od wykonawcy podjęcia zobowiązań i przekazania informacji, w tym informacji technicznych i praw własności intelektualnej, zapewniających długoterminowy serwis przedmiotu zamówienia.
W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestie bezpieczeństwa dostaw mogą być uwzględniane – poza omówionymi poniżej wymaganiami w zakresie realizacji zamówienia – również **w ramach kwalifikacji podmiotowej** wykonawców jako podstawa wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (zob. komentarz do art. 405 Pzp) lub jako warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (zob. komentarz do art. 116 Pz) oraz **w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej** jako jedno z kryteriów oceny ofert (zob. komentarz do art. 417 Pzp).

2. Wywóz, transfer i tranzyt produktów związanych z obronnością.

Wywóz, transfer i tranzyt produktów objętych zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest regulowany na poziomie

Unii Europejskiej przepisami dyrektywy 2009/43/WE[36] oraz przepisami rozporządzenia 428/2009[37].

[36] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie (Dz. Urz. UE L 146 z 10.6.2009, str. 1) zmieniona dyrektywą Komisji 2010/80/UE z dnia 22 listopada 2010 r. (Dz. Urz. UE L 308 z 24.11.2010, str. 11), dyrektywą Komisji 2012/10/UE z dnia 22 marca 2012 r. (Dz. Urz. UE L 85 z 24.3.2012, str. 3), dyrektywą Komisji 2012/47/UE z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. Urz. UE L 31 z 31.1.2013, str. 43), dyrektywą Komisji 2014/18/UE z dnia 29 stycznia 2014 r. (Dz. Urz. UE L 40 z 11.2.2014, str. 20), dyrektywą Komisji 2014/108/UE z dnia 12 grudnia 2014 r. (Dz. Urz. UE L 359 z 16.12.2014, str. 117), dyrektywą Komisji (UE) 2016/970 z dnia 27 maja 2016 r. (Dz. Urz. UE L 163 z 21.6.2016, str. 1), dyrektywą Komisji (UE) 2017/433 z dnia 7 marca 2017 r. (Dz. Urz. UE L 70 z 15.3.2017, str. 1), dyrektywą Komisji (UE) 2017/2054 z dnia 8 listopada 2017 r. (Dz. Urz. UE L 311 z 25.11.2017, str. 1), dyrektywą Komisji (UE) 2019/514 z dnia 14 marca 2019 r. (Dz. Urz. UE L 89 z 29.3.2019, str. 1) zmieniającymi dyrektywę 2009/43/WE w odniesieniu do wykazu produktów związanych z obronnością oraz rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1243 z dnia 20 czerwca 2019 r. dostosowującym niektóre akty prawne przewidujące stosowanie procedury regulacyjnej połączonej z kontrolą do art. 290 i 291 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE nr L 198 z 25.7.2019, str. 241)

[37] Rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania (Dz. Urz. UE L 134 z 29.05.2009, str. 1) rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1232/2011 z dnia 16 listopada 2011 r. (Dz. Urz. UE L 326 z 8.12.2011, str. 26), rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 388/2012 z dnia 19 kwietnia 2012 r. (Dz. Urz. UE L 129 z 16.5.2012, str. 12), rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 599/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. (Dz. Urz. UE L 173 z 12.6.2014, str. 79), rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) nr 1382/2014 z dnia 22 października 2014 r. (Dz. Urz. UE L 371 z 30.12.2014, str. 1), rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2420 z dnia 12 października 2015 r. (Dz. Urz. UE L 340 z 24.12.2015, str. 1), rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2016/1969 z dnia 12 września 2016 r. (Dz. Urz. UE L 307 z 15.11.2016, str. 1), rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2268 z dnia 26 września 2017 r. (Dz. Urz. UE L 334 z 15.12.2017, str. 1), rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2018/1922 z dnia 10 października 2018 r. (Dz. Urz. UE L 319 z 14.12.2018, str. 1) i rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2019/2199 z dnia 17 października 2019 r. (Dz. Urz. UE L 338 z 30.12.2019, str. 1)

Celem dyrektywy 2009/43/WE jest uproszczenie zasad i procedur transferu produktów związanych z obronnością przy zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Jednocześnie dyrektywa ta **nie narusza swobody decyzji** państw członkowskich **w zakresie polityki eksportowej** produktów związanych z obronnością, a jej stosowanie podlega przepisom zarówno art. 36, jak i art. 346 TFUE.
Zgodnie z art. 36 TFUE postanowienia przepisów art. 34 TFUE (zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie pomiędzy państwami członkowskimi) i art. 35 TFUE (zakaz ograniczeń ilościowych w wywozie pomiędzy państwami członkowskimi) nie stanowią przeszkody w stosowaniu **zakazów lub ograniczeń** przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, **uzasadnionych względami** moralności publicznej, porządku publicznego, **bezpieczeństwa publicznego**, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Zarazem przepis art. 36 TFUE zastrzega, że te zakazy i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi. Z kolei w myśl art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne **w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa**, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Jednocześnie przepis zastrzega, że takie środki nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.
Dyrektywa 2009/43/WE wprowadza wprawdzie system zezwoleń dla transferów wewnątrzunijnych, obejmujący obok zezwoleń indywidualnych

zezwolenia generalne i zezwolenia globalne, jednak jej przepisy nie znoszą systemu zezwoleń na wywóz, transfer i tranzyt produktów związanych z obronnością i bezpieczeństwem.

Z kolei rozporządzenie 428/2009 ustanawia wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.

Na gruncie prawa krajowego te kwestie reguluje ustawa o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

3. Wymagania szczególne. W zakresie bezpieczeństwa dostaw Pzp utrzymuje rozwiązania istniejące w polskim systemie zamówień publicznych od 2012 r.[38]

Art. 408 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego udzielającego zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia** (SWZ lub OPW) wymagań związanych z realizacją zamówienia dotyczących bezpieczeństwa dostaw.

Wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego standardowy formularz został ustanowiony w załączniku XIV do rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń (formularz standardowy 17), zawiera dedykowaną bezpieczeństwu

[38] Por. J. Niklewicz, *Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne* [w:] B. Brańko, J. Sadowy [red.], *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, Warszawa 2013 r., s. 91 i nast.

dostaw rubrykę III.1.4, umożliwiającą zamawiającemu poinformowanie wykonawców o wymaganiach w tym zakresie.

Katalog wymagań szczególnych w zakresie bezpieczeństwa dostaw, jakie zamawiający może postawić wykonawcom, ma charakter otwarty. Oznacza to, że zamawiającemu udzielającemu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pozostawiony został w tym zakresie szeroki zakres swobody, umożliwiający dostosowanie wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw do specyfiki konkretnego zamówienia.

4. Spełnianie wymagań w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu produktów objętych zamówieniem. Zgodnie z art. 408 ust. 1 pkt 1 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą obejmować, w szczególności, żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających **spełnianie przez wykonawcę wymagań** w zakresie **wywozu, transferu lub tranzytu produktów** objętych zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od właściwego państwa członkowskiego Unii Europejskiej.

W ramach tego wymagania zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia zarówno właściwych zezwoleń na wywóz, transfer lub tranzyt produktów objętych zamówieniem, zgodnie z przepisami rozporządzenia 428/2009 i dyrektywy 2009/43/WE oraz przepisami krajowymi, takimi jak polska ustawa o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, jak i informacji na temat podjętych przez wykonawcę

działań przygotowawczych mających na celu uzyskanie wymaganych zezwoleń w tym zakresie[39].

5. Ograniczenia w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług. Na podstawie art. 408 ust. 1 pkt 2 Pzp wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą także obejmować żądanie złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą informacji o **ograniczeniach obowiązujących zamawiającego** w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami, będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa.

Należy bowiem pamiętać, że na mocy art. 8 ust. 1 dyrektywy 2009/43/WE na państwa członkowskie został nałożony obowiązek zapewnienia, że dostawcy produktów związanych z obronnością będą informowali swoich odbiorców o warunkach zezwolenia na transfer, w tym o **ograniczeniach odnoszących się do ostatecznego wykorzystania lub eksportu** tych produktów. W ślad za dyrektywą 2009/43/WE ustawa o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa w art. 22 ust. 3a zdanie pierwsze nakłada na podmioty dostarczające towary o znaczeniu strategicznym mające siedzibę albo miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązek udokumentowanego informowania podmiotów odbierających towary o znaczeniu strategicznym o warunkach zezwolenia na obrót towarami o znaczeniu strategicznym, w tym o ograniczeniach w zakresie

[39] Zob. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 29-34

dysponowania towarem o znaczeniu strategicznym. W związku z tym żądanie przez zamawiającego od wykonawcy złożenia wraz z ofertą informacji o ograniczeniach obowiązujących zamawiającego w tym zakresie jest jak najbardziej uzasadnione.

6. Organizacja łańcucha dostaw. W myśl art. 408 ust. 1 pkt 3 Pzp wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw związane z etapem realizacji umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą również obejmować żądanie od wykonawcy przedstawienia już na etapie składania oferty **informacji dotyczących jego łańcucha dostaw**. Łańcuch dostaw został zdefiniowany w art. 7 pkt 10 Pzp jako wszystkie zasoby i działania niezbędne do wykonania dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia. W tym kontekście Pzp w art. 408 ust. 1 pkt 3 przyznaje zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą dokumentacji gwarantującej, że **organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw** wykonawcy umożliwia mu spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a także zobowiązania do zagwarantowania, że ewentualne **zmiany w łańcuchu dostaw** w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na spełnianie przez wykonawcę wymagań zamawiającego dotyczących bezpieczeństwa dostaw.

Jak wskazuje Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw, zamawiający może w tym zakresie wymagać od wykonawcy, by jego łańcuch dostaw był **niezawodny i stabilny**. Jednocześnie zamawiający może wymagać od wykonawcy wskazania kluczowych komponentów oraz potencjalnie narażonych na awarię słabych punktów, celem umożliwienia podjęcia odpowiednich środków

zaradczych. W rezultacie zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia **dokładnego opisu** jego łańcucha dostaw obejmującego, tytułem przykładu, informacje dotyczące:

- wydajności i zdolności właściwych zakładów produkcyjnych,
- zdolności transportowych dostępnych wykonawcy,
- postanowień umownych dotyczących zdolności dostępnych podwykonawcom lub dostawcom zewnętrznym[40].

7. Dodatkowe potrzeby wynikające z sytuacji kryzysowej.

Z kolei zgodnie z art. 408 ust. 1 pkt 4 Pzp wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą poza tym obejmować żądanie od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania do zapewnienia, na uzgodnionych warunkach, możliwości realizacji zamówienia **w przypadku wzrostu potrzeb** zamawiającego w wyniku **sytuacji kryzysowej**. Sytuacja kryzysowa została zdefiniowana w art. 408 ust. 3 Pzp jako wojna, konflikt zbrojny lub inna sytuacja, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub szkoda mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub szkoda wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności niezbędnych do przeżycia środków pierwszej potrzeby. Zobowiązanie wykonawcy w takiej sytuacji może w szczególności dotyczyć **ustanowienia lub utrzymania potencjału na wymaganym poziomie** w przypadku wynikającego z sytuacji kryzysowej wzrostu potrzeb zamawiającego.

[40] Por. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 37-40

Do uzgodnienia większości warunków, o których mowa w art. 408 ust. 1 pkt 4 Pzp, najprawdopodobniej będzie mogło dojść dopiero w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowej. Wynika to z faktu, że dopiero wtedy zamawiający będzie miał pełną wiedzę na temat rzeczywistego wzrostu swoich potrzeb w związku z wybuchem wojny, konfliktu zbrojnego czy wystąpieniem jakiejkolwiek innej sytuacji, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub szkoda mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub szkoda wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków pierwszej potrzeby, niezbędnych do przeżycia. Niemniej jednak przynajmniej częściowo, w zakresie, w jakim wzrost potrzeb zamawiającego związany z ewentualnym wystąpieniem sytuacji kryzysowej jest możliwy do przewidzenia, zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, powinien przewidzieć możliwość skorzystania z opcji na taką okoliczność już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Pozwoli to na zwiększenie bezpieczeństwa dostaw na wypadek sytuacji kryzysowych poprzez wcześniejsze uzgodnienie cen i warunków dostawy[41].

Podobnie na mocy art. 408 ust. 1 pkt 5 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą również obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą **dodatkowej dokumentacji** otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego wynikającego z sytuacji kryzysowej. Jak wskazuje Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej

[41] Zob. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 41

dotyczącej bezpieczeństwa dostaw, dodatkowa dokumentacja, o której mowa w tym przepisie, może obejmować dokumentację potwierdzającą ustalenia podjęte przez państwa członkowskie w zakresie bezpieczeństwa na mocy listu intencyjnego lub w ramach Europejskiej Agencji Obrony[42].

8. Utrzymanie, modernizacja i adaptacja. Ponadto w myśl art. 408 ust. 1 pkt 6 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy do zapewnienia **utrzymania, modernizacji lub adaptacji** dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. Jak wskazuje Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej dotyczącej bezpieczeństwa dostaw, wskazane jest określenie takiego zobowiązania wraz z bardziej szczegółowymi zastrzeżeniami co do charakteru i przedmiotu utrzymania, modernizacji lub adaptacji, które mają być wykonane, uwzględniając, jeżeli to możliwe, przynajmniej ogólne porozumienie co do cen[43].

9. Zmiany w organizacji łańcucha dostaw i strategii przemysłowej. Na podstawie art. 408 ust. 1 pkt 7 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą także obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej **zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej**, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego. Komentowany przepis ma na celu, z jednej strony, wskazanie na zasadność uwzględnienia w ramach wymagań szczególnych dotyczących wykonania umowy w sprawie zamówienia potencjalnych **zmian strategii przemysłowej**

[42] Zob. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 42
[43] Zob. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 43

wykonawcy i ich wpływu na zobowiązania wykonawcy w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Z drugiej strony, komentowany przepis stanowi uzupełnienie regulacji art. 408 ust. 1 pkt 3 *in fine* Pzp, zgodnie z którym zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania do zagwarantowania, że ewentualne **zmiany w łańcuchu dostaw** w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na spełnianie przez wykonawcę wymagań zamawiającego dotyczących bezpieczeństwa dostaw.

10. Zaprzestanie produkcji. Wreszcie na mocy art. 408 ust. 1 pkt 8 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą też obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą zobowiązania wykonawcy do zapewnienia zamawiającemu, na uzgodnionych warunkach, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia **testowego**, w tym **rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania**, w przypadku gdyby wykonawca nie był w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu. Przepis art. 408 ust. 1 pkt 8 Pzp ma na celu zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw **na wypadek zaprzestania produkcji** sprzętu stanowiącego przedmiot udzielonego zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W nocie wyjaśniającej poświęconej bezpieczeństwu dostaw Komisja Europejska zauważa, że do uzgodnienia warunków, o których mowa w tym przepisie, najprawdopodobniej będzie mogło dojść dopiero w przypadku podjęcia przez wykonawcę decyzji o zaprzestaniu produkcji[44]. Niemniej jednak nie jest wykluczone, że zamawiający przewidzi taką sytuację już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Pozwoliłoby to na wprowadzenie

[44] Por. nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw, pkt 45

stosownych postanowień na tę okoliczność do umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Jak wynika z art. 408 ust. 2 Pzp, określenie omówionych wyżej wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw nie może skutkować zobowiązaniem wykonawcy do uzyskania od władz państwa członkowskiego Unii Europejskiej zobowiązania ograniczającego swobodę tego państwa w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub unijnego, w tym w szczególności z przepisami dyrektywy 2009/43/WE oraz rozporządzenia 428/2009, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na wywóz, transfer lub tranzyt produktów objętych zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

11. Definicja sytuacji kryzysowej. Przepis art. 408 ust. 3 Pzp definiuje sytuację kryzysową jako wojnę, konflikt zbrojny lub inną sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

Przepis art. 408 ust. 3 Pzp stanowi przeniesienie na grunt Pzp definicji sytuacji kryzysowej zawartej w art. 1 pkt 10 dyrektywy obronnej. Zgodnie z tym przepisem sytuacja kryzysowa oznacza jakąkolwiek sytuację w państwie członkowskim lub w państwie trzecim, w której wystąpiło zdarzenie szkody (ang. *a harmful event*, franc. *des dommages*), wyraźnie przekraczające swoim rozmiarem zdarzenia szkody mające miejsce w codziennym życiu, a przy tym w znacznej mierze naraziło życie i zdrowie wielu ludzi, lub zdarzenie mające poważne następstwa dla dóbr materialnych lub zdarzenie wymagające podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych dla życia (ang. *necessities*,

franc. *produits de première nécessité*); sytuacja kryzysowa ma miejsce także wówczas, gdy takie zdarzenie należy uznać za nieuchronne. Przepis doprecyzowuje, że konflikty zbrojne i wojny stanowią sytuacje kryzysowe w rozumieniu dyrektywy obronnej.

Przykładem sytuacji kryzysowej, o której mowa w komentowanym przepisie art. 408 ust. 3 Pzp, może być pandemia ostrej zakaźnej choroby układu oddechowego COVID-19 wywołanej koronawirusem SARS-CoV-2, która w Europie wystąpiła na początku roku 2020.

Definicja sytuacji kryzysowej, poza omówionymi wyżej zagadnieniami bezpieczeństwa dostaw, ma znaczenie również dla zakresu stosowania przesłanek trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki (zob. komentarz do art. 414 ust. 2 pkt 3 i art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Art. 409.

1. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w innym dokumencie wszczynającym postępowanie wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie podwykonawstwa dotyczące:

1) wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani – w przypadku, w którym wykonawca nie jest zobowiązany przez zamawiającego do wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w art. 423–430;

2) niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców, które wystąpią w trakcie wykonywania zamówienia;

3) stosowania określonej w art. 423–430 procedury wyboru podwykonawców wszystkich lub niektórych części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom;

4) nałożenia na wykonawcę obowiązku zawarcia umów o podwykonawstwo, wskazując przedział wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który ma być przedmiotem tych umów.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4:

1) zamawiający określa przedział, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, w sposób proporcjonalny do przedmiotu i wartości zamówienia oraz charakteru zaangażowanego sektora przemysłu, obejmującego poziom konkurencji na danym rynku oraz odpowiednie kwalifikacje techniczne bazy przemysłowej;

2) łączna wartość umów o podwykonawstwo, które wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć, nie może przekroczyć 30% wartości zamówienia udzielonego wykonawcy;

3) każdy procent wartości umowy o podwykonawstwo mieszczący się w przedziale, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, uznaje się za spełniający wymagania dotyczące podwykonawstwa;

4) do zawarcia umowy o podwykonawstwo stosuje się przepisy art. 423–430;

5) wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą powierzy podwykonawcom, w celu spełnienia obowiązku zawarcia umów o podwykonawstwo.

6) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Podwykonawstwo. Zgodnie z wyrażoną w art. 462 ust. 1 Pzp ogólną zasadą, która znajduje zastosowanie również do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawcy, co do zasady, przysługuje swoboda decyzji co do tego, czy w ogóle zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, a jeśli tak, przysługuje mu swoboda wyboru części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, jak i pełna swoboda wyboru podwykonawców.
Zasady te na gruncie zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podlegają jednak daleko idącym modyfikacjom. Pzp utrzymuje w tym zakresie rozwiązania istniejące w polskim systemie zamówień publicznych od 2012 r.[45]
Przepisy dotyczące podwykonawstwa w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mają na celu ułatwienie dostępu do rynku zamówień małym i średnim przedsiębiorstwom, którym byłoby trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, przy jednoczesnym zagwarantowaniu im równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego. Tym samym przepisy w zakresie podwykonawstwa zwiększają **konkurencję w łańcuchu dostaw** głównego wykonawcy.
Dodatkowo, jak w nocie wyjaśniającej poświęconej podwykonawstwu[46] podkreśla Komisja Europejska, podwykonawstwo stanowi zgodną

[45] Por. A. Kowalski, *Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa* [w:] B. Brańko, J. Sadowy [red.], *op.cit.*, s. 135 i nast.
[46] *Guidance Note – Subcontracting* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 169 i nast.

ze wspólnym rynkiem alternatywę dla umów zwanych kompensacyjnymi i wszelkich innych praktyk offsetowych[47].

2. Wymagania szczególne. Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może nałożyć na wykonawcę szczególne wymagania związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia dotyczące podwykonawstwa. W takim przypadku zamawiający ma **obowiązek** poinformowania o wymaganiach w zakresie podwykonawstwa na możliwie najwcześniejszym etapie postępowania, tj. **w ogłoszeniu o zamówieniu** lub w innym dokumencie wszczynającym postępowanie. Dopuszczenie w tym wypadku wskazania wymagań w zakresie podwykonawstwa w innym dokumencie wszczynającym postępowanie wynika z tego, że zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może określić takie wymagania również w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybach negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji w obu tych trybach zamawiający ma obowiązek poinformowania o wymaganiach dotyczących podwykonawstwa **w zaproszeniu do negocjacji**.

Wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego standardowy formularz został ustanowiony w załączniku XIV do rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń (formularz standardowy 17), zawiera dedykowaną podwykonawstwu rubrykę II.1.9, umożliwiającą zamawiającemu poinformowanie wykonawców o wymaganiach w zakresie podwykonawstwa.

---

[47] Por. *Guidance Note – Offsets* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, s. 181 i nast.

Inaczej niż w przypadku wymagań w zakresie bezpieczeństwa informacji, o których mowa w art. 407 Pzp, i wymagań dotyczących bezpieczeństwa dostaw przewidzianych w art. 408 ust. 1 Pzp, gdzie wyliczenie możliwości dostępnych zamawiającemu nie jest wyczerpujące, **katalog** dopuszczalnych wymagań w zakresie podwykonawstwa, zawarty w art. 409 ust. 1 Pzp, ma charakter **zamknięty**.

Pzp przewiduje następujące **cztery możliwości** dostępne zamawiającemu udzielającemu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Po pierwsze, zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom, oraz podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani, jak również niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców. Po drugie, Pzp upoważnia zamawiającego udzielającego zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa do nałożenia na wykonawcę, któremu udzielono zamówienia, obowiązku wyłonienia podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu. Po trzecie, zamawiający może ustalić obowiązkowy poziom podwykonawstwa rozumiany jako odsetek wartości zamówienia, którego realizacja ma być powierzona podwykonawcom. Po czwarte, zamawiający ma możliwość określenia obowiązkowego poziomu podwykonawstwa przy jednoczesnym nałożeniu obowiązku wyboru podwykonawców w procedurze konkurencyjnej w odniesieniu do umów o podwykonawstwa zawieranych powyżej obowiązkowego poziomu podwykonawstwa.

3. Żądanie wskazania części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców.

Podstawowym uprawnieniem zamawiającego jest przewidziana w art. 409 ust. 1 pkt 1 Pzp możliwość żądania, by wykonawca wskazał w ofercie:

1) części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, oraz
2) nazwy podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani, w przypadku gdy zamawiający nie nałożył na wykonawcę obowiązku stosowania konkurencyjnej procedury wyboru podwykonawców.

Co więcej w myśl art. 409 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może zobowiązać wykonawcę do **niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach** dotyczących podwykonawców, które wystąpią w trakcie wykonywania zamówienia.

Wydaje się uzasadnione, by zamawiający zastrzegł możliwość korzystania z obu powyższych uprawnień łącznie.

Przepisy art. 409 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp znajdują zastosowanie we wszystkich przypadkach, gdy zamawiający nie nałoży na wykonawcę obowiązku zawarcia umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi w konkurencyjnym postępowaniu. W takim wypadku wykonawcy przysługuje zarówno swoboda decyzji co do tego, czy w ogóle i w odniesieniu do jakiej części zamówienia zamierza zlecić wykonanie zamówienia podwykonawcom, jak i pełna swoboda wyboru podwykonawców. W tym kontekście zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości korzystania z obu powyższych uprawnień łącznie umożliwi zarazem zamawiającemu uruchomienie mechanizmu przewidzianego w art. 427 Pzp. Zgodnie z tym przepisem w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może

odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę **w przypadku zaistnienia podstaw wykluczenia lub niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu** przewidzianych dla wykonawcy zamówienia (zob. komentarz do art. 427 Pzp).

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że przepis art. 426 Pzp stanowi, że w sytuacji gdy wykonawca zaproponuje w ofercie realizację w ramach podwykonawstwa części wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, która wykracza **ponad** określony przez zamawiającego **obowiązkowy poziom** podwykonawstwa, wówczas na żądanie zamawiającego wykonawca ma obowiązek jednoczesnego wskazania w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli zostali wybrani (zob. komentarz do art. 426 Pzp).

4. Wybór podwykonawców w procedurze konkurencyjnej. Druga możliwość to przysługujące zamawiającemu na mocy art. 409 ust. 1 pkt 3 Pzp uprawnienie nałożenia na wykonawcę obowiązku stosowania konkurencyjnej procedury wyboru podwykonawców w odniesieniu do wszystkich lub niektórych części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Procedura wyboru podwykonawców została opisana w przepisach art. 423–430 Pzp.

Zamawiającemu przysługuje uprawnienie zobowiązania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do wyłonienia podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu. Zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi w wyniku konkurencyjnego postępowania może dotyczyć **wszystkich lub niektórych**

umów o podwykonawstwo. Zamawiający może nałożyć na wykonawcę to zobowiązanie niezależnie od tego, czy korzysta z możliwości określenia obowiązkowego poziomu podwykonawstwa.

W takim przypadku wykonawcy przysługuje swoboda decyzji co do tego, czy w ogóle zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, a jeśli tak – wykonanie jakiej części zamówienia powierzy podwykonawcom, jednak zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może zobowiązać wykonawcę do wyboru podwykonawców po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania. To zobowiązanie może dotyczyć – w zależności od decyzji zamawiającego – wszystkich albo wybranych spośród części zamówienia, których wykonanie wykonawca, któremu udzielono zamówienia, zamierza zlecić podwykonawcom.

5. Określenie obowiązkowego poziomu podwykonawstwa. Trzecia możliwość to przewidziane w art. 409 ust. 1 pkt 4 Pzp uprawnienie zamawiającego do zobowiązania wykonawcy do powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu poprzez wskazanie **obowiązkowego poziomu podwykonawstwa**.

Zamawiający, który zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w tym zakresie, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo. Inaczej mówiąc, zamawiający określa obowiązkowy poziom podwykonawstwa, podając w ogłoszeniu dwie wartości: dolną i górną granicę podwykonawstwa rozumianego jako odsetek wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom.

Pzp w art. 409 ust. 2 pkt 1 nakłada zarazem na zamawiającego obowiązek określenia obowiązkowego poziomu podwykonawstwa w sposób **proporcjonalny do przedmiotu i wartości** zamówienia. Komentowany przepis nakazuje zamawiającemu przy ustalaniu obowiązkowego poziomu podwykonawstwa wzięcie pod uwagę również **charakteru właściwego sektora przemysłu**, w tym **poziomu konkurencji** na danym rynku oraz odpowiednich **zdolności technicznych** bazy przemysłowej w tym sektorze. Zarazem art. 409 ust. 2 pkt 2 Pzp ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu drugiej z tych wartości, wskazując, że łączna wartość umów o podwykonawstwo objętych omawianym obowiązkiem **nie może przekraczać 30%** udzielanego zamówienia.

Te ograniczenia, jak wskazano w motywie 40 preambuły do dyrektywy obronnej, mają na celu zapewnienie, że określenie przez zamawiającego obowiązkowego poziomu podwykonawstwa w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie będzie zagrażać prawidłowemu funkcjonowaniu łańcucha dostaw wykonawcy, któremu udzielono zamówienia.

Zamawiający może zatem określić obowiązkowy poziom podwykonawstwa poprzez wskazanie **dwóch wartości** mieszczących się w przedziale **między > 0% a 30%** wartości udzielanego zamówienia. Tytułem przykładu zamawiający może ustalić obowiązkowy poziom podwykonawstwa jako wartość między 10% a 15% wartości zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 409 ust. 2 pkt 3 Pzp uznaje się, że każda umowa o podwykonawstwo mieszcząca się w przedziale wartości wskazanym przez zamawiającego jako obowiązkowy poziom podwykonawstwa stanowi spełnienie wymagań zamawiającego w tym zakresie. Niemniej jednak należy pamiętać, że w myśl art. 409 ust. 2 pkt 4 Pzp, aby umowa o podwykonawstwo mieszcząca się w przedziale wartości wskazanym przez zamawiającego jako obowiązkowy poziom podwykonawstwa

była uznana za spełnienie wymagań zamawiającego w tym zakresie, jej zawarcie musi być poprzedzone konkurencyjnym postępowaniem mającym na celu wybór podwykonawców.

Na mocy art. 409 ust. 2 pkt 5 Pzp na wykonawcę nałożony został obowiązek wskazania w ofercie części zamówienia, którą powierzy podwykonawcom, celem spełnienia wymagań zamawiającego w zakresie obowiązkowego poziomu podwykonawstwa.

Podsumowując, w omawianej sytuacji wykonawca, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zostaje pozbawiony swobody decyzji, czy zleci wykonanie części zamówienia podwykonawcom w zakresie, w jakim zamawiający określi obowiązkowy poziom podwykonawstwa rozumiany jako przedział wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom. Co więcej celem spełnienia wymagań zamawiającego w tym zakresie wykonawca musi wyłonić podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu, a zatem zostaje w pewnym stopniu pozbawiony swobody wyboru podwykonawców. Wykonawcy pozostaje natomiast swoboda decyzji co do tego, które konkretnie części zamówienia zleci podwykonawcom. Wykonawca może również zdecydować o zleceniu podwykonawcom wykonania zamówienia powyżej poziomu podwykonawstwa ustalonego przez zamawiającego. W tym zakresie wykonawcy będzie przysługiwała swoboda wyboru podwykonawców, o ile zamawiający nie skorzysta z uprawnienia do zobowiązania wykonawcy do zawarcia tych umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi w konkurencyjnym postępowaniu.

6. Określenie obowiązkowego poziomu podwykonawstwa w połączeniu z nałożeniem obowiązku wyboru podwykonawców w procedurze konkurencyjnej w odniesieniu do umów o podwykonawstwa

zawieranych powyżej obowiązkowego poziomu podwykonawstwa. Czwarta możliwość to połączenie możliwości drugiej i trzeciej. W takim przypadku wykonawca, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zostaje pozbawiony swobody decyzji, czy zleci wykonanie części zamówienia podwykonawcom w zakresie, w jakim zamawiający określi obowiązkowy poziom podwykonawstwa. Celem spełnienia wymagań zamawiającego w tym zakresie, wykonawca musi wyłonić podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu. Wykonawcy w dalszym ciągu będzie przysługiwała swoboda decyzji, czy zleci podwykonawstwo powyżej obowiązkowego poziomu podwykonawstwa ustalonego przez zamawiającego. Niemniej jednak jeżeli wykonawca podejmie decyzję o zleceniu podwykonawcom wykonania zamówienia powyżej obowiązkowego poziomu podwykonawstwa ustalonego przez zamawiającego, zamawiający może go zobowiązać do poddania wszystkich lub niektórych umów o podwykonawstwo konkurencji. Tym samym wykonawca może zostać pozbawiony swobody wyboru podwykonawców. Wykonawcy pozostanie natomiast swoboda decyzji co do tego, które konkretnie części zamówienia zleci podwykonawcom.

7. Odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. Zgodnie z ogólną zasadą, która na użytek zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa została powtórzona w art. 409 ust. 3 Pzp, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia (zob. komentarz do art. 462 ust. 8 Pzp).

Rozdział 3

Tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Art. 410.

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

2. Zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki w przypadkach określonych w niniejszym rozdziale.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Przepisy art. 227–238 stosuje się odpowiednio.

4. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści odpowiednio SWZ albo OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający przekazuje wykonawcom lub udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania w przypadkach, o których mowa w art. 411 ust. 3, art. 412 ust. 3 i art. 413 ust. 4.

5. Zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo OPW oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania przekazuje wykonawcom lub udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania w przypadkach, o których mowa w art. 411 ust. 3, art. 412 ust. 3 i art. 413 ust. 4.

1. Katalog trybów udzielenia zamówienia dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się art. 129 Pzp zawierającego katalog trybów udzielenia zamówienia dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień klasycznych. Katalog trybów udzielenia zamówienia dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został uregulowany odrębnie w art. 410 ust. 1 i 2 Pzp. Niemniej jednak do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajduje szereg przepisów działu II rozdziału 3 Pzp regulującego tryby udzielania zamówień, w tym definicje poszczególnych trybów.
Tryby udzielania zamówień dostępne zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem (tryby, których stosowanie nie jest uzależnione od konieczności spełnienia jakichkolwiek przesłanek) oraz dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki (tryby, których stosowanie jest uzależnione od spełnienia określonych przesłanek).
2. Tryby bezprzesłankowe. Zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający udziela, co do zasady, w trybie **przetargu ograniczonego** albo w trybie **negocjacji z ogłoszeniem**. Zastosowanie obu tych trybów nie jest uzależnione od konieczności spełnienia jakichkolwiek przesłanek. Zamawiającemu udzielającemu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przysługuje pełna swoboda wyboru trybu przetargu ograniczonego oraz trybu negocjacji z ogłoszeniem.
Udzielając zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający nie ma możliwości zastosowania trybu przetargu nieograniczonego. Taki wybór prawodawcy unijnego, a w ślad za nim

i ustawodawcy krajowego, uzasadniony jest szczególnym charakterem zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

3. Pozostałe tryby. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może zastosować tryb dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, pod warunkiem spełnienia ustawowych przesłanek zastosowania tych trybów.

Zastosowanie trybu **dialogu konkurencyjnego** będzie możliwe w przypadku, gdy ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przesłanki stosowania trybu **negocjacji bez ogłoszenia** określają przepisy art. 414 ust. 2 Pzp (zob. komentarz do art. 414 ust. 2 Pzp).

Przesłanki stosowania trybu **zamówienia z wolnej ręki** określają przepisy art. 415 ust. 2 Pzp (zob. komentarz do art. 415 ust. 2 Pzp).

Udzielając zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający nie ma możliwości zastosowania trybu partnerstwa innowacyjnego.

4. Aukcja elektroniczna. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie **przetargu ograniczonego** albo w trybie **negocjacji z ogłoszeniem**, zamawiający może zastosować aukcję elektroniczną rozumianą zgodnie z art. 228 Pzp jako dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzane przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, po wstępnym badaniu i ocenie ofert zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą.

Regulujące aukcję elektroniczną przepisy art. 227–238 Pzp znajdują w takim przypadku zastosowanie (zob. komentarz do art. 227–238 Pzp).

5. Zebranie wykonawców. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może zorganizować zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści – w zależności od trybu prowadzonego postępowania – SWZ albo OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający przekazuje bezpośrednio wykonawcom. W przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, zamawiający udostępnia informację o terminie zebrania wykonawców na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Przepis art. 410 ust. 4 Pzp jest odpowiednikiem przepisu art. 136 ust. 1 Pzp, który znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych.

6. Informacja po zebraniu wykonawców. Jeżeli zamawiający skorzystał z możliwości zorganizowania zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ albo OPW, po odbyciu takiego zebrania wykonawców zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo OPW wraz z odpowiedziami. W informacji po zebraniu wykonawców zamawiający nie wskazuje źródeł zapytań.

Informację po zebraniu wykonawców zamawiający przekazuje bezpośrednio wykonawcom. Natomiast w przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia

udzielenia zamówienia, zamawiający udostępnia informację po zebraniu wykonawców na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Odpowiednikiem przepisu art. 410 ust. 5 Pzp na gruncie zamówień klasycznych jest przepis art. 136 ust. 2 Pzp.

Art. 411.

1. Do przetargu ograniczonego nie stosuje się przepisów art. 141, art. 142, art. 143 ust. 1–3, art. 144 ust. 2 i art. 148–151.

2. W przypadku gdy SWZ jest przekazywana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, SWZ zawiera co najmniej:

1) nazwę i adres zamawiającego;

2) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 3–6 i 13–21 oraz ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 12–15, 17 i 18;

3) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami;

4) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie;

5) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

3. W przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, SWZ zawiera co najmniej:

1) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 2–9 i 17–21 oraz ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 12–15, 17 i 18;

2) informacje, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i 3–5;

3) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2, jeżeli zamawiający je przewiduje;

4) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone;

5) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

6) sposób oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. Jeżeli wyjaśnienia treści SWZ są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w ust. 7, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 dni lub 7 dni przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

5. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, o którym mowa w ust. 4.

6. Do wyjaśnień oraz zmian treści SWZ przepisy art. 135 i art. 137 stosuje się odpowiednio.

7. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

8. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz, w przypadku, o którym mowa w ust. 3, 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 wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

10. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

11. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z ust. 8 i 9, zamawiający może:

1) kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców albo

2) zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo

3) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

12. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego, informację o przedmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, oraz informacje, o których mowa w art. 150 ust. 1 pkt 2 i 5. Zamawiający załącza do zaproszenia do składania ofert SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o ile nie zostały one udostępnione na stronie internetowej zgodnie z ust. 3.

13. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

14. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, termin minimalny, o którym mowa w ust. 13, może zostać skrócony do 35 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

15. W przypadku gdy informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej

na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania ofert, jednak nie krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

16. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania ofert, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

1. Przetarg ograniczony. Mocą art. 140 Pzp przetarg ograniczony to 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 do składania ofert.
Ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publikowane jest na standardowym formularzu nr 17, którego wzór został ustalony w załączniku XIV rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.
2. SWZ. Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie ma zastosowania przewidziany w art. 140 Pzp obowiązek zapewnienia przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Niemniej jednak zamawiający może taki bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ zapewnić. W takim przypadku istnieje możliwość skrócenia terminów składania ofert.
Jeżeli zamawiający **nie zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE

nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, SWZ jest przekazywana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. W takiej sytuacji SWZ musi, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawierać co najmniej:

1) wskazanie trybu postępowania,
2) opis przedmiotu zamówienia,
3) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
4) wskazanie terminu wykonania zamówienia,
5) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
6) określenie terminu związania ofertą,
7) opis sposobu przygotowywania oferty,
8) wskazanie sposobu oraz terminu składania ofert,
9) informację o terminie otwarcia ofert,
10) sposób obliczenia ceny,
11) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
12) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
13) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,
14) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Ponadto SWZ powinna zawierać:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,

2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,

9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
10) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną, wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj.:
    a. elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej,
    b. wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z określenia przedmiotu zamówienia,
    c. informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia,
    d. informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej,
    e. warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji,
    f. informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń,
11) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
12) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

13) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
15) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jeżeli natomiast zamawiający **zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, SWZ powinna, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawierać co najmniej:

1) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
2) wskazanie trybu postępowania,
3) opis przedmiotu zamówienia,
4) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
5) określenie terminu wykonania zamówienia,
6) wskazanie obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp,
7) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

8) wykaz podmiotowych środków dowodowych,
9) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
10) sposób obliczenia ceny,
11) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
12) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone,
13) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
14) informację o sposobie i terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
15) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
16) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,
17) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

W takim przypadku SWZ musi ponadto zawierać:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje,
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,

3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
8) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,

10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
11) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną, wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj.:
    a. elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej,
    b. wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z określenia przedmiotu zamówienia,
    c. informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia,
    d. informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej,
    e. warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji,
    f. informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń,
12) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
13) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

14) wymagania w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
15) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
16) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

3. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 131 ust. 1 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek wyznaczenia terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem **złożoności i specyfiki przedmiotu** zamówienia oraz **czasu niezbędnego** do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te **nie mogą być krótsze** niż ustawowe terminy minimalne, o ile zostały określone.

W myśl art. 144 ust. 1 Pzp ustawowy minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż **30 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Dyrektywa obronna wprawdzie w art. 33 ust. 2 przewiduje, że w przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz w przypadku zastosowania dialogu konkurencyjnego minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi 37 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Jednak w art. 33 ust. 4 dyrektywa

obronna przewiduje jednocześnie możliwość skrócenia tego terminu minimalnego o siedem dni, jeżeli ogłoszenia są sporządzane i przesyłane za pomocą środków elektronicznych zgodnie z formatem i warunkami przesyłania wskazanymi w załączniku VI pkt 3. Jako że na gruncie Pzp, w myśl jej art. 399, zamawiający, którzy udzielają zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, obowiązani są przekazywać **zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń** dostępnymi na stronie internetowej www.simap.europa.eu, o której mowa w pkt 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej, podstawowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został skrócony z 37 dni do 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. W ten sposób podstawowe minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na gruncie zamówień klasycznych i sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały ujednolicone.
Na mocy art. 411 ust. 7 Pzp zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin** składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE, jeżeli zachodzi **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**. Na marginesie warto zauważyć, że w przypadku zamówień klasycznych przepis art. 144 ust. 2 Pzp pozwala na skrócenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, należycie uzasadnioną przez zamawiającego, maksymalnie do 15 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Natomiast w przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z art. 379 ust. 3 Pzp, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego zamawiający może wyznaczyć w wyjątkowych przypadkach termin składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Dodatkowo, za sprawą zawartego w art. 379 ust. 1 Pzp odesłania do art. 144 Pzp, do zamówień sektorowych znajdzie zastosowanie możliwość skrócenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, należycie uzasadnioną przez zamawiającego, maksymalnie do 15 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE lub przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania.

4. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Na mocy odesłania zawartego w art. 411 ust. 6 Pzp do wyjaśnień oraz zmian treści SWZ przepisy art. 135 i art. 137 Pzp stosuje się odpowiednio. Tym samym, zgodnie z art. 135 w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest uzasadnione, pod warunkiem że **wniosek o wyjaśnienie treści SWZ** wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio **14 albo 7 dni** przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w powyższych terminach, Pzp nakłada na niego obowiązek przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do zapoznania się

wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg terminu składania **wniosk**ów **o wyjaśnienie** treści SWZ (14 albo – w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia – 7 dni przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w powyższym terminie, zamawiający zostaje zwolniony z obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał SWZ, bez ujawniania źródła zapytania.

Jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, udostępnia treść zapytań wraz z wyjaśnieniami, bez ujawniania źródła zapytania, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W myśl art. 137 w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **zmienić treść SWZ**. Dokonaną zmianę treści SWZ przekazuje wykonawcom w sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ, dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do **zmiany treści ogłoszenia** o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie

o zmianie ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia publikowane jest na standardowym formularzu nr 14, którego wzór został ustalony w załączniku XI rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń. W takim przypadku udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania może nastąpić dopiero po publikacji **ogłoszenia o zmianie** ogłoszenia lub po upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

W sytuacji gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jako że przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE **ogłoszenie o zmianie** ogłoszenia, o którym mowa wyżej. Udostępnienie informacji o przedłużeniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania może nastąpić dopiero po publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia lub po upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

Jeśli natomiast zmiany treści SWZ prowadziłyby do **istotnej zmiany charakteru zamówienia** w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający ma ustawowy **obowiązek unieważnienia postępowania**.

Obowiązek unieważnienia postępowania wynika z tego, że istotna zmiana charakteru zamówienia w stosunku do jego pierwotnie określonego charakteru, w szczególności znaczna zmiana zakresu zamówienia, stanowi okoliczność powodującą, że dalsze **prowadzenie postępowania** jest **nieuzasadnione**.

Zgodnie z art. 411 ust. 4 Pzp, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ są niezbędne do należytego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na zamawiającym spoczywa obowiązek udzielenia wyjaśnień w tym zakresie niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania wniosku albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania wniosków w przypadku, o którym mowa w ust. 7, tj. jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i zamawiający wyznaczył krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (co najmniej 10 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE), pod warunkiem że **wniosek o wyjaśnienie treści SWZ** wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio **14 dni lub 7 dni** przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na mocy art. 411 ust. 5 Pzp ewentualne przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wpływa na bieg wspomnianego terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ.

Mocą art. 143 ust. 4 Pzp, który znajduje zastosowanie również do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, dokonywanie zmian treści SWZ **po upływie terminu składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, jest **niedopuszczalne**.

Z kolei na mocy art. 143 ust. 5 Pzp, który również znajduje zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

w sytuacji gdy wyjaśnienia lub zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie wniosków, zamawiający przedłuża termin ich składania.

5. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak na gruncie zamówień klasycznych, do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajdują przepisy art. 145–147 Pzp.

Mocą art. 145 Pzp zamawiający nie może się zapoznać z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu ich składania.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) wniosek został złożony po terminie,
2) wniosek został złożony przez:
   a. wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,
3) wniosek jest niezgodny z przepisami ustawy,

4) wniosek jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) wniosek nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Na mocy art. 146 ust. 2 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niezaproszonego do składania ofert uznaje się za odrzucony.

W myśl art. 147 Pzp zamawiający ma **obowiązek poinformowania** niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, **o wynikach oceny** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **wraz z uzasadnieniem** faktycznym i prawnym.

6. Ograniczenie liczby wykonawców. Pzp w art. 411 ust. 8 przyznaje zamawiającemu udzielającemu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uprawnienie ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż **trzech** wykonawców. Zamawiający, który zamierza skorzystać z tego uprawnienia, zgodnie z art. 411 ust. 9 Pzp ma **obowiązek wskazania w ogłoszeniu** o zamówieniu oraz, w przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, w SWZ **kryteriów selekcji**, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz **minimalnej liczby** wykonawców, których zaprosi

do składania ofert. Dodatkowo zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert, ale nie ma takiego obowiązku.

W sytuacji gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest **mniejsza od** określonej przez zamawiającego **liczby minimalnej**, zamawiający ma do dyspozycji trzy możliwości dalszego postępowania. Po pierwsze zamawiający może **kontynuować** postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po drugie, zamawiający może **zawiesić** postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Po trzecie, zamawiający może **unieważnić** postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

7. Zaproszenie do składania ofert. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

Zaproszenie do składania ofert, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawiera co najmniej:

1) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu,
2) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty,
3) określenie sposobu i terminu składania ofert,

4) wskazanie języka lub języków, w jakich muszą być sporządzone oferty,
5) informację o terminie otwarcia ofert.

Zamawiający do zaproszenia do składania ofert **załącza SWZ** oraz jej ewentualne **zmiany i wyjaśnienia** treści SWZ, a także **inne dokumenty** zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, chyba że zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ. W takim przypadku zaproszenie do składania ofert powinno zawierać adres tej strony internetowej.

8. Termin składania ofert. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 131 ust. 1 Pzp, na zamawiającym spoczywa obowiązek wyznaczenia terminów składania ofert z uwzględnieniem **złożoności i specyfiki przedmiotu** zamówienia oraz **czasu niezbędnego** do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te **nie mogą być krótsze** niż ustawowe terminy minimalne, o ile zostały określone.

Ponadto na mocy art. 131 ust. 2 Pzp, gdy zamawiający przewiduje możliwość albo – jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia – wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, ciąży na nim obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem **czasu niezbędnego** do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te **muszą być dłuższe** od ustawowych terminów minimalnych, o ile zostały określone.

W myśl art. 411 ust. 13 Pzp termin składania ofert nie może być krótszy niż **40 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Jeżeli zamawiający **zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania **bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ** od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, zamawiającemu przysługuje uprawnienie **skrócenia** powyższego terminu minimalnego **do 35 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert.
Jeśli natomiast informacja o zamówieniu została zawarta we **wstępnym ogłoszeniu informacyjnym**, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający **może wyznaczyć krótszy** termin składania ofert, jednak **nie krótszy niż 22 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest, po pierwsze, by wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało **wszystkie informacje** wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, oraz, po drugie, by wstępne ogłoszenie informacyjne zostało **przekazane do publikacji** UPUE **na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy** przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu.
Jeżeli zachodzi **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**, zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin** składania ofert, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert.
9. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Do badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje regulacje przewidziane we właściwych przepisach działu II Pzp. Przepisy art. 223–226 Pzp, zawarte w rozdziale 5 działu II Pzp, regulują ocenę ofert (zob. komentarz do art. 223–226 Pzp). Przepisy art. 239–253 Pzp, zawarte

w rozdziale 7 działu II Pzp, regulują wybór oferty najkorzystniejszej (zob. komentarz do art. 239–253 Pzp).

10. Aukcja elektroniczna. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, zamawiający może do wyboru najkorzystniejszej oferty zastosować aukcję elektroniczną. Zgodnie z art. 228 Pzp aukcja elektroniczna jest przeprowadzana przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, **po wstępnym badaniu i ocenie ofert** zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą. W takim przypadku znajdują odpowiednie zastosowanie regulujące aukcję elektroniczną przepisy art. 227–238 Pzp, zawarte w rozdziale 6 działu II Pzp (zob. komentarz do art. 227–238 Pzp).

Art. 412.

1. Do negocjacji z ogłoszeniem nie stosuje się przepisów art. 152 ust. 2, art. 153, art. 154, art. 155 ust. 2 i 3, art. 156 ust. 1, 2 i 4, art. 157 ust. 2, art. 160–162, art. 163 ust. 1, art. 167 ust. 3 oraz art. 168 ust. 2 pkt 1–3 i ust. 3.

2. W przypadku gdy opis potrzeb i wymagań jest przekazywany wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

1) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 12–15, 17 i 18 oraz art. 156 ust. 1 pkt 3–8, 18 i 19;

2) informacje, o których mowa w art. 411 ust. 2 pkt 1 i 3–5.

3. W przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp, do OPW oraz innych dokumentów

zamówienia, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

1) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 12–15, 17 i 18 oraz art. 156 ust. 1 pkt 2–10, 14–16, 18 i 19;

2) informacje, o których mowa w art. 411 ust. 2 pkt 1 i 3–5;

3) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2, jeżeli zamawiający je przewiduje;

4) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone.

4. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

5. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wstępnych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 159.

6. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 159, zamawiający może:

1) kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert wstępnych tych wykonawców albo

2) zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo

3) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

7. Zaproszenie do składania ofert wstępnych zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego oraz informacje, o których mowa w art. 161 ust. 1 pkt 2 i 5. Zamawiający załącza do zaproszenia do składania ofert wstępnych opis potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o ile opis potrzeb i wymagań nie został udostępniony na stronie internetowej zgodnie z ust. 3. Do terminów składania ofert wstępnych przepisy art. 411 ust. 13–16 stosuje się.

8. Po zakończeniu negocjacji zamawiający przekazuje pozostałym w postępowaniu wykonawcom zaproszenie do składania ofert ostatecznych, które zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego oraz informacje, o których mowa w art. 168 ust. 2 pkt 4. Zamawiający załącza do zaproszenia do składania ofert ostatecznych SWZ, która zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 411 ust. 2.

1. Negocjacje z ogłoszeniem. W myśl art. 152 ust. 1 Pzp negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału

w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publikowane jest na standardowym formularzu nr 17, którego wzór został ustalony w załączniku XIV rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

2. Opis potrzeb i wymagań. W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań. Sporządzenie przez zamawiającego OPW ma na celu umożliwienie wykonawcom ustalenia **charakteru i zakresu zamówienia** oraz **wymagań formalnych i proceduralnych** dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (por. art. 155 ust. 1 Pzp).

Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie ma zastosowania przewidziany w art. 155 ust. 2 Pzp obowiązek zapewnienia przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Niemniej jednak zamawiający może taki bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania zapewnić. W takim przypadku istnieje możliwość skrócenia terminów składania ofert wstępnych.

Jeżeli zamawiający **nie zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, OPW jest przekazywany wykonawcom **wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych**.

W takiej sytuacji OPW, poza nazwą i adresem zamawiającego, musi zawierać co najmniej:

1) wskazanie trybu postępowania,
2) **określenie przedmiotu** zamówienia,
3) **opis potrzeb** zamawiającego i **cechy charakterystyczne** dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia,
4) informację o przedmiotowych środkach dowodowych, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną,
5) **minimalne wymagania** dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty,
6) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
7) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
8) informację o **podziale negocjacji na etapy** w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział,
9) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

W takim przypadku OPW musi ponadto zawierać:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną

udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,

3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
10) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający

przewiduje aukcję elektroniczną, wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj.:

a. elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej,
b. wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z określenia przedmiotu zamówienia,
c. informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia,
d. informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej,
e. warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji,
f. informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń,

11) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
12) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,

15) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jeżeli natomiast zamawiający **zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, OPW powinien, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawierać co najmniej:

1) **adres strony** internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści OPW oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
2) wskazanie trybu postępowania,
3) **określenie przedmiotu** zamówienia,
4) **opis potrzeb** zamawiającego i **cechy charakterystyczne** dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia,
5) informację o **przedmiotowych środkach dowodowych**, o ile zamawiający wymaga ich złożenia wraz z ofertą wstępną,
6) **minimalne wymagania** dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty,
7) opis **kryteriów oceny ofert** wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
8) wskazanie obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

9) informację o **podmiotowych środkach dowodowych**, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych,
10) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
11) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone,
12) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
13) informację o sposobie i terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
14) informację o sposobie informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
15) informację o **podziale negocjacji na etapy** w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział,
16) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

W takim przypadku OPW musi ponadto zawierać:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje,
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać

udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,

4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
8) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,

11) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną, wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj.:
    a. elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej,
    b. wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z określenia przedmiotu zamówienia,
    c. informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;
    d. informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej,
    e. warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji,
    f. informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń,
12) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
13) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

15) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
16) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

3. Wyjaśnienia i zmiana OPW. Zgodnie z art. 156 ust. 3 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek sformułowania informacji zawartych w OPW w sposób **wystarczająco precyzyjny**, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści OPW.

Na mocy art. 157 ust. 1 Pzp do wyjaśnień oraz zmian treści OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136, art. 137 ust. 1-6 oraz art. 143 ust. 2–5 Pzp.

Tym samym zastosowania nie znajdą przepisy art. 135 ust. 2 Pzp regulujące terminy składania wniosków o wyjaśnienie przez wykonawców i terminy udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, przepis art. 135 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, przepis art. 135 ust. 4 Pzp dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu ofert na bieg terminu na składanie przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie ani przepis art. 135 ust. 5 Pzp, który zwalnia zamawiającego

z obowiązku udzielenia wyjaśnień, jeżeli wniosek o wyjaśnienie nie wpłynie w terminie. Znajdzie natomiast zastosowanie przepis art. 135 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym zamawiający przekazał SWZ, oraz obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 135 ust. 6 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że zamawiający ma obowiązek przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym zamawiający przekazał OPW, a jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, ma obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zastosowanie znajdą również przepisy art. 136 Pzp dotyczące możliwości zwołania przez zamawiającego **zebrania wykonawców** mającego na celu wyjaśnienie treści SWZ. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 136 Pzp do wyjaśnień OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW. Informację o terminie zebrania zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, a jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, udostępnia informację o terminie zebrania na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający ma obowiązek sporządzenia informacji zawierającej zgłoszone

na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści OPW wraz z odpowiedziami, bez wskazywania autorstwa pytań. Informację z zebrania zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, a jeżeli zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, udostępnia tę informację na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Na mocy art. 137 ust. 1 Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmienić treść OPW. W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 2 Pzp, z którego wynika obowiązek udostępnienia dokonanych zmian SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 2 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że dokonaną zmianę treści OPW zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał OPW, a jeżeli zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem odpowiednie zastosowanie znajdzie również przepis art. 137 ust. 3 Pzp. Jeżeli zatem zmiana będzie dotyczyła części OPW, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, dokonaną zmianę treści OPW zamawiający przekaże w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Zastosowanie znajdzie również przepis art. 137 ust. 4 Pzp dotyczący obowiązku publikacji **ogłoszenia o zmianie ogłoszenia**. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 4 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że w przypadku gdy zmiana treści OPW prowadzi do **zmiany**

treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia publikowane jest na standardowym formularzu nr 14, którego wzór został ustalony w załączniku XI rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń. Podobnie odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, chyba że zamawiający nie zostanie powiadomiony o publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 5 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że w takim przypadku udostępnienie zmiany treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania – jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE – może nastąpić dopiero po publikacji **ogłoszenia o zmianie** ogłoszenia lub po bezskutecznym upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

Zastosowanie znajdzie ponadto przepis art. 137 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 6 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że w sytuacji gdy zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przedłuża termin składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jako że przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający ma obowiązek przekazać UPUE **ogłoszenie o zmianie** ogłoszenia. Udostępnienie informacji o przedłużeniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania – jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE – może nastąpić dopiero po publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia lub po bezskutecznym upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

Odpowiednie zastosowanie do wyjaśnień OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem znajdą też przepisy art. 143 ust. 2 Pzp dotyczące terminów składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie SWZ i terminów udzielenia wyjaśnień treści SWZ przez zamawiającego w przetargu ograniczonym. Podobnie odpowiednie zastosowanie do terminu wniosków o wyjaśnienie OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem znajdzie przepis art. 143 ust. 3 Pzp dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na bieg terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ w przetargu ograniczonym. Zastosowanie znajdzie również przepis art. 143 ust. 4 Pzp zakazujący dokonywania po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmian treści SWZ, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 143 ust. 4 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza,

że **niedopuszczalne** jest dokonywanie **po upływie terminu składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmian treści OPW, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Z kolei odpowiednie stosowanie przepisu art. 143 ust. 5 Pzp do OPW w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza, że w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści OPW będą istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub będą wymagały od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający będzie miał obowiązek przedłużenia terminu ich składania.

4. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 131 ust. 1 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek wyznaczenia terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem **złożoności i specyfiki przedmiotu** zamówienia oraz **czasu niezbędnego** do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te **nie mogą być krótsze** niż ustawowe terminy minimalne, o ile zostały określone.

Na mocy art. 158 ust. 1 Pzp termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie może być krótszy niż **30 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE.

Dyrektywa obronna wprawdzie w art. 33 ust. 2 przewiduje, że w przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz w przypadku zastosowania dialogu konkurencyjnego minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi 37 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Jednak w art. 33 ust. 4 dyrektywa ta przewiduje jednocześnie możliwość skrócenia tego terminu minimalnego o siedem dni, jeżeli ogłoszenia są

sporządzane i przesyłane za pomocą środków elektronicznych zgodnie z formatem i warunkami przesyłania wskazanymi w załączniku VI pkt 3.
Jako że w myśl art. 399 Pzp zamawiający, którzy udzielają zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, obowiązani są przekazywać **zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń** dostępnymi na stronie internetowej www.simap.europa.eu, o której mowa w pkt 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej, podstawowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został skrócony z 37 dni do 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE.
W ten sposób podstawowe minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na gruncie zamówień klasycznych i sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały ujednolicone.
Na mocy art. 412 ust. 4 Pzp zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin** składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE, jeżeli zachodzi **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**.

5. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak na gruncie zamówień klasycznych, do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajdują przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147 Pzp.
W myśl art. 145 Pzp zamawiający nie może się zapoznać z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu ich składania.
Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) wniosek został złożony po terminie,

2) wniosek został złożony przez:
   a. wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,
3) wniosek jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) wniosek jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) wniosek nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

W myśl art. 147 Pzp zamawiający ma **obowiązek poinformowania** niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, **o wynikach oceny** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **wraz z uzasadnieniem** faktycznym i prawnym.

Na mocy art. 158 ust. 3 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie został zaproszony do składania ofert wstępnych, uznaje się za odrzucony.

6. Ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych. Zamawiającemu, który udziela zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przysługuje wynikające z art. 159 ust. 1 Pzp uprawnienie ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję, i nie jest mniejsza niż **trzech** wykonawców. Zamawiający, który zamierza skorzystać z tego uprawnienia, zgodnie z art. 159 ust. 2 Pzp ma **obowiązek wskazania w ogłoszeniu** o zamówieniu oraz **w OPW kryteriów selekcji**, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych podlegających negocjacjom, oraz **minimalnej liczby** wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych. Dodatkowo zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych, chociaż nie ma takiego obowiązku. W sytuacji gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest **mniejsza od** określonej przez zamawiającego **liczby minimalnej**, zamawiający ma do dyspozycji trzy możliwości dalszego postępowania. Po pierwsze, zamawiający może **kontynuować** postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po drugie, zamawiający może **zawiesić** postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają

warunki udziału w postępowaniu. Po trzecie, zamawiający może **unieważnić** postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

7. Zaproszenie do składania ofert wstępnych. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wstępnych tych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

Zaproszenie do składania ofert, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawiera co najmniej:

1) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu,
2) informację o sposobie i terminie składania ofert wstępnych,
3) określenie języka lub języków, w jakich muszą być sporządzone oferty wstępne,
4) informację o terminie otwarcia ofert wstępnych.

Zamawiający do zaproszenia do składania ofert wstępnych **załącza OPW** oraz jego ewentualne **zmiany i wyjaśnienia** treści OPW, a także **inne dokumenty** zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, chyba że zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW. W takim przypadku zaproszenie do składania ofert wstępnych powinno wskazywać **adres** tej **strony** internetowej.

8. Termin składania ofert wstępnych. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 131 ust. 1 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek wyznaczenia terminów składania ofert wstępnych z uwzględnieniem **złożoności i specyfiki przedmiotu** zamówienia oraz **czasu niezbędnego** do ich

przygotowania i złożenia, z tym że terminy te **nie mogą być krótsze** niż ustawowe terminy minimalne, o ile zostały określone.

W myśl przepisu art. 411 ust. 13 Pzp, do którego odsyła komentowany przepis art. 412 ust. 7 Pzp, termin składania ofert wstępnych nie może być krótszy niż **40 dni** od dnia przekazania zaproszenia do ich składania.

Jeżeli zamawiający **zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania **bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW** od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, zamawiającemu przysługuje uprawnienie **skrócenia** powyższego terminu minimalnego **do 35 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert wstępnych.

Jeśli natomiast informacja o zamówieniu została zawarta we **wstępnym ogłoszeniu informacyjnym**, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający **może wyznaczyć krótszy** termin składania ofert, jednak **nie krótszy niż 22 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert wstępnych. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest, po pierwsze, by wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało **wszystkie informacje** wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, oraz, po drugie, by wstępne ogłoszenie informacyjne zostało było **przekazane do publikacji** UPUE **na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy** przed dniem przekazania zaproszenia do składania ofert wstępnych.

Jeżeli zachodzi **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**, zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin** składania ofert, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert wstępnych.

9. Badanie i cena ofert wstępnych. Na mocy art. 163 ust. 1 Pzp, który znajduje zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do badania i oceny ofert wstępnych odpowiednio stosuje się szereg przepisów działu II rozdziału 4 regulującego składanie i otwarcie ofert, a mianowicie przepisy art. 218, art. 219, art. 221, art. 222 ust. 1–3, 5 i 6 Pzp. Odesłanie do tych przepisów oznacza, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę wstępną i treść oferty wstępnej musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (zob. komentarz do art. 218 Pzp). Oferta wstępna może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert wstępnych, zaś przed upływem terminu składania ofert wstępnych wykonawca może wycofać ofertę wstępną (zob. komentarz do art. 219 Pzp). Na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia, że z zawartością ofert wstępnych nie można się zapoznać do upływu terminu ich otwarcia (zob. komentarz do art. 221 Pzp). Otwarcie ofert wstępnych następuje niezwłocznie po upływie terminu ich składania, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert wstępnych (zob. komentarz do art. 222 ust. 1 Pzp). Jeżeli otwarcie ofert wstępnych następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert wstępnych w terminie określonym przez zamawiającego, otwarcie ofert wstępnych następuje niezwłocznie po usunięciu awarii. W takim przypadku zamawiający informuje o zmianie terminu otwarcia ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania (zob. komentarz do art. 222 ust. 2 i 3 Pzp). Jeżeli postępowanie na mocy decyzji zamawiającego prowadzone jest przy użyciu elektronicznych środków komunikacji, zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert wstępnych,

ma obowiązek udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o:

1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty wstępne zostały otwarte, oraz
2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach wstępnych, z tym że w przypadku ofert wstępnych oraz kolejnych ofert, które podlegają negocjacjom, zamawiający udostępnia informacje o cenach lub kosztach zawartych w tych ofertach niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania (zob. komentarz do art. 222 ust. 5 i 6 Pzp).

Do badania i oceny ofert wstępnych odpowiednio stosuje się również szereg przepisów działu II rozdziału 5 regulującego ocenę ofert, a mianowicie przepisy art. 223 oraz art. 226 ust. 1 pkt 1–7, 9, 15 i 16 Pzp. Odpowiednie stosowanie tych przepisów oznacza, że w toku badania i oceny ofert wstępnych zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wstępnych oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wprawdzie nie znajdzie zastosowania wyrażona w art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp zasada, zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, ale znajdą zastosowanie wyjątki od tej zasady ustanowione w art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp. Co za tym idzie, w oparciu o przepisy art. 223 ust. 2 Pzp zamawiający poprawia w ofercie wstępnej oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty wstępnej

z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty wstępnej, o czym zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę, którego oferta wstępna została poprawiona. W przypadku poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty wstępnej z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wstępnej, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie wstępnej omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki (zob. komentarz do art. 223 Pzp). Z kolei przepis art. 187 Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert wstępnych oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie zmian wymagań zawartych w OPW. Skutek przewidzianego w art. 187 Pzp zakazu dokonywania istotnych zmian w treści ofert będzie ograniczony w stosunku do ofert wstępnych, ponieważ oferty wstępne podlegają negocjacjom (zob. komentarz do art. 187 Pzp).

Do badania i oceny ofert wstępnych zastosowanie znajduje również część przesłanek odrzucenia oferty przewidzianych w art. 226 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zamawiający ma **obowiązek odrzucenia oferty wstępnej**, jeżeli:

1) została złożona po terminie składania ofert wstępnych,
2) została złożona przez:
   a. wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub
   b. wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. wykonawcę, który w wyznaczonym terminie nie złożył

- oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub
- podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, 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 znk,
8) została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych,
9) oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia[48],
10) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób

(zob. komentarz do art. 226 ust. 1 pkt 1–7, 9, 15 i 16 Pzp).

[48] W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 403 Pzp nie upoważnia zamawiającego do wymagania złożenia oferty wariantowej, więc ta przesłanka odrzucenia oferty nie znajdzie zastosowania

Dodatkowo należy pamiętać, że zgodnie z art. 163 ust. 1 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty wstępnej oraz kolejnych ofert podlegających negocjacjom, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego.

10. Zaproszenie do negocjacji. Zamawiający jednocześnie zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i numer opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

11. Negocjacje. Na gruncie zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa negocjacje podlegają tym samym zasadom, które regulują negocjacje na gruncie zamówień klasycznych.

Na podstawie uprawnienia wynikającego z art. 163 ust. 4 Pzp, zamawiający może podzielić negocjacje na **etapy** w celu ograniczenia liczby ofert, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW. Liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

Negocjacjom **nie podlegają minimalne wymagania** oraz **kryteria oceny** ofert i ich wagi, określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW.

Podczas negocjacji ofert na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia **równego traktowania** wszystkich **wykonawców**.

Zamawiający nie może w szczególności udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi.

Zamawiający ma obowiązek informowania **równocześnie wszystkich**

wykonawców o wynikach kwalifikacji ofert do kolejnego etapu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Zamawiający ma obowiązek informowania **równocześnie wszystkich** wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów, o wszelkich zmianach mających wpływ na treść ofert, w szczególności **o zmianach** związanych z opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiących przedmiot zamówienia, warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert składanych na etapie negocjacji lub ofert.

Treść oferty wstępnej, ofert składanych w trakcie negocjacji oraz prowadzone negocjacje mają charakter poufny.

Żadna ze stron nie może **bez zgody** drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Taka zgoda na ujawnienie informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, po pierwsze, musi mieć charakter **uprzedni**, tj. musi być wyrażona przed ujawnieniem informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, i po drugie, musi mieć charakter zindywidualizowany/**skonkretyzowany**, tj. każdorazowo musi być wyrażona w odniesieniu do konkretnych informacji, które mają zostać ujawnione.

Zamawiający udostępnia oferty wstępne oraz oferty składane w trakcie negocjacji wraz z załącznikami od dnia otwarcia ofert ostatecznych.

Kiedy zamawiający zamierza zakończyć negocjacje, musi poinformować o tym **równocześnie wszystkich** pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wyznaczyć termin na złożenie ofert ostatecznych.

12. Badanie i ocena ofert podlegających negocjacjom. Mocą art. 163 ust. 2 Pzp do badania i oceny ofert podlegających negocjacjom odpowiednie zastosowanie mają te same regulacje, które stosuje się odpowiednio do badania i oceny ofert wstępnych.

13. SWZ. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi **doprecyzowanie oraz uzupełnienie** informacji zawartych w OPW, wyłącznie **w zakresie, w jakim** było to **przedmiotem negocjacji**. SWZ, poza nazwą i adresem zamawiającego, musi zawierać co najmniej:

1) wskazanie trybu postępowania,
2) opis przedmiotu zamówienia,
3) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
4) wskazanie terminu wykonania zamówienia,
5) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
6) określenie terminu związania ofertą,
7) opis sposobu przygotowywania oferty,
8) wskazanie sposobu oraz terminu składania ofert,
9) informację o terminie otwarcia ofert,
10) sposób obliczenia ceny,
11) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
12) 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.

Ponadto SWZ powinna zawierać:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp,

jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,

9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,

10) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną, wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp, tj.:

   a. elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej,
   b. wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z określenia przedmiotu zamówienia,
   c. informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia,
   d. informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej,
   e. warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas licytacji,
   f. informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń,

11) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,

12) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
15) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

14. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych. Po zakończeniu negocjacji zamawiający przekazuje pozostałym w postępowaniu wykonawcom zaproszenie do składania ofert ostatecznych. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych, poza nazwą i adresem zamawiającego, musi zawierać co najmniej:

– informację o **sposobie i terminie składania** ofert ostatecznych,
– określenie **języka lub języków**, w jakich muszą być sporządzone oferty ostateczne,

oraz

– informację o **terminie otwarcia** ofert ostatecznych.

Zamawiający **załącza** do zaproszenia do składania ofert ostatecznych **SWZ**, chyba że zapewnia bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W takim przypadku zaproszenie do składania ofert ostatecznych powinno zawierać adres tej strony internetowej.

15. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Do wyjaśnień i ewentualnych zmian treści SWZ przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4 Pzp stosuje się odpowiednio.

Odpowiednie zastosowanie znajdą zatem przepisy art. 135 ust. 2 Pzp regulujące terminy składania wniosków o wyjaśnienie SWZ przez wykonawców i terminy udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, przepis art. 135 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, przepis art. 135 ust. 4 Pzp dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu ofert na bieg terminu na składanie wniosku o wyjaśnienie SWZ, przepis art. 135 ust. 5 Pzp, który zwalnia zamawiającego z obowiązku udzielenia wyjaśnień i obowiązku przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli wniosek o wyjaśnienie nie wpłynie w terminie, oraz przepis art. 135 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym zamawiający przekazał SWZ, i obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ.

Zastosowanie znajdą również przepisy art. 136 Pzp dotyczące możliwości zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców mającego na celu wyjaśnienie treści SWZ.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert ostatecznych zmienić treść SWZ. W takim

przypadku odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 2 Pzp, z którego wynika obowiązek udostępnienia dokonanych zmian SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, o ile zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ. Jeżeli zamawiający nie zapewnia na stronie internetowej bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ, odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania wykonawcom informacji o dokonanych zmianach treści SWZ w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Odpowiednie zastosowanie znajdzie ponadto przepis art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp do zmian SWZ w trybie negocjacji z ogłoszeniem oznacza obowiązek przedłużenia terminu składania **ofert ostatecznych**, jeżeli zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty ostatecznych lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert ostatecznych.

Przepis art. 143 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym w trybie przetargu ograniczonego po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, stosuje się odpowiednio do wyjaśnień i zmiany SWZ w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Oznacza to, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania ofert ostatecznych.

16. Ocena ofert ostatecznych i wybór oferty najkorzystniejszej.

Do badania i oceny ofert ostatecznych oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

zamawiający, który udziela zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, stosuje regulacje przewidziane we właściwych przepisach działu II Pzp. Przepisy art. 223–226 Pzp, zawarte w rozdziale 5 działu II Pzp, regulują ocenę ofert (zob. komentarz do art. 223–226 Pzp). Przepisy art. 239–253 Pzp, zawarte w rozdziale 7 działu II Pzp, regulują wybór oferty najkorzystniejszej (zob. komentarz do art. 239–253 Pzp).

17. Aukcja elektroniczna. Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może do wyboru oferty najkorzystniejszej zastosować aukcję elektroniczną. Zgodnie z art. 228 Pzp aukcja elektroniczna jest przeprowadzane przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, **po wstępnym badaniu i ocenie ofert** zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą. W takim przypadku znajdują odpowiednie zastosowanie regulujące aukcję elektroniczną przepisy art. 227–238 Pzp, zawarte w rozdziale 6 działu II Pzp (zob. komentarz do art. 227–238 Pzp).

Art. 413.

1. Do dialogu konkurencyjnego nie stosuje się przepisów art. 170, art. 173, art. 174 ust. 1, art. 178 ust. 1 i 3, art. 179, art. 185 ust. 2 oraz art. 186 ust. 2.

2. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. W takim przypadku cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

3. W przypadku gdy opis potrzeb i wymagań jest przekazywany wykonawcom wraz z zaproszeniem do dialogu, opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

1) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 13–15, 17 i 18 oraz art. 156 ust. 1 pkt 3, 4 i 19;

2) informacje, o których mowa w art. 174 ust. 2;

3) informacje, o których mowa w art. 411 ust. 2 pkt 1 i 3–5.

4. W przypadku gdy zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW oraz innych dokumentów zamówienia, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

1) informacje, o których mowa w art. 134 ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 13–15, 17 i 18 oraz art. 156 ust. 1 pkt 2–4, 9, 10, 14–16 i 19;

2) informacje, o których mowa w art. 174 ust. 2;

3) informacje, o których mowa w art. 411 ust. 2 pkt 1 i 3–5;

4) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2, jeżeli zamawiający je przewiduje;

5) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do dialogu wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone.

5. Zamawiający zaprasza jednocześnie do dialogu wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego, zgodnie z art. 177.

6. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 177, zamawiający może:

1) kontynuować postępowanie, zapraszając do dialogu tych wykonawców albo

2) zawiesić postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo

3) unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1.

7. Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego oraz informacje, o których mowa w art. 179 ust. 1 pkt 2 oraz 5–7. Zamawiający załącza do zaproszenia do dialogu opis potrzeb i wymagań oraz jego ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści OPW, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o ile opis potrzeb i wymagań nie został udostępniony na stronie internetowej zgodnie z ust. 4.

8. Po zakończeniu dialogu zamawiający przekazuje wykonawcom, z którymi prowadził dialog i którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych etapach, zaproszenie do składania ofert, które zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego oraz informacje, o których mowa w art. 186 ust. 2 pkt 4 i 5. Zamawiający załącza do zaproszenia do składania ofert SWZ, która zawiera

co najmniej informacje, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 3–6 i 13–21 i ust. 2 pkt 2–5, 7, 9, 10, 13–15, 17 i 18 oraz art. 411 ust. 2 pkt 1 i 3–5.

1. Dialog konkurencyjny. Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w dialogu wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publikowane jest na standardowym formularzu nr 17, którego wzór został ustalony w załączniku XIV rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.
2. Złożoność zamówienia. W przypadku udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa możliwość zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego została ograniczona do przypadków, gdy ze względu na **szczególnie złożony** charakter zamówienia nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.
Wskazówek, jak rozumieć szczególnie złożony charakter zamówienia, dostarcza przepis art. 1 pkt 21 akapit drugi dyrektywy obronnej, zgodnie z którym zamówienie uważa się za „szczególnie złożone", w przypadku gdy instytucje (podmioty) zamawiające nie są obiektywnie w stanie:

- określić środków technicznych, zgodnie z przepisami dotyczącymi specyfikacji technicznych określanych przy użyciu wymagań w zakresie funkcjonalności, umożliwiających zaspokojenie ich potrzeb lub realizację celów, lub
- określić struktury prawnej lub finansowej projektu.

W przypadku zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanego w trybie dialogu konkurencyjnego cena nie może być jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamówienia udziela się na podstawie **kryteriów jakościowych** oraz ceny lub kosztu. Kryteriami jakościowymi, tytułem przykładu, mogą być kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,
2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp,
3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia,
4) aspektów innowacyjnych,
5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia,
6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Na zamawiającym spoczywa **obowiązek przypisania wag** poszczególnym kryteriom oceny ofert. Zamawiający musi tego dokonać **najpóźniej wraz z zaproszeniem do składania ofert**.

3. Opis potrzeb i wymagań. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań. OPW powinien zawierać informacje dotyczące **charakteru i zakresu** udzielanego zamówienia oraz **wymagań formalnych i proceduralnych** prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Sporządzenie przez zamawiającego OPW ma na celu umożliwienie wykonawcom ustalenia potrzeb zamawiającego. (zob. komentarz do art. 172 Pzp).

Zgodnie z art. 174 ust. 3 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek sformułowania informacji zawartych w OPW w sposób **wystarczająco precyzyjny**, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie ma zastosowania przewidziany w art. 173 Pzp obowiązek zapewnienia przez zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Niemniej jednak zamawiający może taki bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania zapewnić. W takim przypadku istnieje możliwość skrócenia terminów składania (patrz niżej).

Jeżeli zamawiający **nie zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, OPW jest przekazywany wykonawcom **wraz z zaproszeniem do dialogu**. W takiej sytuacji OPW, poza nazwą i adresem zamawiającego, musi zawierać co najmniej:

1) wskazanie trybu postępowania,
2) **określenie przedmiotu** zamówienia,
3) opis potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia,
4) informację o **wysokości nagród** dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody,
5) wstępny **harmonogram postępowania** o udzielenie zamówienia,

6) **opis kryteriów**, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego,
7) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie liczby wykonawców,
9) informację o **podziale** dialogu **na etapy**, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział w celu ograniczenia liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach,
oraz
10) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

W takim przypadku opis potrzeb i wymagań musi ponadto zawierać:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,

4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
10) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
11) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

12) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
14) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jeżeli natomiast zamawiający **zapewnia** na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, OPW powinien zawierać, poza nazwą i adresem zamawiającego, co najmniej:

1) **adres strony** internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści OPW oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
2) wskazanie trybu postępowania**,**
3) **określenie przedmiotu** zamówienia,
4) opis potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia,
5) informację o **wysokości nagród** dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody,
6) wstępny **harmonogram postępowania** o udzielenie zamówienia,

7) **opis kryteriów**, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wag nie jest możliwe na etapie wszczęcia postępowania z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego,
8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu, jeżeli zamawiający przewiduje ograniczenie liczby wykonawców,
9) informację o **podziale** dialogu **na etapy**, jeżeli zamawiający przewiduje taki podział w celu ograniczenia liczby rozwiązań, które będą przedmiotem dialogu na kolejnych etapach,
10) wskazanie obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp, oraz informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
11) informację o **podmiotowych środkach dowodowych**, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych,
12) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
13) informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do dialogu, wraz z podaniem liczby wykonawców oraz kryteriów selekcji, jeżeli są ustalone,
14) opis sposobu przygotowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
15) informację o sposobie i terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

16) informację o sposobie informowania o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
17) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

W takim przypadku OPW musi ponadto zawierać:

1) fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający je przewiduje,
2) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
3) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,
5) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
6) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
7) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
8) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe,

o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których

mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,

9) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
10) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych;
11) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
12) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
14) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
15) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

4. Wyjaśnienia i zmiany OPW. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści OPW.

Do wyjaśnień oraz zmian treści OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na mocy art. 175 Pzp odpowiednio stosuje się przepisy art. 135 ust. 1 i 6, art. 136, art. 137 ust. 1– 6 oraz art. 143 ust. 2–5 Pzp.

Tym samym zastosowania nie znajdą przepisy art. 135 ust. 2 Pzp regulujące terminy składania wniosków o wyjaśnienie przez wykonawców i terminy udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, art. 135 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, przepis art. 135 ust. 4 Pzp, dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu ofert na bieg terminu na składanie przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, ani przepis art. 135 ust. 5 Pzp, który zwalnia zamawiającego z obowiązku udzielenia wyjaśnień i obowiązku przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli wniosek o wyjaśnienie nie wpłynie w terminie. Zastosowanie znajdzie natomiast przepis art. 135 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym zamawiający przekazał SWZ, oraz obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ.

Zastosowanie znajdą również przepisy art. 136 Pzp dotyczące możliwości zwołania przez zamawiającego **zebrania wykonawców** mającego na celu wyjaśnienie treści SWZ. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 136 Pzp do wyjaśnień OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści OPW, jak w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem.

W myśl art. 137 ust. 1 Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu zmienić treść OPW. W takim przypadku odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 2 Pzp, z którego wynika obowiązek udostępnienia dokonanych zmian SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, oraz przepis art. 137 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania dokonanych zmian w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, jeżeli zamawiający nie zapewnia na stronie internetowej bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 2 i 3 Pzp do OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że dokonaną zmianę treści OPW zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał opis potrzeb i wymagań, w sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, udostępnia dokonaną zmianę treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odpowiednie zastosowanie znajdzie również przepis art. 137 ust. 4 Pzp dotyczący obowiązku publikacji **ogłoszenia o zmianie** ogłoszenia.

W przypadku gdy zmiana treści OPW prowadzi do **zmiany treści ogłoszenia** o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia publikowane jest na standardowym formularzu nr 14, którego wzór został ustalony w załączniku XI rozporządzenia Komisji (UE) w sprawie ogłoszeń. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 5 Pzp do OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że w takim przypadku udostępnienie zmiany treści OPW na stronie internetowej prowadzonego postępowania – jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony

dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE – może nastąpić dopiero po publikacji **ogłoszenia o zmianie** ogłoszenia lub po bezskutecznym upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

Zastosowanie znajdzie ponadto przepis art. 137 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 6 Pzp do OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że w sytuacji gdy zmiany treści OPW są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jako że przedłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE **ogłoszenie o zmianie** ogłoszenia, o którym mowa wyżej. Udostępnienie informacji o przedłużeniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania – jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do OPW od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE – może nastąpić dopiero po publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia lub po bezskutecznym upływie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania takiego ogłoszenia do publikacji.

Odpowiednie zastosowanie do wyjaśnień OPW w trybie dialogu konkurencyjnego znajdą też przepisy art. 143 ust. 2 Pzp dotyczące terminów

składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie SWZ i terminów udzielenia wyjaśnień treści SWZ przez zamawiającego w przetargu ograniczonym. Podobnie odpowiednie zastosowanie do terminu wniosków o wyjaśnienie OPW w trybie dialogu konkurencyjnego znajdzie przepis art. 143 ust. 3 Pzp dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na bieg terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ w przetargu ograniczonym. Zastosowanie znajdzie również przepis art. 143 ust. 4 Pzp zakazujący dokonywania po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmian treści SWZ, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 143 ust. 4 Pzp do OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że **niedopuszczalne** jest dokonywanie **po upływie terminu składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmian treści OPW, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Wreszcie odpowiednie stosowanie przepisu art. 143 ust. 5 Pzp do OPW w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza, że w przypadku gdy wyjaśnienia lub zmiany treści OPW będą istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub będą wymagały od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą OPW i przygotowanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający będzie miał obowiązek przedłużenia terminu ich składania.

5. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 131 ust. 1 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek wyznaczenia terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem **złożoności i specyfiki przedmiotu** zamówienia oraz **czasu niezbędnego**

do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te **nie mogą być krótsze** niż ustawowe terminy minimalne, o ile zostały określone.
Na mocy art. 176 ust. 1 Pzp termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego nie może być krótszy niż **30 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE.
Dyrektywa obronna w art. 33 ust. 2 wprawdzie przewiduje, że w przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz w przypadku zastosowania dialogu konkurencyjnego minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi 37 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Jednak w art. 33 ust. 4 dyrektywa obronna przewiduje jednocześnie możliwość skrócenia tego terminu minimalnego o 7 dni, jeżeli ogłoszenia są sporządzane i przesyłane za pomocą środków elektronicznych zgodnie z formatem i warunkami przesyłania wskazanymi w załączniku VI pkt 3. Jako że w myśl art. 399 Pzp, zamawiający, którzy udzielają zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, obowiązani są przekazywać **zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń** dostępnymi na stronie internetowej www.simap.europa.eu, o której mowa w pkt 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej, podstawowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został skrócony z 37 dni do 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. W ten sposób podstawowe minimalne terminy składania wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu na gruncie zamówień klasycznych i sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały ujednolicone.

6. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak na gruncie zamówień klasycznych, do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie dialogu konkurencyjnego zastosowanie znajdują przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147 Pzp.

W myśl art. 145 Pzp zamawiający nie może się zapoznać z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu ich składania.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) wniosek został złożony po terminie,
2) wniosek został złożony przez:
   a. wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
   b. wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   c. wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,
3) wniosek jest niezgodny z przepisami ustawy,
4) wniosek jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów,
5) wniosek nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania

lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

W myśl art. 147 Pzp zamawiający ma **obowiązek poinformowania** niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, **o wynikach oceny** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Mocą art. 176 ust. 3 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie został zaproszony do dialogu, uznaje się za odrzucony.

7. Ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do dialogu.

Zamawiającemu, który udziela zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie dialogu konkurencyjnego, przysługuje wynikające z art. 177 ust. 1 Pzp uprawnienie ograniczenia liczby zapraszanych do dialogu wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję, i nie jest mniejsza niż **trzech** wykonawców. Zamawiający, który zamierza skorzystać z tego uprawnienia, zgodnie z art. 177 ust. 2 Pzp ma **obowiązek wskazania w ogłoszeniu** o zamówieniu oraz **w OPW kryteriów selekcji**, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz **minimalnej liczby** wykonawców, których zaprosi do dialogu. Dodatkowo zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu, jednak nie ma takiego obowiązku.

W sytuacji gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest **mniejsza od** określonej przez zamawiającego **liczby minimalnej**, zamawiający ma do dyspozycji trzy możliwości dalszego postępowania.

Po pierwsze, zamawiający może **kontynuować** postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
Po drugie, zamawiający może **zawiesić** postępowanie i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nowy termin składania wniosków oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Po trzecie, zamawiający może **unieważnić** postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 Pzp.

8. Zaproszenie do dialogu. Zamawiający zaprasza jednocześnie do dialogu tych wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.
Zaproszenie do dialogu, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawiera co najmniej:

1) numer opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu,
2) informację o **wagach przypisanych** kryteriom oceny ofert lub kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW,
3) informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu,
4) wskazanie języka lub języków, w jakich będzie prowadzony dialog.

Zamawiający do zaproszenia do składania ofert wstępnych **załącza opis potrzeb i wymagań** oraz jego ewentualne **zmiany i wyjaśnienia** treści OPW, a także **inne dokumenty** zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, chyba że zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni

i nieograniczony dostęp do OPW. W takim przypadku zaproszenie do składania ofert wstępnych powinno wskazywać **adres** tej **strony** internetowej.

9. Dialog. Na gruncie zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzenie dialogu podlega tym samym zasadom, które regulują prowadzenie dialogu na gruncie zamówień klasycznych. Na podstawie uprawnienia wynikającego z art. 183 Pzp zamawiający może podzielić dialog na **etapy** w celu ograniczenia liczby rozwiązań, stosując kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW, o ile skorzystanie z tej możliwości przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW. Liczba rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

Przepis art. 180 Pzp umożliwia zamawiającemu omawianie podczas dialogu z zaproszonymi wykonawcami **wszystkich warunków** zamówienia. Podczas dialogu na zamawiającym spoczywa jednak obowiązek zapewnienia **równego traktowania** wszystkich **wykonawców**. Zamawiający nie może w szczególności udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi. Zamawiający ma obowiązek poinformowania **równocześnie wszystkich** wykonawców o **wynikach kwalifikacji** propozycji do kolejnego etapu dialogu **wraz z uzasadnieniem** faktycznym i prawnym.

Zamawiający ma obowiązek informowania **równocześnie wszystkich** wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane do kolejnych etapów dialogu, o wszelkich zmianach mających wpływ na treść kolejnych propozycji, w szczególności **o zmianach** związanych z opisem potrzeb zamawiającego i cechami charakterystycznymi dostaw, robót budowlanych

lub usług, stanowiących przedmiot zamówienia, warunkami umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak aby wszyscy wykonawcy mieli jednakowo wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie kolejnych poprawionych propozycji.

Treść propozycji wykonawców oraz prowadzony dialog mają **charakter poufny**. Żadna ze stron nie może **bez zgody** drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.

Taka zgoda na ujawnienie informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem, po pierwsze, musi mieć charakter **uprzedni**, tj. musi być wyrażona przed ujawnieniem informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem, i po drugie, musi mieć charakter zindywidualizowany/**skonkretyzowany**, tj. każdorazowo musi być wyrażona w odniesieniu do konkretnych informacji, które mają zostać ujawnione.

Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby.

O zakończeniu dialogu zamawiający musi **równocześnie** poinformować **wszystkich** pozostałych w postępowaniu wykonawców.

10. SWZ. Po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza SWZ, która stanowi **doprecyzowanie oraz uzupełnienie** informacji zawartych w OPW, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu.

SWZ, poza nazwą i adresem zamawiającego, powinna zawierać co najmniej:

1) wskazanie trybu postępowania,
2) opis przedmiotu zamówienia,
3) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
4) wskazanie terminu wykonania zamówienia,

5) informację o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz wskazanie osób uprawionych do komunikowania się z wykonawcami,
6) określenie terminu związania ofertą,
7) opis sposobu przygotowywania oferty,
8) wskazanie sposobu oraz terminu składania ofert,
9) informację o terminie otwarcia ofert,
10) określenie sposobu obliczenia ceny,
11) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
12) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
13) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,
14) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

Ponadto SWZ powinna zawierać:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych,
2) liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części,
3) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium,

4) informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia,
5) informacje dotyczące ofert wariantowych, w tym informacje o sposobie przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie,
6) maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej,
7) informację o przewidywanych zamówieniach na dostawy dodatkowe, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp, i przewidywanych zamówieniach uzupełniających na dostawy lub usługi, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień,
8) informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 131 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje możliwość albo wymaga złożenia oferty po odbyciu wizji lokalnej lub sprawdzeniu tych dokumentów,
9) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych,
10) informacje dotyczące zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot,
11) wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,

12) wymagania w zakresie zatrudnienia osób defaworyzowanych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania,
13) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp,
14) wymaganie lub dopuszczenie możliwości składania ofert w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, w przypadku gdy komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

11. Zaproszenie do składania ofert. Po zakończeniu dialogu zamawiający przekazuje wykonawcom, z którymi prowadził dialog i którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych etapach, zaproszenie do składania ofert. Zaproszenie do składania ofert, poza nazwą i adresem zamawiającego, musi zawierać co najmniej:

1) wskazanie **wag** poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one przypisane na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;
2) informację o **sposobie i terminie składania** ofert,
3) określenie **języka lub języków**, w jakich muszą być sporządzone oferty,

oraz

4) informację o **terminie otwarcia** ofert ostatecznych.

Zamawiający **załącza** do zaproszenia do składania ofert **SWZ**, chyba że zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ. W takim przypadku

zaproszenie do składania ofert ostatecznych powinno zawierać adres tej strony internetowej.

12. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Do wyjaśnień i ewentualnej zmiany treści SWZ przepisy art. 135, art. 136, art. 137 ust. 1–3 i ust. 6 zdanie pierwsze oraz art. 143 ust. 4 Pzp stosuje się odpowiednio.

Odpowiednie zastosowanie znajdą zatem przepisy art. 135 ust. 2 Pzp regulujące terminy składania wniosków o wyjaśnienie SWZ przez wykonawców i terminy udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, przepis art. 135 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, przepis art. 135 ust. 4 Pzp dotyczący braku wpływu przedłużenia terminu ofert na bieg terminu na składanie wniosku o wyjaśnienie SWZ, przepis art. 135 ust. 5 Pzp, który zwalnia zamawiającego z obowiązku udzielenia wyjaśnień i obowiązku przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli wniosek o wyjaśnienie nie wpłynie w terminie, oraz przepis art. 135 ust. 6 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym zamawiający przekazał SWZ, i obowiązek udostępnienia treści zapytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ.

Zastosowanie znajdą również przepisy art. 136 Pzp dotyczące możliwości zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców mającego na celu wyjaśnienie treści SWZ.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. W takim przypadku

odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 2 Pzp, z którego wynika obowiązek udostępnienia dokonanych zmian SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, o ile zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ. Jeżeli zamawiający nie zapewnia na stronie internetowej bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ, odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 137 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania wykonawcom informacji o dokonanych zmianach treści SWZ w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Odpowiednie zastosowanie znajdzie ponadto przepis art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp, z którego wynika obowiązek przedłużenia terminu składania ofert. Odpowiednie stosowanie przepisów art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp do zmian SWZ w trybie dialogu konkurencyjnego oznacza obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert.

Przepis art. 143 ust. 4 Pzp, zakazujący w trybie przetargu ograniczonego dokonywania po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmian treści SWZ, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, stosuje się odpowiednio do wyjaśnień i zmiany SWZ w trybie dialogu konkurencyjnego. Oznacza to, że w trybie dialogu konkurencyjnego niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania ofert.

13. Badanie i ocena ofert. Przepis art. 187 Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców w toku badania i oceny ofert **uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia** treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Zarazem Pzp zastrzega, że **niedopuszczalne**

jest dokonywanie **istotnych zmian** w treści **ofert** oraz **zmian wymagań** zawartych w OPW lub SWZ.

Pierwowzorem tego przepisu na gruncie prawa unijnego jest regulacja art. 27 ust. 6 akapit drugi dyrektywy obronnej, na mocy którego w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego oferty mogą być **wyjaśniane, precyzowane i poprawiane** na żądanie instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego. Jednakże takie wyjaśnienie, sprecyzowanie, poprawienie lub dodatkowe informacje nie mogą pociągać za sobą zmiany **podstawowych właściwości** oferty ani zaproszenia do składania ofert, co mogłoby spowodować zakłócenie konkurencji lub mogłoby mieć charakter dyskryminujący.

W pozostałym zakresie do badania i oceny ofert zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, stosuje regulacje przewidziane we właściwych przepisach działu II Pzp.

14. ***Finetuning.*** Zgodnie z art. 188 Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty zamawiający ma **możliwość negocjacji** z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona. Przedmiotem tych negocjacji mogą być **ostateczne warunki umowy** w sprawie zamówienia publicznego. Celem tych negocjacji ma być **potwierdzenie zobowiązań finansowych lub innych warunków** zawartych w ofercie.

Takie negocjacje **nie mogą** jednak skutkować **zmianami istotnych elementów** oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w OPW ani prowadzić do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców.

Źródłem tej regulacji na gruncie prawa unijnego jest przepis art. 27 ust. 7 akapit drugi dyrektywy obronnej, zgodnie z którym na żądanie instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego oferent wyłoniony jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może zostać poproszony

o **udzielenie wyjaśnień** dotyczących pewnych jej **aspektów** lub o **potwierdzenie zobowiązań** sformułowanych w ofercie, pod warunkiem że:

1) nie prowadzi to do modyfikacji zasadniczych aspektów oferty lub zaproszenia do składania ofert,
2) nie wiąże się z ryzykiem zakłócenia konkurencji,
3) nie ma charakteru dyskryminującego.

o **Wybór oferty najkorzystniejszej.** Do wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, stosuje regulacje przewidziane we właściwych przepisach działu II Pzp. Przepisy art. 223–226 Pzp, zawarte w rozdziale 5 działu II Pzp, regulują ocenę ofert (zob. komentarz do art. 223–226 Pzp). Przepisy art. 239–253 Pzp, zawarte w rozdziale 7 działu II Pzp, regulują wybór oferty najkorzystniejszej (zob. komentarz do art. 239–253 Pzp).

o **Aukcja elektroniczna.** Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie dialogu konkurencyjnego, zamawiający nie może do wyboru najkorzystniejszej oferty zastosować aukcji elektronicznej.

Art. 414.

1. Do negocjacji bez ogłoszenia nie stosuje się przepisów art. 209 i art. 210 ust. 3 i 4.

2. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych z wyjątkiem produkcji seryjnej

mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju;

2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

3) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia wynikającą z sytuacji kryzysowej, o której mowa w art. 408 ust. 3, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

5) przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 3;

6) w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestniczeniem w misji

zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane;

7) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione i zamawiający zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18.

3. Zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia zawiera co najmniej nazwę i adres zamawiającego oraz informacje, o których mowa w art. 210 ust. 2 pkt 2–8.

1. Negocjacje bez ogłoszenia. Na mocy art. 208 Pzp negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

2. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji UPUE ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak w przypadku zamówień klasycznych i zamówień sektorowych, publikowane jest na **standardowym formularzu nr 15**, którego wzór został ustalony w załączniku XIII rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń. Standardowy formularz nr 15 nosi nazwę „ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*". Załącznik D3 tego formularza jest dedykowany zamówieniom w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

3. Przesłanki. Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia została w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ograniczona do następujących siedmiu przypadków:

1) przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju,
2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione,

3) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia wynikającą z sytuacji kryzysowej, o której mowa w art. 408 ust. 3 Pzp, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,
4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,
5) przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp,
6) w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestniczeniem w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane,
7) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, pod warunkiem że pierwotne warunki

zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione i zamawiający zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18 Pzp.

Przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można podzielić na cztery kategorie. Pierwsza kategoria obejmuje wymienione w punktach 1 i 5 przesłanki związane z badaniami i rozwojem. Do drugiej kategorii należą wskazane w punktach 2 i 7 przesłanki dotyczące wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, które zakończyło się niepowodzeniem. Do trzeciej kategorii zaliczają się wymienione w punktach 3 i 4 przesłanki związane z pilną potrzebą udzielenia zamówienia i sytuacją kryzysową. Czwartą kategorię tworzy wskazana w punkcie 6 przesłanka dotycząca usług transportu lotniczego i morskiego.

4. Badania i rozwój. W przepisach dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przewidziano **dwie przesłanki** zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia związane z badaniami i rozwojem. Pierwsza z tych przesłanek została uregulowana w art. 414 ust. 2 pkt 1 Pzp. Na podstawie tego przepisu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przedmiotem zamówienia są **produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych** z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju. Przyjąć należy, że zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia będzie możliwe zarówno

do zamówień na dostawy produktów wytwarzanych **na potrzeby** prac badawczych i rozwojowych, takich jak odczynniki, urządzenia pomiarowe, probówki itp., jak i do zamówień na dostawy produktów wytwarzanych **w wyniku** prac badawczych i rozwojowych. Takie stanowisko zajęła Komisja Europejska w punkcie 18 noty wyjaśniającej dotyczącej badań i rozwoju[49]. Możliwością zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie będzie natomiast objęta, jak wprost wynika z brzmienia tego przepisu, ani produkcja seryjna, której celem jest pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju, ani produkcja seryjna, której celem jest wypracowanie zysku. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na podobieństwo redakcji tej przesłanki do brzmienia przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia przewidzianej w art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp, która znajduje zastosowanie do udzielania zamówień klasycznych i – na mocy odesłania zawartego w art. 386 Pzp – do zamówień sektorowych. W myśl art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przedmiotem zamówienia na dostawy są **rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych**, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Nieznaczne różnice w brzmieniu tych dwóch przesłanek wynikają z faktu, że każdy z tych przepisów ma inną podstawę w przepisach prawa unijnego. Mianowicie przepis art. 29 ust. 1 pkt 3 Pzp przenosi na grunt prawa polskiego normę wyrażoną w art. 32 ust. 3 lit. a) dyrektywy klasycznej. Natomiast pierwowzór rozwiązania przyjętego w art. 414 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi

[49] *Guidance Note – Research and development* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, str. 135

przepis art. 28 pkt 2 lit. b) dyrektywy obronnej. Niemniej jednak należy się spodziewać, że w praktyce zarówno przesłanka zawarta w art. 209 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak i przesłanka zawarta w art. 414 ust. 2 pkt 1 Pzp, znajdą zastosowanie do podobnych stanów faktycznych.

Druga ze związanych z badaniami i rozwojem przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa została przewidziana w art. 414 ust. 2 pkt 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest **przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych innych niż objęte wyłączeniem** z art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp (zob. komentarz do art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp). Wyłączeniem z art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp objęte są usługi badawcze lub rozwojowe opisywane kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, o ile nie spełniają przynajmniej jednego z poniższych warunków:

1) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności lub
2) zamawiający wypłaca całość wynagrodzenia za świadczoną usługę.

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będzie można zatem udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy będzie przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych objętych kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5 **spełniających łącznie** oba poniższe warunki:

1) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności i
2) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

Inaczej mówiąc, w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dotyczących usług badawczych lub rozwojowych nieobjętych wyłączeniem przewidzianym w art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. usług badawczych lub rozwojowych, z których **korzyści przypadają wyłącznie zamawiającemu** na potrzeby jego własnej działalności **i** które są **w całości** przez zamawiającego **opłacane**, będzie istniała możliwość udzielenia zamówienia na usługi i dostawy w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Ani w przypadku udzielania zamówień klasycznych, ani w przypadku udzielania zamówień sektorowych taka możliwość nie istnieje.

5. Wcześniejsze postępowanie zakończone niepowodzeniem.

Dwie kolejne przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa związane są z wcześniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia, które nie doprowadziło do zawarcia umowy. W myśl art. art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału** w postępowaniu albo **wszystkie** wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **zostały odrzucone** na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub

podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, **nie zostały złożone żadne oferty** albo wszystkie oferty **zostały odrzucone** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, lub ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako **niezgodne z warunkami zamówienia**, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp uzależniona jest od spełnienia trzech warunków. Po pierwsze, postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania w jednym z następujących trzech trybów: **przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego**. Po drugie, prowadzone uprzednio postępowanie musi zakończyć się niepowodzeniem z uwagi na wystąpienie którejkolwiek z poniższych sytuacji:

1) nie zostały złożone żadne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo

2) wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone przez:
   a. wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub
   b. wykonawców, którzy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. wykonawców, którzy w przewidzianym terminie nie złożyli
   – oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub
   – podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
   – innych dokumentów lub oświadczeń,
   d. w związku z czym **wszystkie** złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musiały **zostać odrzucone**,
3) nie zostały złożone żadne oferty albo
4) wszystkie złożone oferty:
   a. zostały złożone przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub
   b. zostały złożone przez wykonawców, którzy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. zostały złożone przez wykonawców, którzy w przewidzianym terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożyli:
   – oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub

– podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub
– innych dokumentów lub oświadczeń, lub

d. były niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia,

w związku z czym **wszystkie** złożone oferty musiały **zostać odrzucone**.

Po trzecie, **pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w istotny sposób zmienione**. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości zmiana warunków zamówienia może być uznana za istotną, jeżeli w jej wyniku wprowadzone zostały warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innych oferty niż te, która została pierwotnie dopuszczone[50].

Przepis art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp przenosi na grunt prawa krajowego normę wyrażoną w art. 28 pkt 1 lit. a) dyrektywy obronnej, zgodnie z którą zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, jeżeli w toku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialogu konkurencyjnego **nie złożono żadnej oferty lub żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku**, o ile początkowe warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom. Przyjąć należy, że odpowiednia oferta to oferta, która została złożona przez wykonawcę niepodlegającego

[50] Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 35

wykluczeniu i spełniającego warunki udziału w postępowaniu, i oferta, która jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Przepis art. 28 pkt 1 lit. a) dyrektywy obronnej dodatkowo upoważnia Komisję Europejską do wystąpienia do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie informacji dotyczących podstaw zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w takim przypadku. Na zamawiającym ciąży zatem **obowiązek przekazania** Komisji Europejskiej takiej **informacji**.

Zarazem należy zwrócić uwagę na podobieństwo przesłanki przewidzianej w art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp do przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia przewidzianej w art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp, która znajduje zastosowanie do udzielania zamówień klasycznych i – na mocy odesłania zawartego w art. 386 Pzp – do zamówień sektorowych. W myśl art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, albo nie zostały

złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodne z warunkami zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W odróżnieniu od zamówień klasycznych i sektorowych, w przypadku których wcześniejsze postępowanie, które zakończyło się niepowodzeniem, musi być przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub w trybie przetargu ograniczonego, w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istnieje możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli postępowanie zakończone niepowodzeniem było przeprowadzone zarówno w trybie przetargu ograniczonego, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo w trybie **dialogu konkurencyjnego**. W pozostałym zakresie warunki zastosowania do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp i warunki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 1 Pzp do udzielania zamówień klasycznych i sektorowych, są takie same.

Z kolei na mocy art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **wszystkie wnioski** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **zostały odrzucone** lub **wszystkie oferty zostały odrzucone**, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, ponieważ cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższały kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Inaczej niż w przypadku przesłanki opisanej w art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp, która uwzględnia jedynie odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp – tj. złożenie przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który w przewidzianym terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń – podstawą odrzucenia wniosku może być jakakolwiek przesłanka z art. 146 ust. 1 Pzp (zob. komentarz do art. 146 ust. 1 Pzp), a podstawą odrzucenia oferty – którakolwiek przesłanka z art. 226 ust. 1 Pzp (zob. komentarz do art. 226 ust. 1 Pzp). Przepis art. 414 ust. 2 pkt Pzp

dodatkowo uzależnia możliwość zastosowania w takim przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia od kumulatywnego spełnienia następujących dwóch warunków:

1) pierwotne **warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione** i
2) zamawiający zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy **nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału** w postępowaniu oraz **których oferty** w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **nie zostały**:
   a. złożone po terminie składania ofert i w konsekwencji odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp,
   b. złożone przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który w przewidzianym terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń i, co za tym idzie, odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp,
   c. sporządzone lub przekazane w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego – o ile

zamawiający przewidział składanie ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – i odrzucone w związku z tym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp,

d. złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk i jako takie odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp,
e. złożone przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert i w konsekwencji odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp,
f. odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
g. odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp, ponieważ wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą,
h. odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, ponieważ wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawca, którego oferta nie została wybrana, złożył wniosek o zwrot wadium, lub
i. złożone 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 – i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp.

Pierwowzorem przesłanki przewidzianej w art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp jest przepis art. 28 pkt 1 lit. b) dyrektywy obronnej, zgodnie z którym

zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, jeżeli w toku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialogu konkurencyjnego wszystkie złożone oferty były **nieprawidłowe** lub **niemożliwe do przyjęcia** w świetle krajowych przepisów zgodnych z art. 5, 19, 21–24 oraz rozdziałem VII tytułu II dyrektywy obronnej, tj. przepisami dotyczącymi formy prawnej wykonawców, ofert wariantowych, wymagań szczególnych w zakresie podwykonawstwa, bezpieczeństwa informacji, bezpieczeństwa dostaw i obowiązków związanych z podatkami, ochroną środowiska, ochroną zatrudnienia i warunkami pracy oraz przepisami dotyczącymi podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów udzielenia zamówienia, aukcji elektronicznych i rażąco niskich ofert. Dyrektywa obronna ponadto uzależnia możliwość zastosowania w takim przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia od kumulatywnego spełnienia następujących dwóch warunków:

1) pierwotne warunki zamówienia nie mogą ulec zasadniczym zmianom i
2) zamawiający uwzględni, tzn. dopuści do udziału w procedurze negocjacyjnej **wszystkich i jedynie tych wykonawców**, którzy spełniają kryteria kwalifikacji podmiotowej określone w art. 39–46 dyrektywy obronnej, tj. nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, i którzy w toku wcześniejszej procedury ograniczonej lub dialogu konkurencyjnego złożyli oferty **zgodne z wymaganiami formalnymi** postępowania.

Uwagę zwraca podobieństwo przesłanki przewidzianej w art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp do przesłanki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem przewidzianej w art. 153 pkt 5 Pzp, która znajduje zastosowanie

do udzielania zamówień klasycznych, przy jednoczesnym odstąpieniu od publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podstawie art. 154 ust. 1 Pzp. W myśl art. 153 pkt 5 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone lub wszystkie oferty zostały odrzucone, lub zamawiający unieważnił postępowanie, ponieważ cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższały kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie zgodnie z art. 154 ust. 1 Pzp zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, **którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu** oraz **których oferty** w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego **nie zostały**:

1) złożone po terminie składania ofert i w konsekwencji odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp,
2) złożone przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, lub wykonawcę, który w przewidzianym terminie nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub

innych dokumentów lub oświadczeń i, co za tym idzie, odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp,

3) sporządzone lub przekazane w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp,
4) złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk i jako takie odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp,
5) złożone przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert i w konsekwencji odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9 Pzp,
6) odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
7) odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp, ponieważ wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą,
8) odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, ponieważ wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawca, którego oferta nie została wybrana, złożył wniosek o zwrot wadium, lub
9) złożone 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 – i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp.

Podstawowa różnica pomiędzy przewidzianą w art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp przesłanką zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa a przesłanką zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem do udzielania zamówień klasycznych na podstawie art. 153 pkt 5 Pzp, przy jednoczesnym odstąpieniu od publikacji ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z art. 154 ust. 1 Pzp, polega na tym, że o ile w przypadku zamówień klasycznych wcześniejsze postępowanie, które zakończyło się niepowodzeniem, musi być przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub w trybie przetargu ograniczonego, o tyle w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nieudane postępowanie może być prowadzone zarówno w trybie przetargu ograniczonego, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo w trybie dialogu konkurencyjnego. Ponadto w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp wymaga, by pierwotne warunki zamówienia nie uległy zasadniczym zmianom. Poza tymi różnicami warunki zastosowania do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp i warunki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 152 pkt 5 Pzp do udzielania zamówień klasycznych, przy jednoczesnej rezygnacji z publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podstawie art. 154 ust. 1 Pzp, są takie same.

6. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia i sytuacja kryzysowa. Kolejne dwie przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmują przypadki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, w tym takiej potrzeby wynikającej z sytuacji kryzysowej. Pierwsza z tych przesłanek została przewidziana w art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp. Na mocy tego przepisu zamówienia w dziedzinach

obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia wynikającą z sytuacji kryzysowej **nie można zachować terminów**, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp jest zatem uzależniona, po pierwsze, od wystąpienia sytuacji kryzysowej.

Sytuacja kryzysowa została zdefiniowana w art. 408 ust. 3 Pzp (zob. komentarz do art. 408 ust. 3 Pzp). Zgodnie z tym przepisem przez sytuację kryzysową należy rozumieć:

1) wojnę,
2) konflikt zbrojny lub
3) inną sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, która:
   a. wyraźnie przekracza swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz
   b. naraża życie i zdrowie wielu osób lub
   c. ma poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub
   d. wymaga podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

Po drugie, z wystąpieniem tak rozumianej sytuacji kryzysowej musi się wiązać pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Z sytuacji kryzysowej może w szczególności wynikać **wzrost potrzeb zamawiającego**. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w ramach wymagań szczególnych dotyczących bezpieczeństwa dostaw na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia na podstawie art. 408 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy złożenia wraz z ofertą **zobowiązania do zapewnienia**, na uzgodnionych warunkach, **możliwości**

realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej. Podobnie na mocy art. 408 ust. 1 pkt 5 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą również obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą **dodatkowej dokumentacji** otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego wynikającego z sytuacji kryzysowej.

Po trzecie, pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi uniemożliwiać zachowanie terminów przewidzianych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. W przetargu ograniczonym, zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co do zasady, nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Niemniej jednak na mocy art. 411 ust. 7 Pzp w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE, jeżeli zachodzi **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**. Z kolei termin składania ofert w przetargu ograniczonym, zgodnie z art. 411 ust. 13 Pzp, nie może być, co do zasady, krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Na mocy art. 411 ust. 16 Pzp, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć **krótszy termin składania ofert**, jednak **nie krótszy niż 10 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Podobnie w trybie negocjacji z ogłoszeniem podstawowy, 30-dniowy **termin składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikający z art. 158 ust. 1 Pzp może ze względu na pilną potrzebę udzielenia

zamówienia zostać skrócony przez zamawiającego na podstawie art. 412 ust. 4 Pzp do **10 dni** liczonych od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE, zaś podstawowy, 40-dniowy **termin składania ofert** wstępnych wynikający z art. 411 ust. 13 Pzp, do którego odsyła przepis art. 412 ust. 7 Pzp, także ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia może zostać skrócony przez zamawiającego na podstawie art. 411 ust. 16 Pzp, do którego również odsyła przepis art. 412 ust. 7 Pzp, do **10 dni** liczonych od dnia przekazania zaproszenia do ich składania.
Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie zatem ograniczona do przypadków, gdy pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynikająca z sytuacji kryzysowej jest **nie do pogodzenia ze skróconymi**, 10-dniowymi **terminami składania** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert w trybie przetargu ograniczonego i w trybie negocjacji z ogłoszeniem.
Druga z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmujących przypadki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia została uregulowana w art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp. W myśl tego przepisu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia **niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego**, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.
Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp jest zatem uzależniona, po pierwsze, od wystąpienia nadzwyczajnej sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i której wcześniej nie można

było przewidzieć. Po drugie, z tak rozumianej sytuacji nadzwyczajnej musi wynikać pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Po trzecie, pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi uniemożliwiać zachowanie przewidzianych dla przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem **skróconych** ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, 10-dniowych **terminów składania** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert.

Uwagę zwraca podobieństwo przesłanki opisanej w art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp do przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia przewidzianej w art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp, która znajduje zastosowanie do udzielania zamówień klasycznych i – na mocy odesłania zawartego w art. 386 Pzp – do zamówień sektorowych. W myśl art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Jedyne różnice w brzmieniu tych przepisów wynikają z odmiennych katalogów trybów dostępnych zamawiającym udzielającym zamówień klasycznych i zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Co za tym idzie, warunki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp i warunki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień klasycznych na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp są analogiczne (zob. komentarz do art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp).

7. Usługi transportu lotniczego i morskiego. Najbardziej charakterystyczna dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przesłanka zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia została przewidziana w art. 414 ust. 2 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego **dla Sił Zbrojnych** Rzeczypospolitej Polskiej, a także **sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa**, związanych z uczestniczeniem **w misji zagranicznej**, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane.

W przypadku tej przesłanki przedmiotem zamówienia mogą być jedynie usługi transportu lotniczego i morskiego. Usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty, opisywane są następującymi kodami CPV 60400000-2, od 60410000-5 do 60424120-3 (z wyjątkiem 60411000-2, 60421000-5), od 60440000-4 do 60445000-9 oraz 60500000-3. Transport poczty drogą lotniczą jest objęty kodami CPV 60411000-2 i 60421000-5. Z kolei usługi transportu wodnego, w tym morskiego, są objęte kodami CPV od 60600000-4 do 60653000-0 i od 63727000-1 do 63727200-3. Zarówno usługi transportu lotniczego, jak i usługi transportu morskiego należą do tzw. usług priorytetowych. Oznacza to, że są one w pełni objęte przepisami w dziedzinie zamówień publicznych (por. komentarz do art. 397 i 398 Pzp).

Poza tym zamówienie musi być udzielane na potrzeby Sił Zbrojnych RP lub innych sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa.

Co więcej zamówienie musi być udzielane w związku z udziałem w misji zagranicznej.

Przepis art. 414 ust. 2 pkt 6 Pzp przewiduje ponadto kolejny warunek, od którego spełnienia uzależniona jest możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Tym kolejnym warunkiem jest konieczność zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane. Możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 6 Pzp jest zatem ograniczona do przypadków, gdy **nie można zachować skróconych** ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia 10-dniowych **terminów składania** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert w trybie przetargu ograniczonego i w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

8. Zaproszenie do negocjacji. Jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji.

Zaproszenie do negocjacji, poza nazwą i adresem zamawiającego, zawiera co najmniej:

1) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania,
2) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych,
3) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej,
4) określenie terminu wykonania zamówienia,
5) wskazanie warunków udziału w postępowaniu,

6) określenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia,
7) wskazanie miejsca i terminu oraz sposobu prowadzenia negocjacji z zamawiającym.

9. Negocjacje. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Na mocy odesłania w art. 212 ust. 1 Pzp do negocjacji bez ogłoszenia przepis art. 166 ust. 2 Pzp stosuje się. Oznacza to, że żadna ze stron nie może **bez zgody** drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Taka zgoda na ujawnienie informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, po pierwsze, musi mieć charakter **uprzedni**, tj. musi być wyrażona przed ujawnieniem informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, i po drugie, musi mieć charakter zindywidualizowany/**skonkretyzowany**, tj. każdorazowo musi być wyrażona w odniesieniu do konkretnych informacji, które mają zostać ujawnione.

Na mocy odesłania w art. 212 ust. 2 Pzp do negocjacji bez ogłoszenia przepisy art. 165 ust. 1 i 2 Pzp stosuje się odpowiednio. Oznacza to, że podczas negocjacji ofert na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia **równego traktowania** wszystkich **wykonawców**. Zamawiający nie może w szczególności udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi.

O zakończeniu negocjacji zamawiający informuje **równocześnie** wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcom SWZ.

10. SWZ. SWZ zawiera co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego

postępowania, jeżeli postępowanie prowadzone jest na stronie internetowej,

2) adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jeżeli zamawiający zapewnia dostęp do dokumentów zamówienia na stronie internetowej,
3) wskazanie trybu udzielenia zamówienia,
4) opis przedmiotu zamówienia,
5) informację o przedmiotowych środkach dowodowych,
6) określenie terminu wykonania zamówienia,
7) wskazanie obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 Pzp,
8) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
9) wykaz podmiotowych środków dowodowych,
10) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej, jeżeli zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
11) informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69 Pzp,

12) wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami,
13) określenie terminu związania ofertą,
14) opis sposobu przygotowywania oferty,
15) wskazanie sposobu oraz terminu składania ofert,
16) określenie terminu otwarcia ofert,
17) wskazanie sposobu obliczenia ceny,
18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
19) informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego,
21) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

11. Wyjaśnienia i zmiany SWZ. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Do wyjaśnień i zmian treści SWZ przepisy art. 135 ust. 1, art. 136, art. 137 ust. 1 i ust. 6 zdanie pierwsze Pzp stosuje się odpowiednio. Tym samym zastosowanie znajdą przepisy art. 136 Pzp dotyczące możliwości zwołania przez zamawiającego zebrania wykonawców mającego na celu wyjaśnienie treści SWZ. Mocą art. 137 ust. 1 Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia w takim przypadku zastosowania nie znajdą jednak przepisy art. 137 ust. 2 Pzp, z którego wynika obowiązek udostępnienia dokonanych zmian SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania,

o ile zamawiający zapewnia na stronie internetowej bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ, przepis art. 137 ust. 3 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania wykonawcom informacji o dokonanych zmianach treści SWZ w inny sposób, jeżeli zamawiający nie zapewnia na stronie internetowej bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ, przepis art. 137 ust. 4 Pzp, z którego wynika obowiązek przekazania UPUE do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, ani przepis art. 137 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym w przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia. Zastosowanie znajdzie natomiast przepis art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp, który nakłada na zamawiającego **obowiązek przedłużenia terminu składania ofert** o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, 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.

12. Zaproszenie do składania ofert. Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej informacje, o których mowa w art. 168 ust. 2 Pzp, tj.:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania, jeżeli postępowanie prowadzone jest na stronie internetowej,
2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SWZ, a także inne

dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia dokumenty zamówienia na stronie internetowej,

3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty, jeżeli zamawiający wymaga składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych,
4) wskazanie sposobu i terminu składania ofert,
5) określenie języka lub języków, w jakich oferty muszą być sporządzone,
6) wskazanie terminu otwarcia ofert.

13. Badanie i ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Do badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje regulacje przewidziane we właściwych przepisach działu II Pzp. Przepisy art. 223–226 Pzp, zawarte w rozdziale 5 działu II Pzp, regulują ocenę ofert (zob. komentarz do art. 223–226 Pzp). Przepisy art. 239–253 Pzp, zawarte w rozdziale 7 działu II Pzp, regulują wybór oferty najkorzystniejszej (zob. komentarz do art. 239–253 Pzp).

Art. 415.

1. Do zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się przepisów art. 214 ust. 1 pkt 2–8 oraz ust. 2 i 3.

2. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) określonych w przepisach art. 214 ust. 1 pkt 1 i 9–14;

2) określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3–7, gdy niecelowe albo niemożliwe jest zwrócenie się do innych wykonawców lub gdy wymagają tego pilne potrzeby operacyjne;

3) ze względu na sytuację kryzysową, o której mowa w art. 408 ust. 3, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

4) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

5) zamówienie dotyczy dodatkowych dostaw realizowanych przez dotychczasowego wykonawcę, których celem jest częściowe powtórzenie dostaw lub odnowienie instalacji, lub zwiększenie dostaw, lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu, przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego;

6) w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest zamówienie uzupełniające tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego,

negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

7) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

3. W nadzwyczajnych okolicznościach związanych z oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie:

1) ust. 2 pkt 5 – nie stosuje się wymagania, aby czas trwania takich zamówień nie przekraczał 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego;

2) ust. 2 pkt 6 – nie stosuje się wymagania udzielenia zamówienia w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

1. Zamówienie z wolnej ręki. Zgodnie z art. 213 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

2. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji UPUE ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publikowane jest na **standardowym formularzu nr 15**, którego wzór został ustalony w załączniku XII rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń. Standardowy formularz nr 15 nosi nazwę „ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante". Załącznik D3 tego formularza jest dedykowany zamówieniom w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W przypadku zamówień udzielanych na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 1 Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, zamawiający ma **obowiązek** publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych.

3. Przesłanki. Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki została w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ograniczona do następujących dwudziestu przypadków:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze
   – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;
2) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

3) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;
4) zamówienie na dostawy jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe, w tym na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy o giełdach towarowych, giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy o giełdach towarowych, lub na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
5) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego, w tym zamawiającego publicznego udzielającego zamówienia w związku z prowadzoną działalnością sektorową, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
   a. zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
c. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

6) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego, w tym zamawiającego publicznego udzielającego zamówienia w związku z prowadzoną działalnością sektorową, innemu zamawiającemu publicznemu, w tym zamawiającemu publicznemu prowadzącemu działalność sektorową, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, jeżeli spełnione są następujące warunki:
a. zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,
b. ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
c. w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

7) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego, w tym zamawiającego publicznego udzielającego zamówienia w związku z prowadzoną działalnością sektorową, kontrolowanego przez zamawiającego publicznego, w tym zamawiającego publicznego prowadzącego działalność sektorową, innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:
   a. zamawiający kontrolujący zamawiającego udzielającego zamówienia oraz osobę prawną, której udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia oraz nad osobą prawną, której udzielane jest zamówienie, kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,
   b. ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
   c. w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;
8) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego, w tym zamawiającego publicznego udzielającego zamówienia w związku z prowadzoną działalnością sektorową, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a. zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi publicznymi, w tym zamawiającymi publicznymi prowadzącymi działalność sektorową, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

– w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

9) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi publicznymi, w tym zamawiającymi publicznymi udzielającymi zamówienia w związku z prowadzoną działalnością sektorową, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a. umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych,

które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b. wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c. zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy;

10) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj.:
przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju,
gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

11) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj.:
ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia wynikającą z sytuacji kryzysowej, o której mowa w art. 408 ust. 3 Pzp, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,
gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

12) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj.:

a. ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można

zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,

b. gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

13) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 5 Pzp, tj.:

a. przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 3 Pzp,

b. gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

14) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 6 Pzp, tj.:

a. w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestniczeniem w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane,

b. gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

15) w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 7 Pzp, tj.:

a. w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu

konkurencyjnego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 Pzp, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione i zamawiający zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18 Pzp,

b. gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**;

16) ze względu na **sytuację kryzysową**, o której mowa w art. 408 ust. 3 Pzp, tj., wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

17) ze względu na **wyjątkową sytuację** niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

18) zamówienie dotyczy **dodatkowych dostaw** realizowanych przez dotychczasowego wykonawcę, których celem jest częściowe powtórzenie dostaw lub odnowienie instalacji, lub

zwiększenie dostaw, lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu, przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego[51];

19) w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego[52] dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest **zamówienie uzupełniające** tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

---

[51] W nadzwyczajnych okolicznościach związanych z oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy dodatkowe udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się wymagania, aby czas trwania takich zamówień nie przekraczał pięciu lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

[52] W nadzwyczajnych okolicznościach związanych z oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, do zamówień uzupełniających na usługi i roboty budowlane w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się wymagania, aby czas trwania takich zamówień nie przekraczał pięciu lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

20) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można podzielić na **trzy grupy**. Pierwsza grupa to przesłanki wspólne dla zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz dla zamówień klasycznych i zamówień sektorowych. W myśl art. 415 ust. 2 pkt 1 Pzp zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można bowiem udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach określonych w przepisach art. 214 ust. 1 pkt 1 i 9–14 Pzp (zob. komentarz do tych przepisów)[53]. Te przesłanki zostały wymienione powyżej w punktach od 1 do 9. Należy przy tym pamiętać, że w przypadku udzielania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie przesłanek wymienionych w punktach od 5 do 9 w ramach

[53] W przypadku zamówień sektorowych przepis art. 388 pkt 1 Pzp odsyła do przypadków określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1–6 i 9–14 Pzp

tzw. współpracy publiczno-publicznej[54, 55] zastosowanie znajdą przepisy art. 214 ust. 4–9 Pzp (zob. komentarz do tych przepisów).

Drugą grupę przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stanowią **zmodyfikowane przesłanki zastosowania** do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **trybu negocjacji bez ogłoszenia**. Zgodnie bowiem z art. 415 ust. 2 pkt 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3–7 Pzp (zob. komentarz do tych przepisów), gdy **niecelowe albo niemożliwe** jest zwrócenie się do innych wykonawców **lub** gdy wymagają tego **pilne potrzeby operacyjne**. Jedyną spośród przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, która nie została w taki sposób zmodyfikowana na użytek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jest przesłanka opisana w art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wynika to z tego, że analogiczna przesłanka została przewidziana w art. 415 ust. 2 pkt 7 Pzp jako samodzielna przesłanka zastosowania

---

[54] Współpraca publiczno-publiczna może mieć charakter wertykalny – jak w przypadku zamówień typu *in house* udzielanych kontrolowanym podmiotom *quasi*-wewnętrznym (pkt 5), zamówień udzielanych przez podmiot kontrolowany zamawiającemu kontrolującemu, tzw. odwrócony *in house* (pkt 6), zamówień udzielanych przez podmiot kontrolowany innemu podmiotowi kontrolowanemu przez tego samego zamawiającego, tzw. „siostrzany" *in house* (pkt 7) i zamówień udzielanych podmiotom kontrolowanym wspólnie z innymi zamawiającymi (pkt 8) – lub horyzontalny (pkt 9)

[55] Zob. *Dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna")* SEC(2011) 1169 dostępny pod adresem https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/

trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 2 Pzp zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można zatem udzielić w okolicznościach, o których mowa w art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3–7 Pzp, jeżeli:

1) **pilne potrzeby operacyjne** wymagają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub
2) prowadzenie negocjacji z więcej niż jednym wykonawcą jest **niecelowe** albo
3) prowadzenie negocjacji z więcej niż jednym wykonawcą jest **niemożliwe**.

Przesłanki, o których mowa, zostały wymienione powyżej w punktach od 10 do 15.

Do trzeciej grupy zaliczają się pozostałe przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, wymienione powyżej w punktach od 16 do 20. W znakomitej większości są to przesłanki analogiczne do przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych. Tę trzecią grupę przesłanek można podzielić na **trzy podgrupy**. Do pierwszej podgrupy należą przesłanki związane z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia i sytuacją kryzysową. Do drugiej podgrupy zaliczają się przesłanki dotyczące zamówień na dostawy dodatkowe i zamówień uzupełniających udzielanych dotychczasowemu wykonawcy. Trzecią, ostatnią podgrupę tworzy przesłanka umożliwiająca skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki po wcześniejszym nieudanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które nie doprowadziło do zawarcia umowy.

4. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i sytuacja kryzysowa. W przepisach dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przewidziano **dwie przesłanki** zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dotyczące przypadków wystąpienia konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, w tym konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia wynikającej z sytuacji kryzysowej. Pierwsza z tych przesłanek została uregulowana w art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli **ze względu na sytuację kryzysową** wymagane jest **natychmiastowe wykonanie zamówienia**, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp jest zatem uzależniona, po pierwsze, od wystąpienia sytuacji kryzysowej.

Sytuacja kryzysowa została zdefiniowana w art. 408 ust. 3 Pzp (zob. komentarz do art. 408 ust. 3 Pzp). Zgodnie z tym przepisem przez sytuację kryzysową należy rozumieć:

1) wojnę,
2) konflikt zbrojny lub
3) inną sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, która:
   a. wyraźnie przekracza swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz
   b. naraża życie i zdrowie wielu osób lub
   c. ma poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub

d. wymaga podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

Po drugie, z wystąpieniem tak rozumianej sytuacji kryzysowej musi się wiązać konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia[56].

Po trzecie, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi być nie do pogodzenia z terminami przewidzianymi dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym nawet **skróconymi** ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, 10-dniowymi **terminami składania wniosków** o dopuszczenie do udziału

[56] Z sytuacji kryzysowej może w szczególności wynikać wzrost potrzeb zamawiającego. W ramach wymagań szczególnych dotyczących bezpieczeństwa dostaw na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia na podstawie art. 408 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy złożenia wraz z ofertą zobowiązania do zapewnienia, na uzgodnionych warunkach, możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej. Podobnie na mocy art. 408 ust. 1 pkt 5 Pzp wymagania związane z etapem wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą również obejmować żądanie złożenia wraz z ofertą dodatkowej dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego wynikającego z sytuacji kryzysowej.

w postępowaniu **i ofert** (zob. art. 411 ust. 7, 13 i 16 Pzp oraz art. 412 ust. 4 i 7 Pzp)[57].

W tym miejscy należy zwrócić uwagę na podobieństwo przewidzianej w art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp przesłanki stosowania do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa trybu zamówienia z wolnej ręki do przesłanki zastosowania do udzielania takich zamówień trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zasadnicza różnica pomiędzy tymi regulacjami sprowadza się do tego, że o ile w przypadku opisanym w art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp podstawą zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia jest **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**, o tyle uzasadnieniem zastosowania trybu

---

[57] W przetargu ograniczonym, zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co do zasady, nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Niemniej jednak na mocy art. 411 ust. 7 Pzp w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu UPUE, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Z kolei termin składania ofert w przetargu ograniczonym, zgodnie z art. 411 ust. 13 Pzp, nie może być, co do zasady, krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Na mocy art. 411 ust. 16 Pzp, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania ofert, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Podobnie w trybie negocjacji z ogłoszeniem podstawowy 30-dniowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikający z art. 158 ust. 1 Pzp może ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia zostać skrócony przez zamawiającego na podstawie art. 412 ust. 4 Pzp do 10 dni liczonych od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UPUE, zaś podstawowy 40-dniowy termin składania ofert wstępnych wynikający z art. 411 ust. 13 Pzp, do którego odsyła przepis art. 412 ust. 7 Pzp, także ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia może zostać skrócony przez zamawiającego na podstawie art. 411 ust. 16 Pzp, do którego również odsyła przepis art. 412 ust. 7 Pzp, do 10 dni liczonych od dnia przekazania zaproszenia do ich składania.

zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp jest **konieczność natychmiastowego wykonania** zamówienia. Uwagi dotyczące wykładni tych pojęć oraz różnic pomiędzy pilną potrzebą udzielenia zamówienia a koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia poczynione w tym zakresie na gruncie zamówień klasycznych zachowują aktualność (zob. komentarz do art. 209 ust. 1 pkt 4 i art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Druga z przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmujących przypadki wystąpienia konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia została uregulowana w art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp. Na mocy tego przepisu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli **ze względu na wyjątkową sytuację** niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest **natychmiastowe wykonanie zamówienia**, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp jest zatem uzależniona, po pierwsze, od wystąpienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i której wcześniej nie można było przewidzieć. Po drugie, z tej wyjątkowej sytuacji musi wynikać konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Po trzecie, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi uniemożliwiać zachowanie terminów określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym nawet **skróconych** ze względu na pilną

potrzebę udzielenia zamówienia, 10-dniowych **terminów składania wniosków** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **i ofert**.

Uwagę zwraca podobieństwo przesłanki opisanej w art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp do przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przewidzianej w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, która znajduje zastosowanie do udzielania zamówień klasycznych i – na mocy odesłania zawartego w art. 388 pkt 1 Pzp – do zamówień sektorowych. W myśl art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jedyna różnica w brzmieniu tych przepisów polega na tym, że w art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp mowa jest o niemożliwości zachowania terminów przewidzianych dla przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, zaś w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp – o niemożliwości zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Co za tym idzie, warunki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp i warunki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień klasycznych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp i do udzielania zamówień sektorowych na podstawie odesłania zawartego w art. 388 pkt 1 Pzp są analogiczne (zob. komentarz do art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Ponadto nie sposób nie zauważyć podobieństwa pomiędzy uregulowaną w art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp przesłanką stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki a przesłanką zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia przewidzianą w art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jak w przypadku przesłanki

zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określonej w art. 415 ust. 2 pkt 3 Pzp i przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 414 ust. 2 pkt 3 Pzp, zasadnicza różnica pomiędzy tymi regulacjami sprowadza się do tego, że o ile w przypadku opisanym w art. 414 ust. 2 pkt 4 Pzp podstawą zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia jest **pilna potrzeba udzielenia zamówienia**, o tyle uzasadnieniem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 415 ust. 2 pkt 4 Pzp jest **konieczność natychmiastowego wykonania** zamówienia. Uwagi dotyczące wykładni tych pojęć oraz różnic pomiędzy pilną potrzebą udzielenia zamówienia a koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia poczynione w tym zakresie na gruncie zamówień klasycznych zachowują swoją aktualność (zob. komentarz do art. 209 ust. 1 pkt 4 i art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp).

5. Zamówienia na dodatkowe dostawy i zamówienia uzupełniające.

Kolejne dwie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to przesłanki dotyczące zamówień na dostawy dodatkowe i zamówień uzupełniających udzielanych dotychczasowemu wykonawcy.

W myśl art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie dotyczy **dodatkowych dostaw** realizowanych przez dotychczasowego wykonawcę, których celem jest częściowe powtórzenie dostaw lub odnowienie instalacji, lub zwiększenie dostaw, lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu

i utrzymaniu, przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.
Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp jest zatem uzależniona od spełnienia trzech warunków. Po pierwsze, przedmiotem zamówienia są dodatkowe dostawy **realizowane przez dotychczasowego wykonawcę**, których celem jest:

1) częściowe powtórzenie dostaw lub
2) częściowe odnowienie instalacji, lub
3) zwiększenie dostaw, lub
4) rozbudowa instalacji istniejących.

Po drugie, możliwość udzielenia dodatkowych dostaw dotychczasowemu wykonawcy jest ograniczona do przypadków, gdy zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do **nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych**. Po trzecie, aby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki było możliwe, nabywanie materiałów o innych właściwościach technicznych musiałoby powodować **niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne** w użytkowaniu i utrzymaniu.
Dodatkowo przepis art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp ogranicza czas trwania takich zamówień **do 5 lat** od udzielenia zamówienia podstawowego.
Niemniej jednak zgodnie z art. 415 ust. 3 pkt 1 Pzp **nadzwyczajne okoliczności** związane z

1) oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także
2) trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy,

mogą uzasadniać **zniesienie ograniczenia** czasu trwania takich zamówień do okresu 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

Należy pamiętać, że na mocy art. 411 ust. 2 pkt 5 i ust. 3 pkt 2 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na zamawiającym spoczywa obowiązek zawarcia w SWZ informacji o przewidywanym udzieleniu zamówienia na dostawy dodatkowe w rozumieniu art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp. Analogiczny obowiązek w odniesieniu do OPW oraz SWZ w postępowaniach prowadzonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego wynika z przepisów odpowiednio art. 412 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2, art. 413 ust. 3 pkt 3, ust. 4 pkt 3 i ust. 8 zdanie drugie Pzp.

Uwagę zwraca podobieństwo przesłanki opisanej w art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp do uregulowanej w art. 214 ust. 1 pkt 8 Pzp przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień klasycznych oraz do przewidzianej w art. 388 pkt 2 lit. b Pzp przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień sektorowych.

W przypadku wszystkich trzech wymienionych wyżej przesłanek przedmiotem zamówienia są **dodatkowe dostawy**, których celem jest:

1) częściowe powtórzenie dostaw lub
2) częściowe odnowienie instalacji, lub
3) zwiększenie bieżących dostaw, lub
4) rozbudowa instalacji istniejących.

We wszystkich trzech przypadkach udzielenie zamówienia na dodatkowe dostawy jest ograniczone do sytuacji, gdy zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do **nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych**, co powodowałoby **niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne** w użytkowaniu i utrzymaniu. Różnice natomiast polegają na tym, że o ile w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat, o tyle w przypadku

zamówień klasycznych, na mocy art. 214 ust. 3 Pzp, okres obowiązywania takich zamówień został **ograniczony do 3 lat** od udzielenia zamówienia podstawowego, zaś w przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z art. 388 pkt 2 lit. b Pzp, **nie ma** żadnego czasowego **ograniczenia** możliwości korzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień na dostawy dodatkowe.

W odniesieniu do usług i robót budowlanych pokrewną przesłankę przewiduje art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp. Na podstawie tego przepisu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli **w okresie 5 lat** od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest **zamówienie uzupełniające** tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp jest zatem uzależniona od spełnienia następujących warunków. Po pierwsze, przedmiotem zamówienia uzupełniającego są **usługi lub roboty budowlane tego samego rodzaju** co usługi lub roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia podstawowego. Po drugie, możliwość udzielenia zamówień uzupełniających dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych jest ograniczona do przypadków, gdy zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie **przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego**,

a zamówienie uzupełniające było **przewidziane w ogłoszeniu** o zamówieniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego. Oznacza to, że zamawiający, przewidując możliwość udzielenia w przyszłości zamówienia uzupełniającego, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podstawowego. Co więcej należy pamiętać, że w myśl art. 31 ust. 1 Pzp zamawiający musi uwzględnić wartość zamówienia uzupełniającego przy szacowaniu wartości podstawowego. Jednocześnie na mocy art. 411 ust. 2 pkt 5 i ust. 3 pkt 2 Pzp, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, na zamawiającym spoczywa obowiązek zawarcia w SWZ informacji o przewidywanym udzieleniu zamówienia uzupełniającego na usługi lub roboty budowlane w rozumieniu art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp. Analogiczny obowiązek w odniesieniu do OPW oraz SWZ w postępowaniach prowadzonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego wynika z przepisów odpowiednio art. 412 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2, art. 413 ust. 3 pkt 3, ust. 4 pkt 3 i ust. 8 zdanie drugie Pzp. Po trzecie, aby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki było możliwe, zamówienie uzupełniające musi być **zgodne z przedmiotem** zamówienia podstawowego. Dyrektywa obronna w art. 28 pkt 4 lit. b) precyzuje, że zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego należy rozumieć jako zgodność dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia uzupełniającego z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia.

Dodatkowo przepis art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp ogranicza możliwość udzielania zamówień uzupełniających takich zamówień **do 5 lat**

od udzielenia zamówienia podstawowego. Niemniej jednak na mocy art. 415 ust. 3 pkt 2 Pzp w nadzwyczajnych okolicznościach związanych z:

1) oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także
2) trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy,

nie stosuje się tego ograniczenia.

Trudno nie zauważyć podobieństwa przesłanki przewidzianej w art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp do opisanej w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień klasycznych oraz do uregulowanej w art. 388 pkt 2 lit. c Pzp przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielania zamówień sektorowych.

Wszystkie trzy wyżej wymienione przesłanki dotyczą **zamówień uzupełniających**, których przedmiotem są **usługi lub roboty budowlane podobne** do usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia podstawowego. We wszystkich trzech przypadkach udzielenie zamówienia uzupełniającego jest ograniczone do sytuacji, gdy zamówienie uzupełniające było **przewidziane w ogłoszeniu** o zamówieniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego. Podstawowa różnica natomiast sprowadza się do tego, że o ile w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa możliwość udzielania zamówień uzupełniających została ograniczona do okresu 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, o tyle w przypadku zamówień klasycznych przepis art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp ogranicza tę możliwość do okresu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, zaś w przypadku zamówień sektorowych przepis

art. 388 pkt 2 lit. c Pzp nie przewiduje czasowego ograniczenia możliwości udzielania zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki.

6. Wcześniejsze postępowanie zakończone niepowodzeniem. Na mocy art. 415 ust. 2 pkt 7 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **nie wpłynął** żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo **wszystkie** wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **zostały odrzucone** na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, **nie zostały złożone żadne oferty** albo **wszystkie** oferty **zostały odrzucone** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie

wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, lub ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako **niezgodne z warunkami zamówienia**, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 7 Pzp uzależniona jest od spełnienia trzech warunków. Po pierwsze, postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania w jednym z następujących trzech trybów: **przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego**. Po drugie, prowadzone uprzednio postępowanie musi zakończyć się niepowodzeniem, z uwagi na wystąpienie którejkolwiek z poniższych sytuacji:

1) nie zostały złożone żadne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo
2) wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone przez:
   a. wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub
   b. wykonawców, którzy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. wykonawców, którzy w przewidzianym terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożyli
   – oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub

– podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
– innych dokumentów lub oświadczeń,

w związku z czym **wszystkie** złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musiały **zostać odrzucone**,

3) nie zostały złożone żadne oferty albo
4) wszystkie złożone oferty:
   a. zostały złożone przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lub
   b. zostały złożone przez wykonawców, którzy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. zostały złożone przez wykonawców, którzy w przewidzianym terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożyli
   – oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub
   – podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub
   – innych dokumentów lub oświadczeń, lub
   d. były niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia,

w związku z czym **wszystkie** złożone oferty musiały **zostać odrzucone**.

Po trzecie, **pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w istotny sposób zmienione**. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości zmiana warunków zamówienia może być uznana za istotną, jeżeli w jej wyniku wprowadzone zostały warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach

pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innych oferty niż te, które zostały pierwotnie dopuszczone[58].

Przepis art. 414 ust. 2 pkt 2 Pzp – podobnie jak bliźniacza przesłanka zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia przewidziana w art. 412 ust. 2 pkt 2 Pzp – przenosi na grunt prawa krajowego normę wyrażoną w art. 28 pkt 1 lit. a) dyrektywy obronnej, zgodnie z którą zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, jeżeli w toku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialogu konkurencyjnego **nie złożono żadnej oferty lub żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku**, o ile początkowe warunki zamówienia nie uległy zasadniczym zmianom. Przyjąć należy, że odpowiednia oferta to oferta, która została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu i spełniającego warunki udziału w postępowaniu i oferta, która jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Przepis art. 28 pkt 1 lit. a) dyrektywy obronnej dodatkowo upoważnia Komisję Europejską do wystąpienia do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie informacji dotyczących podstaw zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w takim przypadku. Na zamawiającym ciąży zatem **obowiązek przekazania** Komisji Europejskiej takiej **informacji**.

Warto odnotować podobieństwo tej przesłanki do przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki opisanej w art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp, która znajduje zastosowanie do udzielania zamówień klasycznych i – na mocy

[58] Por. wyrok w sprawie *pressetext*, pkt 35

odesłania zawartego w art. 388 pkt 1 Pzp – do zamówień sektorowych. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub wykonawcę, który w terminie nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

jako niezgodne z warunkami zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W odróżnieniu od zamówień klasycznych i sektorowych, w przypadku których wcześniejsze postępowanie, które zakończyło się niepowodzeniem, musi być przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub w trybie przetargu ograniczonego, w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istnieje możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli postępowanie zakończone niepowodzeniem było przeprowadzone zarówno w trybie przetargu ograniczonego, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo w trybie **dialogu konkurencyjnego**. W pozostałym zakresie warunki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 7 Pzp do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i warunki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 Pzp do udzielania zamówień klasycznych i sektorowych są takie same.

7. Zaproszenie do negocjacji. W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający przekazuje wykonawcy zaproszenie do negocjacji. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

8. Podmiotowe środki dowodowe. Na wykonawcy ciąży obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Zwolnienie z obowiązku składania oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Na mocy art. 125 ust. 1 Pzp, którego stosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie zostało wyłączone, wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (zob. komentarz do art. 125 ust. 1 Pzp). W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki przepis art. 217 ust. 3 Pzp upoważnia zamawiającego do odstąpienia od żądania złożenia przez wykonawcę takiego oświadczenia.

Art. 416.

W przypadku gdy SWZ albo opis potrzeb i wymagań znajduje się w posiadaniu podmiotu innego niż zamawiający, zaproszenie do składania ofert, do negocjacji albo do udziału w dialogu zawiera adres instytucji, do której można zwrócić się z wnioskiem o taką dokumentację, oraz datę, do której można składać wnioski o udostępnienie takiej dokumentacji, jak również kwotę należną za ich udostępnienie wraz z określeniem sposobu płatności. Właściwy podmiot przesyła żądaną dokumentację wykonawcom niezwłocznie po otrzymaniu ich wniosków wraz z dowodem dokonania płatności kwoty należnej za jej udostępnienie.

1. Zgodnie z art. 34 ust. 3 dyrektywy obronnej w przypadku, gdy SWZ, dokument opisowy lub dokumenty dodatkowe znajdują się w posiadaniu podmiotu innego niż zamawiający odpowiedzialny za przeprowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia, zaproszenie do składania ofert, zaproszenie do udziału w negocjacjach lub zaproszenie do dialogu powinno zawierać adres instytucji, do której można zwrócić się z wnioskiem o taką dokumentację, oraz – jeżeli ma to zastosowanie

– ostateczną datę, do której można składać wnioski o udostępnienie takich dokumentów, jak również kwotę należną za ich udostępnienie wraz z określeniem sposobu płatności. Właściwy podmiot przesyła żądaną dokumentację wykonawcom niezwłocznie po otrzymaniu ich wniosków.
W ślad za dyrektywą Pzp przewiduje sytuację, w której SWZ albo opis potrzeb i wymagań znajduje się w posiadaniu podmiotu innego niż zamawiający. W takim przypadku zamawiający w zaproszeniu do składania ofert, zaproszeniu do negocjacji albo zaproszeniu do dialogu wskazuje:

1) adres podmiotu, do którego można zwrócić się z wnioskiem o SWZ albo OPW wraz z
2) informacją o terminie, w jakim można składać wnioski o udostępnienie SWZ albo OPW, oraz
3) informacją o kwocie należności za ich udostępnienie i sposobie płatności.

Podmiot, w posiadaniu którego znajduje się SWZ albo OPW ma obowiązek przesłania żądanej dokumentacji wykonawcy niezwłocznie po otrzymaniu wniosku o jej udostępnienie. Taki wniosek powinien być złożony przez wykonawcę wraz z dowodem dokonania płatności kwoty należnej za jej udostępnienie.
Przepis art. 416 Pzp znajdzie zastosowanie do wszystkich przypadków, gdy SWZ albo opis potrzeb i wymagań – albo ich część – nie znajduje się w posiadaniu zamawiającego, lecz innego podmiotu.

Art. 417.

1. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kryteriami oceny ofert są cena albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, o których

mowa w art. 242 ust. 2, lub inne kryteria, w szczególności rentowność, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne, określone w SWZ. Do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów wydanych na podstawie art. 244.

2. Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia, określa w dokumentach zamówienia kryteria oceny ofert wraz z ich opisem, podaniem wagi tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert.

1. Wybór oferty najkorzystniejszej. Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajdują przepisy działu II rozdziału 7 Pzp.
Jedynym wyjątkiem jest przepis art. 245 ust. 6 Pzp, który dotyczy stosowania obowiązkowych wspólnych metod obliczania kosztów cyklu życia w przypadku zamówień klasycznych objętych dyrektywą klasyczną.
2. Kryteria oceny ofert. W myśl ogólnych zasad wyrażonych w art. 241 Pzp kryteria oceny ofert, po pierwsze, muszą być **związane z przedmiotem** zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Po drugie, kryteria oceny ofert

nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Przepis art. 417 Pzp stanowi uzupełnienie regulacji zawartej w art. 242 Pzp na użytek udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 242 ust. 1 Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu albo wyłącznie ceny lub kosztu. Przepis art. 242 ust. 2 Pzp zawiera **otwarty katalog** innych niż cena lub koszt kryteriów oceny ofert, zwanych jakościowymi kryteriami oceny ofert. Zgodnie z tym przepisem, jakościowymi kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności:

1) kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,
2) kryteria odnoszące się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób dewaforyzowanych, o których mowa w art. 94 ust. 1 Pzp,
3) kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia,
4) kryteria odnoszące się do aspektów innowacyjnych,
5) kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia,
6) kryteria odnoszące się do serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Na mocy przepisu art. 417 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp otwarty katalog jakościowych, tj. innych niż cena lub koszt, kryteriów oceny ofert został

uzupełniony o **rentowność**, **bezpieczeństwo dostaw**, **interoperacyjność** oraz **właściwości operacyjne**.

Przepis art. 417 ust. 1 Pzp stanowi przeniesienie na grunt prawa krajowego regulacji przewidzianej w art. 47 ust. 1 lit. a) dyrektywy obronnej. Rentowność, o której mowa w tych przepisach, należy rozumieć jako efektywność kosztową (ang. *cost-effectiveness*; franc. *rentabilité*).

3. Obowiązkowe kryteria. Pzp zawiera w art. 244 upoważnienie dla ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia, w drodze rozporządzenia, innych niż cena kryteriów oceny ofert, które mają zastosowanie w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień, oraz sposobu opisania i oceny tych kryteriów, z uwagi na potrzebę wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz szczególny charakter lub cel zamówienia i ułatwienie stosowania tych kryteriów oceny ofert.

W myśl art. 417 ust. 1 zdanie drugie Pzp przepisów wydanych na tej podstawie nie stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

4. Opis, waga i sposób oceny. Zamawiający ma obowiązek określenia i opisania kryteriów oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, tzn. SWZ lub OPW. Określeniu i opisaniu kryteriów oceny ofert musi towarzyszyć podanie przez zamawiającego ich wagi oraz opisanie sposobu dokonywania oceny ofert. Obowiązek ten dotyczy zamówień udzielanych w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający nie ma obowiązku określenia w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert wraz z ich opisem, podaniem wagi tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert, jeśli udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki.

4.1. Opis kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania opisu kryteriów oceny ofert w sposób **jednoznaczny i zrozumiały**. W myśl ogólnej zasady wyrażonej w art. 240 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert i ich opis **nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody** wyboru najkorzystniejszej oferty oraz **muszą umożliwiać weryfikację i porównanie** poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

4.2. Waga kryteriów oceny ofert. Na mocy art. 247 Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Należy przyjąć, że jeżeli w opinii zamawiającego przedstawienie wag z oczywistych przyczyn nie jest możliwe, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (czyli w SWZ lub OPW) kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (por. art. 47 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy obronnej).

Art. 418.

1. Zamawiający może:

1) odrzucić ofertę na podstawie przesłanek odrzucenia oferty innych niż przesłanki, o których mowa w art. 226 ust. 1,

2) unieważnić postępowanie na podstawie przesłanek unieważnienia postępowania innych niż przesłanki, o których mowa w art. 255–258

– pod warunkiem określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu, w SWZ albo OPW, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. O unieważnieniu postępowania z przyczyn, o których mowa w ust. 1 pkt 2, zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy:

1) ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,

2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

3. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, na ich wniosek, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

1. Przesłanki odrzucenia oferty. Przepis art. 481 ust. 1 pkt 1 Pzp upoważnia zamawiającego, który udziela zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do ustanowienia innych niż przewidziane w art. 226 ust. 1 Pzp przesłanek odrzucenia oferty. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek wskazać te dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty w ogłoszeniu o zamówieniu, w SWZ albo w OPW. Zamawiający musi tego dokonać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przy jednoczesnym zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Unieważnienie postępowania. Przesłanki unieważnienia postępowania zostały określone w przepisach art. 255–258 Pzp, które znajdują

zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 418 ust. 1 pkt 2 Pzp dodatkowo upoważnia zamawiającego, który udziela zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do ustanowienia innych niż przewidziane w przepisach art. 255–258 Pzp przesłanek unieważnienia postępowania. Również w takim przypadku zamawiający ma obowiązek wskazać te dodatkowe przesłanki unieważnienia postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu, w SWZ albo w OPW. Zamawiający ma obowiązek dokonać tego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przy jednoczesnym zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty. Informację o odrzuceniu oferty zamawiający, w myśl art. 253 ust. 1 Pzp, ma obowiązek przekazać równocześnie wykonawcom, którzy złożyli oferty, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

4. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek przekazać informację o unieważnieniu postępowania równocześnie wykonawcom, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Przepis art. 418 ust. 2 Pzp doprecyzowuje, że na zamawiającym udzielającym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa spoczywa obowiązek przekazania równocześnie wykonawcom informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie którejkolwiek z dodatkowych przesłanek unieważnienia postępowania ustanowionych zgodnie z art. 418 ust. 1 pkt 2 Pzp, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. W sytuacji gdy do unieważnienia postępowania doszło przed upływem terminu składania ofert, zamawiający

ma obowiązek przekazania tej informacji wszystkim wykonawcom, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia. Natomiast w sytuacji gdy do unieważnienia postępowania doszło po upływie terminu składania ofert, zamawiający ma taki obowiązek informacyjny wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

5. Zawiadomienie o wszczęciu kolejnego postępowania.

W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa art. 418 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Taki obowiązek informacyjny zamawiający ma wobec wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu i złożyli odpowiedni wniosek.

Powyższa regulacja stanowi odstępstwo od zasady ogólnej wyrażonej w art. 262 Pzp, która znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych i sektorowych i zgodnie z którą w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia, wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu.

Art. 419.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

1) w zakresie udzielania informacji, stosuje się przepisy art. 18 ust. 1, art. 147, art. 253 i art. 260, z tym że zamawiający może

odmówić udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi;

2) podmioty uczestniczące w nim mogą zapoznać się z dokumentami niejawnymi.

1. Bezpieczeństwo informacji. Przepis art. 419 Pzp wpisuje się w problematykę bezpieczeństwa informacji, którego znaczenie w kontekście zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest szczególnie istotne[59].

2. Odmowa udzielenia informacji. Co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest jawne (zob. komentarz do art. 18 ust. 1 Pzp). Co więcej na zamawiającym spoczywa obowiązek niezwłocznego zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnych (art. 147 Pzp). Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający ma obowiązek poinformowania równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności

[59] Zob. *Guidance Note – Security of Information* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *op. cit.*, str. 157 i nast.

wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, chyba że ujawnienie tych informacji byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym (art. 253 Pzp). Wreszcie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający ma obowiązek zawiadomić równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (zob. art. 260 Pzp).

Niemniej jednak w przypadku udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa art. 419 pkt 1 Pzp zwalnia zamawiającego z obowiązku udzielenia którejkolwiek z tych informacji w następujących czterech przypadkach:

1) ujawnienie tych informacji mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub
2) ujawnienie tych informacji byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub
3) ujawnienie tych informacji mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub
4) ujawnienie tych informacji mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Przepis art. 419 Pzp przede wszystkim dokonuje uszczegółowienia zasad dotyczących ochrony interesu publicznego. W tym kontekście w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa szczególnie podkreślona została z oczywistych względów ochrona interesów związanych z obronnością lub bezpieczeństwem. Powyższa regulacja stanowi jednocześnie uszczegółowienie zasad dotyczących szeroko rozumianej **tajemnicy przedsiębiorstwa**. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może jedynie zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp, tj. nazw albo imion i nazwisk oraz siedzib lub miejsc prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsc zamieszkania wykonawców oraz cen lub kosztów zawartych w ofertach. W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 419 pkt 1 Pzp zwalnia zamawiającego z obowiązku ujawnienia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że przepis art. 265 ust. 2 Pzp, który znajduje zastosowanie zarówno do zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, jak i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, umożliwia zamawiającemu oznaczenie niektórych informacji jako nieprzeznaczonych do publikacji w **ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia** w następujących przypadkach:

1) ujawnienie tych informacji mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub
2) ujawnienie tych informacji w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym,

3) ujawnienie tych informacji mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub
4) ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Przepis art. 419 pkt 1 Pzp, który znajduje zastosowanie jedynie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustanawia analogiczne wyjątki od zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp oraz następujących obowiązków informacyjnych zamawiającego:

1) obowiązek niezwłocznego zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z uzasadnieniem, wynikający z art. 147 Pzp,
2) obowiązek poinformowania równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, chyba że ujawnienie tych informacji byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym, wynikający z art. 253 Pzp i
3) obowiązek zawiadomienia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji,

o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, wynikający z art. 260 Pzp.

3. Udostępnienie informacji niejawnych. Zgodnie z art. 419 pkt 2 Pzp podmioty uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą zapoznać się z dokumentami niejawnymi. Należy przyjąć, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu będą mogli uzyskać dostęp do informacji niejawnych po spełnieniu odpowiednich warunków. Tytułem przykładu od wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy będą chcieli uzyskać dostęp do dokumentów niejawnych dotyczących prowadzonego postępowania, zamawiający powinien wymagać posiadania poświadczenia bezpieczeństwa zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający może również wymagać, by zainteresowani wykonawcy zapoznali się z takimi dokumentami niejawnymi w czytelni w kancelarii tajnej zamawiającego.

Art. 420.

1. Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli:

1) możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia lub

2) wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

2. Zamawiający może udzielić zaliczek w przypadku udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

1) wysokość jednorazowej zaliczki nie przekracza 33% wartości wynagrodzenia wykonawcy;

2) zasady udzielania zaliczek zostały określone w zaproszeniu do negocjacji i pozostaną niezmienne w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia.

3. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca, w ramach realizacji zamówienia:

1) rozliczy środki w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek lub

2) wykaże, że zaangażował całość środków w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek.

1. Zaliczki w trybach konkurencyjnych. Pzp w art. 420 ust. 1 uzależnia możliwość udzielenia zaliczek od tego, by taka możliwość była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Zasady udzielania zaliczek powinny zostać określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia i nie powinny być zmieniane w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Zaliczki w trybach niekonkurencyjnych. W przypadku trybów, które nie są wszczynane ogłoszeniem o zamówieniu, czyli w trybach negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, zasady udzielania zaliczek powinny zostać określone w zaproszeniu do negocjacji i powinny pozostać niezmienne w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia. Dodatkowo w przypadku trybów niekonkurencyjnych Pzp nakłada ograniczenie wysokości jednorazowej zaliczki do poziomu 33% wartości wynagrodzenia wykonawcy.

3. Kolejne zaliczki. Pzp art. 420 ust. 3 uzależnia możliwość udzielenia kolejnych zaliczek od rozliczenia przez wykonawcę środków przyznanych w ramach poprzednich zaliczek. Alternatywnie wykonawca może

wykazać, że zaangażował całość środków przyznanych w ramach poprzednio udzielonych zaliczek.

4. Zabezpieczenie zaliczki. Przepis art. 442 ust. 3 Pzp, który znajduje zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki.

Przepis art. 442 ust. 3 Pzp jednocześnie przewiduje następujące formy zabezpieczenia zaliczki:

1) poręczenia bankowe lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
2) gwarancje bankowe,
3) gwarancje ubezpieczeniowe,
4) poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości,
5) weksle z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
6) zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego,
7) zastaw rejestrowy na zasadach określonych w ustawie o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku spośród wymienionych wyżej form zabezpieczenia.

5. Obowiązek żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki. Pzp w art. 442 ust. 4 nakłada na zamawiających, w tym na zamawiających udzielających zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

obowiązek żądania od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w przypadku gdy przewidywana **wartość zaliczek przekracza 20%** wysokości **wynagrodzenia wykonawcy**.

Przepis art. 442 ust. 6 Pzp **wyłącza obowiązek** żądania zabezpieczenia zaliczki przewidziany w art. 442 ust. 4 Pzp w stosunku do zamawiających klasycznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 Pzp, tj. **państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej innych niż jednostki sektora finansów publicznych** w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych oraz **podmiotów prawa publicznego** zdefiniowanych w art. 4 pkt 3 Pzp jako inne niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej inne niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych lub inne podmioty prawa publicznego w rozumieniu tego przepisu, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (zob. komentarz do art. 442 ust. 4 i 6 Pzp).

6. Treść umowy. Niezależnie od tego, czy zamawiający ma ustawowy obowiązek żądania od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki, czy też żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki mimo braku takiego obowiązku, na mocy art. 442 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp, w przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, umowa

w sprawie zamówienia publicznego, w tym umowa w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, musi określać:

1) **formę lub formy** zabezpieczenia zaliczki;,
2) **wysokość** takiego zabezpieczenia, jak również
3) **sposób** jego **wniesienia i zwrotu**. Z kolei zgodnie z dyspozycją przepisu art. 442 ust. 5 zdanie drugie Pzp umowa w sprawie zamówienia, w tym umowa w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może przewidywać
4) **możliwość zmiany formy zabezpieczenia** zaliczki w trakcie jej wykonywania.

Art. 421.

1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub faksu, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego złożono tylko jeden wniosek lub jeżeli złożono jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;

2) umowa w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo na podstawie umowy ramowej.

3. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli jest to uzasadnione interesem publicznym, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub wynika to z programu rozwoju Sił Zbrojnych, o którym mowa w ustawie z dnia 25 maja 2001 r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1453 i 2020).

4. Jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza 4 lata, zamawiający po upływie tego okresu przechowuje protokół wraz z załącznikami do czasu zakończenia obowiązywania umowy, z wyjątkiem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert oraz innych dokumentów dotyczących wykonawców, z którymi nie została zawarta umowa.

5. Zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przekazuje Prezesowi Urzędu informację o wykonaniu tej umowy zawierającą co najmniej:

1) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej zamawiającego;

2) numer ogłoszenia o udzieleniu zamówienia;

3) określenie przedmiotu umowy;

4) wskazanie kwoty wynagrodzenia wykonawcy określonej w umowie i ostatecznej kwoty wynagrodzenia, którą wydatkowano na realizację zamówienia;

5) informację, czy zamówienie zostało zrealizowane należycie, w tym informację, czy zamówienie zostało wykonane w terminie;
6) informację o podwykonawcach;
7) informacje o zmianach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1. Okres zawieszenia typu *standstill*. W myśl art. 253 Pzp niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający ma obowiązek poinformowania równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, chyba że ujawnienie tych informacji byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.
Przepis art. 421 ust. 1 Pzp wprowadza na grunt zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **zakaz zawarcia umowy** w sprawie zamówienia publicznego przez okres **dziesięciu dni** liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli to zawiadomienie zostało przesłane **przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub faksu**, albo **piętnastu dni** liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane **w inny sposób**, zwany okresem zawieszenia typu *standstill*. W odróżnieniu od zasady wyrażonej w art. 264 Pzp, która znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych i sektorowych i zgodnie z którą zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego obowiązuje przez okres dziesięciu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej albo piętnastu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w inny sposób, w tym przy użyciu faksu, w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa krótszy, 10-dniowy okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia stosuje się poza przypadkami przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniej za pomocą elektronicznych środków komunikacji również do przypadków przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniej za pomocą faksu.

Umowa w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawarta z naruszeniem tego zakazu podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli niezachowanie okresu zawieszenia typu *standstill* uniemożliwiło KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

W przypadku wniesienia odwołania okres zawieszenia typu *standstill*, a tym samym zakaz zawarcia umowy, ulega **wydłużeniu do czasu ogłoszenia** przez KIO – organ właściwy do rozpoznawania odwołań – **wyroku lub postanowienia** odwoławcze. W takiej sytuacji zamawiający, w tym zamawiający udzielający zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zgodnie z art. 578 ust. 1 Pzp, może wystąpić do KIO z wnioskiem o **uchylenie zakazu** zawarcia umowy. Na mocy art. 578 ust. 2 Pzp KIO może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zamawiający uprawdopodobni, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Odrębnym zagadnieniem pozostają zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielane w trybie **zamówienia z wolnej ręki**. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie z wolnej ręki zamawiający nie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji nie ma również obowiązku przekazywania zawiadomienia o wyborze oferty. Co za tym idzie, do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki nie znajduje zastosowania okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemniej jednak w przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki istnieje ryzyko unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do unieważnienia umowy mogłoby dojść, gdyby się okazało, że zamawiający **w sposób nieuprawniony** zastosował tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który nie jest wszczynany publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Dlatego też w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający powinien rozważyć przekazanie do publikacji UPUE **ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy** i wstrzymanie się z zawarciem umowy do upływu 10-dniowego okresu zawieszenia liczonego od dnia publikacji takiego ogłoszenia w DUUE serii S (zob. komentarz do art. 415 Pzp).

2. Wyjątki od okresu zawieszenia typu *standstill*. Od zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez okres dziesięciu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków

komunikacji elektronicznej lub faksu albo piętnastu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w inny sposób, zwany okresem zawieszenia typu *standstill*, istnieją **trzy wyjątki**. Po pierwsze, do zawieszenia możliwości zawarcia umowy nie dochodzi, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, a zatem w trybach wszczynanych publikacją ogłoszenia o zamówieniu, złożony został **tylko jeden wniosek lub** została złożona **tylko jedna oferta i upłynął termin do wniesienia odwołania** na czynność odrzucenia wniosku **albo** w następstwie wniesienia odwołania KIO ogłosiła **wyrok lub postanowienie kończące** postępowanie odwoławcze. W odróżnieniu od wyrażonej w art. 262 ust. 2 Pzp zasady, która znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych i sektorowych, przypadek ten nie obejmuje postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym złożono tylko jedną ofertę, ani postępowania prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego, w którym złożony został tylko jeden wniosek lub została złożona tylko jedna oferta i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania KIO ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Wynika to z faktu, że w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający nie ma możliwości skorzystania ani z trybu przetargu nieograniczonego, ani z trybu partnerstwa innowacyjnego.

Przepis ten stanowi przeniesienie na grunt Pzp regulacji zawartych w przepisie art. 58 lit. b) dyrektywy obronnej.

Wyjątek ten obejmuje sytuacje, gdy wykonawca, któremu udzielono zamówienia, jest **jedynym zainteresowanym** wykonawcą i nie ma innych zainteresowanych wykonawców. Zgodnie ze wskazówką zawartą w art. 57 ust. 2 dyrektywy obronnej za zainteresowanych należy uznać zarówno wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni, jak również wykonawców, którzy wprawdzie zostali wykluczeni przez zamawiającego, ale ich wykluczenie nie ma charakteru ostatecznego. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu nie ma charakteru ostatecznego, jeżeli spełniony jest którykolwiek z następujących warunków:

1) wykonawca nie został powiadomiony o wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub
2) nie upłynął jeszcze termin na wniesienie odwołania i wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu podlega odwołaniu lub
3) postępowanie odwoławcze od decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu nie zostało zakończone.

W konsekwencji wykonawca, który został wykluczony z udziału w postępowaniu przez zamawiającego, jest uznawany za zainteresowanego wykonawcę do czasu jego ostatecznego wykluczenia. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeżeli łącznie spełnione są następujące dwa warunki:

1) wykonawca został powiadomiony o wykluczeniu z udziału w postępowaniu i
2) wykluczenie wykonawcy przez zamawiającego zostało uznane za uprawnione w toku postępowania odwoławczego albo upłynął termin na wniesienie odwołania i wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu nie podlega odwołaniu.

Po drugie, podobnie jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego nie ulega zawieszeniu, w sytuacji gdy umowa dotyczy zamówień udzielanych **w trybie negocjacji bez ogłoszenia**.
Przepis ten stanowi przeniesienie na grunt Pzp regulacji zawartych w przepisie art. 58 lit. a) dyrektywy obronnej.
Ten wyjątek dotyczy przypadków, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzone jest trybie, w którym nie jest wymagana uprzednia publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Na gruncie Pzp takim trybem postępowania, poza trybem z wolnej ręki, jest tryb **negocjacji bez ogłoszenia**. W tym miejscu należy jednak przypomnieć, że podobnie jak w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki, zamówienia udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia obarczone są ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do unieważnienia umowy mogłoby dojść, gdyby się okazało, że zamawiający **w sposób nieuprawniony** zastosował tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym nie jest wymagana uprzednia publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Dlatego też w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający powinien rozważyć przekazanie do publikacji UPUE **ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy** i wstrzymanie się z zawarciem umowy do upływu 10-dniowego okresu zawieszenia liczonego od dnia publikacji takiego ogłoszenia w dodatku do DUUE (zob. komentarz do art. 414 Pzp).
Po trzecie, zakaz zawarcia umowy nie obowiązuje w przypadku zamówień udzielanych **na podstawie umowy ramowej**. W odróżnieniu od zamówień klasycznych i sektorowych wyjątek ten nie obejmuje zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów.
W tym miejscu należy bowiem przypomnieć, że w przypadku zamówień

udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający nie ma możliwości ustanowienia i wykorzystywania dynamicznego systemu zakupów.

Przepis ten stanowi przeniesienie na grunt Pzp regulacji zawartych w przepisie art. 58 lit. c) dyrektywy obronnej.

Trzeci wyjątek odnosi się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych na podstawie **umowy ramowej**. W takim przypadku należy jednak pamiętać, że umowa w sprawie zamówienia udzielonego w oparciu o umowę ramową może zostać unieważniona. Do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia może bowiem dojść, na mocy art. 457 ust. 1 pkt 4 Pzp, w szczególności jeżeli zamówienie zostało udzielone z naruszeniem zasad dotyczących ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej, tj. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku umów ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami, w których nie ustalono wszystkich warunków wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych.

Podsumowując, w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **zakaz** zawarcia umowy w sprawie zamówienia przez okres dziesięciu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub faksu, albo piętnastu dni liczonych od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w inny sposób, zwany okresem zawieszenia typu *standstill*, **nie obowiązuje** w następujących trzech przypadkach:

1) wykonawca, któremu udzielono zamówienia, jest jedynym zainteresowanym wykonawcą, który bierze udział w postępowaniu,
2) zamówienie jest udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia,
3) zamówienie jest objęte umową ramową (por. komentarz do art. 264 Pzp).

3. Okres, na jaki zawierana jest umowa. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 434 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna być zawarta na **czas oznaczony**, który nie powinien przekraczać **czterech lat**. W myśl art. 434 ust. 2 Pzp zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na **okres dłuższy niż cztery lata**, po pierwsze, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub, po drugie, jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

Dodatkowo w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepis art. 421 ust. 3 Pzp przewiduje możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na **okres dłuższy niż cztery lata** w przypadku, gdy jest to **uzasadnione interesem publicznym**, jak również w przypadku, gdy wynika to z **programu rozwoju Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej** (SZ RP), o którym mowa w ustawie o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także w sytuacji gdy wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego, przy czym ten ostatni przypadek stanowi częściowe powtórzenie rozwiązania przewidzianego w art. 434 ust. 2 Pzp.

Podsumowując, umowa w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może być zawarta na okres dłuższy niż cztery lata w następujących przypadkach:

1) **interes publiczny** uzasadnia zawarcie umowy na okres dłuższy niż cztery lata,

2) zawarcie umowy na okres dłuższy niż cztery lata wynika z **programu rozwoju SZ RP**,
3) wykonanie zamówienia w okresie dłuższym niż czteroletni spowoduje **oszczędności kosztów realizacji** zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego,
4) **zdolności płatnicze** zamawiającego lub zakres planowanych nakładów oraz okres niezbędny do ich spłaty uzasadniają zawarcie umowy na okres dłuższy niż cztery lata.

4. Przechowywanie protokołu z postępowania. Do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu I rozdziału 8 Pzp dotyczącego dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na mocy art. 71 Pzp na zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia protokołu postępowania. W myśl art. 73 ust. 1 Pzp złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, jak również opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, inne wnioski, dowód przekazania ogłoszenia UPUE, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią **załączniki do protokołu** postępowania. Zgodnie z art. 78 ust. 1 Pzp zamawiający jest obowiązany przechowywać protokół postępowania wraz z załącznikami, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność, przez **okres czterech lat** od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei na podstawie art. 78 ust. 4 Pzp, w sytuacji gdy okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza cztery lata, zamawiający ma obowiązek przechowywać protokół postępowania wraz z załącznikami

przez **cały okres obowiązywania umowy** w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 421 ust. 4 Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego **przekracza cztery lata**, zamawiający po upływie tego okresu ma obowiązek przechowywać protokół wraz z załącznikami do czasu zakończenia obowiązywania umowy, z tym że obowiązek ten **nie obejmuje** przechowywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert oraz innych dokumentów dotyczących wykonawców, z którymi nie została zawarta umowa. Tym samym na użytek zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustanowiona została szczególna norma dotycząca obowiązku przechowywania protokołu postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która wyłącza ten obowiązek w stosunku do części załączników do protokołu postępowania, tj. wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert złożonych przez wykonawców, z którymi nie została zawarta umowa, oraz innych dokumentów dotyczących tych wykonawców. Pozostałe załączniki do protokołu postępowania muszą być przechowywane **przez cały okres obowiązywania umowy** w sprawie zamówienia również w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

5. Informacja o wykonaniu umowy. Zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa objęci zostali obowiązkiem przekazywania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji o wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Każdorazowo **w terminie trzydziestu dni od wykonania** umowy zamawiający ma obowiązek przekazać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych

informację, która poza nazwą i adresem zamawiającego, numerem telefonu, adresem poczty elektronicznej i adresem strony internetowej zamawiającego musi zawierać co najmniej:

1) numer ogłoszenia o udzieleniu zamówienia,
2) określenie przedmiotu umowy,
3) wskazanie kwoty wynagrodzenia wykonawcy określonej w umowie i
4) wskazanie ostatecznej kwoty wynagrodzenia, którą wydatkowano na realizację zamówienia,
5) informację, czy zamówienie zostało zrealizowane należycie, w tym informację, czy zamówienie zostało wykonane w terminie,
6) informację o podwykonawcach, jak również
7) informacje o ewentualnych zmianach umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

6. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Przepis art. 265 ust. 1 Pzp, który znajduje zastosowanie również do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania do publikacji UPUE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zawierającego **informację o wynikach postępowania** o udzielenie zamówienia.

Termin na realizację tego obowiązku wynosi **trzydzieści dni** od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publikowane jest na **formularzu standardowym nr 18**, którego wzór został ustalony w załączniku XV rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

Na mocy art. 265 ust. 2 Pzp w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zamawiający może oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone

do publikacji w jednym z następujących trzech przypadków. Po pierwsze, zamawiający może oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby **utrudnić egzekwowanie prawa** lub w inny sposób byłoby **sprzeczne z interesem publicznym**. Po drugie, zamawiający może oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli publikacja tych informacji mogłaby zaszkodzić **uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy**. Wreszcie po trzecie, zamawiający może oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści ogłoszenia mogłoby **negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję** pomiędzy wykonawcami.

Rozdział 4
Umowa ramowa

Art. 422.

1. Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

2. Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 7 lat.

3. Umowę ramową można zawrzeć na okres dłuższy niż 7 lat, jeżeli jest to konieczne ze względu na wystąpienie nadzwyczajnych okoliczności, przy uwzględnianiu oczekiwanego okresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana wykonawcy.

4. W przypadku zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 7 lat zamawiający podaje w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia uzasadnienie nadzwyczajnych okoliczności, o których mowa w ust. 3.

5. W przypadku gdy umowa ramowa zawierana jest z kilkoma wykonawcami, ich liczba nie może być mniejsza niż 3, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców.

1. Umowa ramowa. Zgodnie z art. 7 pkt 26 Pzp umowa ramowa oznacza umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i – jeżeli zachodzi taka potrzeba – przewidywanych ilości. Na mocy art. 422 ust. 1 Pzp w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawarcie umowy ramowej powinno być poprzedzone postępowaniem przeprowadzonym w którymkolwiek z trybów przewidzianych ustawą dla tych zamówień, tj. zarówno **w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego**, jak i **w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki**.

2. Okres, na jaki zawierana jest umowa ramowa. W odróżnieniu od zamówień klasycznych, w przypadku których okres, na jaki zawierana jest umowa ramowa, nie może przekroczyć czterech lat, i inaczej niż w przypadku zamówień sektorowych, gdzie umowa ramowa może być zawierana na okres ośmiu lat, w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa okres, na jaki zawierana jest umowa ramowa, nie może przekroczyć **siedmiu lat**.

W drodze wyjątku umowa ramowa w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może być zawarta na okres dłuższy niż siedem lat, jeżeli jest to konieczne ze względu na wystąpienie nadzwyczajnych okoliczności.

Nadzwyczajne okoliczności, o których mowa, powinny uwzględniać **oczekiwany okres funkcjonowania** dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także **trudności techniczne**, jakie mogłaby spowodować zmiana wykonawcy.

W sytuacji gdy zamawiający korzysta z możliwości zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż siedem lat, ma obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia uzasadnienia obejmującego wskazanie nadzwyczajnych okoliczności skutkujących koniecznością zawarcia umowy ramowej na dłuższy okres.

3. Minimalna liczba wykonawców. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 26 Pzp umowa ramowa może być zawarta z jednym albo z kilkoma wykonawcami. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w sytuacji gdy umowa ramowa zawierana jest z kilkoma wykonawcami, inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, minimalna liczba wykonawców, z jakimi zawierana jest umowa ramowa, to **trzech** wykonawców. Pzp nie przewiduje podobnych ograniczeń ani dla zamówień klasycznych, ani dla zamówień sektorowych.

4. Zasady ogólne. Zgodnie z zasadami ogólnymi wyrażonymi w art. 312 Pzp, które znajdują zastosowanie również do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, udzielenie zamówienia objętego umową ramową może nastąpić wyłącznie między zamawiającymi wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym postępowanie mające na celu zawarcie umowy ramowej a wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej. Udzielając zamówienia w oparciu o umowę ramową, zamawiający nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia określonych w tej umowie ramowej.

5. Udzielanie zamówień w oparciu o umowy ramowe zawarte z jednym wykonawcą. Umowy ramowe zawarte z jednym wykonawcą można podzielić na umowy ramowe, w których ustalono wszystkie warunki wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych, oraz umowy ramowe, w których nie ustalono wszystkich warunków wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych.

W myśl art. 313 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy umowa ramowa zawarta z jednym wykonawcą **zawiera wszystkie warunki** wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nią objętych, zamawiający udziela zamówienia **na warunkach** zamówienia **określonych** w tej umowie ramowej, bez konieczności przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast na mocy art. 313 ust. 2 Pzp, w sytuacji gdy umowa ramowa zawarta z jednym wykonawcą **nie zawiera wszystkich warunków** wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nią objętych, zamawiający może pisemnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty.

6. Udzielanie zamówień w oparciu o umowy ramowe zawarte z wieloma wykonawcami. Również umowy ramowe zawarte z wieloma wykonawcami, podobnie jak umowy ramowe zawarte z jednym wykonawcą, co do zasady można podzielić na umowy ramowe, w których ustalono wszystkie warunki wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych, oraz umowy ramowe, w których nie ustalono wszystkich warunków wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych. Na mocy art. 314 ust. 1 pkt 1 Pzp w sytuacji gdy umowa ramowa zawarta z wieloma wykonawcami **zawiera wszystkie warunki** wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nią objętych oraz **warunki wyboru wykonawców**, którzy wykonają zamówienie, zamawiający udziela zamówienia **na warunkach** zamówienia **określonych** w tej umowie

ramowej, bez konieczności przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia.

W myśl art. 314 ust. 1 pkt 3 Pzp, w sytuacji gdy umowa ramowa zawarta z wieloma wykonawcą **nie zawiera wszystkich warunków** wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nią objętych, zamówienia udziela się **po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej**, tj. po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo można wyróżnić umowy ramowe zawarte z wieloma wykonawcami, w których wprawdzie zostały określone wszystkie warunki wykonania dostaw, usług i robót budowlanych nimi objętych, lecz zamawiający przewidział **możliwość ponownego otwarcia** umowy ramowej **na konkurencję**. W takim przypadku, zgodnie z treścią art. 314 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający w dokumentach zamówienia w toku postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej powinien, po pierwsze, określić kryteria podjęcia decyzji, które spośród zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane objętych umową ramową zostaną udzielone **po przeprowadzeniu postępowania** o udzielenie zamówienia, a które **bez przeprowadzania** takiego postępowania, oraz, po drugie, określić warunki zamówienia, które mogą być przedmiotem nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Procedura ponownego otwarcia umowy ramowej na konkurencję została opisana w przepisach art. 314 ust. 3 i 4 oraz art. 315 Pzp (zob. komentarz do tych przepisów).

Zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 314 ust. 5 Pzp do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w ramach ponownego otwarcia umowy ramowej na konkurencję stosuje się przepisy art. 255–261 Pzp.

7. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia objętego umową ramową. Niezależnie od powyższego przyjąć należy, że do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia objętego umową ramową, w tym także w przypadku gdy umowa ramowa została zawarta z jednym wykonawcą, stosuje się przepisy art. 255–261 Pzp.

8. Zakaz ograniczania konkurencji. Należy pamiętać, że przepis art. 311 ust. 4 Pzp, który znajduje zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zakazuje zamawiającym wykorzystywania umów ramowych do ograniczania konkurencji.

Rozdział 5
Wymagania w zakresie podwykonawstwa

Art. 423.

1. Wykonawca zobowiązany do zawarcia umowy o podwykonawstwo, zgodnie z art. 409 ust. 1 pkt 4, wszczyna postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na podwykonawstwo. Wykonawca stosuje odpowiednio przepisy o ogłoszeniu o zamówieniu.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo wykonawca wskazuje podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji przewidziane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także wszelkie inne kryteria, które wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców. Wszystkie kryteria, które wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców, muszą mieć charakter obiektywny, niedyskryminujący i spójny z podstawami wykluczenia i warunkami udziału w postępowaniu stosowanymi przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymagane warunki udziału

w postępowaniu lub kryteria selekcji muszą być bezpośrednio związane z przedmiotem umowy o podwykonawstwo i muszą być współmierne do przedmiotu umowy o podwykonawstwo.

3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się w przypadku spełnienia co najmniej jednej z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 414 i art. 415.

1. Procedura wyboru podwykonawców. Opisane w art. 423 i nast. Pzp konkurencyjne postępowanie mające na celu wyłonienie podwykonawców znajduje zastosowanie zawsze, w przypadku gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia określenia obowiązkowego poziomu podwykonawstwa, rozumianego jako odsetek wartości umowy, którego wykonanie wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom, na podstawie art. 409 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Dodatkowo przepis art. 409 ust. 1 pkt 3 Pzp upoważnia zamawiającego do zobowiązania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do wyłonienia podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu opisanym w przepisach art. 423 i nast. Pzp.

2. Ogłoszenie o zamówieniu na podwykonawstwo. Przepis art. 423 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp nakłada na wykonawcę, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i który został objęty obowiązkiem przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania mającego na celu wyłonienie podwykonawców, obowiązek przekazania UPUE ogłoszenia **o zamówieniu na podwykonawstwo**. Obowiązek ten dotyczy umów o podwykonawstwo, których wartość osiąga wartość progów unijnych, tj. wyrażoną w złotych równowartość **428 000 euro dla**

dostaw i usług oraz wyrażoną w złotych równowartość **5 350 000 euro dla robót budowlanych** (por. komentarz do art. 428 ust. 2 i 3 Pzp).
Ogłoszenie o zamówieniu na podwykonawstwo jest publikowane na **standardowym formularzu nr 19**, którego wzór został ustalony w załączniku XVI do rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń.
Zgodnie z rozporządzeniem Komisji UE w sprawie ogłoszeń nazwa ogłoszenia, którego wzór został określony w załączniku XVI, to „ogłoszenie o podwykonawstwie".
Zgodnie z ust. 3 załącznika VI do dyrektywy obronnej ustanowione przez Komisję Europejską procedury i format elektronicznego przesyłania ogłoszeń są dostępne pod adresem internetowym: http://simap.europa.eu.
W myśl art. 423 ust. 1 zdanie drugie Pzp do ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo wykonawca stosuje odpowiednio przepisy o ogłoszeniu o zamówieniu, w tym przepisy dotyczące sprostowania i zmiany ogłoszenia o zamówieniu (zob. komentarz do art. 90 Pzp).
3. Kryteria wyboru podwykonawców. W myśl art. 423 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp na wykonawcy, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i który został objęty obowiązkiem przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania w celu wyłonienia podwykonawców, spoczywa obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo:

1) podstaw wykluczenia i warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przewidzianych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także
2) wszelkich innych kryteriów, które wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców.

Mocą art. 423 ust. 2 zdanie drugie i trzecie Pzp wszystkie **kryteria**, które wykonawca, któremu udzielono zamówienia, zamierza zastosować do wyboru podwykonawców, muszą łącznie spełniać następujące warunki:

1) mieć **obiektywny i niedyskryminujący** charakter;
2) być **spójne z podstawami wykluczenia i warunkami udziału w postępowaniu stosowanymi przez zamawiającego** w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3) być **bezpośrednio związane z przedmiotem** umowy o podwykonawstwo
   i
4) być **współmierne** (proporcjonalne) do przedmiotu umowy o podwykonawstwo.

4. Wyjątki od obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia i który został objęty obowiązkiem przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania w celu wyłonienia podwykonawców, zostaje zwolniony z obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo w przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności umożliwiających udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (zob. komentarz do art. 414 Pzp) lub uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (zob. komentarz do art. 415 Pzp).

Art. 424.

Jeżeli wykonawca zobowiązany do zawarcia umowy o podwykonawstwo, zgodnie z art. 409 ust. 1 pkt 4, jest zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym, do wyboru podwykonawców stosuje przepisy ustawy właściwe dla udzielania zamówień.

1. Jeżeli wykonawcą zobowiązanym do zawarcia umowy o podwykonawstwo jest **zamawiający klasyczny** lub **zamawiający sektorowy**, do zawarcia umowy o podwykonawstwo stosuje się przepisy Pzp regulujące udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Przepis art. 424 Pzp przenosi na grunt prawa krajowego normę zawartą z art. 54 dyrektywy obronnej, zgodnie z którą w przypadku gdy wykonawca, któremu udzielono zamówienia, jest instytucją zamawiającą, tj. zamawiającym klasycznym, lub podmiotem zamawiającym, tj. zamawiającym sektorowym, taki wykonawca przy zawieraniu umów o podwykonawstwo ma obowiązek przestrzegać postanowień dotyczących głównego zamówienia określonych w tytule I (*Definicje, zakres stosowania i zasady ogólne*) i w tytule II (*Przepisy dotyczące zamówień*) dyrektywy obronnej. Przepis art. 424 Pzp stanowi jednocześnie potwierdzenie normy wyrażonej w art. 2 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którą przepisy ustawy stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, rozumianych jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, dostawy, usługi lub roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, usługi do celów wojskowych, roboty budowlane do celów wojskowych lub dostawy sprzętu newralgicznego, dostawy, usługi lub roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem newralgicznym, usługi newralgiczne do celów bezpieczeństwa lub newralgiczne roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, których wartość jest **równa lub przekracza** progi unijne, udzielanych przez zamawiających publicznych oraz przez zamawiających sektorowych.

W takim przypadku uproszczona procedura konkurencyjna, mająca na celu wybór podwykonawców, uregulowana w przepisach działu VII

rozdziału 5 Pzp, nie znajdzie zastosowania. Oznacza to w szczególności, że postępowanie, mające na celu wyłonienie podwykonawców, nie będzie wszczynane ogłoszeniem o zamówieniu na podwykonawstwo publikowanym na standardowym formularzu nr 19 określonym w załączniku XVI rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń, lecz będzie wszczynane ogłoszeniem o zamówieniu publikowanym na standardowym formularzu nr 17 określonym w załączniku XIV rozporządzenia Komisji UE Komisji UE w sprawie ogłoszeń.

Art. 425.

Wykonawca może spełnić wymagania zamawiającego dotyczące wyboru podwykonawcy także przez zawarcie umowy ramowej w sprawie powierzenia podwykonawstwa. Przepisy art. 423 i art. 424 stosuje się.

1. Umowa ramowa w sprawie powierzenia podwykonawstwa. Na mocy art. 425 zdanie pierwsze Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia i który został objęty wymaganiami dotyczącymi obowiązkowego poziomu podwykonawstwa i obowiązku przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania w celu wyłonienia podwykonawców, może spełnić wymagania zamawiającego w tym zakresie poprzez zawarcie umowy ramowej.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że wzór ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo, którego standardowy formularz został ustanowiony w załączniku XVI do rozporządzenia Komisji UE w sprawie ogłoszeń (formularz standardowy 19), zawiera rubrykę II.1.5 umożliwiającą wykonawcy, prowadzącemu postępowanie mające na celu wyłonienie podwykonawców, wskazanie, że umowa o podwykonawstwo zostanie zawarta jako **umowa ramowa** w sprawie powierzenia podwykonawstwa.

2. Odesłanie. Przepis art. 425 zdanie drugie Pzp odsyła do regulujących procedurę wyboru podwykonawców w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisów art. 423 i art. 424 Pzp (zob. komentarz do art. 423 i 424 Pzp).

Art. 426.

1. Wykonawca, w ofercie, może zaproponować realizację w ramach podwykonawstwa części wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, która wykracza poza przedział, o którym mowa w art. 409 ust. 1 pkt 4.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca wskazuje w ofercie, na żądanie zamawiającego, części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podaje nazwy podwykonawców, jeżeli zostali wybrani.

1. Podwykonawstwo wykraczające poza obowiązkowy poziom ustalony przez zamawiającego. Na mocy art. 426 ust. 1 Pzp wykonawca może w ofercie zaproponować podwykonawstwo wykraczające poza ustalony przez zamawiającego obowiązkowy poziom podwykonawstwa. Na podstawie art. 409 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiającemu udzielającemu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przysługuje uprawnienie do ustalenia **obowiązkowego poziomu podwykonawstwa** poprzez wskazanie przedziału wartości obejmującego minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo (zob. komentarz do art. 409 Pzp). W tym miejscu należy wyjaśnić, że wspomniane uprawnienie zamawiającego w żaden sposób nie ogranicza uprawnienia wykonawcy do powierzenia wykonania pozostałej części zamówienia podwykonawcom. Jedyne ograniczenia w zakresie możliwości

korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa mogą wynikać z zobowiązania wykonawcy do osobistego wykonania kluczowych zadań w ramach zamówień na roboty budowlane i usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy w oparciu o przepisy art. 122 Pzp (zob. komentarz do art. 122 Pzp). Wykonawcy pozostawiona zostaje zatem swoboda decyzji o zleceniu podwykonawcom wykonania zamówienia powyżej obowiązkowego poziomu podwykonawstwa ustalonego przez zamawiającego, z zastrzeżeniem ewentualnego obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań zgodnie z art. 122 Pzp. W tym zakresie wykonawcy będzie również przysługiwała swoboda wyboru podwykonawców, o ile zamawiający nie skorzysta z uprawnienia do zobowiązania wykonawcy do zawarcia tych umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi w konkurencyjnym postępowaniu.

2. Wskazanie części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców.

W sytuacji gdy wykonawca zaproponuje w ofercie realizację w ramach podwykonawstwa części wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, która wykracza **ponad** określony przez zamawiającego **obowiązkowy poziom** podwykonawstwa, zgodnie z art. 426 ust. 2 Pzp wykonawca ma obowiązek jednoczesnego wskazania w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli zostali wybrani.

Należy jednak podkreślić, że powstanie powyższego obowiązku uzależnione jest od żądania zamawiającego. W konsekwencji wydaje się uzasadnione, by zamawiający zastrzegł **w ogłoszeniu o zamówieniu** lub **w zaproszeniu do negocjacji** obowiązek wskazania przez wykonawcę

w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia umożliwi zamawiającemu uruchomienie mechanizmu weryfikacji podwykonawców przewidzianego w art. 427 Pzp (zob. komentarz do art. 427 Pzp).

Art. 427.

1. Zamawiający, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę w przypadku zaistnienia podstaw wykluczenia lub niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia.

2. Zamawiający zawiadamia wykonawcę o powodach odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, wskazując warunki udziału w postępowaniu, których proponowany podwykonawca nie spełnia, lub podstawy wykluczenia, które zachodzą wobec podwykonawcy.

3. Zamawiający, w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku utraty przez podwykonawcę wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa zobowiązuje wykonawcę, w wyznaczonym terminie, do zmiany podwykonawcy lub realizacji tej części zamówienia samodzielnie.

4. Jeżeli wykluczenie lub zmiana podwykonawcy, dotyczy podmiotu, na którego zasoby powoływał się wykonawca, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego wykazał,

że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą. Zgodnie z art. 427 Pzp w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może **odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą** zaproponowanym przez wykonawcę **w przypadku zaistnienia podstaw wykluczenia lub niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu** przewidzianych dla wykonawcy zamówienia. Tym samym art. 427 Pzp w sposób dorozumiany uzależnia zawarcie umowy z podwykonawcą od zgody zamawiającego. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zgoda zamawiającego jest wymagana **niezależnie od rodzaju zamówienia**, inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, gdzie zgodnie z art. 464 ust. 1 Pzp wykonawca zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo ma obowiązek przedłożyć zamawiającemu projekt takiej umowy jedynie w przypadku zamówień na roboty budowlane (zob. komentarz do art. 464 Pzp). Jednocześnie należy zauważyć, że przepis art. 464 Pzp znajduje zastosowanie również do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.
Możliwość odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą jest uzależniona od spełnienia któregokolwiek z następujących warunków:

1) zaistnienia wobec podwykonawcy podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

lub

2) niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W obu przypadkach mowa jest o podstawach wykluczenia i warunkach udziału w postępowaniu, które znajdują zastosowanie do kwalifikacji podmiotowej wykonawców zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

2. Uzasadnienie odmowy wyrażenia zgody. Przepis art. 427 ust. 2 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poinformowania wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, o odmowie wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo oraz podania uzasadnienia zawierającego obligatoryjne treści. W uzasadnieniu odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo zamawiający powinien w szczególności wskazać, w zależności od konkretnego przypadku, podstawę lub podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które zachodzą wobec tego podwykonawcy, lub warunek lub warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, których ten podwykonawca nie spełnia.

3. Utrata wiarygodności przez podwykonawcę. Niezależnie od omówionej powyżej weryfikacji podmiotowej podwykonawców, w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, zmiany podwykonawcy lub zastąpienia podwykonawcy przez wykonawcę samodzielnie na mocy art. 427 ust. 3 Pzp. Zamawiający może żądać od wykonawcy zmiany podwykonawcy lub zastąpienia podwykonawcy przez wykonawcę

i wykonania tej części zamówienia samodzielnie w przypadku utraty przez podwykonawcę wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

Warto w tym miejscu zauważyć, że to uprawnienie zamawiającego realizuje się nie tylko w przypadku wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Uprawnienie żądania od wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, zmiany podwykonawcy lub zastąpienia podwykonawcy przez wykonawcę samodzielnie przysługuje zamawiającemu już w przypadku podania w wątpliwość wiarygodności podwykonawcy, która jest **niezbędna do wykluczenia zagrożenia** bezpieczeństwa państwa.

4. Podwykonawca, na którego zdolnościach wykonawca polega.

Przepis art. 427 ust. 4 Pzp reguluje sytuację, gdy utrata wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa dotyczy podwykonawcy, na którego zdolnościach wykonawca polegał na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Pzp wymaga, by zamawiający zwrócił się do wykonawcy z żądaniem wykazania, że proponowany **nowy podwykonawca** spełnia warunki udziału w postępowaniu w co najmniej takim samym stopniu co podwykonawca, który utracił wiarygodność niezbędną do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Alternatywnie wykonawca może wykazać, że **wykonawca samodzielnie** spełnia warunki udziału w postępowaniu w co najmniej takim samym stopniu jak podwykonawca, który utracił niezbędną wiarygodność.

Art. 428.

1. Przy ustalaniu wartości zamówienia na podwykonawstwo art. 28–36 stosuje się odpowiednio.

2. Przepisów art. 423 i art. 424 nie stosuje się do powierzenia wykonania części zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielonego wykonawcy, jeżeli wartość umowy o podwykonawstwo jest mniejsza niż progi unijne.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca, zawierając umowę o podwykonawstwo, stosuje zasady określone w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności dotyczące równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

1. Wartość umowy o podwykonawstwo. W myśl art. 428 ust. 1 Pzp wartość umowy o podwykonawstwo ustala się w oparciu o przepisy art. 28–36 Pzp regulujące szacowanie wartości zamówienia i konkursu (zob. komentarz do art. 28–36 Pzp).

2. Umowy o wartości poniżej progu. Na mocy art. 428 ust. 2 Pzp przepisów art. 423 Pzp, który przewiduje obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo oraz warunki, jakie muszą spełniać kryteria wyboru podwykonawców, nie stosuje się do umów o podwykonawstwo poniżej progów unijnych. Oznacza to, że obowiązki te nie dotyczą umów o podwykonawstwo, których wartość nie osiąga wartości progów unijnych, tj. wyrażonej w złotych równowartości **428 000 euro w przypadku dostaw i usług** oraz wyrażonej w złotych równowartości **5 350 000 euro w przypadku robót budowlanych**.
To samo wyłączenie odnosi się do przepisów art. 424 Pzp. Jeżeli nawet wykonawcą zobowiązanym do zawarcia umowy o podwykonawstwo jest **zamawiający klasyczny** lub **zamawiający sektorowy**, do zawarcia umowy o podwykonawstwo nie stosuje się przepisów właściwych dla udzielania zamówień.

3. Zasady traktatowe. Zgodnie z art. 428 ust. 3 Pzp w przypadku umów o podwykonawstwo, których wartość nie osiąga wartości progów unijnych, tj. wyrażonej w złotych równowartości 428 000 euro dla dostaw i usług oraz wyrażonej w złotych równowartości 5 350 000 euro dla robót budowlanych, zastosowanie znajdują zasady określone w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Przepis art. 428 ust. 3 Pzp jako przykłady zasad traktatowych, które znajdują zastosowanie do umów o podwykonawstwo o wartości nieosiągającej progów unijnych, podaje w szczególności:

1) zasadę równego traktowania,
2) zasadę uczciwej konkurencji,
3) zasadę przejrzystości.

Powyższy katalog należałoby uzupełnić o następujące zasady:

1) swobodę przepływu towarów,
2) swobodę przedsiębiorczości,
3) swobodę świadczenia usług,

jak również

4) zasadę niedyskryminacji,
5) zasadę wzajemnego uznawania,
6) zasadę proporcjonalności.

Wytycznych dotyczących stosowania zasad traktatowych do zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte unijnymi dyrektywami w dziedzinie zamówień, dostarczyła Komisja Europejska w Komunikacie

wyjaśniającym z 2006 r.[60] oraz Trybunał Sprawiedliwości, w szczególności w wyroku w sprawie T-258/06 *Niemcy przeciwko Komisji*[61].

W świetle tych wytycznych stosowanie przywołanych wyżej zasad unijnego prawa pierwotnego do zawierania umów o podwykonawstwo o wartości nieprzekraczającej progów stosowania dyrektywy obronnej w zakresie, w jakim te umowy stanowią przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, oznacza przede wszystkim **obowiązek odpowiednego upublicznienia informacji** o planowanym zawarciu umowy o podwykonawstwo przy zachowaniu wyjątków od obowiązku uprzedniej publikacji ogłoszenia. Do takich wyjątków można w szczególności zaliczyć pilną potrzebę udzielenia zamówienia, przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze czy przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, skutkujące koniecznością zawarcia umowy o podwykonawstwo z konkretnym podmiotem. Odpowiednie środki upublicznienia informacji o planowanym zawarciu umowy o podwykonawstwo mogą, tytułem przykładu, obejmować publikację ogłoszenia za pośrednictwem Internetu, krajowych dzienników urzędowych, krajowych dzienników specjalizujących się w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, gazet o zasięgu krajowym lub regionalnym, branżowych publikacji specjalistycznych, lokalnych środków publikacji, takich jak gazety lokalne, biuletyny informacji miejskiej czy tablice ogłoszeń, a nawet DUUE. Treść takiego ogłoszenia może się ograniczać do podania podstawowych informacji o planowanej

---

[60] Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02) (Dz. Urz. UE C 179 z 1.8.2006, str. 2)

[61] Wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2010:214

umowie o podwykonawstwo, wskazania zasad, na jakich przeprowadzona zostanie procedura wyboru podwykonawcy oraz zaproszenia do wyrażenia zainteresowania umową o podwykonawstwo poprzez kontakt z wykonawcą zamówienia. Ponadto z zasad traktatowych wynika **obowiązek przeprowadzenia uczciwej i bezstronnej procedury wyboru podwykonawcy** obejmującej następujące gwarancje proceduralne:

1) niedyskryminujący opis przedmiotu umowy,
2) obowiązek zapewnienia równego dostępu zainteresowanym podmiotom z innych państw członkowskich,
3) wzajemne uznawanie,
4) odpowiednie terminy,
5) przejrzyste i obiektywne podejście,
6) ograniczanie liczby wykonawców w oparciu o obiektywne kryteria,
7) prowadzenie ewentualnych negocjacji w sposób równy i niedyskryminujący,
8) zgodność ostatecznej decyzji o wyborze podwykonawcy z zasadami ustalonymi na początku postępowania[62].

Podkreślić należy, że obowiązek stosowania zasad traktatowych do zawierania umów o podwykonawstwo dotyczy tylko tych umów o podwykonawstwo, które są zawierane przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia, w celu spełnienia ustalonych przez zamawiającego wymagań w zakresie obowiązkowego poziomu podwykonawstwa i obowiązku przeprowadzenia konkurencyjnej procedury wyboru podwykonawców.

[62] Por. Z. Petersen, *Below-threshold Contract Awards under EU Primary Law: Federal Republic of Germany v Commission (T-258/06)*, (21) 19 P.P.L.R., s. NA215; zob. także A. Brown, *EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives*, (2010) 19 P.P.L.R., s. 169 i nast.

Art. 429.

Wykonawca nie udziela zamówienia na podwykonawstwo, jeżeli:

1) żaden z podwykonawców biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub

2) żadna z ofert złożonych przez podwykonawców biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców nie spełnia wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo

– i może to skutkować niespełnieniem przez wykonawcę wymagań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Zwolnienie z obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo w konkurencyjnym postępowaniu. Przepis art. 429 Pzp zwalnia wykonawcę, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i który został objęty obowiązkiem powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu, z obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo z podmiotem wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu w dwóch przypadkach. Po pierwsze, wykonawca zostaje zwolniony z obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo w sytuacji, gdy żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu mającym na celu wyłonienie podwykonawców nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustalonych przez zamawiającego na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Po drugie, wykonawca zostaje zwolniony z obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo w przypadku, gdy żaden z podmiotów biorących

udział w postępowaniu mającym na celu wyłonienie podwykonawców nie złożył oferty spełniającej wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo na potrzeby wyboru podwykonawców. W obu przypadkach może w szczególności chodzić o wymagania szczególne dotyczące **bezpieczeństwa informacji** lub **bezpieczeństwa dostaw**.

2. Niespełnienie wymagań w zakresie obowiązkowego poziomu podwykonawstwa. W obu omówionych powyżej przypadkach wykonawca zostaje zwolniony z obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo w konkurencyjnym postępowaniu, nawet gdyby niezawarcie umów o podwykonawstwo miało skutkować niespełnieniem przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustalonych przez zamawiającego wymagań dotyczących obowiązkowego poziomu podwykonawstwa i obowiązku przeprowadzenia konkurencyjnej procedury wyboru podwykonawców. Przepis art. 429 Pzp przenosi bowiem na grunt prawa krajowego normę wyrażoną w art. 53 akapit drugi dyrektywy obronnej, zgodnie z którą wykonawca, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, **nie musi** powierzać wykonania części umowy w ramach podwykonawstwa, jeżeli udowodni zamawiającemu, że żaden z podwykonawców biorących udział w konkurencyjnym postępowaniu lub żadna z ich ofert nie spełnia kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo, co uniemożliwia wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa określonych w zamówieniu głównym. W przypadku gdy wykonawca, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, został objęty **obowiązkiem powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom** wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu,

regulacja zawarta w art. 429 Pzp oznacza w praktyce, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia, nie musi powierzać wykonania części umowy w ramach podwykonawstwa.

3. Niespełnienie wymagań w zakresie powierzenia podwykonawstwa w konkurencyjnym postępowaniu. Przyjąć należy, że w przypadku gdy wykonawca, któremu udzielono zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, samodzielnie podjął decyzję o powierzeniu wykonania części umowy w ramach podwykonawstwa, ale został objęty **obowiązkiem wyłonienia podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu**, norma wyrażona w art. 429 Pzp oznacza, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia, może wybrać podwykonawców w dowolny sposób, jeżeli udowodni zamawiającemu, że żaden z podwykonawców biorących udział w konkurencyjnym postępowaniu lub żadna z ich ofert nie spełniała kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo. Za taką wykładnią opowiada się również Komisja Europejska w nocie wyjaśniającej z 2010 r. dotyczącej podwykonawstwa w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[63].

Przepis art. 429 Pzp nie oznacza zatem konieczności ponownego przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania mającego na celu wyłonienie podwykonawców. Z przepisu art. 429 Pzp nie wynika również obowiązek samodzielnej realizacji umowy w sprawie zamówienia.

---

[63] Zob. *Guidance Note – Subcontracting* dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15412/attachments/1/translations/, pkt 38; zob. także J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], op. cit., Warszawa 2011 r., s. 178

Art. 430.

1. W przypadku gdy zamawiający określił wymagania w zakresie podwykonawstwa dotyczące stosowania procedury, o której mowa w art. 409 ust. 1 pkt 3, albo nałożył na wykonawców obowiązek, o którym mowa w art. 409 ust. 1 pkt 4, za podwykonawcę nie uznaje się:

1) podmiotu, na który wykonawca może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, podmiotu, który może wywierać dominujący wpływ na wykonawcę, podmiotu, który jako wykonawca podlega dominującemu wpływowi innego podmiotu w wyniku stosunku własności, udziału finansowego lub zasad określających jego działanie, w związku z:

a) posiadaniem ponad połowy udziałów lub akcji podmiotu pozostającego pod dominującym wpływem lub

b) posiadaniem ponad połowy głosów wynikających z udziałów lub akcji tego podmiotu, lub

c) prawem do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego lub nadzorczego tego podmiotu;

2) grupy podmiotów utworzonych w celu uzyskania zamówienia;

3) podmiotu powiązanego z grupą, o której mowa w pkt 2, w sposób określony w pkt 1.

2. Wykonawca podaje w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, i aktualizuje go po zaistnieniu zmian w stosunkach między podmiotami.

1. Definicja podwykonawcy. Przepis art. 430 Pzp wyłącza z zakresu pojęcia podwykonawcy trzy kategorie podmiotów:

1) podmioty powiązane z wykonawcą,

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
3) podmioty powiązane z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 430 Pzp precyzuje, że powyższe trzy kategorie podmiotów nie są uważane za podwykonawców w przypadku, po pierwsze, określenia przez zamawiającego obowiązkowego poziomu podwykonawstwa, tzn. zobowiązania wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, do zawarcia umów o podwykonawstwo w odniesieniu do określonego odsetka wartości zamówienia z podmiotami wyłonionymi w konkurencyjnym postępowaniu wszczynanym ogłoszeniem o zamówieniu na podwykonawstwo, o którym mowa w art. 423 i nast. Pzp, jak również, po drugie, w przypadku zobowiązania wykonawcy przez zamawiającego do zawarcia umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi w konkurencyjnym postępowaniu wszczynanym ogłoszeniem o zamówieniu na podwykonawstwo, bez określania przez zamawiającego obowiązkowego poziomu podwykonawstwa.

Oznacza to, że

- umowy z podmiotami powiązanymi z wykonawcą,
- umowy z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak i
- umowy z podmiotami powiązanymi z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie

nie mogą być uznane za spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie zarówno obowiązkowego poziomu podwykonawstwa, jak i zawarcia umów o podwykonawstwo z podmiotami wyłonionymi po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania, mającego na celu wybór podwykonawców.

Zarazem oznacza to, że umowy zawierane z podmiotami powiązanymi z wykonawcą, umowy zawierane z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia i umowy zawierane z podmiotami powiązanymi z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie nie są objęte obowiązkiem przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania.

2. Wykaz podmiotów. Przepis art. 430 ust. 2 Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia wraz z ofertą wykazu:

1) podmiotów powiązanych z wykonawcą,
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
3) podmiotów powiązanych z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca ma również obowiązek informowania zamawiającego o wszelkich zmianach w tym wykazie.

Powyższe obowiązki wykonawcy mają na celu umożliwienie zamawiającemu **weryfikacji spełniania przez wykonawcę ustalonych przez zamawiającego wymagań** dotyczących podwykonawstwa.

DZIAŁ VII
Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie

Rozdział 1
Przepisy ogólne

Art. 431.

Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy 56w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową", w celu należytej realizacji zamówienia.

1. Cel przepisu. Komentowany przepis formułuje zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, „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". Należy przypomnieć, że przepisy Pzp2004 w ograniczonym zakresie regulowały fazę realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, poza przepisami, które przykładowo odnosiły się do zmian umowy, odstąpienia od umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy podwykonawstwa. Natomiast w praktyce pojawiały się trudności w trakcie wykonywania kontraktów publicznych, które mogły być wynikiem zaniedbań danej strony czy braku współpracy po danej stronie, a niejednokrotnie także

wynikiem sytuacji niemożliwych do przewidzenia. Bez realnej współpracy stron umowy w wielu przypadkach niemożliwe było osiągnięcie celu postępowania, jakim jest zaspokojenie potrzeby zamawiającego poprzez realizację zamówienia publicznego, tj. poprzez nabycie określonych usług, dostaw czy robót budowlanych. W związku z tym zaistniała konieczność uregulowania tej kwestii wprost w Pzp, w wyniku czego strony umowy zostały zobligowane – na mocy ustawy – do współpracy.

2. Cywilnoprawny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną. O cywilnoprawnym charakterze tej umowy świadczy przede wszystkim jej dwustronnie zobowiązujący charakter oraz odesłanie do stosowania przepisów Kc do umów w sprawach zamówień publicznych. Art. 7 pkt 32 Pzp zawiera definicję zamówienia publicznego, zgodnie z którą przez takie zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Z samej definicji zamówienia publicznego można wywieść, że umowa ta ma charakter umowy wzajemnej oraz odpłatnej. Przez umowę wzajemną należy rozumieć umowę, na podstawie której obie strony zobowiązują się do wymiany świadczeń, a świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 Kc). Przez odpłatność umowy należy rozumieć, że zarówno zamawiający, jak i wykonawca uzyskują ustaloną w umowie korzyść majątkową. Po stronie zamawiającego jest to świadczenie dostaw, usług bądź robót budowlanych, natomiast wybrany wykonawca otrzymuje określone wynagrodzenie, co do zasady wyrażone w pieniądzu. Od zasady tej mogą istnieć jednak

wyjątki, gdyż wynagrodzenie wykonawcy może mieć także inną postać, np. rzeczową.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Przepis ten, dotyczący stosowania regulacji Kc do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w ramach umów, stanowi uzupełnienie systemu zamówień publicznych. Dlatego wykładnia przepisu regulującego zasadę współdziałania zamawiającego z wykonawcą powinna być prowadzona w oparciu o wypracowaną interpretację art. 354 Kc, który na gruncie prawa cywilnego określa kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania oraz obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem.

3. Zakres obowiązku współdziałania. Obowiązek wyrażony w art. 431 Pzp dotyczy zarówno zamawiającego, jak i wybranego w określonej procedurze wykonawcy. Powyższe oznacza, że obie strony kontraktu publicznego powinny działać zgodnie w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Współdziałanie to, w szczególności po stronie zamawiającego, może dotyczyć (w zależności od rodzaju umowy)
np. obowiązku przyjęcia świadczenia czy odbioru rzeczy przy dostawach, udzielania wskazówek, wyjaśnień, wydania dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach lub robotach budowlanych[1]. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać także na powstrzymaniu się od działań, które mogłyby utrudnić wykonanie świadczenia w sposób przewidziany w umowie.

[1] Tak: W. Borysiak [w:] K. Osajda [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 24, Legalis, 2020, komentarz do art. 354 Kc, teza 72

Po stronie wykonawcy obowiązek współdziałania może przejawiać się w informowaniu zamawiającego o pojawieniu się wszelkich trudności związanych z realizacją zamówienia publicznego czy też udostępnianiu zamawiającemu dokumentów związanych z wykonywanym świadczeniem. Jednakże konkretne czynności zamawiającego i wykonawcy, które składają się na zasadę współdziałania, wynikać będą z treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z rodzaju umowy oraz z właściwych odrębnych przepisów oraz konkretnego stanu faktycznego. Odnośnie do umowy o roboty budowlane obowiązki wynikające z zasady współdziałania należy ustalić na podstawie treści konkretnej umowy, tj. szczegółowych postanowień umownych regulujących zakres uprawnień i obowiązków stron, a także przepisów Kc odnoszących się do umowy o roboty budowlane (art. 647–658 Kc). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach[2] wskazano, że „W szczególności przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane obowiązki zamawiającego (inwestora) wynikające z przepisów normujących tę umowę obejmują m.in. obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. W szczególności przepis art. 647 Kc wskazując na obowiązki inwestora, odsyła wprost do przepisów prawa budowlanego, określających czynności związane z przygotowaniem robót – w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu – a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Niewątpliwe przy tym jest, że zapłaty wynagrodzenia nie można utożsamiać z obowiązkiem współdziałania przy wykonywaniu umowy, skoro zapłata powinna nastąpić dopiero po odbiorze obiektu budowlanego".

[2] Wyrok SA w Katowicach z 24 września 2013 r., sygn. akt I ACa 549/13, Legalis

W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie"[3]. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków[4]. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym[5].

Należy także zaznaczyć, że komentowany przepis nie określa skutków niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku współdziałania stron przy realizacji zamówienia publicznego. Jednakże w przypadku zamawiającego brak współdziałania w skrajnych przypadkach może być podstawą do zniwelowania odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia publicznego[6]. Zgodnie natomiast z wyrokiem Sądu Apelacyjnego

---

3 Tak: E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz,* komentarz do art. 354, Legalis

4 Zob. F. Błahuta [oprac.], Z. Resich [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 849

5 F. Błahuta [oprac.], Z. Resich [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz,* t. 2, Warszawa 1972, s. 849; M. Safjan, [w:] Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz,* 2015, t. I, Legalis, komentarz do art. 354, Nb 15; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz,* Legalis 2016, komentarz do art. 354, Nb 8; zob. też A. Szpunar, *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent" 1998, nr 5(85), s. 16; Wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., III CSK 119/10, Legalis

6 Tak: W. Borysiak [w:] K. Osajda [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, komentarz do art. 354, teza 89, wyd. 24, Legalis, 2020

w Szczecinie[7] „bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 Kc), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 Kc".

Art. 432.

Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

1. Forma pisemna umowy. Formę pisemną regulują przepisy Kc. Według art. 78 § 1 Kc do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Natomiast w świetle art. 78^1 § 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Tym samym z zachowaniem wymaganej przepisami formy umowy w sprawie zamówienia publicznego będziemy również mieli do czynienia w sytuacji, gdy umowa taka zostanie sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dodatkowo trzeba wskazać, iż skoro zgodnie z art. 78^1 § 2 Kc oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, to za prawidłowe

[7] Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., I ACa 858/14

należy uznać działanie którejkolwiek ze stron korzystającej z kwalifikowanego podpisu elektronicznego i składającej taki podpis na umowie; przy czym ustawodawca nie uzależnia wyboru, czy będzie to podpis własnoręczny, czy kwalifikowany podpis elektroniczny, od zgody drugiej strony.

Art 432 Pzp konstytuuje rygor nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zawarcia jej w formie innej niż pisemna, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Oznacza to, że zawarcie tej umowy bez zachowania formy pisemnej powoduje, że umowa taka nie jest ważna i nie wywołuje skutków prawnych.

Pzp przewiduje także możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w innej – szczególnej formie, jeżeli przepisy innych ustaw wymagają zachowania takiej formy. Chodzi tutaj o zawarcie umowy w solenniejszej formie aniżeli forma pisemna. Skutkiem niezachowania takiej szczególnej formy, wymaganej przepisami prawa, jest bezwzględna nieważność umowy.

Art. 433.

Projektowane postanowienia umowy nie mogą 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.**

1. Cel przepisu. Art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Zgodnie z uzasadnieniem projektu Pzp „skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest 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 z odwołania w tym zakresie”[8].

Ustawodawca, mając na uwadze powyższe negatywne zjawisko, określił w art. 433 Pzp katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których

[8] Uzasadnienie do rządowego projektu – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. Niedozwolone postanowienia umowne, czyli inaczej „klauzule abuzywne", to termin wywodzący się z prawa cywilnego, który oznacza postanowienia wzorców umów, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes. W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Katalog niedozwolonych postanowień przewidziany w art. 433 Pzp ma charakter zamknięty.

Z jednej strony zakaz konstruowania niedozwolonych postanowień umownych dotyczy zamawiającego, który przygotowuje projekt umowy, a z drugiej strony wykonawcy mają prawo do zaskarżenia projektowanych postanowień umownych niezgodnych z przepisami prawa na podstawie art. 513 pkt 1 Pzp, co służy zabezpieczeniu przestrzegania reguł zawartych w art. 433 Pzp. Tym samym jeżeli zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy załączonych do dokumentacji postępowania zawrze postanowienie o cechach określonych w art. 433 Pzp, wówczas wykonawca będzie mógł złożyć w tym zakresie odwołanie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp KIO, uwzględniając odwołanie po stwierdzeniu niezgodności projektowanego postanowienia umowy z art. 433 Pzp, może – jeśli umowa nie została zawarta – nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie.

Ponadto zgodnie z art. 469 pkt 8 Pzp Prezes UZP przygotowuje na podstawie orzecznictwa KIO oraz sądu zamówień publicznych i podaje do publicznej wiadomości przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 Pzp.

2. Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, czym jest opóźnienie, a czym zwłoka w wykonaniu zamówienia publicznego. W tym celu należy odwołać się do art. 476 Kc, zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A zatem zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Opóźnienie natomiast to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Przez zwłokę należy rozumieć zatem kwalifikowaną formę opóźnienia. Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłoce.

Projektowane postanowienie umowne nie może dotyczyć każdego przypadku opóźnienia. Z przepisu wynika, iż intencją ustawodawcy jest, by kary umowne były związane ze zwłoką, czyli „kwalifikowaną" formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę.

Należy jednak podkreślić, że komentowany zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza, iż w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający będzie mógł zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Ciężar

dowodu w tym wypadku będzie spoczywał na zamawiającym, tj. musi on wykazać, że pomimo generalnego zakazu formułowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia, w konkretnym przypadku istniała podstawa do tego, by takie postanowienie w umowie zamieścić.

W celu zobrazowania niedozwolonego postanowienia umownego w omawianym zakresie można posłużyć się przykładem, w którym zamawiający ustala karę umowną za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia niezależnie od przyczyn opóźnienia.

Analiza orzecznictwa KIO jeszcze na gruncie Pzp2004 pozwala uznać, że zastrzeżenie kar umownych tytułem opóźnienia często jest nieuzasadnione charakterem zamówienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy[9].

3. Naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Kolejnym niedozwolonym postanowieniem umownym (art. 433 pkt 2 Pzp) jest naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Normatywną podstawą klauzuli umownej w przedmiocie kary umownej jest art. 483 § 1 Kc, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kc przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku

[9] Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1585/19

istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 zd. pierwsze Kc kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Kara umowna ma charakter odszkodowawczo-kompensacyjny, a celem jej zastrzeżenia jest stymulowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Jednakże zastrzeganie kar umownych w umowach w sprawach zamówień publicznych nie może mieć charakteru absolutnego. Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień dotyczących kar umownych zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia, ale jednocześnie powinny być one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Zamawiający, uwzględniając funkcję kary, powinien tak kształtować postanowienia umowne w tym zakresie, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego.

Z drugiej zaś strony zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu, lub są marginalne z punktu widzenia prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.

Ze względu na wskazaną wyżej funkcję kara umowna co do zasady zastrzegana jest w związku z konkretnymi nieprawidłowościami w zakresie zrealizowania przedmiotu głównego umowy. Natomiast powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej z naruszeniem świadczeń ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia głównego, narusza tę funkcję.

Istotne jest zatem, aby zamawiający ustalił, jakie zachowanie wykonawcy dotyczy bezpośrednio lub pośrednio przedmiotu umowy lub jest związane z jej prawidłowym wykonaniem, a jakie już nie jest.

4. Odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Kolejne postanowienie umowne (art. 433 pkt 3 Pzp), które uznane jest przez ustawodawcę za niedozwolone, związane jest z przewidywaniem odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania ma swoje źródło w przepisie art. 471 Kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zgodnie natomiast z art. 362 Kc, jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. W doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa cywilnego podkreśla się, że jeżeli nienależyte wykonanie zobowiązania zostało spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wierzyciel, to dłużnik nie może być zobowiązany do zapłaty kary umownej[10]. Sąd Najwyższy stwierdził[11], że „kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 Kc), gdyż dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 Kc domniemanie, iż opóźnienie

[10] Por. wyrok SN z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12, LEX nr 1378171
[11] Wyrok SN z dnia 6 października 2010 r. sygn., akt II CSK 180/10, LEX nr 970070

w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność". A zatem zamawiający nie może wprowadzić do umowy odpowiedzialności wykonawcy za sytuacje, za wystąpienie których wyłączną odpowiedzialność ponosi on sam.

5. Ograniczenie zakresu zamówienia. Ostatnim postanowieniem niedozwolonym w świetle art. 433 pkt 4 Pzp jest wprowadzenie do umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Co do zasady możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Powyższe może nastąpić w trybie zmiany umowy przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

1) określają rodzaj i zakres zmian,
2) określają warunki wprowadzenia zmian,
3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy (szerzej zob. komentarz do art. 455 Pzp).

Do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające

z bieżących potrzeb zamawiającego nie mogą zostać z góry wyłączone czy ograniczone – bez względu na uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie zarówno w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia[12].

A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

A contrario nie można uznać projektowanego postanowienia umowy za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4 Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.

Art. 434.

1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

[12] Por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14

1. Zawieranie umów na czas oznaczony. Przepis art. 434 ust. 1 Pzp konstytuuje zasadę zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas oznaczony. Tym samym istnieje generalny zakaz zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas nieoznaczony. Powyższa reguła ma na celu ochronę interesów potencjalnych wykonawców oraz zapewnia poszanowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie dostępu do rynku zamówień publicznych nowym podmiotom. Od powyższej zasady ustawodawca przewidział wyjątki w art. 435 Pzp.

Należy pamiętać, że brak ograniczenia co do okresu, na który zamawiający może zawrzeć umowę, nie wyłącza stosowania zasad wynikających z odrębnych przepisów właściwych dla zaciągania zobowiązań przez zamawiających, w szczególności zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy o finansach publicznych.

2. Zawieranie umów, których przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe. W stosunku do zamówień, których przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, w art. 434 ust. 2 Pzp ustanowiono ograniczenie w stosunku do możliwości zawierania umów na czas oznaczony. Zamawiający może więc bezwarunkowo zawrzeć umowę na okres nie dłuższy niż cztery lata, natomiast zawarcie umowy na okres dłuższy wymaga wykazania spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie. Zamawiający może zatem zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe na czas oznaczony, dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

Ponieważ przepisy Pzp nie definiują, jakie świadczenia należy uznać za powtarzające się lub ciągłe, dlatego też dla wyjaśnienia tego pojęcia pomocna będzie doktryna prawa cywilnego. Świadczenia okresowe definiuje się jako czynności powtarzane cyklicznie, tj. powtarzające się w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowane więcej niż jednokrotnie, tzn. w sposób powtarzalny. Pojedyncze świadczenie okresowe posiada co prawda samoistny charakter, jednak jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. To odróżnia świadczenia okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość[13]. Natomiast świadczenie ciągłe polega na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego (np. umowy). Cechą świadczenia ciągłego jest brak możliwości wyodrębnienia poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części (partie) świadczenia[14].

Zamawiający ma zatem możliwość zawarcia umowy na czas oznaczony dłuższy niż 4 lata, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, jeżeli dodatkowo zaistnieje jedna z przesłanek, tj.:

1) wykonanie zamówienia w dłuższym okresie niż 4-letni spowoduje oszczędność kosztów realizacji zamówienia lub
2) uzasadnione jest to zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub
3) uzasadnione jest to zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

---

[13] Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 65 i nast.

[14] E. Łętowska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, 2013, s. 215, Legalis

Powyższe warunki mają charakter rozłączny, tj. zaistnienie któregokolwiek z nich pozwala na zawarcie umowy (której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe) na okres oznaczony, dłuższy niż 4 lata.
Na gruncie przepisów Pzp2004, jeżeli wartość zamówienia przekraczała progi unijne, wówczas do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem było świadczenie okresowe lub ciągłe, wymagane było dodatkowo zawiadomienie Prezesa UZP o takim zamiarze. Pzp nie przewiduje takiego obowiązku.

Art. 435.

1. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:

1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;

2) gazu z sieci gazowej;

3) ciepła z sieci ciepłowniczej;

4) licencji na oprogramowanie komputerowe.

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

1. Zawieranie umów na czas nieoznaczony. Art. 435 Pzp w ślad za Pzp2004 przewiduje wyjątki od zasady zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas oznaczony. A zatem na czas nieoznaczony mogą być zawierane umowy, których przedmiotem są:

1) **dostawy**:
   a. wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci,
   b. gazu z sieci gazowej,

c. ciepła z sieci ciepłowniczej,

d. licencji na oprogramowanie komputerowe;

2) **usługi** przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

W odniesieniu do tych dostaw i usług generalny zakaz zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas nieoznaczony jest uchylony. Katalog dostaw i usług wymienionych w tym przepisie ma charakter zamknięty, co oznacza, że tylko w odniesieniu do tych zamówień istnieje możliwość zawarcia umowy na czas nieoznaczony.

Art. 436.

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

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, o której mowa w art. 439 ust. 5,

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- **stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,**
- **wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,**
- **zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,**
- **zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342)**
- **jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.**

1. Wprowadzenie. Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, określonej w art. 353**1** Kc, jednak uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego. Przede wszystkim zamawiający musi wziąć pod uwagę, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej (art. 8 ust. 1 Pzp). Postanowienia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji zamówienia. Postanowienia umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

W art. 436 Pzp wprowadzono katalog obowiązkowych klauzul umownych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzającego zawarcie umowy. Art. 436 Pzp znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Ustawodawca uznał, że wprowadzenie obligatoryjnego wykazu klauzul umownych przyczyni się do stworzenia kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy i ramy postanowień umownych, wpłynie korzystnie na sytuację wykonawców, a tym samym zachęci wykonawców do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Termin zakończenia świadczenia. Art. 436 pkt 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień dotyczących planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Pzp narzuca zatem zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy,

estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczać pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania. W szczególności w przypadku umów długoterminowych zamawiający może również przewidzieć w razie potrzeby postanowienia dotyczące planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy czy roboty budowlanej, z tym że w tym przypadku należy również określić terminy cząstkowe: w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

3. Warunki zapłaty wynagrodzenia. Art. 436 pkt 2 Pzp wprowadza obowiązek zawarcia w każdej umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień dotyczących warunków zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula ta dotyczyć będzie w szczególności ustalenia, czy płatność za wykonanie zamówienia ma charakter jednorazowy, czy zamawiający będzie płacił wynagrodzenie w częściach oraz czy udziela zaliczek na poczet wykonania zamówienia.

W art. 443 ust. 1 Pzp nałożono obowiązek płatności częściowych lub udzielenia zaliczek w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, w stosunku do każdego rodzaju zamówienia publicznego. Jednakże Pzp nie ogranicza możliwości ustalenia płatności częściowych także w umowach zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy. Ważne jest również wskazanie procentowej wartości wypłacanego wynagrodzenia za poszczególne części, a także wysokości ostatniej części w przypadku, gdyby zamawiający zobowiązany był do płatności wynagrodzenia należnego

wykonawcy w częściach. Do warunków zapłaty wynagrodzenia należy również możliwość udzielenia zaliczek, o których mowa w art. 442 Pzp. Takimi warunkami mogą być również zasady sporządzenia określonych protokołów odbioru (częściowych, przejściowych, końcowych, ilościowych, jakościowych), załączników do nich (oświadczeń podwykonawców, kierowników robót, dostawców, certyfikatów, dokumentów gwarancji), decyzji organów etc.

W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy dodatkowe zasady wypłaty wynagrodzenia przewiduje również art. 447 Pzp.

4. Łączna maksymalna wysokość kar umownych. Pzp wprowadza obowiązek wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 Pzp). Przepisy Pzp ani przepisy Kc nie zawierają postanowień co do konkretnych wysokości kar umownych czy konkretnych ich limitów.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Definicja kary umownej zawarta w Kc przewiduje zatem, że kara umowna powinna stanowić określoną sumę.

Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną

wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.
Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do określenia limitu kar umownych, których mogą dochodzić strony. Dotyczy to zarówno kar nakładanych na wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, które przewiduje w umowie zamawiający, musi zostać już określona w projektowanych postanowieniach umowy, tak aby przystępujący do postępowania wykonawcy mogli ocenić zakres, skalę i podstawę do wyliczenia ryzyk. Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar umownych, przekazując tym samym uprawnienie do jej zindywidualizowania zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania. Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

5. Kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w przypadku, o którym mowa w art. 439 ust. 5. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. a Pzp w przypadku umów na roboty budowlane i usługi zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający jest zobligowany do wskazania w umowie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439

ust. 5 Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 439 ust. 1–3 Pzp, 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, tj. przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi i okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy. Zamawiający ma zatem obowiązek wprowadzić do umowy karę umowną w stosunku do wykonawcy za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia spowodowanej zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wysokość tej kary ustala sam zamawiający. A zatem jeżeli wynagrodzenie wykonawcy zostało zmienione na skutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to jest on zobligowany do zmiany wynagrodzenia przysługującego w tym zakresie podwykonawcom, z którymi zawarł umowy. Jeżeli tego nie czyni lub czyni to nieterminowo, zobowiązany będzie zapłacić z tego tytułu karę umowną.

6. Waloryzacja wynagrodzenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b Pzp w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa powinna określać zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Dotyczy to zmiany ustaw regulujących stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad i wysokości stawek składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenia zdrowotne

oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Odpowiednik omawianego przepisu funkcjonował także na gruncie Pzp2004. Zasadniczym celem jego wprowadzenia jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w sytuacji zaistnienia zmian przepisów, co jednocześnie będzie miało wpływ na koszty realizowanego zamówienia. Z drugiej strony ochrona, będąca konsekwencją powiązania wynagrodzenia wykonawcy ze stawkami pewnych należności publicznoprawnych kształtujących wysokość ceny za jego roboty lub usługi, będzie przysługiwać również zamawiającemu w przypadku obniżenia ciężarów, które podwyższały wynagrodzenie wykonawcy. Ujmowane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zmiany przepisów określających obciążenia publicznoprawne wymienione w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp mają zastosowanie, jeżeli powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Norma przewidująca określenie w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy tzw. klauzul waloryzacyjnych ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że każda umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać klauzule znajdujące zastosowanie w sytuacji, gdy zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej czy też zmiana stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego lub stawki składki na ubezpieczenie społeczne

lub ubezpieczenie zdrowotne, a także zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych wywiera wpływ na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia[15].

W świetle art. 436 pkt 4 lit. b Pzp zasadniczym warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest wykazanie wpływu zmiany przepisów prawa na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, że ciężar wykazania zwiększonych kosztów ciąży na wykonawcy. Niezbędne jest zatem zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowienia dotyczącego przedstawienia przez wykonawcę środków dowodowych, stanowiących podstawę dokonania obliczeń ustalających zmiany wynagrodzenia. Ponadto należy przyjąć, że projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego powinien również zawierać postanowienia proceduralne, odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia. Natomiast w przypadku zmiany przepisów, które będą prowadziły do zmniejszenia kosztów związanych z realizacją zamówienia, ciężar ten będzie spoczywał na zamawiającym. Wydaje się, że punktem wyjścia powinno być wymaganie, by wykonawca przedstawił mechanizm skalkulowania wysokości wynagrodzenia, za które

[15] Tak: wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15

miał wykonać umowę, gdyż tylko wówczas jest możliwe stwierdzenie, w jakim zakresie poszczególne czynniki ważyły na określeniu ostatecznej oczekiwanej wysokości wynagrodzenia. Zamawiający musi uwzględnić, że jeśli zabraknie tego punktu odniesienia, to w razie późniejszej zmiany przepisów wykonawca może prezentować w zasadzie dowolne twierdzenia o znaczeniu poszczególnych czynników dla wynagrodzenia, które ma mu zapłacić zamawiający. Taki punkt odniesienia jest też niezbędny dla stron umowy w sytuacji obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Bez nawiązania do niego trudno będzie określić zasadność i proporcję obniżenia wynagrodzenia.

Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisania zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie". Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony mogły dokonać procesu zmian, według opisanej krok po kroku procedury. Klauzula umowna określająca zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia może przykładowo przewidywać złożenie przez wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia z uzasadnieniem zawierającym szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką pierwotnie ustalone wynagrodzenie uległoby zmianie. Uzasadnienie może składać się z pisemnego zestawienia wynagrodzeń (zarówno przed, jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy, oraz części

wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi, a także niezbędnej dokumentacji dowodowej. Jednocześnie procedura umowna może przewidywać z jednej strony określony termin dla wykonawcy na złożenie umotywowanego wniosku (z załącznikami), a z drugiej strony termin dla zamawiającego na dokonanie weryfikacji zasadności wniosku wykonawcy i ewentualnej akceptacji żądań w pełnym zakresie bądź częściowo.

Art. 437.

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące:

1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;

2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;

3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;

4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę

wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

7) wysokości kar umownych, z tytułu:

a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,

c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10.

2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3, przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo.

1. Wprowadzenie. Art. 437 Pzp określa obligatoryjne klauzule, jakie powinna zawierać umowa o roboty budowlane w zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania. Powyższy przepis stanowi powtórzenie regulacji zawartej w Pzp2004. Przepis ten ma na celu przede wszystkim ochronę podwykonawców, którą zapewnia pozyskanie informacji przez zamawiającego na ich temat oraz akceptacja zawartych z nimi umów, sprawdzanie wypłaty wymagalnego na ich podstawie

wynagrodzenia oraz dokonywanie bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, gdyby nie otrzymali wynagrodzenia od swoich kontrahentów.

Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 437 Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii, z uwzględnieniem innych przepisów Pzp, które regulują kwestie podwykonawstwa w umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy.

Norma zawarta w art. 437 Pzp stanowi na gruncie Pzp odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kc. Przepis nie ma natomiast zastosowania do umów o roboty budowlane, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy Pzp. Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego, będąca umową o roboty budowlane, powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 437 Pzp.

2. Postanowienia dotyczące przedkładania projektu umowy o podwykonawstwo oraz jej zmian i terminy na zgłaszanie zastrzeżeń.

Obowiązki zamawiającego wynikające art. 437 Pzp dotyczą zawarcia w umowie o roboty budowlane postanowień odnoszących się do obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian, wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane,

i do jej zmian; a także obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian.

Należy wskazać, że umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące przedkładania umów o podwykonawstwo nie tylko wtedy, gdy ich przedmiotem są roboty budowlane, ale także dostawy i usługi. Obowiązek przedkładania umów zamawiającemu dotyczy zarówno jej projektu, jak i poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej już umowy. Zamawiający musi także pamiętać, aby w umowie zawrzeć postanowienia dotyczące obowiązku przedkładania zmian umów o podwykonawstwo.

Ważnym elementem umowy o roboty budowlane jest obowiązek wskazania terminu na wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do już zawartej umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. Ustawodawca nie wskazuje, jaki to ma być termin na wniesienie zastrzeżeń bądź sprzeciwu, pozostawiając tę kwestię do swobodnej decyzji zamawiającego. Jednakże zamawiający, wyznaczając ten termin, powinien pamiętać o zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 Pzp.

Procedura wnoszenia zastrzeżeń oraz sprzeciwu została opisana w przepisie art. 464 Pzp (zob. komentarz do art. 464 Pzp).

3. Postanowienia dotyczące wypłaty wynagrodzenia, terminu zapłaty oraz zasad zawierania dalszych umów.

3.1. Zasady zapłaty wynagrodzenia, uwarunkowane przedstawieniem przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Kolejnym obligatoryjnym elementem umowy o roboty budowlane

jest postanowienie dotyczące wskazania zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, która uwarunkowana jest przedstawieniem dowodów przez wykonawcę potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 437 ust. 1 pkt 4 Pzp).
Konstruując postanowienia umowne, w przypadku zawarcia umowy o roboty budowlane, zamawiający powinien mieć na uwadze, na jaki okres jest ona zawarta. W przypadku bowiem umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający powinien bezwzględnie pamiętać o art. 443 oraz art. 447 Pzp, które regulują kwestie płatności w umowach zawartych na taki okres. Mianowicie jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, to warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Chodzi tutaj o umowy o podwykonawstwo dotyczące robót budowlanych, które były zaakceptowane przez zamawiającego.
Natomiast jeżeli umowa przewiduje zapłatę całego wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu wszystkich robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.
Szerzej o zasadach wynagradzania w przypadku umów o roboty budowlane zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy stanowi art. 447 Pzp.
Ponadto w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa – w ramach zasad zapłaty wynagrodzenia – powinna zawierać

także postanowienia dotyczące określenia procentu wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Jednakże procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy (arg. z art. 443 Pzp).

3.2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 5 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowalne, powinna zawierać także postanowienia dotyczące terminu płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, z uwzględnieniem art. 464 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.

3.3. Zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Zamawiający w umowie o roboty budowlane powinien zawrzeć również postanowienia dotyczące zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami (art. 437 ust. 1 pkt 6 Pzp). Zasady te zostały określone w art. 464 Pzp (zob. komentarz do art. 464 Pzp). Klauzule te mają w głównej mierze skutkować zobowiązaniem wykonawcy do naśladowania pewnych obowiązków nałożonych na niego w umowie o wykonanie zamówienia na roboty budowlane w umowach, które zawiera z podwykonawcami. Przede wszystkim umowa o podwykonawstwo nie powinna zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie kar umownych czy warunków dotyczących wypłaty wynagrodzenia w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy. Wśród zasad dotyczących zawierania umów podwykonawczych w umowie o roboty budowlane powinno znaleźć się m.in. postanowienie dotyczące terminu

przedkładania zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od jej zawarcia (zob. komentarz do art. 464 Pzp).

4. Postanowienia dotyczące wysokości kar umownych. Obligatoryjnym elementem umowy o roboty budowlane powinny być postanowienia dotyczące naliczania kar umownych z tytułu:

1) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
2) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
3) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
4) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10 Pzp.

Art. 437 ust. 1 pkt 7 wskazuje, że kara umowna powinna zostać zastrzeżona na wypadek wystąpienia okoliczności związanych z niewypełnieniem obowiązków wykonawcy wobec podwykonawców. Wysokość kar umownych musi być w umowie obowiązkowo określona. Skoro jednak ustawodawca nie określił ich wysokości, oznacza to, że pozostawił tę decyzję uznaniu zamawiającego[16].

Art. 438.

1. W przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1, w jej treści zawiera się postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania

[16] Por. uchwała KIO z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KU 31/15, LEX nr 1771132

zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1.

2. 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.

1. Postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania i kontroli.

Art. 438 Pzp określa sposób dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli przez zamawiającego wykonania obowiązku wynikającego z art. 95 ust. 1 Pzp, a dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności pozostające w związku z realizacją zamówienia, jeżeli wykonanie

tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp.

Gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas umowa zawiera postanowienia dotyczące:

1) sposobu dokumentowania zatrudnienia,
2) sposobu kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,
3) sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia osób, które będą wykonywać czynności w związku z wykonaniem zamówienia na podstawie stosunku pracy. Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 438 ust. 1 Pzp może wymagać od wykonawcy wyłącznie takich informacji, które są niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez ten podmiot wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podejmowane w celu realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Art. 438 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania w umowie sposobu kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań, o których mowa w art. 95 ust. 1 Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Oznacza to, że z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności zamawiający może przewidzieć sankcje w postaci np. obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w projektowanych postanowieniach umowy

w sprawie zamówienia publicznego. Za mieszczące się w tym zakresie działania lub zaniechania podwykonawcy odpowiada wykonawca, w stosunku do którego zamawiający może wystąpić z żądaniem zapłaty kary umownej. Skuteczna kontrola wykonania umowy w powyższym zakresie może być realizowana przez zamawiającego w sposób analogiczny jak kontrola innych elementów realizacji umowy w sprawie zamówień publicznych, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, tj. głównie poprzez żądanie stosownych informacji lub dokumentów. Dopuszczalne jest także przeprowadzanie kontroli przez przedstawicieli zamawiającego lub upoważnione osoby trzecie na miejscu wykonania świadczenia. Ponadto zamawiający, gdy poweźmie wątpliwość co do sposobu zatrudnienia personelu wykonawcy lub podwykonawcy, może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

W celu zrealizowania zasady uczciwej konkurencji przewidzianym w umowie mechanizmom kontrolnym powinny towarzyszyć sankcje za nieprzestrzeganie zobowiązań ustanowionych na podstawie art. 95 ust. 1 Pzp, np. w postaci kar umownych lub – w przypadku stwierdzenia powtarzającego się naruszenia tych obowiązków – prawa odstąpienia od umowy. Ewentualna kara umowna musi wyraźnie wskazywać, jakiej okoliczności dotyczy.

W celu zapewnienia, aby czynności opisane przez zamawiającego, polegające na wykonywaniu pracy rzeczywiście wykonywali pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, zasadne jest ustalenie w projekcie umowy postanowienia, w którym wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności opisanych przez zamawiającego. Konsekwentnie, uchylanie się od obowiązku zatrudniania pracowników

na umowę o pracę winno skutkować sankcjami nałożonymi przez zamawiającego. Powyższa regulacja ma na celu przede wszystkim zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nadzorowanie prawidłowości wykonania zamówienia w sposób określony w ofercie wykonawcy w odniesieniu do wymagań dotyczących umów o pracę.

2. Przykładowe oświadczenia i dokumenty, których zamawiający może żądać w celu weryfikacji spełniania obowiązku zatrudnienia. W art. 438 ust. 2 Pzp ustawodawca przewidział przykładowy katalog oświadczeń i dokumentów, których zamawiający może żądać w celu weryfikacji zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę. Pzp przewiduje zatem możliwość żądania:

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.

W konsekwencji na gruncie art. 438 ust. 2 Pzp możliwe będzie w szczególności żądanie przez zamawiającego oświadczenia zatrudnionego pracownika, oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, kopii umowy o pracę zawierających imię i nazwisko osób, które świadczyć będą

czynności na rzecz zamawiającego, datę zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika.
Do katalogu innych dokumentów zaliczyć można dokumenty potwierdzające opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zawierającą informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.
Decyzję w tej kwestii ustawodawca pozostawia zamawiającemu, który najlepiej zna uwarunkowania danego zamówienia publicznego.

Art. 439.

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) **poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;**
2) **sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:**

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania 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.

3. 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.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, 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. Wprowadzenie. W art. 439 Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. Waloryzacja może następować w oparciu o kurs waluty obcej (klauzula walutowa), równowartość ceny określonych produktów lub dóbr na danym rynku (klauzula towarowa) lub też umówiony wskaźnik (np. publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego). Uwzględniając, iż mamy do czynienia z waloryzacją umowną, której warunki powinien ustalić i wprowadzić do przyszłej umowy zamawiający, należy wskazać, że może ona cechować się z jednej strony pewnym automatyzmem, gdy wszystkie przesłanki jej zastosowania zostaną określone wyczerpująco i nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie którejś ze stron umowy; z drugiej strony postanowienia umowne mogą być tak ukształtowane, iż do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Zawierając umowę z klauzulą waloryzacyjną, strony dopuszczają modyfikację wynagrodzenia w sposób wynikający z takiej klauzuli waloryzacyjnej. O ile zmiana wysokości wynagrodzenia na podstawie klauzuli automatycznej nie będzie wymagała zmiany umowy, lecz jej wykonania zgodnie z treścią postanowienia waloryzacyjnego, o tyle w przypadku braku elementów pozwalających na automatyczne określenie wysokości wynagrodzenia konieczna będzie zmiana umowy i zawarcie aneksu – w konsekwencji złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli. Źródłem zmiany wysokości wynagrodzenia może być zatem sama umowa, ale też aneks sporządzony z uwzględnieniem wytycznych zawartych w umownej klauzuli waloryzacyjnej zawierającej wszystkie elementy opisane w art. 439 ust. 2 Pzp.

Wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu.

Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających **obowiązku** wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji.

Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia. Oczywiście powstanie takiego roszczenia uwarunkowane będzie zaistnieniem szeregu przesłanek, do określenia których ustawodawca zobowiązał zamawiającego przy konstruowaniu postanowień umowy.

2. Obligatoryjne elementy postanowień waloryzacyjnych. Ustanawiając obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów. Takie rozwiązanie pozwala uwzględnić specyfikę danego zamówienia, np. to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe albo podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 Pzp, konstruując umowne postanowienia waloryzacyjne, zamawiający zobowiązany jest określić:

1) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, którego osiągnięcie będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia. Ustawodawca nie przesądził, czy poziom zmian cen ma być określany procentowo, czy kwotowo. Możliwe są zatem obydwie formy. Przykładowo zamawiający określi, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia. Ustawodawca nie określił również ani minimalnego, ani maksymalnego poziomu zmiany. Innymi słowy uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia nie powstanie w przypadku dowolnej zmiany ceny materiałów lub kosztów, a tylko w przypadku osiągnięcia określonego przez zamawiającego w umowie poziomu. Ocena, czy określony przez zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do wystąpienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia jest odpowiedni, musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot i elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia;

2) Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp[17], zamawiający ma obowiązek wskazać początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Tym samym, konstruując postanowienie waloryzacyjne, zamawiający zdecyduje, z którego momentu ceny materiałów lub kosztów będą brane pod uwagę, aby można było ustalić, czy doszło do ich zmiany, a jeśli tak, to czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną przez zamawiającego, co ma znaczenie dla powstania uprawnienia do zażądania zmiany wynagrodzenia. Inaczej mówiąc, zmiany cen lub kosztów zostaną odniesione do aktualnego we wskazanym przez zamawiającego momencie poziomu cen lub kosztów w celu ustalenia, czy osiągnęły one już poziom uprawniający strony do skierowania żądania o zmianę wynagrodzenia;
3) Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu do ustawy Pzp, ze względu na ogromne zróżnicowanie poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, przepis ustawy nie może być nadmiernie kazuistyczny, gdy chodzi o określenie przesłanek zmiany wynagrodzenia. W ramach obowiązku przygotowania projektu umowy poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, ukształtowania także sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia. W tym zakresie ustawodawca ograniczył się jedynie do wskazania dwóch sposobów:

[17] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

a. odesłania do wskaźników zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
b. wskazania innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia.

Określenie przez zamawiającego sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia ma jeden zasadniczy cel: ma umożliwić określenie konkretnej kwoty wynagrodzenia uwzględniającej zaistniałe zmiany ceny materiałów lub kosztów oraz jej wpływu na koszt wykonania zamówienia;

4) Sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Treść tego wymagania nie pozostawia wątpliwości, że wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji, a na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia, w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Tym samym nie będzie podstawy do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia;
5) Okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający, konstruując klauzulę waloryzacyjną, zobowiązany jest nie tylko przewidzieć zmianę wynagrodzenia w określonych sytuacjach, ale także określić, z jaką częstotliwością

z takim żądaniem będzie można wystąpić. W praktyce zamawiający uprawniony jest do określenia w ramach postanowień waloryzacyjnych, że z żądaniem zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów będzie można wystąpić np. co 6 miesięcy. Analogicznie jak w przypadku ustalania poziomu zmiany ocena, czy przyjęte przez zamawiającego okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia, określone zostały prawidłowo, musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot, wahliwość cen materiałów lub kosztów, i te elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia;

6) Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Uwzględniając, iż zamawiający działają w oparciu o plany finansowe, istotne jest ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Skoro sposób ustalenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczanej przez zamawiającego pozostawiono właśnie jemu, to może on wartość tę ustalić zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jak i maksymalną kwotę, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone.

3. Waloryzacja a moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Choć zgodnie z art. 439 ust. 1 Pzp określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia pozostawiono swobodzie zamawiającego, to w art. 439 ust. 3 Pzp ustawodawca wyznacza granicę tej swobody, mając na względzie czas trwania

postępowania. W sytuacji gdy od upływu terminu składania ofert minie ponad 180 dni, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określił termin wcześniejszy.

4. Waloryzacja na rzecz zamawiającego. Przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno jej wzrost, jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, ale także zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie prowadzi do równego rozłożenia ryzyka w tym zakresie pomiędzy stronami umowy.

5. Waloryzacja wynagrodzenia podwykonawcy. Zgodnie z art. 439 ust. 5 Pzp skutki wynikające ze zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy powinny również dotyczyć podwykonawców, z którymi ten wykonawca zawarł umowy. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zwaloryzowane, zobowiązany jest również do zmiany wynagrodzenia przysługującego jego podwykonawcom w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy. Ustawodawca uzależnił obowiązek waloryzacji przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, z którymi zawarł on umowy, od zaistnienia łącznie dwóch czynników: przedmiotem umowy podwykonawczej są roboty budowlane lub usługi oraz okres obowiązywania takich umów przekracza 12 miesięcy. Zatem wykonawca nie będzie zobowiązany do waloryzacji wynagrodzenia podwykonawców świadczących dla niego dostawy (nawet jeśli są one niezbędne do wykonania zamówienia) oraz w przypadku umów zawartych na okres nieprzekraczający 12 miesięcy.

Art. 440.

W przypadku gdy zamawiający przewiduje zawarcie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w innej umowie, niż wskazana w art. 439 ust. 1, do określenia tych zasad stosuje się przepisy art. 439 ust. 2–4.

1. Waloryzacja wynagrodzenia w innych umowach. Z art. 440 Pzp wynika możliwość wprowadzenia postanowień określających zasady zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia także do innych umów niż umowy o roboty budowlane i usługi zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem przepis ma zastosowanie do umów na roboty budowalne lub usługi zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy oraz umów na dostawy bez względu na okres ich trwania. Warunkiem skorzystania z tej możliwości jest wymaganie przestrzegania zasad określonych w art. 439 ust. 2–4 Pzp. Warto zwrócić uwagę, że nie ma w tym przypadku zastosowania art. 439 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione w trybie art. 439 ust. 1–3 Pzp, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Art. 441.

1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję 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.

2. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

1. Uwagi wstępne. W Pzp2004 prawo opcji uregulowane było w sposób marginalny, w ramach przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia. Ustawa ta nie zawierała definicji legalnej pojęcia „opcja". Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa klasyczna wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej).

W Pzp wprowadzono do działu umów w sprawie zamówienia publicznego przepis regulujący przesłanki umożliwiające zamawiającemu skorzystanie z opcji. Jednakże Pzp również nie definiuje pojęcia „opcji".

Opcja służy zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej. W zależności od konstrukcji prawnej skorzystanie z prawa opcji następuje poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli lub jest efektem niepodejmowania działań przez zamawiającego w toku wykonywania umowy (np. niezłożenie

jednostkowych zamówień na wskazaną w umowie część świadczenia, co nie powoduje powstania odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy).

Zamawiający może skorzystać z opcji niezależnie od tego, czy zamówienie obejmuje usługi, dostawy czy roboty budowlane. Zarówno Pzp, jak i dyrektywy unijne nie przewidują w tym zakresie żadnych ograniczeń.

2. Ustanowienie opcji. Warunki ustanowienia opcji, jej przedmiot i zakres leżą w gestii zamawiającego i nie doznają ograniczeń ze strony ustawodawcy. Różnorodność przedmiotów zamówień oraz uwarunkowań organizacyjnych ich udzielania nie pozwala bowiem na przyjęcie uniwersalnych rozwiązań. Rozwiązania te mają jedną cechę wspólną – uelastycznienie warunków realizacji zamówienia publicznego. Uelastycznienie to jest efektem kształtowania się potrzeb zamawiającego w toku realizacji zamówienia. Do jego uruchomienia nie jest wymagana zgoda wykonawcy. Należy podkreślić, że sposób określenia rodzaju i wartości opcji w sposób naturalny powinien być konfrontowany z warunkami rynkowymi, w których dochodzi do udzielenia zamówienia. Kształtowanie przedmiotu, zakresu lub sposobu korzystania z opcji co do zasady ma wpływ na poziom ryzyka po stronie wykonawcy, co z pewnością może znaleźć odzwierciedlenie w cenie i innych warunkach oferty, którą wykonawca składa.

Ustawodawca pozostawia również zamawiającemu wybór co do sposobu skonstruowania opcji i opisania tego w umowie na zasadach: zwiększenia lub zmniejszenia. Zawsze jednak opcja powinna zostać opisana w ten sposób, aby wykonawca w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny mógł stwierdzić, jaki jest zakres zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego, a także sposoby skorzystania z opcji.

3. Warunki skorzystania z opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1 Pzp zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję 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.

Skorzystanie z opcji jest uprawnieniem zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi, nastąpić w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie.

3.1. Opcja jako warunek zamówienia. Chcąc prawidłowo wykorzystać mechanizm opcji, zamawiający jest zobowiązany przewidzieć opcję

- w ogłoszeniu o zamówieniu lub
- w dokumentach zamówienia.

Informacja o zamiarze skorzystania z opcjonalnego zakresu zamówienia, jako mogąca mieć istotny wpływ na treść oferty wykonawcy, a nawet na podjęcie przez wykonawcę decyzji o ubieganie się o zamówienie publiczne, musi znaleźć się w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Warunkiem legalnego skorzystania z prawa opcji jest bezpośrednie wskazanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, konstytuujących to prawo i określających warunki umożliwiające zamawiającemu skorzystanie z niego.

Postanowienia umowy dotyczące opcji muszą być zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne. Ten praktyczny wymiar zasady przejrzystości ma na celu umożliwienie wykonawcom sformułowania ofert na równych zasadach przy zapewnieniu maksymalnego możliwego poziomu konkurencyjności.

3.2. Rodzaj opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 1 Pzp postanowienia umowne muszą określać rodzaj opcji. Ustanowienie obowiązku określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia rodzaju opcji wynika z założenia istnienia większej niż jeden liczby rodzajów opcji.
W Pzp nie zawarto definicji pojęcia „rodzaj opcji", nie określono też katalogu opcji, na którym można byłoby oprzeć rozróżnienie ich rodzajów. W praktyce zatem zamawiający powinien uwzględnić nie tyle literalny wymóg nazwania rodzaju opcji, ile konieczność precyzyjnego opisania jej charakteru w powiązaniu z przedmiotem i warunkami zamówienia. W tym znaczeniu rodzaj opcji z pewnością będzie zależał od specyfiki konkretnego zamówienia publicznego. Istotą jest więc dokładne scharakteryzowanie opcji, w sposób zrozumiały dla wykonawców, przy uwzględnieniu zasad udzielania zamówień.
W zależności od przedmiotu lub warunków zamówienia zamawiający może przykładowo określić opcję:

1) przedmiotowo – poprzez określenie elementów przedmiotu zamówienia podlegających prawu opcji (np. zakres ochrony ubezpieczeniowej przy zamówieniu na świadczenie usług ubezpieczeniowych, dostęp do wydań w formie elektronicznej przy zamówieniu na prenumeratę prasy, często występujące sformułowanie katalogu, np. materiałów biurowych z podaniem jedynie ich orientacyjnej ilości i wskazaniem, że zamawiający jest związany wyłącznie kwotą oferty dla całego katalogu, a dowolnie może kształtować ilość poszczególnych jego elementów, w tym może nie odebrać w ogóle konkretnego rodzaju asortymentu, np. ołówków);
2) czasowo – poprzez określenie czasu, w którym może opcjonalnie dojść do realizacji wskazanego elementu przedmiotu zamówienia

(np. zamawiający w zamówieniu na usługi telekomunikacyjne lub teleinformatyczne opcjonalnie przewiduje okresowe włączenie lub wyłączenie usług lub modułów systemu albo w umowie sprzedaży z określonym terminem dostarczenia całości przedmiotu sprzedaży przewiduje możliwość jednostronnego wydłużenia tego terminu);

3) ilościowo – poprzez określenie maksymalnego lub minimalnego zakresu świadczenia.

Zauważyć należy, że powyższe rozróżnienie jest wyłącznie klasyfikacją. W praktyce bowiem nierzadkie są opcje łączące część lub wszystkie przywołane wyżej możliwości.

3.3. Maksymalna wartość opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający w klauzulach umownych musi określić maksymalną wartość opcji. Ustawodawca zobowiązał go też do upublicznienia maksymalnej wartości opcji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Należy przyjąć, że z samego wymagania przedstawienia informacji „w postaci postanowień umownych" wynika inny niż tylko informacyjny charakter tego obowiązku. Określenie maksymalnej wartości opcji ma na celu umożliwienie wykonawcy sporządzenia oferty i zapewnienia równej wiedzy wykonawców co do rozmiaru opcji, niezależnie od tego, czy opcja ma charakter rozszerzający, czy zawężający. Zatem maksymalna wartość opcji może być wyrażona zarówno przedmiotowo, terminowo, procentowo, kwotowo, jak i ilościowo, a granicą swobody zamawiającego w tym zakresie jest obowiązek przedstawienia postanowień umownych „zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych". W konsekwencji na gruncie konkretnej umowy wartość opcji wyrażona w sposób właściwy dla danego przypadku przekłada się na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. W dokumentach zamówienia zamawiający musi zadbać o możliwość późniejszej jednoznacznej wyceny

opcji w oparciu o ofertę wykonawcy w tych przypadkach, w których opcja dotyczy ceny. Maksymalną wartość opcji w przypadku opcji ujemnej (czyli możliwości zmniejszenia zakresu świadczenia) należy utożsamiać z maksymalnym ograniczeniem świadczenia wykonawcy.

3.4. Opcja a wartość zamówienia. Zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy jego przedmiot z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia nie rozróżniają wartości opcji i wartości przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia opcji. Zamawiający jest zatem zobowiązany ustalić największy możliwy przedmiot zamówienia (świadczenia wykonawcy) z uwzględnieniem opcji i oszacować jego wartość. To oznacza, że na potrzeby ustalenia wartości zamówienia zamawiający jest zobowiązany przyjąć świadczenie wykonawcy w maksymalnym dopuszczonym umową zakresie. W przypadku tzw. opcji dodatniej (np. umożliwienie zamówienia dodatkowego świadczenia na podstawie jednostronnego oświadczenia zamawiającego) przy ustalania wartości zamówienia należy przyjąć, że zamawiający wykona opcję w całości. W przypadku opcji ujemnej (czyli możliwości zmniejszenia zakresu świadczenia) należy założyć, że zamawiający z opcji nie skorzysta. W niektórych przypadkach opcja może nie mieć wpływu na wartość zamówienia (np. w przypadku umowy sprzedaży opcja, która wyłącznie wydłuża termin na wezwanie do dostarczenia i dostarczenie przedmiotu zamówienia).

3.5. Okoliczności skorzystania z opcji. Kolejną obligatoryjną przesłanką, którą zamawiający musi uwzględnić w klauzulach umownych, jest sprecyzowanie okoliczności skorzystania z opcji, tj. warunków dotyczących „uruchomienia" opcji (art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp). Korzystanie z opcji następuje w większości przypadków przez złożenie przez zamawiającego

oświadczenia woli w określonym przez niego terminie i o określonym przedmiocie. Niekiedy jednak może polegać na bezczynności zamawiającego w zakresie niektórych obowiązków wynikających z umowy. Okoliczności skorzystania z opcji muszą być na tyle precyzyjnie opisane, aby było jasne, w jaki sposób i na jakich warunkach opcja zostanie uruchomiona. Uruchomienie opcji może być uzależnione od np. zaistnienia opcjonalnej potrzeby pozyskania odpowiednich środków finansowych lub uzyskania różnego rodzaju decyzji innych organów.

Wskazane w art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp okoliczności nie dotyczą jednak wyłącznie przesłanek skorzystania z prawa opcji przez zamawiającego. W zależności od przedmiotu zamówienia mogą to być również okoliczności:

1) faktyczne: określenie zdarzeń lub warunków na podstawie, których zamawiający podejmie decyzję o skorzystaniu z opcji;
2) formalne: pisemność oświadczenia (zlecenia) dotyczącego opcji, jednokrotność lub wielokrotność korzystania, zakres upoważnień osób do złożenia tego oświadczenia, określenie kanału komunikacji;
3) terminowe: terminy obowiązujące przy złożeniu oświadczenia o skorzystaniu z opcji;
4) organizacyjne: określenie łańcucha decyzyjnego, kompetencyjnego, obejmującego także potwierdzanie dysponowania środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację opcji.

3.6. Zakaz modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Ostatni warunek (art. 441 ust. 1 pkt 3) Pzp), jaki musi zostać spełniony, aby można było zastosować opcję, to takie ukształtowanie umowy, żeby opcja nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. Pojęcie modyfikacji ogólnego charakteru umowy jest używane w kontekście dopuszczalnych zmian

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy uznać, że zmiana ogólnego charakteru umowy to taka zmiana, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu. Przykładem zmiany ogólnego charakteru umowy może być zmiana przedmiotu umowy z robót budowlanych na dostawy, zmiana zamówienia publicznego na koncesję lub zmiana umowy zawartej na czas oznaczony na zawartą na czas nieoznaczony. W skrajnym przypadku, gdy zamawiający jako opcje przewidział uprawnienie do zażądania świadczeń zupełnie odmiennych w stosunku do gwarantowanego zakresu przedmiotu umowy, dochodziłoby de facto do udzielenia nowego zamówienia. Ukształtowanie opcji w sposób doprowadzający do zmiany ogólnego charakteru umowy w sposób oczywisty wpływa na zwiększenie ryzyk po stronie wykonawcy, a najpewniej negatywnie wpływa na decyzję o ubieganie się o zamówienie.

4. Zabezpieczenie środków na sfinansowanie zamówienia. W przypadku zastosowania opcji polegającej na zmniejszeniu lub ograniczeniu zakresu zamówienia zamawiający powinien – przy uwzględnieniu właściwego okresu planowania – zabezpieczyć kwotę odpowiadającą wynikającej z umowy pełnej wartości zobowiązania. Natomiast zastosowanie opcji polegającej na rozszerzeniu lub zwiększeniu zakresu zamówienia nie oznacza konieczności zabezpieczenia w budżecie zamawiającego kwot przeznaczonych na realizację całego zamówienia. W takim przypadku zamawiający powinien – przy uwzględnieniu danego okresu planowania – zabezpieczyć środki przeznaczone na realizację zamówienia „gwarantowanego" – bez odnoszenia się do zamówienia opcjonalnego (udzielanego w ramach uprawnienia do skorzystania przez zamawiającego z opcji). Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia

wyłącznie co do minimalnego „gwarantowanego" zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia podstawowego jest bezwzględnie konieczne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne[18].

Opcja stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać, a więc nie jest źródłem zobowiązań zamawiającego w momencie udzielania zamówienia. Dlatego też w przypadku zastosowania opcji polegającej na rozszerzeniu lub zwiększeniu zakresu zamówienia wystarczające jest zabezpieczenie środków finansowych w kwocie właściwej dla zamówienia gwarantowanego jako zobowiązania realnego i obciążającego plan finansowy[19].

5. Względna nieważność czynności. Unieważnieniu, na podstawie art. 441 ust. 2 Pzp, nie podlegają postanowienia umowne przewidujące opcje z naruszeniem art. 441 ust. 1 Pzp, a czynności dokonane na podstawie takich postanowień.

Art. 442.

1. Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

3. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku następujących formach:

[18] Por. wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2287/11, KIO 2339/11

[19] Stanowisko Ministerstwa Finansów z dnia 10 lutego 2021 r., sygn. FG5.413.2.2021.ORB

1) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
2) gwarancjach bankowych;
3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości;
5) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
6) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
7) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. z 2018 r. poz. 2017).

4. Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

5. W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy.

6. Do zamawiających, o których mowa w art. 4 pkt 2 i 3, nie stosuje się przepisów ust. 2 i 4.

1. Informacje ogólne. Art 442 Pzp normuje zasady dotyczące udzielania zaliczek wykonawcom, którzy realizują umowy o zamówienie publiczne. Celem zaliczek jest zwiększenie płynności finansowej wykonawców i zmniejszenie zaangażowania kapitału czy środków własnych wykonawców w kredytowanie realizowanego zamówienia. W kontekście powyższego podkreśla się, że udzielanie zaliczek może ułatwić pozyskiwanie zamówień publicznych przez wykonawców należących do sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Pzp nie definiuje pojęcia zaliczki. W przepisach Kc także brak jest definicji legalnej zaliczki, choć kodeks posługuje się tym pojęciem. W doktrynie przyjmuje się, że zaliczka to kwota wpłacona na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego i stanowi jedynie część ceny. Na gruncie zamówień publicznych z zaliczką mamy do czynienia w przypadku zapłaty dokonywanej przez zamawiającego przed spełnieniem świadczenia wykonawcy oraz przed umówionym terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny) za wykonanie zamówienia publicznego.

2. Warunki udzielenia zaliczki. Zamawiający, jeżeli przewidzi udzielanie zaliczek w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, może na etapie realizacji zamówienia publicznego skorzystać z takiej możliwości. Pzp nie precyzuje zakresu informacji, jaki należy podać w ogłoszeniu o zamówieniu czy dokumentach zamówienia, przewidując zaliczki. Tym samym decyzja w tej kwestii należy do zamawiającego. Z uwagi na to, że wykonawca, kalkulując ofertę, bierze pod uwagę możliwość skorzystania z zaliczki, należy uznać, że informacja na ten temat powinna zawierać dane dotyczące dopuszczalnej wysokości, warunków wypłaty zaliczek, terminu ich rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich zwrotu. Szerszy zakres informacji w tym zakresie pozytywnie wpłynie na kalkulację oferty wykonawcy.

Należy także zauważyć, że ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń dotyczących udzielania zaliczek, oprócz możliwości udzielenia kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek. Z powyższego wynika, że zamawiający może udzielić więcej niż jednej zaliczki. Pzp nie precyzuje jednak liczby udzielanych zaliczek czy też ich maksymalnej wysokości, pozostawiając w tym zakresie decyzję zamawiającym. A zatem zamawiający samodzielnie dostosowuje udzielanie zaliczek do specyfiki zamówienia i swoich możliwości finansowych.

Interpretacji pojęcia „wykaże", jakim posłużył się ustawodawca w tym przepisie, należy dokonywać, mając na uwadze wskazany powyżej cel wprowadzenia tego unormowania. Jego istotą jest spowodowanie, że wypłata dalszych zaliczek nastąpi jedynie w przypadku faktycznego wykonania przez wykonawcę poprzednich części zamówienia, za które udzielono mu zaliczek na wcześniejszych etapach wykonania umowy. Tym samym pod pojęciem wykazania nie należy rozumieć jedynie wystawienia przez wykonawcę faktury VAT, która nie przesądza o tym, że pewna część zamówienia została przez wykonawcę zrealizowana. Wykazanie wykonania zamówienia w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek wiąże się bowiem z koniecznością udokumentowania przez wykonawcę zakresu wykonanego przez niego zamówienia. Ponieważ sposób wykazania, a w konsekwencji udokumentowania przez wykonawcę zakresu wykonanego zamówienia nie został przez ustawodawcę określony, dokumentowanie to może przybrać różnorodne formy, jak np. protokoły odbioru częściowego, pokwitowanie dostawy. Sposób wykazania przez wykonawcę wykonania zamówienia w zakresie wartości poprzednio

udzielonych zaliczek co do konkretnego zamówienia publicznego powinien znaleźć odzwierciedlenie w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sformułowanie takich istotnych postanowień umowy, stanowiących część SWZ, stanowi jednocześnie ważną informację dla potencjalnych wykonawców co do sposobu realizacji danego zamówienia.

Zakres podmiotowy art. 442 Pzp obejmuje wszystkie kategorie zamawiających, o których mowa w art. 4–6 Pzp, niezależnie od ich statusu prawnego, tj. zamawiających publicznych, zamawiających sektorowych oraz zamawiających subsydiowanych. Innymi słowy każdy zamawiający, o którym mowa w przepisach Pzp, może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udzielać zaliczek. Zakres przedmiotowy dotyczy natomiast każdego rodzaju zamówienia publicznego, tj. usługi, dostawy i roboty budowlanej. Możliwość udzielenia zaliczek nie jest uzależniona od długości trwania kontraktu publicznego.

W przeciwieństwie do przepisów Pzp2004 przepisy Pzp nie przewidują ograniczenia w zakresie możliwości przewidzenia zaliczki, jeżeli wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

3. Zabezpieczenie zaliczki. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach określonych w art. 442 ust. 3 Pzp, czyli w formach przewidzianych do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zob. komentarz do art. 450 Pzp). Żądanie przez zamawiającego zabezpieczenia zaliczki jest fakultatywne, chyba że wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, wówczas zamawiający jest zobligowany do żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczek. Należy podkreślić, że

zabezpieczenie zaliczki ma charakter gwarancyjny i chroni zamawiającego przez ewentualnymi problemami ze zwrotem zaliczki w przypadku niewykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę.
W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki w umowie określa się formę lub formy tego zabezpieczenia, jego wysokość, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Ponadto umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji umowy. Obowiązują w tym zakresie zatem odmienne reguły niż w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którego sposób zabezpieczenia – zgodnie z art. 450 ust. 1 Pzp – może swobodnie wybrać wykonawca. Natomiast w przypadku żądania od wykonawcy zabezpieczenia zaliczki wybór formy lub form takiego zabezpieczenia pozostawiono zamawiającemu. Wskazuje na to treść art. 442 ust. 3 i ust. 5 Pzp.
Pzp stanowi także, że do zamawiających – państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, a także osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze publicznym, czyli podmiotów określonych w art. 4 pkt 2 i 3 Pzp, nie stosuje się przepisów dotyczących możliwości udzielania kolejnych zaliczek pod warunkiem wykonania przez wykonawcę zamówienia w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek, a także obowiązku żądania zabezpieczenia zaliczki, w przypadku gdy wartość zaliczek przekroczy próg 20% wynagrodzenia wykonawcy.

Art. 443.

1. Zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

2. Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

3. Zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zgodnie z art. 443 Pzp w przypadku umów zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy zamawiający ma obowiązek płacenia wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia. Obowiązek ten dotyczy aktualnie wszystkich kategorii umów, zatem umów na usługi, dostawy i roboty budowlane, pod warunkiem zawarcia ich na okres oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy. Z uzasadnienia do projektu Pzp wynika, że „rozwiązanie takie powinno 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 zamówienie publiczne szerszej grupy wykonawców”[20]. Zamawiający zobowiązany jest do określenia w umowie, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części. W przypadku zamówień na usługi powtarzające się okresowo lub ciągłe stosować będzie można rozliczenia miesięczne lub kwartalne. Natomiast w przypadku dostaw, np. artykułów biurowych, sprzętu IT, paliwa, przyjąć będzie można płatności etapowe, które następować będą po dostarczeniu danej partii. To od zamawiającego zależy, jaki model płatności częściowych przyjmie,

[20] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

jednakże musi pamiętać o określeniu, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części i jaka będzie wartość ostatniej części. Należy też pamiętać, iż ustawodawca co do ostatniej części wynagrodzenia wprowadził ograniczenie procentowe, zgodnie z którym ostatnia część wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Postanowienia umowy regulujące rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji. Zapisy umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

Jeżeli zamawiający nie przewiduje płatności częściowych w umowach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy, to wówczas zobowiązany jest przewidzieć udzielanie wykonawcy zaliczek, pozwalających na płynne finansowanie kolejnych etapów zamówienia. Art. 443 ust. 3 Pzp stanowi, że poszczególne zaliczki nie mogą być mniejsze niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Art. 444.

1. Organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni.

2. Jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została

zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie.

3. W przypadku bezskutecznego upływu terminu, o którym mowa w ust. 2, organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

4. Przepisy ust. 1–3 nie wyłączają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym wynikających z odrębnych przepisów.

1. Art. 444 Pzp reguluje nadzór nad udzieleniem zamówień z wolnej ręki, tzw. *in house*. Zamówienia *in house* zostały uregulowane w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp i dotyczą zamówień udzielanych podmiotowi wewnętrznemu, kontrolowanemu przez zamawiającego bądź wspólnie z innymi zamawiającymi, czy też współpracę międzyinstytucjonalną występującą pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Przepisy art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp przewidują dodatkowe przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie, aby zamówienie mogło zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki (zob. komentarz do art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp).
Organy sprawujące nadzór finansowy nad zamawiającym nie zostały wskazane w Pzp, w związku z tym każdorazowo o tym, kto sprawuje nadzór, decydują przepisy ustrojowe w odrębnych ustawach bądź statuty regulujące funkcjonowanie poszczególnych podmiotów. W przypadku jednostek samorządu terytorialnego organami nadzoru w zakresie spraw finansowych są regionalne izby obrachunkowe.
W przypadku gdy właściwy organ nadzoru nad zamawiającym poweźmie wątpliwości co do prawidłowości zastosowania zamówienia *in house* w trybie zamówienia z wolnej z ręki w oparciu o art. 214 ust. 1

pkt 11–14 Pzp, zakazuje zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wyjaśnienia tej kwestii, jednakże nie dłużej niż 21 dni. W przeciągu 21 dni organ nadzoru powinien zbadać sprawę i stwierdzić, czy istnieją podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp, czy też nie. Tym samym organ nadzoru powinien ustalić, czy w konkretnym stanie faktycznym zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp.

W przypadku stwierdzenia, że przesłanki nie zostały spełnione, organ nadzoru zakazuje zawarcia umowy w tym trybie, jeżeli natomiast umowa została już zawarta, wówczas zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy w określonym przez siebie terminie.

Jeżeli zamawiający nie zastosuje się do zaleceń organu nadzoru w wyznaczonym terminie, wówczas organ ten wystąpi do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części, w zależności od wcześniejszych ustaleń w tym zakresie.

Ponadto Pzp przewiduje, że uregulowania zawarte w tym przepisie nie wyłączają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym, które wynikają z innych aktów prawnych.

Art. 445.

1. Wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

1. Zakres podmiotowy odpowiedzialności. Art. 445 Pzp odnosi się do zakresu odpowiedzialności podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie umowy oraz wniesienie należytego zabezpieczenia umowy. Przepis odsyła do art. 58 Pzp, który reguluje udział podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 58 Pzp).
2. Solidarna odpowiedzialność. Instytucja odpowiedzialności solidarnej nie została uregulowana w przepisach Pzp, w związku z powyższym należy odnieść się na mocy art. 8 Pzp do przepisów Kc. Art. 366 § 1 Kc stanowi, że kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, iż wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). A zatem solidarna odpowiedzialność dłużników przewidziana w tym przepisie odnosi się do solidarności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne.
Dyspozycja art. 445 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do domagania się wykonania części lub całości zamówienia, a także wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy od wszystkich wykonawców, kilku z nich lub każdego z osobna. Przepis art. 445 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż odmienne

uregulowanie zakresu odpowiedzialności uczestników konsorcjum nie jest wiążące dla zamawiającego, może mieć znaczenie wyłącznie w stosunkach wewnętrznych między uczestnikami konsorcjum. Przepis stwarza dla zamawiającego dostateczną gwarancję, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia będzie mógł domagać się realizacji świadczenia od któregokolwiek z wykonawców działających wspólnie, niezależnie od postanowień umowy ustanawiającej konsorcjum. Na powyższe wskazuje także orzecznictwo sądów powszechnych, które co prawda odnosi się do nieobowiązującego już art. 141 Pzp2004, ale w dalszym ciągu pozostaje aktualne. Przykładowo, sąd orzekł[21], że mamy do czynienia z sytuacją, iż do powstania odpowiedzialności solidarnej nie są potrzebne jakiekolwiek dodatkowe czynności żadnej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ odpowiedzialność ta wynika wprost z ustawy. Oznacza to, że ma ona charakter bezwzględny, wobec czego nie może być wyłączona w stosunku do zamawiającego w drodze czynności dyspozytywnych, w szczególności w umowie łączącej wykonawców (np. w umowie konsorcjum).

3. Wyłączenie solidarnej odpowiedzialności. Art. 445 ust. 2 Pzp określa wyjątek od generalnej zasady odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia jej należytego wykonania. Dotyczy to zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego. W takim przypadku wykonawcy ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia jej należytego wykonania w części, którą wykonują zgodnie z zawartą pomiędzy nimi umową.

[21] Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 grudnia 207 r. sygn. akt V ACa 472/16

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazuje się, że powyższa zmiana ma na celu zachęcenie wykonawców, w szczególności tych z sektora MŚP, do udziału w postępowaniach, których przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej. Rozwiązanie ma sprzyjać takiemu ukształtowaniu odpowiedzialności, że z założenia każdy z członków konsorcjum ponosi odpowiedzialność tylko za tę część umowy, którą rzeczywiście wykonuje. W praktyce jeden z wykonawców odpowiedzialny za fazę badawczo-rozwojową nie będzie ponosił odpowiedzialności za fazę produkcji, za którą jest odpowiedzialny drugi z nich i odwrotnie.

Przy tak ukształtowanym zakresie odpowiedzialności istotnego znaczenia nabiera umowa regulująca współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego. Zakres odpowiedzialności określony w tej umowie jest bowiem dla zamawiającego wiążący. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia będzie on mógł domagać się realizacji świadczenia w danej części od tego z wykonawców działających wspólnie, który na mocy umowy odpowiada za realizację odpowiedniej części umowy, np. za realizację etapu badawczo-rozwojowego.

Art. 446.

1. Zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia, w którym dokonuje oceny tej realizacji, w przypadku gdy:

1) na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej;

2) na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;

3) wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej:

a) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro,

b) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro;

4) zamawiający lub wykonawca odstąpił od umowy w całości lub w części, albo dokonał jej wypowiedzenia w całości lub w części.

2. Zamawiający może sporządzić raport w przypadkach innych niż określone w ust. 1.

3. Raport zawiera:

1) wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia oraz ceną całkowitą, podaną w ofercie albo maksymalną wartością nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającą z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe;

2) wskazanie okoliczności, o których mowa w ust. 1, oraz przyczyn ich wystąpienia;

3) ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania;

4) wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia,

z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych.

4. Zamawiający sporządza raport w terminie miesiąca od dnia:

1) sporządzenia protokołu odbioru lub uznania umowy za wykonaną albo

2) rozwiązania umowy w wyniku złożenia oświadczenia o jej wypowiedzeniu albo odstąpieniu od niej.

1. Wprowadzenie. Zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych jest możliwe dzięki należycie przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Z analizy treści umowy oraz sposobu jej realizacji zamawiający może wywieść wnioski pozwalające mu na wprowadzenie zmian mających na celu poprawę procesu zakupowego w odniesieniu do podobnych zamówień w przyszłości. Praktyka ta nie była dostatecznie wykorzystywana jako narzędzie do poprawiania jakości realizacji zamówień. W wielu przypadkach zamawiający, mimo pojawienia się problemów na etapie realizacji umowy, wykorzystywali nadal te same mechanizmy, dokumenty zamówienia i wzory umów, które w kolejnych zamówieniach sprawiały podobne trudności w należytej realizacji zamówień. W związku z powyższym ustawodawca w Pzp położył duży nacisk na kwestie związane z należytym nadzorem nad realizacją umowy. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, „nową instytucją jest raport z realizacji zamówienia przewidziany w art. 446 ustawy, który ma na celu zobligowanie zamawiających w przypadku zamówień, których realizacja napotkała określone trudności, do dokonania oceny realizacji takiego zamówienia. Celem tego nowego obowiązku po stronie zamawiających jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych dzięki należycie przeprowadzonej ewaluacji realizacji

umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości"[22]. A zatem nałożony dyspozycją art. 446 Pzp obowiązek przygotowania przez zamawiających raportu z realizacji umowy jest elementem procesu, którego celem jest wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania zamówienia i jego ewaluacji.

Należy zauważyć, że obowiązek sporządzenia raportu z realizacji umowy nie ma zastosowania do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (art. 395 ust. 1 pkt 2 Pzp).

2. Przesłanki sporządzenia raportu. Pzp wprowadza obowiązek sporządzenia przez zamawiającego raportu z realizacji zamówienia, w którym dokonuje on oceny tej realizacji w ściśle określonych sytuacjach. Każda z poniższych przesłanek ma charakter rozłączny (autonomiczny), co oznacza, że wystąpienie chociażby jednej z nich zobowiązuje zamawiającego do sporządzenia raportu.

Po pierwsze, obowiązek ten dotyczy umów, gdy na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od **wartości ceny ofertowej** (art. 446 ust. 1 pkt 1 Pzp). W Pzp brak jest definicji wartość ceny ofertowej. Pzp posługuje się pojęciem **wartości zamówienia**, które oznacza całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, oraz pojęciem **najkorzystniejsza oferta**, tj. oferta, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu albo oferta z najniższą ceną lub kosztem. Pzp posługuje się także pojęciem wartość pierwotna umowy przy zmianach umowy o zamówienie publiczne. Można zatem przyjąć, że cena ofertowa to cena wskazana przez wykonawcę w ofercie,

---

[22] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

która zawiera podatek od towarów i usług. Jeżeli zatem na realizację zamówienia wydatkowano wyższą kwotę o co najmniej 10% od wartości wskazanej w ofercie wykonawcy, wówczas zamawiający zobligowany jest do sporządzenia raportu. Wydatkowanie kwot wyższych od wartości ceny ofertowej jest konsekwencją przede wszystkim dopuszczalnych zmian umowy uregulowanych w art. 455 Pzp.

Po drugie, raport musi zostać obligatoryjnie sporządzony w sytuacji nałożenia na wykonawcę kar umownych w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej (art. 446 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z art. 483 § 1 Kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kc przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować.

Raport musi zostać także sporządzony, gdy wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy co najmniej:

1) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro,
2) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro (art. 446 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Opóźnienie to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. A zatem w każdej sytuacji zrealizowania umowy z przekroczeniem terminu wykonania o co najmniej 30 lub 90 dni (w zależności od wartości zamówienia i rodzaju zamówienia) zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia raportu. Należy pamiętać, że termin zakończenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej należy określać w dniach, tygodniach miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Reasumując, dla konieczności sporządzenia raportu niezbędnym jest rozważenie okoliczności i ustalenie, czy mamy do czynienia z opóźnieniem realizacji umowy.
Ostatnią przesłanką, która obliguje zamawiającego do sporządzenia raportu z realizacji zamówienia, jest sytuacja, w której zamawiający lub wykonawca odstąpił od umowy w całości lub w części albo dokonał jej wypowiedzenia w całości lub w części (art. 446 ust. 1 pkt 4 Pzp). Powyższy przepis uzależnia sporządzenie raportu z realizacji umowy w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest zrealizowana w całości lub części na skutek odstąpienia lub wypowiedzenia umowy. A zatem przepis wyróżnia okoliczności związane z odstąpieniem od umowy w całości lub części lub jej wypowiedzeniem w całości lub w części przez którąkolwiek ze stron umowy, tj. wykonawcę lub zamawiającego. Wystąpienie którejkolwiek z nich implikuje powstanie obowiązku po stronie zamawiającego do sporządzenia raportu z realizacji zamówienia.
Należy także podkreślić, że Pzp nie uzależnia sporządzenia raportu z realizacji umowy od innych okoliczności, np. trybu wyboru wykonawcy czy rodzaju zamawiającego, a od okoliczności ściśle związanych z realizacją umowy.

W art. 446 ust. 2 Pzp dopuszczono także możliwość sporządzenia raportu z realizacji zamówienia w innych przypadkach niż określone w art. 446 ust. 1 Pzp, co oznacza, że praktycznie w przypadku każdego zamówienia objętego stosowaniem przepisów Pzp zamawiający ma możliwość sporządzenia takiego raportu. Sporządzając taki nieobligatoryjny raport, zamawiający może posłużyć się wytycznymi ustalonymi w tym przepisie, może też sporządzić go w inny odpowiadający jego potrzebom sposób.

3. Elementy raportu. Art. 446 ust. 3 Pzp wskazuje na obligatoryjne elementy raportu, czyli informacje związane z realizacją umowy, które muszą być zawarte w raporcie. Ustawodawca określił wyłącznie zakres przedmiotowy informacji zamieszczanych w raporcie. Decyzję o sposobie przygotowania tego dokumentu, z uwzględnieniem wymagań ustawowych w tym zakresie, podejmuje samodzielnie zamawiający. Nie ma przeszkód, by taki obligatoryjny raport zawierał również inne informacje odpowiadające dodatkowym potrzebom (np. zarządczym) zamawiającego.

Raport musi zawierać wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, porównanie jej z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia oraz ceną całkowitą podaną w ofercie albo maksymalną wartością nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającą z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 446 ust. 3 pkt 1 Pzp).

Zgodnie z art. 446 ust. 3 pkt 2 Pzp raport musi zawierać wskazanie jednej z okoliczności określonych w art. 446 ust. 1 Pzp, która warunkuje jego sporządzenie.

W raporcie należy także dokonać oceny sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania, np. wskazanie momentów, w których odbierane lub sprawdzane były etapy częściowe, oceny współpracy

z wykonawcą, oceny jakości wykonywanych prac czy też ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia (art. 446 ust 3 pkt 3 Pzp).
Ostatnim obligatoryjnym elementem raportu jest sformułowanie wniosków co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych (art. 446 ust. 3 pkt 4 Pzp). W tym punkcie zamawiający powinien zidentyfikować problemy, które pojawiły się na etapie realizacji zamówienia publicznego, a następnie wyciągnąć wnioski na przyszłość co do zmiany sposobu realizacji zamówienia, w tym dotyczące wprowadzenia niezbędnych zmian w dokumentacjach przyszłych postępowań.

4. Termin sporządzenia raportu. Pzp stanowi, że zamawiający sporządza raport:

1) w przypadku zrealizowania umowy – w terminie miesiąca od sporządzenia protokołu odbioru lub uznania umowy za wykonaną,
2) w przypadku niezrealizowania umowy – w terminie miesiąca od rozwiązania umowy w wyniku złożenia oświadczenia o jej wypowiedzeniu albo odstąpieniu od niej.

Do liczenia terminów należy stosować przepisy Kc zgodnie z odwołaniem w art. 8 Pzp, chyba że przepisy Pzp stanowią inaczej. Zgodnie zatem z art. 112 Kc termin oznaczony w miesiącach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca. Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści (art. 114 Kc).

Art. 447.

1. W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;

2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

– w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający może wskazać w SWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia,

która nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

1. Wprowadzenie. Art. 447 Pzp dotyczy tylko umów o roboty budowlane zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Nie dotyczy zatem umów na roboty budowalne zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy oraz umów na dostawy i usługi bez względu na okres ich trwania. Powyższy przepis stanowi powtórzenie regulacji zawartej w Pzp2004. Norma prawna określona w art. 447 Pzp ma na celu przede wszystkim zwiększenie skuteczności realizacji kontraktów publicznych na roboty budowlane oraz poprawę sytuacji podmiotów współrealizujących takie kontrakty w charakterze podwykonawców lub dalszych podwykonawców. Zgodnie z intencją ustawodawcy przepis ten powinien zapewnić płynność finansową wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców poprzez zwiększenie częstotliwości wypłacanego wynagrodzenia tym podmiotom, co daje gwarancję terminowej i pełnej zapłaty wynagrodzenia za wykonane zadania w ramach kontraktów publicznych[23]. Wymagania statuowane określone w omawianym przepisie powinny zatem znaleźć swoje odzwierciedlenie w zapisach umowy na roboty budowlane zawartej na okres powyżej 12 miesięcy.

2. Warunki zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Art. 447 Pzp przewiduje dwa warunki zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane zawartej na okres powyżej 12 miesięcy.

2.1. Pierwszy z nich z nich związany jest z wypłatą wynagrodzenia wykonawcy w częściach. W takim wypadku warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części wynagrodzenia za odebrane

[23] Por. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. nr 1179, s. 9, https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1179 (dostęp: 18 maja 2021 r.)

roboty jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Przepis odnosi się do „dowodów zapłaty", jednakże pojęcie to nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę. Z piśmiennictwa wynika, że dowodami takimi mogą być: pokwitowanie (art. 462 § 1 Kc), oświadczenie podwykonawcy czy też wyciąg z rachunku bankowego, z którego została dokonana zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy[24].

Przykładowo odnosząc się do tego zagadnienia, KIO stwierdziła[25], że ustawodawca nie wskazał, co ma być owymi dowodami, ani nie zdefiniował pojęcia dowodu, jednak można przyjąć, że chodzi o taki „środek służący do wykazania prawdziwości okoliczności ważnych do rozstrzygnięcia sprawy (definicja słowa „dowód" zawarta w internetowym słowniku języka polskiego PWN), dzięki któremu zamawiający będzie miał poczucie, że wykonawca „udowodnił" mu zaistnienie danych okoliczności. Połączenie wydruku przelewu z oświadczeniem wykonawcy jest najbardziej popularnym i chyba najlepszym środkiem do osiągnięcia tego celu. Nie jest też powiedziane, że 1 dokument to 1 dowód, dowód w tym zakresie może bowiem się składać z całego ciągu dokumentów. Zdaniem Izby zamawiający postąpił poprawnie wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty ma on przygotować wraz z fakturą. Jest to dla wykonawcy bardziej korzystne, niż gdyby dopiero po przedstawieniu mu faktury zamawiający zaczął wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód".

---

[24] Tak: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Lex 2017, komentarz do art. 143a

[25] Wyrok KIO z dnia z 8 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1506/14, Legalis

A zatem dowodami zapłaty powinny być wszelkie dokumenty, z których wynika potwierdzenie zrealizowania obowiązku dotyczącego zapłaty wymagalnego wynagrodzenia za wykonaną część robót podwykonawcom i dalszym podwykonawcom.

W art. 447 Pzp zawarte jest także odwołanie do podwykonawców i dalszych podwykonawców, o których mowa w art. 464 ust. 1 Pzp, czyli takich podmiotów, które zawarły umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane.

Obowiązek zapłaty wymagalnego wynagrodzenia dotyczy tylko tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy wykonywali tę część robót budowlanych, za którą należy się wypłata wynagrodzenia dla wykonawcy. *A contrario*, obowiązek ten nie dotyczy zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, którzy co prawda wykonali już pewną część robót budowlanych, ale nie tę, która mieści się w części, za którą jest płacone wynagrodzenie należne wykonawcy.

2.2. Drugi warunek wypłaty wynagrodzenia związany jest z jednorazową zapłatą całości wynagrodzenia po wykonaniu całości robót budowlanych. W takim wypadku zamawiający jest zobligowany do udzielania zaliczek (o zaliczkach – zob. komentarz do art. 442 Pzp). Przy czym udzielenie kolejnych zaliczek przez zamawiającego jest uzależnione od przedstawienia przez wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Obowiązek uprzedniego zapłacenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom dotyczy podmiotów, o których mowa w art. 464 ust. 1 Pzp, a także biorących udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została udzielona.

Z treścią tego przepisu koreluje art. 443 ust. 3 Pzp, który odnosi się do wszystkich umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy

(na dostawy, usługi i roboty budowlane). Zgodnie z brzmieniem tego przepisu zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Odnosi się to zatem do umów na roboty budowlane, których okres realizacji przekracza 12 miesięcy.

3. Nieprzedstawienie dowodów zapłaty. Art. 447 ust. 2 Pzp reguluje sytuację, w której wykonawca nie przedstawia wszystkich dowodów zapłaty, o których była mowa w art. 447 ust. 2 Pzp. Wówczas zamawiający wstrzymuje odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane bądź udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Tym samym, jeżeli wykonawca tylko w części wykaże zapłatę wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje on wynagrodzenie pomniejszone o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

4. Wskazanie procentowej wartości ostatniej części wynagrodzenia. W przypadku gdy w umowie o roboty budowlane zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy przewidziano możliwość zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, art. 447 ust. 3 Pzp umożliwia zamawiającemu wskazanie w SWZ procentowej wartości ostatniej części wynagrodzenia. Równocześnie ustawodawca wprowadził ograniczenie wysokości takiej ostatniej części wynagrodzenia poprzez wskazanie, że nie może ona wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Art. 448.

Zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

1. Pzp kładzie większy nacisk na etap realizacji zamówienia oraz na jawność i dostępność danych niż Pzp2004. Ogłoszenie o wykonaniu umowy wraz z pozostałymi ogłoszeniami (w tym ogłoszeniem o planowanych zamówieniach) sprawia, że w jednym publikatorze (BZP) jest dostępny komplet informacji analitycznych o zamówieniu od momentu jego planowania po jego wykonanie. Takie informacje pozwolą w sposób bardziej kompletny niż wcześniej analizować jednostkowe zamówienia, poszczególne rodzaje zamówień czy rynek zamówień publicznych w całości lub ograniczonej terytorialnie części lub branży.

Zgodnie z art. 448 Pzp zamawiający ma obowiązek zamieścić w BZP ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w BZP. Termin na wykonanie przez zamawiającego tego obowiązku liczony jest od wykonania umowy i wynosi 30 dni. Posiłkując się regulacją przepisu art. 446 ust. 4 Pzp, należy uznać, że obowiązek publikacji ogłoszenia o wykonaniu umowy będzie się aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania przez zamawiającego umowy za wykonaną. Zasadne wydaje się przyjęcie, że na potrzeby zrealizowania obowiązku przewidzianego w komentowanym przepisie umowę można uznać za wykonaną, gdy zrealizowany zostanie przedmiot świadczenia głównego. Tym samym zamawiający nie powinien czekać z publikacją ogłoszenia o wykonaniu umowy do np. zakończenia okresu gwarancji czy rękojmi, tylko wykonać ciążący na nim obowiązek w terminie 30 dni od wykonania umowy (np. przyjęcia czy odbioru przedmiotu dostawy).

Rodzaje ogłoszeń, które zamawiający mają obowiązek zamieszczać w BZP, zostały określone w art. 267 ust. 2 Pzp (w tym m.in. ogłoszenie o wykonaniu umowy). Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż obowiązek

publikacji ogłoszenia o wykonaniu umowy dotyczy zarówno umów zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne, jak i równej lub przekraczającej te progi. A więc obowiązek publikacji tego rodzaju ogłoszenia w BZP aktualizuje się niezależnie od tego, czy postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy prowadzone było na podstawie przepisów działu II, czy działu III Pzp. Warto zauważyć, że obowiązek zamieszczania ogłoszenia o wykonaniu umowy dotyczy również zamówień sektorowych, a nie dotyczy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 395 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Zakres informacji, jakie zamawiający musi ujawnić w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku wykonaniem umowy, wnika z rozporządzenia wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 272 ust. 2 Pzp.

Rozdział 2
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Art. 449.

1. Ilekroć w niniejszym rozdziale mowa jest o zabezpieczeniu, należy przez to rozumieć zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

3. Zabezpieczenie wnosi się przed zawarciem umowy, chyba że ustawa stanowi inaczej lub zamawiający określi inny termin w dokumentach zamówienia.

1. Cel wniesienia zabezpieczenia. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Zabezpieczenie należytego

wykonania umowy pełni funkcję swoistej kaucji, która ma na celu umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń powstałych w następstwie nienależytego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego poprzez pokrycie tych roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową.

Ponieważ Pzp nie określa, w jakich okolicznościach zamawiający jest uprawniony do skorzystania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ich sprecyzowanie musi nastąpić z odwołaniem się do przepisów Kc (arg. z art. 8 ust. 1 Pzp). Zgodnie z art. 471 Kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Skutkiem zachowania się dłużnika niezgodnego z treścią zobowiązania jest więc jego odpowiedzialność odszkodowawcza wiążąca się jednocześnie z roszczeniem wierzyciela o naprawienie szkody. Uprawnienia przysługujące wierzycielowi w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uregulowane są w działach II i III tytułu VII księgi trzeciej Kc zatytułowanych „Skutki niewykonania zobowiązań" oraz „Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych".

I tak zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy najczęściej pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu:

1) odszkodowania w związku niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (art. 471 Kc),
2) kary umownej (483 § 1 Kc), o ile została zastrzeżona w umowie,
3) odszkodowania w związku ze zwłoką w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 Kc),

4) odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (493 § 1).

KIO w jednym z orzeczeń stwierdziła[26], że skoro ustawodawca nie określił, jakich konkretnie roszczeń w ramach roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w tym przede wszystkim nie zawęził ich zakresu, to tym bardziej zamawiający uprawniony jest do żądania odsetek od niezapłaconych kar umownych. Podkreślić należy, że zapłata kary umownej stanowi także część umowy i niezapłacenie tych kar (umownych) stanowi nienależyte wykonanie umowy. Umowę należy bowiem traktować jako całość, zatem każde naruszenie postanowienia umowy może być objęte gwarancją, jaką dostarczyć ma wykonawca.

Celem instytucji zabezpieczenia jest zatem umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym znaczeniu zabezpieczenie pełni funkcję gwarancyjną i ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy.

2. Termin wniesienia zabezpieczenia. Pzp w odróżnieniu od Pzp2004 wskazuje wprost na termin, w którym ma być wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Pzp określa zatem, że zabezpieczenie wnosi się przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, chyba że ustawa stanowi inaczej lub zamawiający określi inny termin w dokumentach zamówienia. Z art. 449 ust. 3 Pzp wynika zatem, że zabezpieczenie wnosi się przed zawarciem umowy. Zamawiający może ustalić inny termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania

[26] Uchwała KIO z dnia 12 lipca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 44/16

umowy. W takim przypadku termin ten musi wskazać w dokumentach zamówienia.

Skutkiem niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest ustalenie, iż wykonawca uchyla się od zawarcia umowy i w konsekwencji możliwość przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu oraz wybranie najkorzystniejszej oferty albo unieważnienie postępowania. Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

3. Żądanie wniesienia zabezpieczenia jako uprawnienie zamawiającego.

Żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest uprawnieniem zamawiającego. Zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 5 Pzp SWZ zawiera informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, **w przypadku gdy zamawiający przewiduje obowiązek jego wniesienia**. Zamawiający nie ma zatem obowiązku żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Skorzystanie z tego prawa nie oznacza możliwości podjęcia decyzji w tym zakresie przez zamawiającego na dowolnym etapie postępowania. Decyzja taka musi być podjęta na etapie przygotowania postępowania i powinna znaleźć wyraz w treści SWZ. Powinna być znana wszystkim wykonawcom, a zabezpieczenie powinno być egzekwowane niezależnie od tego, który z wykonawców okaże się w danym postępowaniu zwycięski.

Art. 450.

1. Zabezpieczenie może być wnoszone, według wyboru wykonawcy, w jednej lub w kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
3) gwarancjach bankowych;
4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

2. Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:
1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

3. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

4. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia.

5. Jeżeli zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu, zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego

rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy.

1. Uwagi ogólne. W art. 450 Pzp określono dopuszczalne formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca dokonuje wyboru formy, w jakiej wniesie zabezpieczenie, spośród tych, które zostały wymienione w tym przepisie. Ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w jednej lub kilku formach, co oznacza, że wykonawca może wnieść część zabezpieczenia w pieniądzu, a część np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Jednakże istotne jest, aby zabezpieczenie złożone w wybranych formach pokrywało pełną kwotę zabezpieczenia oraz aby nieprzerwanie zabezpieczało interes zamawiającego przez cały okres, na jaki ma zostać ustanowione.
Zamawiający nie może ograniczyć ustawowo przewidzianych form wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia poprzez odpowiednie zapisy w dokumentacji zamówienia. Jest natomiast uprawniony, aby doprecyzować kwestie nieuregulowane w Pzp, jak np. wymagania dotyczące tego, że gwarancja bankowa ma być bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie zamawiającego itp.
Za prawidłową uznać należy sytuację, w której każdy lub niektórzy z członków konsorcjum bądź nawet podmiot trzeci wniosą zabezpieczenie w jednej lub kilku wskazanych formach. Kluczowe jest, aby z treści dokumentu wynikało, że zabezpiecza on dane, skonkretyzowane zobowiązanie łącznie na wymaganą kwotę oraz okres, bez względu na to, czy zabezpieczenie zostanie wniesione w jednej bądź kilku formach[27].

[27] Por. uchwała KIO z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt KIO/KD 54/11

Pzp wymienia 5 podstawowych form zabezpieczenia, które zostały określone w art. 450 ust. 1 Pzp oraz 3 dodatkowe formy wymienione w art. 450 ust. 2 Pzp, które mogą być wniesione jedynie za zgodą zamawiającego. Powyższy katalog zabezpieczeń ma charakter zamknięty. Pzp nie precyzuje sposobu ustanowienia poszczególnych rodzajów zabezpieczeń, tym samym zastosowanie mają w tym zakresie obowiązujące przepisy szczególne, przykładowo dotyczące: gwarancji, poręczenia czy weksla.

2. Zabezpieczenie wniesione w pieniądzu. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Zabezpieczenie wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy. Ponadto, gdy wadium zostało wniesione w pieniądzu, wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia.

3. Poręczenie bankowe oraz poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Poręczenie to umowa, która została uregulowana w art. 876 i następnych Kc. Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Oświadczenie poręczyciela powinno być złożone na piśmie pod rygorem nieważności. A zatem poręczenie bankowe lub poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej jest zawsze pisemne. Poręczenie jest jednym ze sposobów osobistego zabezpieczenia wierzytelności. Stronami umowy

poręczenia są poręczyciel i wierzyciel, w omawianym przypadku bank lub spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa oraz zamawiający. Dłużnikiem zaś jest wykonawca, z którym zamawiający podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie wskazuje się, że umowa poręczenia, będąc umową nazwaną, jest jednocześnie umową akcesoryjną (zawisłą, zależną) w relacji do zobowiązania (długu) głównego. Akcesoryjność poręczenia sprawia, że umorzenie długu głównego powoduje wygaśnięcie poręczenia i bez znaczenia jest okoliczność, czy wierzyciel w stosunku głównym został zaspokojony, czy też nie. Akcesoryjność poręczenia wyraża się również w tym, że o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdoczesny zakres zobowiązania dłużnika głównego oraz w tym, że poręczyciel może podnieść przeciwko wierzycielowi wszelkie zarzuty, które przysługują dłużnikowi głównemu. Poręczenie bankowe zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 8 ustawy Prawo bankowe jest czynnością bankową. Do poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kc. W przypadku poręczenia banku poręczycielem jest bank, dłużnikiem jest wykonawca, a wierzycielem – zamawiający. Bank jako poręczyciel zawsze poręcza dług pieniężny.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być także wniesione w formie poręczenia kasy oszczędnościowo-kredytowej. Kasy te działają na mocy ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Kasa jest spółdzielnią, do której w zakresie nieuregulowanym ustawą stosuje się przepisy ustawy – Prawo spółdzielcze. Celem kas, z zastrzeżeniem art. 13aa tej ustawy, jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz wykonywanie dystrybucji ubezpieczeń na zasadach określonych w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń.

4. Gwarancja bankowa. Zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, podlegającymi stwierdzeniu określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, które beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Beneficjentem gwarancji jest zamawiający. W orzecznictwie przyjmuje się, że „Gwarancja bankowa funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako zabezpieczenie wierzytelności, charakteryzujące się wysokim stopniem pewności jego realizacji. Na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Pierwszy powstaje pomiędzy bankiem a podmiotem zlecającym udzielenie przez bank gwarancji. Dochodzi tutaj do zawarcia umowy zlecenia, w której bank zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji. Istotą tej (drugiej) umowy jest z kolei jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Wierzytelność z gwarancji bankowej powstaje z chwilą przyjęcia przez beneficjenta oświadczenia gwaranta. Jest to wierzytelność przyszła, wymagalna z chwilą niewykonania oznaczonego w gwarancji świadczenia. Treścią zobowiązania banku (wobec beneficjenta) jest zatem odpowiedzialność na wypadek, gdyby dłużnik główny nie spełnił świadczenia. Należy przy tym podkreślić, że cechą gwarancji bankowej nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka określonej transakcji”[28].

[28] Wyrok SA w Białymstoku z dnia 7 sierpnia 2013 r. sygn. akt IACa 311/3

Jak wynika z art. 81 ust. 2 Prawa bankowego, udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. SN stwierdził[29], że „Jeżeli pod rygorem nieważności wymaga się, w stosunku do określonego oświadczenia woli składanego innej osobie, zachowania formy szczególnej w postaci pisma, to dla przyjęcia, że zostało ono złożone i wywołało skutki prawne, konieczne jest doręczenie adresatowi oryginału pisma zawierającego to oświadczenie woli. Jeżeli beneficjent nie otrzyma oryginału dokumentu z banku, nie ma szans na realizację swoich uprawnień". Zgodnie natomiast z art. 84 Prawa bankowego do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kc, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym.
W piśmiennictwie wskazuje się, że do gwarancji zastosowanie mają nie tylko przepisy, które odnoszą się umów gwarancyjnych, ale także te, które zawarte są w części ogólnej Kc i przepisy dotyczące zobowiązań[30].
Ponadto w świetle art. 83 Prawa bankowego bank może potwierdzić zobowiązanie innego banku wynikające z gwarancji bankowej.
W przypadku tym roszczenia z gwarancji można kierować do banku, który jej udzielił, lub do banku, który ją potwierdził albo do obu tych banków łącznie, aż do zupełnego zaspokojenia roszczeń wierzyciela.
Przyjmuje się w literaturze, że z powyższego przepisu wynika solidarna odpowiedzialność banków, które udzieliły gwarancji bankowej, i tych potwierdzających zobowiązania z tego tytułu[31].
W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się też, że gwarancja bankowa ma charakter samodzielny i nieakcesoryjny[32]. To stanowisko zostało

---

[29] Wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2019 r. sygn. akt ICSK 349/8
[30] G. Sikorski, [red.], *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2015
[31] Por. np. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Lex, komentarz do art. 83
[32] Zob. W. Czachórski, *Zobowiązania*, s. 405

zaakceptowane w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie[33], w którym stwierdzono, iż „…z tego, że gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, wynika niemożność podniesienia przez bank przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją, takich jak np. zarzut przedawnienia głównej wierzytelności, potrącenia z sumy, na którą opiewa gwarancja, wierzytelności dłużnika względem beneficjenta. Samoistność gwarancji wyklucza także zarzut, że umowa główna (stosunek podstawowy) nie doszła do skutku albo została unieważniona. Ważność zobowiązania gwaranta nie zależy bowiem od ważności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Jeżeli nawet dłużnik uchylił się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, np. z powodu wady tego oświadczenia, to okoliczność ta nie będzie miała wpływu na treść i zakres zobowiązania gwaranta. Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz „na pierwsze żądanie" nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona".

5. Gwarancja ubezpieczeniowa. Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową nienazwaną, do której w drodze analogii stosuje się zasady dotyczące gwarancji bankowej[34]. Gwarancja ubezpieczeniowa, podobnie jak gwarancja bankowa, jest zobowiązaniem pieniężnym.

Zgodnie z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej umowa gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością ubezpieczeniową. Zgodnie z art. 7 ust. 2 tej ustawy działalność

---

[33] Wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r. sygn. akt VI ACa879/16

[34] Zob. J. Kukiełka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia finansowe*, Warszawa-Bydgoszcz 2003, s.17

ubezpieczeniową wykonuje zakład ubezpieczeń działający jako zakład ubezpieczeń albo zakład ubezpieczeń i reasekuracji. Gwarancję ubezpieczeniową może zatem wystawić wyłącznie zakład ubezpieczeń. Do gwarancji ubezpieczeniowej należy stosować przepisy Kc, w tym przepisy dotyczące umowy ubezpieczenia uregulowane w art. 805 § 1 Kc. Zgodnie z tym przepisem przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Ponadto, zgodnie z art. 808 § 1 Kc, ubezpieczający może zawrzeć umowę ubezpieczenia na cudzy rachunek. Ubezpieczony może nie być imiennie wskazany w umowie, chyba że jest to konieczne do określenia przedmiotu ubezpieczenia. Przepisy nie definiują formy ani treści gwarancji ubezpieczeniowej. Należy jednak mieć na uwadze art. 809 § 1 Kc, zgodnie z którym ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia.
W przypadku umowy ubezpieczenia stronami są zakład ubezpieczeń oraz ubezpieczający, czyli wykonawca. Natomiast trzeba podkreślić, że stroną umowy nie jest ubezpieczony, czyli podmiot, na rachunek którego zwierana jest umowa ubezpieczenia.

6. Poręczenia udzielane przez podmioty wskazane w Pzp. Kolejną formą zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest poręczenie udzielane przez podmioty wymienione w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Przepis ten odnosi się do podmiotów, którym PARP udzieliła wsparcia finansowego przeznaczonego na utworzenie lub powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu, zwanego funduszem poręczeniowym, z którego podmioty te udzielają poręczeń. Podmioty te zostały wymienione

w art. 6b ust. 1 pkt 1–3 i 5 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości i należą do nich:

4) przedsiębiorcy, pracownicy przedsiębiorców i osoby zamierzające podjąć działalność gospodarczą,
5) podmioty działające na rzecz rozwoju gospodarczego,
6) podmioty działające na rzecz zatrudnienia, rozwoju zasobów ludzkich lub potencjału adaptacyjnego przedsiębiorców,
7) podmioty działające na rzecz innowacyjności.

Należy zatem uznać, że wsparcie udzielane tym podmiotom przeznaczone jest na powiększenie wyodrębnionego funduszu, tzw. funduszu poręczeniowego, z którego podmioty te udzielają poręczeń.

7. Dodatkowe formy zabezpieczenia. W art. 450 ust. 2 Pzp przewidziano również możliwość wyboru innych form zabezpieczenia, jednakże tylko za zgodą zamawiającego. Należą do nich weksel, zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego czy też zastaw rejestrowy. Wykonawca może skorzystać z takiej formy zabezpieczenia tylko wtedy, gdy zamawiający przewidzi taką możliwość w dokumentach zamówienia.

7.1. Weksel. Weksel regulowany jest przepisami Prawa wekslowego. Ustawa ta przewiduje dwa rodzaje weksli: weksel trasowany i weksel własny. Weksel trasowany został uregulowany w art. 1 i następne Prawa wekslowego. Z tych przepisów wynika, że jest to papier wartościowy, który musi spełniać ściśle określone warunki wskazane w ustawie. Weksel trasowany musi zawierać:

1) nazwę „weksel" w samym tekście dokumentu, w języku, w jakim go wystawiono,
2) polecenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej,
3) nazwisko osoby, która ma zapłacić (trasata),

4) oznaczenie terminu płatności,
5) oznaczenie miejsca płatności,
6) nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana,
7) oznaczenie daty i miejsca wystawienia wekslu,
8) podpis wystawcy weksla.

Natomiast zgodnie z art. 2 Prawa wekslowego nie będzie uważany za weksel trasowany dokument, któremu brak jednej z cech, oprócz wyjątków wskazanych w tym przepisie. Zgodnie z tym przepisem weksel bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem. Natomiast w braku osobnego oznaczenia miejsce, wymienione obok nazwiska trasata, uważa się za miejsce płatności, a także za miejsce zamieszkania trasata. Weksel, w którym nie oznaczono miejsca wystawienia, uważa się za wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska wystawcy. Weksel może być wystawiony na własne zlecenie wystawcy. Trasatem może być sam wystawca. Weksel może być wystawiony na rachunek osoby trzeciej. Natomiast weksel własny został uregulowany w art. 101 Prawa wekslowego, który wskazuje, że weksel własny zawiera:

1) nazwę „weksel" w samym tekście dokumentu, w języku, w jakim go wystawiono,
2) przyrzeczenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej,
3) oznaczenie terminu płatności,
4) oznaczenie miejsca płatności,
5) nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana,
6) oznaczenie daty i miejsca wystawienia wekslu,
7) podpis wystawcy weksla.

Tak jak w przypadku weksla trasowanego nie będzie uważany za weksel własny dokument, któremu brak jednej z cech, oprócz wyjątków wskazanych w art. 102 Prawa wekslowego. Zgodnie z tym przepisem weksel własny bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem. W braku osobnego oznaczenia miejsce wystawienia weksla uważa się za miejsce płatności, a także za miejsce zamieszkania wystawcy. Weksel własny, w którym nie oznaczono miejsca wystawienia, uważa się za wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska wystawcy.
W literaturze przyjmuje się, że najbardziej przydatny jako instrument zabezpieczenia wierzytelności jest weksel in blanco, zwany także wekslem niezupełnym. Takim wekslem mogą być zarówno weksle własne, jak i trasowane, niezupełne (celowo) w chwili wystawienia, a szczególnie przydatne wówczas, gdy mają zabezpieczać roszczenia (wierzytelności), których wysokości ani terminu płatności strony stosunku prawnego, z którego wynikają zabezpieczane roszczenia, nie są w stanie z góry oznaczyć[35].
Należy jednak pamiętać, że weksel wnoszony tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy musi zostać poręczony przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościową – kredytową. W takim przypadku jest to poręczenie wekslowe, czyli aval. Poręczający bank lub SKOK odpowiada solidarnie wraz z dłużnikiem wekslowym, za którego poręczył. Weksel służący do zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinien być płatny za okazaniem.

7.2. Zastaw na papierach wartościowych. Przez zastaw na papierach wartościowych rozumie się obciążanie oznaczonych papierów (zastawionych) w celu zabezpieczenia określonych roszczeń prawem

[35] Zob. np. M. Jakubek, J. Mojak [oprac.], Wprowadzenie [w:] *Prawo papierów wartościowych. Wprowadzenie. Zbiór przepisów,* Lublin 1977, s. 20

zastawniczym, na mocy którego wierzyciel (zamawiający) będzie mógł dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń bezpośrednio z tych papierów bez względu na to, czyją stały się własnością i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela (wykonawcy) lub innej osoby ustanawiającej zastaw w jego interesie[36]. Ustanowienie zastawu na papierach wartościowych wymaga zawarcia umowy pomiędzy właścicielem obciążonych papierów (zastawcą) a zamawiającym (zastawnikiem). Na podstawie umowy zastawniczej zamawiający ma możliwość dochodzenia zaspokojenia z papieru wartościowego, bez względu na to, kto jest uprawnionym z tego papieru i z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami. Należy jednak pamiętać, że Pzp wymaga, aby zabezpieczeniem były jedynie papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Zasady oraz warunki emisji skarbowych i komunalnych papierów wartościowych określa ustawa o finansach publicznych.

7.3 Zastaw rejestrowy. Kolejną formą zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest zastaw rejestrowy. Zastaw rejestrowy reguluje ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Do ustanowienia zastawu rejestrowego są wymagane: umowa o ustanowienie tego zastawu (umowa zastawnicza) między osobą uprawnioną do rozporządzania przedmiotem zastawu (zastawcą) a wierzycielem (zastawnikiem) oraz wpis do rejestru zastawów. Umowa zastawnicza powinna być pod rygorem nieważności zawarta na piśmie. Umowa zastawnicza powinna określać co najmniej:

1) datę zawarcia umowy,
2) imię i nazwisko (nazwę) oraz miejsce zamieszkania (siedzibę) i adres zastawnika, zastawcy oraz dłużnika, jeżeli nie jest on zastawcą,

[36] Por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 137

3) przedmiot zastawu w sposób odpowiadający jego właściwościom,
4) wierzytelność zabezpieczoną zastawem – przez oznaczenie stosunku prawnego, z którego ta wierzytelność wynika lub może wynikać, oraz najwyższej sumy zabezpieczenia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów przedmiotem zastawu rejestrowego mogą być rzeczy ruchome i zbywalne prawa majątkowe, z wyjątkiem:

1) praw mogących być przedmiotem hipoteki,
2) wierzytelności, na których ustanowiono hipotekę,
3) statków morskich oraz statków w budowie mogących być przedmiotem hipoteki morskiej.

Natomiast w świetle art. 7 ust. 3 tej ustawy zastaw rejestrowy może być ustanowiony także wówczas, gdy zastawca nabędzie przedmiot zastawu w przyszłości. Obciążenie zastawem rejestrowym takiego przedmiotu zastawu staje się skuteczne z chwilą jego nabycia przez zastawcę. Obciążenie rzeczy zastawem rejestrowym pozostaje w mocy bez względu na zmiany, którym może ona ulegać w toku przetwarzania, a w razie połączenia lub pomieszania rzeczy obciążonej z innymi rzeczami ruchomymi w taki sposób, że przywrócenie stanu poprzedniego byłoby niemożliwe albo związane z nadmiernymi trudnościami lub kosztami, zastaw rejestrowy obciąża całość rzeczy połączonych lub pomieszanych. Wygaśnięcie wierzytelności zabezpieczonej zastawem rejestrowym powoduje wygaśnięcie zastawu z wyjątkiem przedstawionym poniżej. Art. 18 ust. 2 ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów wskazuje, że zastaw rejestrowy nie wygasa, jeżeli umowa zastawnicza tak stanowi i określa co najmniej:

1) stosunek prawny, z którego wynika lub może wynikać nowa wierzytelność,

2) termin, w którym powinien powstać nowy stosunek prawny, nie dłuższy jednak niż 6 miesięcy od dnia wygaśnięcia wierzytelności zabezpieczonej zastawem,
3) najwyższą sumę zabezpieczenia dla nowej wierzytelności, przy czym suma ta nie może być wyższa od ujawnionej w rejestrze.

Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów przewiduje trzy sposoby zaspokojenia ewentualnych roszczeń zastawnika:

1) w trybie egzekucyjnym na podstawie uprzednio uzyskanego sądowego tytułu egzekucyjnego,
2) w drodze przejęcia przedmiotu zastawu na własność przez zastawnika (według umowy), jeśli zastaw został ustanowiony na papierach wartościowych, wierzytelnościach pieniężnych lub na rzeczach powszechnie występujących w obrocie,
3) przez sprzedaż przedmiotu w drodze przetargu publicznego, który przeprowadzi notariusz lub komornik, w terminie 14 dni od dnia złożenia przez zastawnika wniosku o dokonanie sprzedaży – jeżeli przewiduje to umowa zastawnicza.

Art. 451.

1. W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 450 ust. 1.

2. Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 450 ust. 2.

3. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Art. 451 ust. 1 Pzp reguluje kwestię zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 450 Pzp. Przewiduje uprawnienie wykonawcy do zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy według jego uznania. Istotne jest, że zmiana ta nie wymaga zgody zamawiającego. Tym samym możliwa będzie zmiana zabezpieczenia np. z wniesionego w pieniądzu na gwarancję bankową czy ubezpieczeniową lub odwrotnie. Warunkiem zmiany formy zabezpieczenia jest to, by zmiana ta była dokonana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości. Przepis art. 451 Pzp ust. 1 nie stoi również na przeszkodzie, by wykonawca w ciągu trwania umowy wielokrotnie zmieniał formę zabezpieczenia bądź też zastępował jedną formę zabezpieczenia kilkoma innymi lub kilka form jedną. Istotne jest, jak zostało wskazane wyżej, by istniała ciągłość zabezpieczenia i by nie zostało ono zmniejszone.

Co więcej możliwa jest także zmiana formy zabezpieczenia, o której mowa w art. 450 ust. 2 Pzp. W tym jednak przypadku zmiana formy zabezpieczenia możliwa jest wyłącznie za zgodą zamawiającego. Natomiast gdy wykonawca wniósł zabezpieczenie w jednej z form określonych w art. 450 ust. 2 Pzp i chce w trakcie realizacji zamówienia zmienić tę formę na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 450 ust. 1 Pzp, wówczas zgoda zamawiającego nie jest wymagana. Przykładowo jeżeli wykonawca za zgodą zamawiającego wniósł zabezpieczenia w formie wekslowej z poręczeniem wekslowym banku, a w trakcie realizacji zamówienia chce zmienić formę zabezpieczenia na poręczenie bankowe, wówczas nie jest wymagana zgoda zamawiającego na taką zmianę zabezpieczenia. Należy mieć na uwadze, że brak zgody zamawiającego na zmianę formy zabezpieczenia, o której mowa w art. 450 ust. 2 Pzp, powoduje, że wykonawca nie ma możliwości zmiany

danego już zabezpieczenia. Również w tym przypadku istotne jest, by istniała ciągłość zabezpieczenia oraz by nie uległo ono zmniejszeniu.

Art. 452.

1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

3. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

4. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.

5. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia.

6. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury.

7. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.

8. Jeżeli okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy.

9. W przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, przez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.

10. Wypłata, o której mowa w ust. 9, następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.

1. Uwagi ogólne. Przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy w Pzp co do zasady są zbieżne z rozwiązaniami przyjętymi w Pzp2004. Zmiana w tym zakresie dotyczy maksymalnej wysokości zabezpieczenia, jaką może ustalić zamawiający, która wynosiła maksymalnie 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. W praktyce wielu zamawiających wymagało zabezpieczenia w takiej wysokości, choć nie zawsze taka wysokość zabezpieczenia była uzasadniona specyfiką zamówienia. Art. 452 ust. 2 Pzp ustala zasadę, że zabezpieczenie określa się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Jako wyjątek od tej zasady

zamawiający może ustalić zabezpieczenie w wysokości większej niż 5%, jednak nieprzekraczającej 10% takiej ceny albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia publicznego, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia. Jeżeli zamawiający ustali zabezpieczenie na poziomie wyższym niż 5%, zobligowany jest do uzasadnienia tej decyzji w SWZ lub innych dokumentach zamówienia. Ważne jest, by decyzja ta wynikała z okoliczności obiektywnych, takich jak: specyfika przedmiotu zamówienia lub wystąpienie ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

Podstawą do ustalenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest cena całkowita za wykonanie zamówienia uwzględniająca podatek VAT. Jeżeli w ofercie określane są jedynie ceny jednostkowe, to wówczas podstawą ustalenia wysokości zabezpieczenia jest maksymalna wartość nominalna zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy z podatkiem VAT.

Należy także dodać, że wysokość zabezpieczenia ustalana jest jako procent określonej ceny podanej w ofercie lub w umowie. Jednakże samo zabezpieczenie wnoszone jest w **ściśle określonej kwocie**. Pzp nie zakłada możliwości modyfikacji kwoty zabezpieczenia w trakcie realizacji umowy. Dotyczy to również sytuacji, gdy nastąpiły zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego skutkujące zmianą wartości wynagrodzenia wykonawcy. Innymi słowy Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu zarówno uprawnienia do żądania podwyższenia zabezpieczenia, jak i jego ewentualnego zmniejszenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia). Wyjątek dotyczy sytuacji unormowanej w art. 453 ust. 3 Pzp.

2. Zabezpieczenie przez potrącenie. W art. 452 ust. 4–7 Pzp przewidziano, że gdy okres realizacji zamówienia przekracza rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Wówczas zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. W przypadku ustanawiania zabezpieczenia przez potrącenie wykonawca jest zobligowany w dniu zawarcia umowy wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Ponadto w takiej sytuacji ustawodawca wprowadził także termin na wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia, jeżeli jego ustanowienie nastąpiło przez potrącenie. Z ustawy wynika, że wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.

3. Zabezpieczenie na okres przekraczający 5 lat. Pzp reguluje zagadnienie wnoszenia zabezpieczenia na okres przekraczający 5 lat. Dotyczy to umowy zawartej na okres dłuższy niż 5 lat, ale także umowy, która została zawarta na okres krótszy, ale okres zabezpieczenia przekracza 5 lat z uwagi na okres rękojmi za wady. Pzp przewiduje, że w takiej sytuacji zabezpieczenie w formie pieniężnej zostaje wniesione na cały okres zabezpieczenia. Jeżeli natomiast zabezpieczenie zostało wniesione w innej formie niż pieniężna, np. gwarancja bankowa lub poręczenie, wówczas obejmuje okres nie krótszy niż 5 lat, zaś na pozostały okres wykonawca jest zobowiązany do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia. Decyzja w tej kwestii spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z dyspozycją art. 450 ust. 1 Pzp wybór którejś spośród form zabezpieczenia określonych w art. 450 ust. 1 Pzp, np. pieniądz, poręczenie bankowe czy gwarancja bankowa, należy do wykonawcy. W sytuacji natomiast wniesienia zabezpieczenia na przedłużony okres, gdy ma ono mieć formę

określoną w art. 450 ust. 2 Pzp, to wymagana jest zgoda zamawiającego. Ponadto również w tym przypadku obowiązuje zasada dotycząca ciągłości zabezpieczenia i niezmniejszenia jego wysokości (z zastrzeżeniem sytuacji z art. 453 ust. 3 Pzp).

Zgodnie natomiast z art. 452 ust. 9 Pzp, w przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu skuteczności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu przez wypłacenie kwoty odpowiadającej wysokości oczekiwanego zabezpieczenia z dotychczasowego zabezpieczenia. Wypłata następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia. Należy zauważyć, że dokonana wypłata w dalszym ciągu pozostaje zabezpieczeniem tylko w zmienionej formie i nie może być przejmowana przez zamawiającego na zaspokojenie jego innych roszczeń lub potrzeb.

Art. 453.

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.

2. Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.

3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.

4. Zamawiający może dokonać częściowego zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu części zamówienia, jeżeli przewidział taką możliwość w dokumentach zamówienia.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma charakter gwarancyjny, co oznacza, że ma na celu umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego poprzez pokrycie tych roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową. Jeżeli zamówienie zostało należycie wykonane, to zamawiający zwraca zabezpieczenie. Pzp w art. 453 określa termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także wysokość kwoty, która może zostać pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji. Ustawodawca wskazał, że zabezpieczenie jest zwracane, gdy zamawiający uzna, że zamówienie zostało należycie wykonane. Termin, w którym zabezpieczenie powinno być zwrócone, to 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go przez zamawiającego za należycie wykonane. Pzp przewiduje również możliwość pozostawienia zabezpieczenia na okres rękojmi za wady lub gwarancji, przy czym zabezpieczenie to nie może być wyższe niż 30% kwoty, na którą ustanowione zostało zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Powyższa regulacja stanowi zmianę w stosunku do poprzednio obowiązującej Pzp, która nie uprawniała zamawiającego do wykorzystywania instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy celem zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji, która stanowi instytucję odrębną od rękojmi za wady. A zatem obecnie zamawiający, po uznaniu, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została wykonana należycie przez wykonawcę, zwraca kwotę zabezpieczenia wykonawcy. Jednakże zamawiający ma możliwość pozostawienia nie więcej niż 30% wysokości zabezpieczenia, aby zabezpieczyć ewentualne roszczenia z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. W tym miejscu należy zaznaczyć, że kwota pozostawiana na okres rękojmi lub gwarancji nie musi wynosić 30%,

może być mniejsza, ważne jest, by tej wartości nie przekroczyła. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi jest zwracana wykonawcy nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości, ale jeżeli zamawiający to przewidzi w SWZ, może być zwracana wcześniej.

Instytucja rękojmi za wady została uregulowana w Kodeksie cywilnym w art. 556 i nast., w świetle których rękojmia za wady stanowi szczególną instytucję prawną w zakresie ochrony interesów wierzyciela świadczenia niepieniężnego i ma na celu przywrócenie stanu równowagi pomiędzy wzajemnymi świadczeniami stron umowy. Zgodnie z art. 556 § 1–2 Kc sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną (rękojmia). Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady może dotyczyć zarówno wad fizycznych, jak i prawnych sprzedanej rzeczy. Zgodnie z art. 568 § 1 Kc sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości – przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu, przy czym stosownie do art. 558 § 1 Kc strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć.

Odnosząc się natomiast do instytucji gwarancji jakości, wskazać należy, że w świetle przepisów Kc, istotne znaczenie dla ustalenia zakresu gwarancji ma treść umowy gwarancyjnej. Zgodnie z art. 577 § 1 i 2 Kc udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego, w przypadku gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu. Obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. Ustawowy termin gwarancji, zgodnie z art. 577 § 4 Kc, wynosi – jeżeli nie

zastrzeżono innego terminu – dwa lata, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana, co oznacza, iż strony gwarancji – analogicznie jak w przypadku instytucji rękojmi za wady – mogą powyższy termin przedłużyć. Nie ma przeszkód, by zamawiający w dokumentach zamówienia określił konkretne wymagania w stosunku do zakresu gwarancji, jakiej oczekuje, jej terminu czy zasad realizacji.

Ponadto pewnym *novum* w stosunku do poprzedniego stanu prawnego jest możliwość dokonania częściowego zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu części zamówienia, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość w dokumentach zamówienia. Powyższe ma na celu zwiększenie płynności finansowej wykonawców poprzez wcześniejsze uwalnianie ich środków finansowych. Jednakże ustawodawca określił jeden warunek: możliwość taka musi być przewidziana w dokumentacji zamówienia przez zamawiającego, co ma służyć przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W innym przypadku wykonawca nie będzie mógł skorzystać z takiej możliwości, tj. częściowego zwrotu zabezpieczenia.

Rozdział 3
Zmiana umowy

Art. 454.

1. Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:

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;

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 w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.**

1. Wprowadzenie. Przepis art. 454 Pzp reguluje kwestię zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasadą jest, że istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis pozostaje w zgodzie z regulacjami dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych, tj. art. 72 dyrektywy klasycznej oraz art. 89 dyrektywy sektorowej. Przepisy dyrektyw uwzględniają orzecznictwo TSUE dotyczące dopuszczalności zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z orzecznictwa tego wynika, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania jest co do zasady niedopuszczalna, jeżeli nie została poprzedzona przeprowadzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić

do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości[37].

2. Zmiana istotna. Art. 454 ust. 2 Pzp definiuje pojęcie „istotnej zmiany umowy". Jest to zmiana, która powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Jak wynika z motywu 107 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej chodzi o zmiany, które wskazują na zamiar stron dotyczący renegocjowania istotnych warunków umowy. Ma to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Natomiast za zmianę charakteru umowy można uznać w ślad za motywem 109 dyrektywy klasycznej zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. W dyrektywie wskazano, że „modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik". Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy" obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. Przy ocenie charakteru umowy bierze się pod uwagę jej

---

[37] Por. wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2000:543; wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik* Österreich *(Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, ECLI:EU:C:2008:351; wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec,* ECLI:EU:C:2010:230; wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182; wyrok z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 *Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, ECLI:EU:C:2016:634

najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane,
2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
3) zmiana zamówienia na koncesję,
4) zastąpienie przedmiotu świadczenia głównego innym przedmiotem, który nie był wcześniej przewidziany,
5) zmiana postanowień prowadząca do odmiennej oceny charakteru prawnego umowy (np. zmiana umowy leasingu na umowę sprzedaży)[38].

Przepis art. 454 ust. 2 Pzp zawiera przykładowy (otwarty) katalog zmian, które zostały uznane przez ustawodawcę za istotne, na co wskazuje zwrot „w szczególności". Ustawodawca wymienił cztery takie przypadki. Zgodnie z art. 545 ust. 2 Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, 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. Innymi słowy strony dążą do wprowadzenia takich modyfikacji umowy pierwotnej, które gdyby zostały sformułowane na etapie wyboru wykonawcy, to mogłyby zaważyć na rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia.

[38] J. Roliński [red.], *Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki,* Warszawa 2020, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/43653/Klauzule-przegladowe.pdf (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

Zmiana podlegająca takiej ocenie musi prowadzić do zmiany kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjmując ten kierunek wykładni, TSUE wskazał[39], iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłoby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona". Chodzi tutaj przede wszystkim o zmiany w wykonaniu zamówienia, które mogą odnosić się np. do zmiany terminu realizacji zamówienia, warunków dotyczących płatności, wysokości kar umownych, zastosowanej technologii. Można także przyjąć, że inne (zmienione) warunki zamówienia wpłynęłyby na złożone oferty wykonawców, w konsekwencji oferta innego podmiotu mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą;

2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie. Powyższy przypadek będzie dotyczył zarówno podwyższenia wynagrodzenia umownego wykonawcy na zasadach wykraczających poza regulacje przewidziane w umowie czy Pzp, jak i innych zmian umowy, które stawiają wykonawcę w lepszej sytuacji ekonomicznej niż określona stosownie do zawartej umowy. Jako przykład

[39] Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik* Österreich *(Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 35

można wskazać udzielenie zaliczek, które nie były przewidziane w dokumentach zamówienia w przypadku umów trwających krócej niż 12 miesięcy czy też możliwość płatności częściowych, ale także znaczne obniżenie kar umownych, zmiany harmonogramu płatności wynagrodzenia z korzyścią dla wykonawcy;

3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. W tym przypadku zmiana dotyczy zmiany w wielkości umówionego świadczenia, zarówno jego zwiększenia, jak i zmniejszenia. Ma miejsce, gdy znaczne zwiększenie przedmiotu zamówienia nie wynika ze zmian przewidzianych w tzw. klauzulach przeglądowych ani innych okoliczności przewidzianych w Pzp, jak np. opcja, gdy zakres świadczenia znacznie wykracza poza zobowiązanie wykonawcy, które wynika z jego oferty, lub znacznie się zmniejsza. Tym samym po zawarciu umowy nie jest możliwe rozszerzenie zakresu zamówienia skutkujące tym, że mamy do czynienia z nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego.
W przypadku gdy zamawiający chce wykroczyć z zakresem świadczonych usług, dostaw lub robót budowlanych poza określony w umowie przedmiot zamówienia, mamy do czynienia z sytuacją uzasadniającą udzielenie nowego zamówienia, co powinno nastąpić zgodnie z procedurami prawa zamówień publicznych. Powyższy przepis ma również charakter gwarancyjny dla wykonawcy, który przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskał zamówienie publiczne, a w wyniku zmiany umowy nie powinien go utracić lub nie powinien go utracić w znacznej części;
4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż

wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 Pzp. W przepisie tym określono dopuszczalne przypadki zmiany wykonawcy na etapie realizacji zamówienia publicznego. Można do nich zaliczyć przede wszystkim zastosowanie szczególnych przepisów prawa regulujących zasady następstwa prawnego pomiędzy podmiotami stosunków cywilnoprawnych. Dotyczy to w szczególności przewidzianych przepisami prawa przypadków sukcesji uniwersalnej, tj. wstąpienie 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 Pzp. Ponadto zmiana wykonawcy może być także przewidziana w postanowieniach umownych czy też dotyczyć przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców. Wszelkie inne zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy są niedopuszczalne w świetle Pzp i stanowią zmianę istotną umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Katalog przesłanek uznania zmiany umowy za istotną nie jest zamknięty, co oznacza, że również inne przypadki zmian mogą być uznane za istotne, jeżeli spełnione są ogólne kryteria definicji „istotnej zmiany umowy". Należy jednak podkreślić, że ocena istotności zmiany umowy powinna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego,

porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Dokonując oceny istotności zmiany umowy, należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości i proporcjonalności.

A contrario, zmiany nieistotne powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik tego postępowania. Zmiana umowy może być uznana za nieistotną, gdy jest wywołana przyczynami zewnętrznymi (nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od strony), które w sposób określony uzasadniają potrzebę dokonania takiej zmiany. Dotyczy to przede wszystkim takich przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnosiłyby się w taki sam sposób do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie; przy czym zakres i warunki zmiany muszą być niezależne od osoby wykonawcy, a więc należy wskazać, że zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach. Przy dokonywaniu w takich warunkach zmiany umowy jako obejmującej okoliczności nieistotne należy rozważyć, czy potencjalna wiedza o takiej zmianie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie, na treść ich ofert lub na wynik postępowania.

Art. 455.

1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,

b) określają warunki wprowadzenia zmian,

c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

2) gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub

b) 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

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1;

3) jeżeli dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków;

4) jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

2. 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.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, zamawiający:

1) nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy;

2) po dokonaniu zmiany umowy zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

4. Jeżeli umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen, dopuszczalną wartość zmiany ceny, o której mowa w ust. 1 pkt 3 lit. c i pkt 4, lub dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 2, ustala się w oparciu o zmienioną cenę.

1. Uwagi ogólne. W art. 455 Pzp zostały wymienione przesłanki zmiany umowy, które nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania. Przepisy określające przypadki, w których wyjątkowo dopuszczalne są zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania, zostały przeredagowane w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, aby w jaśniejszy sposób oddać zakres dopuszczalnych zmian umowy określonych w prawie unijnym. Należy jednak zauważyć, że stwierdzenie zaistnienia przesłanek warunkujących zmianę umowy, tj. wymienionych w art. 455 Pzp, nie powoduje niejako „automatycznie" zmiany umowy, a stanowi jedynie podstawę do jej ewentualnej zmiany, jeżeli obie strony umowy zgodzą się nie tylko co do tego, że potrzebna jest zmiana umowy, ale i co do sposobu, w jaki umowa ma być zmieniona. Do zmiany umowy może dojść tylko wówczas, gdy zamawiający i wykonawca osiągną porozumienie w kwestii zmiany umowy.

2. Klauzule przeglądowe.

2.1. Wprowadzenie. Ustawodawca przewidział możliwość zmiany umowy niezależnie od wartości tej zmiany, jeżeli została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

1) określają rodzaj i zakres zmian,
2) określają warunki wprowadzenia zmian,
3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Pzp w stosunku do Pzp2004 utrzymała możliwość wprowadzenia do umowy tzw. klauzul przeglądowych, a przesłanki skorzystania z tych klauzul zostały doprecyzowane.

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp jest sformułowanie i przedstawienie zainteresowanym wykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Takie działania podjęte zasadniczo już na etapie, gdy potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia ograniczą i zminimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków, na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres dopuszczalnych zmian może być szeroki, a prawodawca stwarza uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę

na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.
Ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp pozwala zatem zamawiającemu już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zabezpieczenie prawidłowego toku realizacji zamówienia poprzez wprowadzenie tzw. klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącej efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno-gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowalnych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez niego działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków, celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia. Klauzule przeglądowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności

wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

2.2. Obowiązek przewidzenia. Pierwszym i niezbędnym warunkiem zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp jest uwzględnienie możliwości dokonania zmiany już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, np. w specyfikacji warunków zamówienia. Z uwagi na to, że klauzule przeglądowe określają zasady dokonywania zmiany umowy, odpowiednim rozwiązaniem byłoby, gdyby znalazły swoje odzwierciedlenie w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy. Obowiązek przewidzenia zmian umowy w dokumentach zamówienia stanowi urzeczywistnienie zasady przejrzystości postępowania, gwarantującej równe traktowanie wszystkich wykonawców. Ponadto przewidzenie zmian w umowie oraz ich precyzyjne sformułowanie pozwala wykonawcom na jak najlepsze przygotowanie się do realizacji zamówienia. Przewidując możliwość dokonywania zmian, zamawiający informuje w szczególności o dostrzeganych wyzwaniach, jakie mogą pojawić się na etapie wykonania umowy. Tym samym doprecyzowuje swoje wymagania, określa przesłanki rozłożenia ryzyk, a tym samym umożliwia wykonawcom optymalne skalkulowanie oferty.

2.3. Precyzyjne i jasne postanowienia umowne. Należy wyraźnie podkreślić, że obowiązek opisania zmiany w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych oznacza, że zamawiający nie może ograniczyć się wyłącznie do ogólnikowej wzmianki, że zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy. Konieczne jest, aby określił on zasady modyfikacji umowy. Postanowienia o zmianie umowy są jasne, precyzyjne i jednoznaczne wtedy, gdy „wszyscy rozsądnie poinformowani

oferenci – zachowując zwykłą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób"[40]. A zatem zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

Omawiany warunek jest niezmiernie istotny do skutecznego dokonania zmiany umowy, zbyt ogólnikowe opisanie zmian może bowiem w konsekwencji uniemożliwić jej zmianę. Dlatego też należy pamiętać, by posługiwać się sformułowaniami, które są zrozumiałe dla wykonawców działających w określonej branży. Jeżeli jednak klauzula przeglądowa budzi wątpliwości wśród podmiotów zainteresowanych danym zamówieniem, mogą one zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ zgodnie z art. 135 ust. 1 Pzp, a w przypadku trybu podstawowego zgodnie z art. 284 ust. 1 Pzp.

2.4. Rodzaj, zakres i warunki wprowadzenia zmiany. Kolejnym warunkiem zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp jest konieczność określenia rodzaju, zakresu i warunków wprowadzenia zmian. Określając zakres dopuszczalnej zmiany, zamawiający powinien wskazać, które z elementów umowy podlegają modyfikacji (np.: termin realizacji, wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy poszczególne terminy płatności częściowych lub etapy spełnienia świadczeń wykonawcy oraz ich przedmiot). Ponadto zamawiający powinien oznaczyć granice tej zmiany,

[40] Por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 111

w szczególności przez określenie okoliczności, które wpływają na jej kształt lub przez wskazanie określonego rezultatu, który ma być zrealizowany przez dokonanie zmiany. W przypadku natomiast określenia warunków wprowadzenia zmian do umowy należy sformułować przesłanki lub okoliczności, które muszą zaistnieć, by tę zmianę spowodować, i które pozwolą podjąć inicjatywę zmiany umowy, np. wystąpienie ze stosownym wnioskiem przez stronę umowy.

W motywie 111 dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zwrócił uwagę, że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. Ustawodawca unijny wskazał także na przykłady dopuszczalnych zmian: „wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych. Na podstawie wystarczająco jasnych klauzul powinno być również możliwe wprowadzenie zapisów przewidujących dostosowanie umów konieczne z uwagi na trudności techniczne, które pojawiły się w trakcie użytkowania lub utrzymania. Należy także przypomnieć, że zamówienia mogłyby np. obejmować zarówno zwykłe utrzymanie, jak i przewidywać wyjątkowe działania w zakresie utrzymania, które mogą stać się konieczne w celu zapewnienia ciągłości usługi publicznej” (motyw 111 dyrektywy klasycznej).

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, iż także polski ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp jako szczególny element umowy

w sprawie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule umowne, wskazał wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.

2.5. Zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy. Ostatnią przesłanką warunkującą możliwość dokonania zmiany umowy w oparciu o tzw. klauzule przeglądowe (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp) jest założenie, że zmiana nie może modyfikować ogólnego charakteru umowy. W ślad za motywem 109 dyrektywy klasycznej za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. Modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy" obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny charakteru umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia

z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane,
2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję,
4) zastąpienie przedmiotu świadczenia głównego innym przedmiotem, który nie był wcześniej przewidziany (np. zastąpienie komputerów stacjonarnych laptopami),
5) zmiana kwalifikacji prawnej umowy (np. zmiana umowy leasingu na umowę sprzedaży)[41].

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że nie każda zmiana będzie dopuszczalna w świetle omawianego przepisu, nawet jeśli będzie precyzyjnie i jednoznacznie opisana.

3. Zmiana wykonawcy.

3.1. Zmiana wykonawcy na podstawie klauzul umownych. Przepis art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp wskazuje, że dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania w sytuacji, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1. Przepis ten nawiązuje do zmiany umowy na podstawie klauzuli przeglądowej, określonej w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Należy podkreślić, że jednym z podstawowych założeń unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i TFUE jest ograniczenie swobody

[41] J. Roliński (red.), *Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki,* Warszawa 2020, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/43653/Klauzule-przegladowe.pdf (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

zamawiającego co do wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego jedynie z wykonawcą wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu, który:

1) nie podlega wykluczeniu,
2) spełnia warunki udziału w postępowaniu i
3) złożył ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Głównym celem unijnych i krajowych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych jest bowiem zagwarantowanie przestrzegania zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców. Cel ten może zostać osiągnięty przede wszystkim poprzez ograniczenie swobody zamawiającego w zakresie wyboru i zmiany wykonawcy. W tym kontekście zastąpienie wyłonionego w konkurencyjnym postępowaniu wykonawcy, któremu zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w szczególności wykonawcą, który nie brał udziału w tym postępowaniu, należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w szczególności w odniesieniu do wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu.

Jakakolwiek zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, w tym zmiana, która została przewidziana w samej umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych. W konsekwencji każda zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w wyniku zastosowania klauzuli przeglądowej powinna być tak przewidywalna, jak to tylko możliwe. Oznacza to obowiązek wprowadzenia do umowy jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych, które określą okoliczności i warunki zmiany wykonawcy realizującego zamówienia publiczne. Należy jednak podkreślić, że zmiana wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp nie może być

dowolna z uwagi na to, że obowiązuje zasada wyrażona w art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. W praktyce klauzule przeglądowe w zakresie zmian podmiotowych po stronie wykonawcy będą zatem dotyczyły przede wszystkim planowanych zmian strukturalnych i organizacyjnych, takich jak np. zmiana formy prawnej działalności wykonawcy. Jako przykład można wskazać wykonawców wspólnie realizujących zamówienie publiczne i upadłość jednego lub kilku z nich lub inne okoliczności skutkujące brakiem możliwości realizacji zamówienia w dotychczasowym składzie (wynikającym z treści oferty). W takim wypadku zmiana polegałaby na realizacji umowy nie przez dotychczasowe konsorcjum, ale przez nowe zmniejszone konsorcjum lub przez jednego wykonawcę (jeżeli zostanie tylko jeden aktywny wykonawca)[42].

3.2. Sukcesja uniwersalna.

3.2.1. Wprowadzenie. Przesłanka zmiany umowy wskazana w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp dotyczy sytuacji związanych z tzw. sukcesją uniwersalną, czyli wstąpieniem w ogół praw i obowiązków przez następcę. Dotyczy to sytuacji przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa. Na te przypadki następstwa prawnego pod tytułem ogólnym wskazują przepisy Kc, Ksh lub przepisy Prawa upadłościowego. Zmiana wykonawcy w okolicznościach prowadzących do tego rodzaju następstwa jest dopuszczalna, jeżeli nowy wykonawca spełnia warunki

[42] Należy jednak pamiętać, że pozostali członkowie konsorcjum powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu przewidziane przez zamawiającego. Analiza tego przypadku musi być jednak dokonywana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

udziału w postępowaniu przewidziane przez zamawiającego, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą istotnych zmian umowy oraz nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp. Dyrektywa klasyczna w motywie 110 jednoznacznie wskazuje, że zwycięski oferent wykonujący zamówienie powinien mieć możliwość, w szczególności w przypadku, gdy zamówienie zostało udzielone więcej niż jednemu przedsiębiorstwu, przejść w trakcie wykonywania zamówienia pewne zmiany strukturalne, takie jak czysto wewnętrzne reorganizacje, przejęcia, połączenia i nabycia czy też upadłość. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z koniecznością przeprowadzenia nowych postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych realizowanych przez tego oferenta.

3.2.2 Połączenie i przejęcie. Stosownie do art. 491 § 1 Ksh, spółki kapitałowe mogą się łączyć między sobą oraz ze spółkami osobowymi. Połączenie, zgodnie z art. 492 § 1 Ksh, może być dokonane przez przeniesienie całego majątku spółki (przejmowanej) na inną spółkę (przejmującą) za udziały lub akcje, które spółka przejmująca przyznaje wspólnikom spółki przejmowanej (łączenie się przez przejęcie) albo przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki). Tym samym w sytuacji, w której majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na istniejącą spółkę albo majątek spółek łączących się w celu zawiązania nowej spółki, spółka przejmująca lub odpowiednio spółka nowo zawiązana wstępuje, z dniem połączenia, we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (art. 494 § 1 Ksh). Sukcesję uniwersalną charakteryzuje to, że nie jest konieczna zgoda wierzycieli łączących się spółek ani spółek przejmowanych na przejęcie długu. Jeżeli więc w skład majątku spółki

przejmowanej albo spółek łączących się wchodzą także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu zawartych umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia w wyniku sukcesji generalnej również w te prawa i obowiązki.

3.2.3. Przekształcenie. Należy wskazać, że przekształcenie spółek czy przedsiębiorcy w spółkę prawa handlowego polega na zmianie dotychczasowej formy ustrojowej spółki prawa handlowego lub przedsiębiorcy przy zachowaniu dotychczasowego składu osobowego i majątku tego podmiotu[43].

Zgodnie z art. 551 § 1 Ksh spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prosta spółka akcyjna oraz spółka akcyjna (spółka przekształcana) może być przekształcona w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą).

Ponadto stosownie do art. 551 § 5 Ksh przedsiębiorca, będący osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu Prawa przedsiębiorców (przedsiębiorca przekształcany), może przekształcić formę prowadzonej działalności w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę przekształconą) (przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową). W myśl art. 584^1 § 1 Ksh przedsiębiorca przekształcany staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie właściwy organ ewidencyjny z urzędu wykreśla przedsiębiorcę przekształcanego z CEIDG. Co istotne, jak stanowi art. 584^2 § 1 Ksh, spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego.

[43] Por. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. T. 2, Kraków 2007, s. 1050

Spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Osoba fizyczna, o której mowa w art. 551 § 5 Ksh, staje się z dniem przekształcenia wspólnikiem albo akcjonariuszem spółki przekształconej (art. 584^2 § 3 Ksh). Jednocześnie art. 5844 Ksh stanowi, że do przekształcenia przedsiębiorcy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące powstania spółki przekształconej, jeżeli przepisy rozdziału 6 nie stanowią inaczej. Z kolei z art. 584^{13} Ksh wynika, że osoba fizyczna, o której mowa w art. 551 § 5 Ksh, odpowiada solidarnie ze spółką przekształconą za zobowiązania przedsiębiorcy przekształcanego związane z prowadzoną działalnością gospodarczą powstałe przed dniem przekształcenia, przez okres trzech lat, licząc od dnia przekształcenia.
Jak podkreślono powyżej, jednoosobowej spółce kapitałowej, powstałej w wyniku przekształcenia przedsiębiorcy prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, przysługują wszelkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształconego. Jednakże należy zaznaczyć, iż określona powyżej sukcesja praw i obowiązków odnosi się wyłącznie do praw i obowiązków powstałych na gruncie prawa cywilnego i administracyjnego w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Zmiana taka jest więc dopuszczalna w przypadku dokonania przekształceń podmiotowych po stronie wykonawcy zamówienia publicznego, będących wynikiem przekształcenia przedsiębiorcy przekształcanego – osoby fizycznej, wykonującej we własnym imieniu działalność gospodarczą, w spółkę kapitałową (spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółkę akcyjną), w oparciu o przepisy Tytułu IV Ksh.
W świetle natomiast art. 26 § 4 Ksh spółka, o której mowa w art. 860 Kc (spółka cywilna), może być przekształcona w spółkę jawną, przy czym

umowa spółki jawnej nie może być zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy. Przekształcenie wymaga zgłoszenia do sądu rejestrowego przez wszystkich wspólników. Zgodnie z art. 26 § 5 Ksh spółce jawnej powstałej z przekształcenia spółki cywilnej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników przekształconej spółki cywilnej, przy czym przed przekształceniem stronami stosunku cywilnoprawnego byli wspólnicy spółki cywilnej, a po przekształceniu stroną jest inny podmiot, tj. spółka jawna. Spółka jawna wchodzi w prawa i obowiązki składające się na majątek wspólny wspólników spółki cywilnej. W tym przypadku mamy zatem do czynienia z przeniesieniem (sukcesją) majątku przez jeden podmiot na inny, który staje się jego następcą prawnym. Powyższe znajduje także uzasadnienie na gruncie orzecznictwa Sądu Najwyższego, w świetle którego spółka jawna, która powstała z przekształcenia spółki cywilnej na podstawie art. 26 Ksh, jest jej sukcesorem uniwersalnym, a nowelizacja przepisu nie doprowadziła do zmiany zasad przekształcenia, jest jedynie wykładnią autentyczną[44].

3.2.4. Podział. Stosownie do art. 528 Ksh spółkę kapitałową można podzielić na dwie albo więcej spółek kapitałowych. Podział ten może polegać w szczególności na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej na istniejącą spółkę lub na spółkę nowo zawiązaną. Tym samym w sytuacji, w której część majątku spółki dzielonej przenoszona jest na istniejącą lub nowo zawiązaną spółkę, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału (por. art. 531 § 1 Ksh). Wstąpienie w prawa i obowiązki spółki dzielonej dotyczy tych składników majątkowych, które są określone w planie podziału i dochodzi

[44] Wyrok SN z dnia 2 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 496/07

do niego bez zgody wierzycieli na przejście długu. W konsekwencji, gdy w zakres praw i obowiązków określonych w planie podziału wchodzą także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu udzielonego zamówienia publicznego, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia również w te prawa i obowiązki.

3.2.5. Dziedziczenie. W myśl postanowienia art. 922 § 1 Kc prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób stosownie do przepisów księgi IV Kc. Nie budzi przy tym wątpliwości, że prawa i obowiązki zmarłego wykonawcy, wynikające ze złożonej przez niego oferty, mają charakter cywilnoprawny i majątkowy. Oznacza to, że z mocy samego prawa przechodzą one, na zasadach określonych w przepisach Kc, na jego spadkobierców.

Jednocześnie należy wskazać, że śmierć wykonawcy nie powoduje wygaśnięcia z mocy prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyłączenia z masy spadkowej dotyczy art. 922 § 2 Kc, który stanowi, że nie należą do spadku prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami. Zobowiązanie wynikające z oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest ściśle związane z osobą wykonawcy, jak też żaden przepis prawa nie stanowi, że zobowiązanie to przechodzi na określony podmiot. Do nabycia przedsiębiorstwa wchodzącego w skład spadku dochodzi na podstawie dziedziczenia (art. 922 Kc), kiedy w drodze sukcesji uniwersalnej spadkobierca na mocy jednego zdarzenia, jakim jest otwarcie spadku, wstępuje w ogół praw i obowiązków spadkodawcy. Należy stwierdzić, że w przypadku śmierci wykonawcy w trakcie trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego, możliwe jest kontynuowanie

realizacji umowy z udziałem jego spadkobierców. Potwierdzeniem wejścia w prawa i obowiązki zmarłego wykonawcy, który był stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest stwierdzenie nabycia spadku albo poświadczenie dziedziczenia (arg. z art. 1025 § 2 Kc). Wyjątkiem od powyższego będą sytuacje, w których wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonego zawodu, np. radcy prawnego, a jego spadkobiercy takich uprawnień nie posiadają.

Z inną sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku ustanowienia zarządu sukcesyjnego w rozumieniu z ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Zgodnie z art. 18 tej ustawy zarząd sukcesyjny obejmuje zobowiązanie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku oraz umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w spadku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 tej ustawy zarząd sukcesyjny zostaje ustanowiony z chwilą:

5) śmierci przedsiębiorcy, w przypadku gdy przedsiębiorca złożył wniosek o wpis do CEIDG zarządcy sukcesyjnego powołanego na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej,
6) dokonania wpisu do CEIDG zarządcy sukcesyjnego powołanego na podstawie art. 12 ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej.

3.2.6. Nabycie wykonawcy lub przedsiębiorstwa. Rozważając możliwość dokonania zmiany wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku nabycia przez inny podmiot dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy przywołać art. 552 oraz 554 Kc, regulujące kwestie związane ze sprzedażą przedsiębiorstwa i dopuszczalnym na gruncie przepisów Pzp kumulatywnym przystąpieniem do długu.

Stosownie do art. 552 Kc czynność prawna (np. sprzedaż), mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści konkretnej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 55^1 Kc poza zakresem pojęcia przedsiębiorstwa pozostają jednak zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem. Tym samym przejście na nabywcę przedsiębiorstwa na podstawie art. 552 Kc obejmować będzie jedynie przejście aktywów. Natomiast konsekwencje prawne zawarcia umowy zbycia przedsiębiorstwa w odniesieniu do wchodzących w jego skład pasywów, rozumianych jako zobowiązania związane z jego prowadzeniem, uregulowane zostały w art. 554 Kc. Zgodnie z tym przepisem nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu określanego w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć.

Solidarną odpowiedzialność za zobowiązania, mającą podstawę w art. 554 Kc, ponosi na równi ze zbywcą również nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa[45]. Przyjęcie, że zorganizowana część przedsiębiorstwa to jego część, zwłaszcza wyodrębniona organizacyjnie i finansowo jako zakład lub oddział, obejmująca zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, która zarazem mogłaby stanowić samodzielne

[45] Por. wyrok SN z dnia 25 listopada 2005 r. sygn. akt V CK 381/05; wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r. sygn. akt V CSK 213/10

przedsiębiorstwo realizujące te zadania, oznacza, iż odpowiada ona istocie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55^1 Kc).
W art. 554 Kc przewidziany został przypadek przystąpienia z mocy samego prawa do długu przez nabywcę określonych w tym przepisie dóbr majątkowych. Nabycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części tego przedsiębiorstwa. Przystąpienie do długu na mocy art. 554 Kc stanowi takie przekształcenie podmiotowe stosunku zobowiązaniowego po stronie dłużnika, że do dotychczasowego zobowiązania dłużnika przystępuje osoba trzecia w charakterze dłużnika solidarnego, przy czym nie powoduje to zwolnienia dotychczasowego dłużnika z długu – tzw. kumulatywne przejęcie długu. W wyniku nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa w stosunku zobowiązaniowym pojawiają się dwaj dłużnicy, z których jeden odpowiada osobiście bez ograniczenia (zbywca), a drugi (nabywca) również odpowiada osobiście, ale jego odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytej części przedsiębiorstwa.
Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że zawarcie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 55^2 i 554 Kc), z którą związane są zobowiązania dotychczasowego właściciela odnoszące się do umów o wykonanie zamówienia publicznego, pociąga za sobą zmianę podmiotową po stronie wykonawcy. Przystępujący do długu nabywca przedsiębiorstwa staje się samoistnym dłużnikiem obok dotychczasowego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dotychczasowy wykonawca wyłoniony zgodnie z przepisami Pzp nie zostaje jednak zwolniony z wykonania zamówienia, a obok niego pojawia

się dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za jego wykonanie (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu). Należy również zauważyć, iż potwierdzeniem zbycia określonej części przedsiębiorstwa przez dotychczasowego wykonawcę zamówienia publicznego jest umowa zawarta pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, który nabywa przedsiębiorstwo, a tym samym przystępuje do zobowiązania, o której zawarciu wykonawca zamówienia publicznego powinien co do zasady poinformować zamawiającego.

3.2.7. Upadłość. Zgodnie z art. 10 Prawa upadłościowego upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Według art. 11 ust. 1 Prawo upadłościowe dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące. Dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. Zgodnie natomiast z art. 601 Prawa upadłościowego po ogłoszeniu upadłości przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w upadłości". Zgodnie zaś z art. 98 ust. 1 Prawa upadłościowego, jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości zobowiązania z umowy wzajemnej nie zostały wykonane w całości lub części, syndyk może, za zgodą sędziego-komisarza, wykonać zobowiązanie upadłego i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego lub od umowy odstąpić ze skutkiem na dzień ogłoszenia upadłości. W wyniku ogłoszenia upadłości nie dochodzi do przekształcenia czy

przejęcia przez inny podmiot ogółu praw i obowiązków wykonawcy, w stosunku do którego ogłoszono upadłość. Należy bowiem pamiętać, że celem postępowania upadłościowego jest zaspokojenie wierzycieli w możliwie jak najwyższym stopniu. Wydaje się zatem, że zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy w wyniku ogłoszenia upadłości należy rozpatrywać w kontekście wykonawców wspólnie realizujących zamówienie publiczne i upadłości jednego lub kilku z nich. W takim wypadku zmiana polegałaby na realizacji umowy nie przez dotychczasowe konsorcjum, ale przez nowe okrojone konsorcjum lub przez jednego wykonawcę (jeżeli zostanie tylko jeden aktywny wykonawca).
Zgodnie z art. 445 ust. 1 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Jej istotę wyraża art. 366 Kc, który ma zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.
W myśl przepisów Kc kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Tym samym aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani do świadczenia na rzecz wierzyciela. Ogłoszenie upadłości jednego z dłużników solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych. Wierzyciel ma prawo poszukiwania

zaspokojenia u pozostałych dłużników odpowiadających solidarnie[46]. Nie ma zatem potrzeby dokonywania zmiany umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum, jak również konieczności wyrażania przez zamawiającego zgody na dokonanie przez upadłego członka konsorcjum cesji praw i obowiązków wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne na pozostałe podmioty współtworzące konsorcjum. Wyjątek od powyższej zasady solidarnej odpowiedzialności określa przepis art. 455 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym takiej zasady nie stosuje się do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 Pzp, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

3.3. Przejęcie zobowiązań. W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, które pojawiały się na gruncie Pzp2004 ustawodawca doprecyzował, że przypadek określony w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp dotyczy jedynie sytuacji przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy zamówienia na roboty budowalne względem jego podwykonawców, wyłącznie w przypadku bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy spowodowanej uchyleniem się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę, o której mowa w art. 465 ust. 1 Pzp. A zatem sytuacja, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, nie odnosi się do zmiany strony umowy i wstąpienia podwykonawcy w miejsce wykonawcy. Treść art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp nie stwarza zatem

[46] Zob. wyrok SA w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 189/08

możliwości udzielenia zamówienia dotychczasowemu podwykonawcy z pominięciem procedur przewidzianych w Pzp w przypadku rozwiązania umowy z wykonawcą lub zastosowania wykonania zastępczego.

4. Dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zmiana umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczy wykonania dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, w przypadku natomiast zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa tylko usług i robót budowlanych. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie tego przepisu, należy mieć również na względzie motyw 108 dyrektywy klasycznej, który objaśnia cel wprowadzenia takiej normy prawnej, jak wyrażona w powołanym przepisie. W motywie tym zwrócono uwagę, że instytucje zamawiające mogą stanąć w obliczu sytuacji, gdy dodatkowe roboty budowlane, dostawy lub usługi okażą się konieczne; w takich przypadkach modyfikacja pierwotnej umowy bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być uzasadniona, w szczególności gdy dodatkowe dostawy mają na celu częściową wymianę albo zwiększenie bieżących usług, dostaw lub rozbudowę istniejących instalacji, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów, robót budowlanych lub usług o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

Chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający musi wykazać, że dodatkowe zamówienie nie zostało uwzględnione w zamówieniu podstawowym i jest niezbędne do wykonania umowy. Pojęcie „niezbędności" nie zostało w tym przepisie doprecyzowane, a zatem należy uznać, że chodzi o konieczność wykonania dodatkowych świadczeń, tak by zostały osiągnięte wszystkie

cele zamówienia. „Niezbędność", o której mowa w omawianym przepisie, nie musi być obwarowana dodatkowymi przesłankami. Oznacza to, że niezbędność zmiany, choć obiektywna, nie musi być nieprzewidywalna.
Kolejnym warunkiem zmiany umowy jest konieczność realizacji dodatkowych świadczeń przez dotychczasowego wykonawcę.
Ponadto aby można było dokonać zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, konieczne jest łączne spełnienie dodatkowych warunków.
Po pierwsze, zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego.
Do względów ekonomicznych, które powodują niemożność dokonania zmiany wykonawcy, należy zaliczyć realną konieczność poniesienia wyższych kosztów związanych z realizacją dodatkowych świadczeń przez nowego wykonawcę w porównaniu do kosztów skalkulowanych przez wykonawcę dotychczasowego. Względy ekonomiczne mogłyby wynikać także ze specyfiki realizowanego świadczenia, jak również wiązać się z utraceniem gwarancji na dotychczasowy zakres prac lub dostarczone produkty.
Powody techniczne będą dotyczyły przede wszystkim zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub robót budowlanych.
Pzp w art. 455 ust. 1 pkt 3 nie precyzuje, co należy rozumieć przez interoperacyjność. W tym celu należy odnieść się do definicji interoperacyjności w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, do której odwołuje się art. 64 Pzp. Przez interoperacyjność w art. 3 pkt 18 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne należy rozumieć zdolność różnych podmiotów oraz używanych przez nie

systemów teleinformatycznych i rejestrów publicznych do współdziałania na rzecz osiągnięcia wzajemnie korzystnych i uzgodnionych celów, z uwzględnieniem współdzielenia informacji i wiedzy przez wspierane przez nie procesy biznesowe realizowane za pomocą wymiany danych za pośrednictwem wykorzystywanych przez te podmioty systemów teleinformatycznych. Jednakże powyższa definicja stanowi jedynie wskazówkę, jak należy interpretować interoperacyjność na gruncie art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przy wykładni tego podjęcia można także odwołać się do jego powszechnej definicji, zgodnie z którą interoperacyjność to zdolność systemu lub produktu do pełnej współpracy z innymi systemami lub produktami. Innymi słowy chodzi o kompatybilność sprzętu lub innych urządzeń z już posiadanym przez zamawiającego. Ponadto określenie względy techniczne może obejmować problemy z dokonywaniem odbiorów technicznych poszczególnych etapów realizacji zamówienia wykonanych przez różne podmioty.
Po drugie, zmiana wykonawcy nie jest możliwa, gdy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego. Niedogodność, inaczej utrudnienie, musi być istotna. Ustawodawca nie precyzuje, o jaką niedogodność chodzi. Należy zatem uznać, że wszelkie istotne utrudnienia, wpływające na prawidłową realizacją zamówienia, a związane ze zmianą dotychczasowego wykonawcy, będą mieściły się w tej przesłance. Istotna niedogodność może być związana z zapewnieniem stosownej koordynacji prac w przypadku pojawienia się drugiego wykonawcy, którego zadaniem byłoby wykonanie dodatkowych usług, dostaw czy robót budowalnych. Znaczne zwiększenie kosztów należy odnosić do kosztów, które powstaną, jeśli zamówienie będzie realizował dotychczasowy wykonawca. A zatem zwiększenie kosztów spowodowanych zmianą wykonawcy musi

być znaczne. Na wyższe koszty mogą natomiast wpływać kwestie organizacyjne związane z wejściem nowego podmiotu w realizowane już zamówienie publiczne. Należy tylko dodać, że wystarczające jest dla spełnienia tej przesłanki wystąpienie jednej z dwóch wymienionych okoliczności.

Ostatnią przesłanką jest okoliczność, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Tylko w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Zmiany nieprzewidziane. W myśl art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp do zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego może dojść w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy sektorowej. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy klasycznej. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień

elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.

W konsekwencji przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidzianego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania, przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów

składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, że na gruncie przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.
Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, tj. gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów, muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniach cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zastosowanie których umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony.
Wykładnia art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp prowadzi do wniosku, iż w przypadku gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia pewnych zjawisk

gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy również podkreślić, że brzmienie art. 455 ust. 1 Pzp, a także art. 72 ust. 1 dyrektywy klasycznej wskazuje, iż przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 Pzp, mają charakter autonomiczny. Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności związanych z realizacją umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Przy czym również w tym przypadku niezbędne jest dokonanie analizy i ustalenie, iż konieczność wprowadzenia zmian spowodowana jest okolicznościami (lub skalą tych okoliczności), których zamawiający nie mógł przewidzieć i wykraczają one poza unormowanie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy na postawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp w zakresie, w jakim zamawiający powinien działać z należytą starannością, a tego nie uczynił. Należy również zauważyć, iż zaistnienie okoliczności, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie wymienionych w tym przepisie zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa

na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie nieprzewidziana okoliczność wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

Dodatkowo do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp konieczne jest, by zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy (zob. komentarz do art. 455 Pzp, teza 2.5).

Ponadto konieczne jest spełnienie przesłanki wartościowej zmiany, oznaczającej, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

6. Zmiany o niskiej wartości. Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zmiany również stosownie do art. 455 ust. 2 Pzp. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki:

1) łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne,
2) jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości pierwotnej umowy,
3) zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 2 Pzp, należy mieć na względzie w szczególności treść motywu 107 akapit drugi

dyrektywy klasycznej, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza tych przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w oparciu o zrekonstruowaną w oparciu o nie podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę jej wartości. Ponadto przepis ten pozwala na wielokrotne dokonywanie zmian umowy z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć określonego w nich poziomu. Powyższe wskazuje, że w ramach określonych w przepisie wartości granicznych zmian umowy, tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia, należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia. Zarówno Pzp, jak i dyrektywa klasyczna odwołują się bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia, a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Koniecznie jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian. W świetle przywołanych regulacji na gruncie art. 455 ust. 2 Pzp nie znajduje zatem uzasadnienia zarówno: potrącanie wartości zmian dokonanych in minus ze zmianami in plus, jak również pomijanie w obliczeniach zmian zmniejszających wartość umowy, np. z uwagi na zaniechanie realizacji określonych świadczeń i opieranie się tylko na zmianach tę wartość zwiększających.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia, jaka wartość umowy stanowi punkt odniesienia do zmian o wartości określanej procentowo w stosunku do wartości umowy, należy wskazać, że chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja). Zgodnie

bowiem z normą wyrażoną w art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE do celów obliczenia ceny wspomnianej w ust. 2 (de minimis) i ust. 1 lit. b) (zamówienia dodatkowe) i c) (zmiana nieprzewidywalna), aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego w art. 455 ust. 4 Pzp. Ponadto łączna wartość zmian musi być mniejsza niż progi unijne. Ostatnią przesłanką wymienioną w art. 455 ust. 2 Pzp jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy (zob. komentarz do art. 455 Pzp, teza 2.5).

7. Dodatkowe postanowienia. Art. 455 ust. 3 Pzp stanowi, że w przypadkach zmiany umowy związanej z koniecznością zamówienia dodatkowych świadczeń oraz w przypadku okoliczności niemożliwych do przewidzenia (art. 455 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp) zamawiający, po pierwsze, nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, a po drugie – po dokonaniu zmiany umowy zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy w BZP lub przekazuje UPUE. Ponieważ przepisy nie ograniczają możliwości zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, ustawodawca wprowadził w omawianym ustępie mechanizm kontrolny. Zmiany umowy dokonane w oparciu o te przepisy nie mogą być wprowadzane w celu ominięcia stosowania przepisów Pzp i dlatego każdorazowo zamawiający ma obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie umowy w odpowiednim publikatorze po dokonaniu zmiany umowy.

Jeżeli natomiast umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen, dopuszczalną wartość zmiany ceny, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 lit. c i pkt 4 Pzp, lub dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 Pzp, ustala się w oparciu o zmienioną cenę (możliwą do zmiany zarówno w górę, jak i w dół).

8. Dopuszczalność aneksowania umowy przed terminem zawarcia umowy oraz po upływie umownego terminu na wykonanie przedmiotu świadczenia.

8.1. Dopuszczalność aneksowania umowy przed terminem zawarcia. Dyspozycja art. 455 ust. 1 i 2 Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy o zamówienie publiczne zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy zaistniało przed jej zawarciem, jak i po jej zawarciu. O dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przed jej zawarciem wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu[47], wskazując, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 455 ust. 1 i 2 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach – dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie. W konsekwencji, jeżeli zarówno zamawiający, jak i wykonawca wyrażają wolę zawarcia umowy na zmienionych warunkach, a zmiana taka pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 455 ust. 1 Pzp, to może ona zostać wprowadzona i uwzględniona jeszcze przed zawarciem umowy.

8.2. Dopuszczalność aneksowania umowy po upływie umownego terminu na wykonanie przedmiotu świadczenia. W kontekście dopuszczalności aneksowania umowy po upływie umownego terminu na wykonanie przedmiotu świadczenia konieczne jest odwołanie się do ogólnych zasad wyznaczających granice swobody umów, przewidzianych w art. 353^1 Kc, z którego wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

[47] Wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r., sygn. III Ca 262/05

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem swoboda umów oznacza w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego przez umowę, obejmuje zatem nie tylko umowy tworzące stosunek zobowiązaniowy, ale także umowy zmieniające ten stosunek oraz rozwiązujące go[48]. Analiza dotycząca tego, czy zawarcie aneksu do umowy nie wykracza poza normy przewidziane w art. 353^1 Kc, winna odnosić się zarówno do treści stosunku prawnego rozumianej jako treść postanowień określających prawa i obowiązki stron, jak również do jego celu, tj. skutku, który ma być osiągnięty w następstwie wykonania uzgodnionych postanowień umownych.

Biorąc pod uwagę powyższe, z samego tylko faktu, że aneks zmieniający umowę w sprawie zamówienia publicznego został zawarty po upływie umownego (pierwotnego) terminu przewidzianego na wykonanie zamówienia nie można wywodzić, że zmiana umowy jest niezgodna z art. 353^1 Kc, z art. 455 ust. 1 pkt 1–4 oraz ust. 2 Pzp lub w inny sposób niedopuszczalna. Zamawiający może zatem zmienić umowę o zamówienie publiczne po upływie terminu na wykonanie przedmiotu świadczenia, pod warunkiem że zmiana ta będzie zgodna z art. 454 i art. 455 Pzp.

Rozdział 4
Odstąpienie od umowy oraz jej unieważnienie

Art. 456.

1. 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

[48] Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2001 r., sygn. akt V CKN 193/00

w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu;

2) jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

a) dokonano zmiany umowy z naruszeniem art. 454 i art. 455,

b) wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108,

c) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążą 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.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, zamawiający odstępuje od umowy w części, której zmiana dotyczy.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

1. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego na podstawie art. 456 na tle odstąpienia przewidzianego w Kc. Wyczerpujące skomentowanie art. 456 Pzp wymaga wyjścia w pewnym zakresie poza samą treść tego przepisu i zakreślenia prawnego obszaru jego oddziaływania. Odstąpienie od umowy przewidziane w art. 456 Pzp jest jedną z postaci powszechnie stosowanego narzędzia cywilnoprawnego pozwalającego

na zakończenie[49] stosunku zobowiązaniowego mocą jednostronnej decyzji uprawnionego. W doktrynie określa się je jako uprawnienie kształtujące, przyznawane jednej bądź obu stronom, wykonywane przez złożenie stosownego oświadczenia drugiej stronie. Wskazanie w Pzp na szczególną podstawę prawną odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, na którą może powołać się jedynie zamawiający, związane jest ze specyfiką kontraktów publicznych i wiążącymi się z nią szczególnymi, dodatkowymi przesłankami uzasadniającymi celowość lub konieczność zakończenia umowy ze względu na interes publiczny bądź zachowanie uczciwości procesu doboru kontrahenta. Odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy etapu realizacji umowy podpisanej po przeprowadzeniu postepowania we właściwym trybie, a zatem etapu, gdy ma już miejsce związanie zamawiającego z wykonawcą stosunkiem cywilnoprawnym. W świetle powyższego oraz ze względu na generalne odesłanie przewidziane w art. 8 ust. 1 Pzp do stosowania przepisów Kc w odniesieniu do umów należy podkreślić, że źródłem prawa do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być – oprócz szczególnego przypadku odstąpienia na podstawie art. 456 Pzp oraz art. 465 ust. 7 Pzp – postanowienia umowne (uprawnienie przyznawane wolą stron na mocy i w granicach ogólnej normy przewidzianej w art. 395 Kc) oraz szczególne przepisy Kc,

[49] Sposób, w jaki stosunek zobowiązaniowy kończy się bądź przekształca na skutek odstąpienia, różni się w zależności od konstytuujących to uprawnienie postanowień umownych bądź przepisów prawnych. Instytucja odstąpienia jest elastyczna w zakresie szczegółowych skutków prawnych, jakie wywołuje w szczególności w kontekście wzajemnych rozliczeń stron.

przewidujące ustawowe prawo do odstąpienia, w szczególności odnoszące się do umów wzajemnych (art. 491 i nast. Kc)[50].

2. Skutki odstąpienia przez zamawiającego od umowy według Kc. Instytucja odstąpienia od umowy na gruncie cywilistycznym jest w pewnym zakresie elastyczna co do możliwości kształtowania skutków prawnych towarzyszących wykonaniu tego jednostronnego uprawnienia kształtującego. Modelowo kształt odstąpienia można wyznaczyć według ogólnej reguły wyrażonej w art. 395 Kc. Zgodnie z art. 395 § 1 Kc można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Zgodnie z art. 395 § 2 Kc w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu.
Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. W świetle powyższej regulacji skutki prawne

---

[50] O tym, że uregulowanie przesłanek odstąpienia od umowy w ustawie dotyczącej zamówień publicznych nie wyklucza odstąpienia od umowy z innej podstawy prawnej, wskazywał już Sąd Najwyższy, rozpatrując sprawy na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji. Zmiany ustawodawcze w zakresie zamówień publicznych nie wpłynęły jednak na aktualność tej zasady. Poruszone w wyroku SN z 10.04.2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, a następnie w wyroku SN z 6.06.2012 r., sygn. akt III CSK 304/11. W zakresie umownego prawa odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego należy poczynić zastrzeżenie, że instytucja bazująca na treści art. 395 Kc pozostawia daleką swobodę decyzyjną co do kształtowania możliwości odstąpienia (ustawodawca wymaga jedynie czasowego ograniczenia uprawnienia do odstąpienia), co oznacza że w praktyce może ona prowadzić np. do przyznania zamawiającemu zbyt daleko idącej swobody kształtowania zakresu zamówienia poprzez przyznanie bezwarunkowego uprawnienia do odstąpienia od poszczególnych części umowy przez cały czas jej trwania. A zatem umowne prawo do odstąpienia może podlegać ocenie z punktu widzenia obejścia przepisów o zakazie zmian umowy, tj. art. 454 oraz 455 Pzp.

skorzystania z odstąpienia obejmują zasadniczo cały zakres przewidzianych świadczeń i polegają na wygaśnięciu pierwotnego stosunku prawnego z mocą wsteczną (ex tunc) oraz następującej konieczności zwrotu spełnionych świadczeń w naturze, jeśli tylko jest to możliwe, a tylko w pozostałym zakresie zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia. Należy zaznaczyć, że zapłata odpowiedniego wynagrodzenia, przy przyjęciu, że odstąpienie wywołuje skutki prawne ex tunc, nie oznacza w takim przypadku modyfikacji istniejącego zobowiązania, a upadek pierwotnego stosunku i powstanie nowego zobowiązania rozliczeniowego, do którego realizacji zastosowanie znajdą ogólne reguły wykonania zobowiązań. Skutek odstąpienia, co potwierdza chociażby treść art. 491 § 2 Kc w odniesieniu do umów wzajemnych, może równie dobrze objąć jedynie część przewidzianych w umowie świadczeń, jeżeli te są podzielne. W tym miejscu należy wskazać, że odstąpienie od umowy w zakresie częściowym znacznie przypomina wypowiedzenie umowy zawartej na czas nieokreślony przez jedną ze stron na przyszłość, czyli ze skutkiem ex nunc. Subtelna dość różnica sprowadza się w istocie do tego, że wypowiada się całą umowę na przyszłość, przy czym wypowiedzenie odnosi się do czasu świadczenia (okresowego bądź ciągłego), natomiast odstąpienie może odnosić się do poszczególnych świadczeń co do ilości, nie musi też niweczyć całego obowiązku świadczeń na przyszłość.

3. Cechy charakterystyczne skutków odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 Pzp. Kodeksowe zasady dotyczące odstąpienia od umowy znajdują wyraz w art. 456 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym wykonawca w przypadku odstąpienia może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Z dyspozycji tego przepisu wynikają dwie zasadnicze konsekwencje prawne. Po pierwsze skutki prawne odstąpienia od umowy w sprawie

zamówienia publicznego polegają na zakończeniu obowiązywania umowy na przyszłość na mocy decyzji zamawiającego. Wykonanie prawa odstąpienia działa na przyszłość w ten sposób, że strony nie są już zobowiązane do dalszych świadczeń wzajemnych przewidzianych w umowie, przy czym dotychczas spełnione świadczenia pozostają w mocy, tzn. ich rozliczenie następuje zgodnie z dotyczącymi ich postanowieniami umownymi. Świadczy o tym w szczególności zwrot „wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy". Choć ustawodawca nie rozstrzygnął w tym przepisie kwestii zobowiązań towarzyszących, w szczególności dotyczących dalszego obowiązywania rękojmi i gwarancji, niemniej jednak należy podkreślić, że zobowiązanie z tytułu rękojmi czy gwarancji obejmuje towary już dostarczone czy usługi lub roboty już wykonane i istnieje niezależnie od dalszego trwania umowy. Nie można też wykluczyć, że w omawianym zakresie w umowie określone zostaną konsekwencje odstąpienia od niej po częściowym spełnieniu świadczeń.

Drugą konsekwencją uregulowania przewidzianego w art. 456 ust. 3 Pzp jest ograniczenie roszczeń wykonawcy względem zamawiającego do wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

To oznacza, że wykonawca nie może skutecznie domagać się zapłaty całego wynagrodzenia, chociażby był gotowy do wykonania świadczenia, do którego się zobowiązał (*a contrario* do skutków odstąpienia zamawiającego od umowy o dzieło określonych w art. 639 Kc).

Ograniczenie roszczeń do wynagrodzenia za spełnioną część świadczenia z umowy oznacza również wyłączenie możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Wyłączenie roszczeń odszkodowawczych występuje jednakże jedynie w przypadku, gdy odstąpienie było zasadne i skuteczne. To oznacza, że zamawiający złożył oświadczenie

woli o odstąpieniu od umowy w przypadku rzeczywistego spełnienia jednej z przesłanek określonych w art. 456 ust. 1 Pzp. W przeciwnym wypadku odstąpienie jest działaniem nieuprawnionym i nie dotyczą go skutki określone w art. 456 ust. 3 Pzp. W razie sporu (w szczególności na etapie jego sądowego rozpatrywania) wykonawca ma więc możliwość przedstawienia zarzutu bezpodstawnego zastosowania art. 456 ust. 1 Pzp z uwagi na brak zaistnienia przesłanek w nim określonych, zachowując w ten sposób prawo do roszczeń o pełne wynagrodzenie oraz roszczeń odszkodowawczych)[51]. Oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy wymaga zachowania formy dokumentowej zgodnie z art. 77 § 2 Kc oraz ewentualnie dodatkowych czynności, gdy postanowienia umowne ich wymagały.

4. Przesłanki odstąpienia z art. 456 ust. 1 Pzp – uwagi ogólne.

Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 Pzp, podobnie jak na podstawie przepisów Kc, nie jest pozostawione jedynie swobodnej decyzji strony (zamawiającego). Możliwość skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy uzależniona jest od zaistnienia określonych okoliczności. Ustawodawca w art. 456 ust. 1 Pzp przyznał prawo do odstąpienia od umowy jedynie zamawiającemu. Norma wyrażona w art. 456 ust. 1 Pzp stanowi zatem odstępstwo od ogólnej zasady dotrzymywania umów oraz równości stron stosunków cywilnoprawnych, stąd też należy ściśle interpretować wszelkie działania podejmowane na jej podstawie i okoliczności powoływane w celu ich uzasadnienia. Treść normatywna poszczególnych przesłanek stanowi implementację art. 73 dyrektywy klasycznej, stąd nie uległa zmianie w stosunku do przesłanek odstąpienia i rozwiązania przez

[51] Por. wyrok SN z 6 czerwca 2012 r. sygn. akt III CSK 304/11

zamawiającego umowy przyjętych w Pzp2004 r. Nastąpiła jednak zmiana o charakterze redakcyjnym, polegająca na likwidacji rozróżnienia na instytucję odstąpienia i rozwiązania umowy przez zamawiającego i w konsekwencji pozostawienie w Pzp jedynie instytucji odstąpienia. Przesłanka przewidziana w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp, a odwołująca się do istotnej zmiany okoliczności, jest charakterystyczna dla prawa polskiego (niewymieniona we wspomnianym art. 73 dyrektywy klasycznej), niemniej jednak z punktu widzenia dyrektywy dopuszczalna. Natomiast przesłanki określone w art. 456 ust. 1 pkt 2 Pzp na gruncie Pzp2004 stanowiły podstawy do rozwiązania umowy przez zamawiającego, aktualnie zaś stanowią podstawy do odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

5. Przesłanka odstąpienia od umowy określona w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp.

5.1. Istotność. Przesłanka odstąpienia od umowy określona w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołuje się w pierwszej kolejności do istotnej zmiany okoliczności, co nawiązuje do opisanej w art. 357^1 Kc zmiany umowy w związku z nadzwyczajną zmianą stosunków, chociaż trzeba podkreślić, że istotna zmiana okoliczności jest wymaganiem nieco mniejszym niż nadzwyczajna zmiana stosunków, o której stanowi art. 357^1 Kc. Istotna zmiana okoliczności wskazana w art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357^1 Kc, tym niemniej sformułowanie „istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych, w każdym razie nieobjętą zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinni się liczyć kontrahenci. Istotna zmiana okoliczności może mieć swoje źródło w zdarzeniach natury faktycznej, jak i prawnej. W najbardziej ogólnym ujęciu przyjąć należy, iż chodzi o bezcelowość realizacji zamówienia dla interesu publicznego, którego zaspokojenie winien

zapewniać zamawiający stosownie do przypisanego mu zakresu zadań[52]. W świetle dyspozycji art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp zmiana okoliczności musi być nie tylko istotna sama w sobie, ale również prowadzić w konsekwencji do tego, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Konkretyzacji znaczenia pojęcia interesu publicznego można dokonać jedynie w odniesieniu do konkretnych okoliczności występujących przy realizacji umowy.

5.2. Nieprzewidywalność. Drugim istotnym elementem przesłanki odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp jest brak możliwości przewidzenia określonej zmiany okoliczności. Użycie zwrotu „nie można było przewidzieć" należy traktować jako warunek obiektywnej nieprzewidywalności dla rozsądnego uczestnika obrotu prawnego, nie zaś nieprzewidywalności dla konkretnego zamawiającego, a tym bardziej samego faktu nieprzewidzenia przez tego zamawiającego ewentualnych zmian okoliczności. Miernik wymaganej staranności w antycypowaniu potencjalnych zmian okoliczności dla zamawiającego należy ustawić na poziomie wyższym, właściwym dla podmiotów profesjonalnych.

5.3. Interes państwa. Istotna zmiana okoliczności może uprawniać do odstąpienia od umowy, jeżeli dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. W tym przypadku mamy do czynienia z „kwalifikowanym" interesem publicznym, jakim jest bezpieczeństwo państwa lub bezpieczeństwo publiczne, co w związku z literalnym brzmieniem 456 ust. 1 pkt 1 Pzp pozwala twierdzić, że zamawiający może odstąpić od umowy, nawet jeżeli zmianę okoliczności i ich konsekwencję mógł przewidzieć. Należy jednakże przyjąć, że zamawiający nie może

[52] Por. wyrok SA w Warszawie z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt I ACa 13/11

powoływać się na zmianę okoliczności, którą przewidywał na etapie przed podjęciem decyzji o podpisaniu umowy lub wcześniej. W powyższych sytuacjach ma on inne narzędzia do zabezpieczenia interesu publicznego, jak chociażby podjęcie decyzji o niepodpisaniu umowy niedostosowanej do zmienionych okoliczności, unieważnieniu postępowania i wszczęciu nowego postępowania z nowymi warunkami zamówienia.

Termin na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy wynosi dla przesłanki z art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności.

6. Zmiana umowy z naruszeniem art. 454 i 455 Pzp. Zakres odstąpienia.

Przesłanka z art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp daje podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy, w której dokonano zmiany z naruszeniem art. 454 i art. 455 Pzp. Zgodnie z art. 454 ust. 1 Pzp istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Istotną zmianę ustawodawca definiuje w ust. 2 art. 454 Pzp, a w art. 455 określa warunki dopuszczalności zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania (szerzej zob. komentarz do art. 454 ust. 2 oraz art. 455 Pzp). Znaczenie praktyczne odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp jest takie, że daje on zamawiającemu możliwość samodzielnej niwelacji zmian dokonanych w umowie z naruszeniem wymagań Pzp, bez konieczności uzyskania zgody wykonawcy. Jeśli zamawiający nie skorzysta z tej możliwości, zmiany umowy naruszające normy wynikające z art. 454 i 455 Pzp podlegają unieważnieniu na drodze sądowej zgodnie z art. 458 Pzp. Według art. 456 ust. 2 Pzp zamawiający odstępuje od umowy w części, której dotyczy zmiana dokonana na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Warto w tym miejscu sprecyzować określenie „odstąpienia od umowy w części, której

zmiana dotyczy". Oznacza to w rzeczywistości odstąpienie od umowy modyfikującej umowę pierwotną, a zatem pozostawienie w mocy postanowień pierwotnych. Odpowiada temu dyspozycja art. 458 zd. drugie Pzp, wskazująca, że w takim przypadku stosuje się postanowienie umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą. Odstąpienie od części umowy, której zmiana dotyczy w rozumieniu dosłownym oznaczałoby usunięcie zarówno zmodyfikowanych postanowień umownych, jak i pierwotnych determinujących treść zobowiązania w zakresie oddziaływania zmian.

7. Podleganie wykluczeniu. Zgodnie z art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli wykonawca w chwili jej zawarcia podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 Pzp, który określa obligatoryjne przesłanki wykluczenia. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców w zakresie przesłanek, do których odwołuje się ten przepis, trwa aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. do zawarcia umowy. Zgodnie z art. 110 ust. 1 Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Po zawarciu umowy nie jest możliwe wykluczenie z postępowania wykonawcy, nawet jeżeli na skutek uzyskania wiarygodnych informacji zamawiający dowiedział się o występowaniu przesłanek wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy, z którym zawarł umowę. Dlatego odstąpienie od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp pozwala na eliminację niepożądanej sytuacji, w której zamówienie realizuje wykonawca, co do którego zachodziły obligatoryjne podstawy wykluczenia.

8. Naruszenie prawa UE. Zgodnie z art. 258 TFUE, jeśli Komisja uzna, że państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które

na nim ciążą na mocy Traktatów, wydaje ona uzasadnioną opinię w tym przedmiocie, po uprzednim umożliwieniu temu państwu przedstawienia swych uwag. Jeśli państwo to nie zastosuje się do opinii w terminie określonym przez Komisję, może ona wnieść sprawę do TSUE. Zgodnie z art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, jeżeli TSUE stwierdzi, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążą na niej na mocy Traktatów, dyrektywy klasycznej, dyrektywy sektorowej i dyrektywy obronnej, z uwagi na to że zamawiający, którego dotyczyła sprawa zawisła przed Trybunałem (na podstawie art. 260 TFUE) udzielił zamówienia z naruszeniem prawa Unii Europejskiej, to ten konkretny zamawiający może odstąpić od zawartej umowy.

Art. 457.

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) 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;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

6) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

7) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, 1578 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 11).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

1. Podstawy unieważnienia umowy, uwagi ogólne. Wymieniając przesłanki unieważnienia umowy w art. 457 ust. 1 Pzp, ustawodawca dał wyraz przyjętej na gruncie zamówień publicznych koncepcji

nieważności względnej umowy. Koncepcja nieważności względnej umowy polega na przyjęciu, że umowa objęta określonymi wadami prawnymi pozostaje ważna do momentu jej uchylenia drogą konstytutywnego aktu wydanego przez uprawniony do unieważnienia umowy podmiot. W przypadku gdy naruszenie dotyczy przepisów z zakresu zamówień publicznych, uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy przysługuje Prezesowi Urzędu (art. 459 Pzp) oraz w ograniczonym zakresie wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (art. 460 Pzp). Umowa jest zatem ważna i wywołuje skutki prawne do czasu stwierdzenia jej nieważności przez sąd na skutek wniesienia powództwa przez Prezesa Urzędu w trybie art. 459 ust. 1 Pzp (ewentualnie na skutek powództwa wykonawcy na podstawie art. 460 Pzp tylko w odniesieniu do przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp). Niezmiernie istotne jest przywołanie art. 457 ust. 4 Pzp, stanowiącego, że **z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458 Pzp**, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 Kpc. Wzruszalność umowy naruszającej przepisy Pzp w zakresie określonym w art. 457 ust. 1 Pzp w żadnym przypadku nie oznacza jednak, że katalog przesłanek unieważnialności umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamknięty i nie wyklucza nieważności (z mocy prawa) takiej umowy, jeśli narusza ona inne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa[53]. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się ogólną regułę ustaloną w art. 58 Kc. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą

[53] Por. wyrok SA w Łodzi z dnia z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt I ACa 582/12

odpowiednie przepisy ustawy. To oznacza, że naruszenie konkretnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej skutkuje nieważnością umowy, chyba że przepis odnoszący się do normy naruszanej stanowi inaczej (tak jak w przypadku art. 457 Pzp). W przypadku nieważności bezwzględnej opartej na regule określonej w art. 58 Kc i naruszeniu konkretnego przepisu innego niż wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa (nie wywołuje skutków prawnych). Każdy, kto ma w tym interes prawny, może skorzystać z powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego wykreowanego tą umową na podstawie art. 189 Kpc, a stwierdzający nieważność tej umowy wyrok sądu powszechnego ma charakter deklaratoryjny. Ponadto na bezwzględną nieważność umowy z mocy prawa może się powołać każdy, choćby w formie zarzutu procesowego albo w powództwie innym niż złożone na podstawie art. 189 Kpc. Sankcją bezwzględnej nieważności umowy obwarowane jest przykładowo niedochowanie formy pisemnej zgodnie z art. 432 Pzp, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Chociaż przypadki podobne zdają się nie mieć miejsca na gruncie zamówień publicznych, dla przykładu można również wskazać, że niewykluczone jest wystąpienie wad oświadczeń woli stron (art. 82–88 Kc) i możliwość uchylenia się od skutków prawnych tak złożonych oświadczeń. Niewykluczone jest również działanie zamawiającego lub wykonawcy bez umocowania lub z przekroczeniem umocowania (art. 103 Kc), co stawia umowę w tzw. stanie bezskuteczności zawieszonej, tj. skuteczności uzależnionej od potwierdzenia przez stronę, po której wystąpiło działanie bez umocowania.

2. Przesłanka unieważnienia związana z naruszeniem przepisów ustawy oraz naruszenia obowiązków publikacyjnych. W przesłance,

o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, ustawodawca nieco inaczej niż w Pzp2004 r. sformułował podstawę do unieważnienia umowy ze względu na pominięcie właściwego ustawowego trybu udzielenia zamówienia (zawarcia umowy ramowej). Przepis ten nie stanowi (jak w Pzp2004) o naruszającym ustawę zastosowaniu trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, a odwołuje się ogólnie do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, w szczególności przypadki tzw. bezpośredniego udzielenia zamówienia, tj. bez żadnego trybu przewidzianego ustawą, np. pod pretekstem, że podlega ono wyłączeniu spod działania ustawy lub stanowi nieistotną zmianę umowy. Unieważnieniu podlega umowa w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowa, która powinna być poprzedzana postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, umowa zawarta w procesie dynamicznego systemu zakupów, wykonawcza umowa udzielająca zamówienia objętego umową ramową, jak również sama umowa ramowa (poprzedzana postępowaniem, tj. zawierana z więcej niż jednym wykonawcą) w zamówieniach klasycznych, do której zgodnie z dyspozycją art. 311 ust. 2 Pzp stosuje się przepisy działu VII Pzp. Naruszenie polega na braku przekazania do publikacji w DUUE ogłoszenia wszczynającego postępowanie, tj. ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów albo braku publikacji odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu w BZP. Brak publikacji w BZP bądź przekazania do publikacji w DUUE ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające jest również objęty sankcją wzruszalności umowy, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Należy przy tym przyjąć, że znaczenie to będą miały wszelkie zmiany warunków zamówienia dotyczące opisu jego przedmiotu, terminu składania ofert lub wniosków, kryteriów oceny ofert oraz kwalifikacji podmiotowej.

3. Przesłanka przedwczesnego zawarcia umowy przed upływem okresu *standstill*. Okresem *standstill* nazywa się okres, w którym zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia, pomimo dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Okres ten liczony jest od momentu poinformowania wykonawców o rozstrzygnięciu w postępowaniu (okres *standstill* obowiązuje również w przypadku i od momentu wniesienia odwołania aż do jego rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą). Okres *standstill* dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz zamówień sektorowych bez względu na wartość wyznaczono w art. 264 Pzp. Zgodnie z art. 264 ust. 1 Pzp zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577 Pzp, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Wyjątki, w ramach których dopuszczalne jest wcześniejsze zawarcie umowy, wymienia art. 264 ust. 2 Pzp. Dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne okres standstill wyznacza się analogicznie, z uwzględnieniem art. 577 Pzp, art. 308 ust. 2 Pzp i okresy te liczą odpowiednio 5 i 10 dni, przy czym wcześniejsze zawarcie umowy jest dopuszczalne w razie spełnienia warunków określonych w art. 308 ust. 3 Pzp. Dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa okres *standstill* wyznacza natomiast art. 421 ust. 1 Pzp i wynosi on

10 (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłane środkami komunikacji elektronicznej lub faks) albo 15 dni (przesłane w inny sposób). Dopuszczalność wcześniejszego zawarcia umowy określa art. 421 ust. 2 Pzp. W odniesieniu do każdego z wymienionych zamówień znajduje zastosowanie przepis art. 577 Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Każde naruszenie minimalnych terminów oczekiwania obwarowane jest na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp sankcją wzruszalności przedwcześnie zawartej umowy.

4. Przesłanka przedwczesnego zawarcia umowy w przypadku zamówień typu *in house*. Publikacja w DUUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest ogólnie dla zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki dobrowolna (art. 213 ust. 2 Pzp), przy czym w odniesieniu do zamówień udzielanych ze względu na przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp (współpraca publiczno-publiczna) istnieje obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o takim zamiarze w BZP, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 Pzp (art. 216 ust. 1 Pzp). W odróżnieniu od regulacji Pzp2004 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp publikowane jest zawsze w BZP, a nie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej. Przepis Art. 216 ust. 2 Pzp ustanawia dla zamówień udzielonych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 Pzp 14-dniowy okres *standstill*, liczony od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Przed upływem tego okresu zamawiający nie może zawrzeć umowy z wykonawcą, a naruszenie tego zakazu powoduje, że umowa podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 3 Pzp.

5. Przesłanka dotycząca naruszeń związanych z udzielaniem zamówień objętych umową ramową. Udzielenie zamówienia objętego umową ramową z naruszeniem któregokolwiek z wymienionych w art. 457 ust. 1 pkt 4 Pzp przepisów skutkuje wzruszalnością umowy. Przepis art. 314 ust. 1–4 Pzp, odnoszący się do udzielania zamówień klasycznych związanych z umową ramową, określa wymagania proceduralne zawierania umów wykonawczych, w przypadku gdy umowa ramowa została zawarta z więcej niż jednym wykonawcą. W art. 314 ust. 1 pkt 3 Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający udziela zamówień po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej.

Art. 314 ust. 3 Pzp stanowi, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 314 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pzp (kiedy umowa finalna poprzedzona jest postępowaniem), zamawiający udziela zamówienia na tych samych i, w razie potrzeby, bardziej sprecyzowanych warunkach zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, oraz – w stosownych przypadkach – na innych warunkach zamówienia wskazanych w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Jednocześnie art. 314 ust. 4 Pzp wskazuje, że zamówienia, o których mowa w art. 314 ust. 3 Pzp, udzielane są po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, na zasadach określonych w dziale II rozdziale 6 Pzp lub na zasadach określonych w dalszej części art. 314 ust. 4 Pzp (zob. komentarz do art. 314 ust. 4 Pzp).

Art. 315 Pzp reguluje procedurę udzielenia zamówienia w oparciu o zaktualizowane katalogi elektroniczne (zob. komentarz do art. 315 Pzp).

Unieważnieniu zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 4 Pzp podlegają również zamówienia udzielane w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa objęte

umową ramową, jeżeli niedochowane zostały wymagania w zakresie maksymalnego czasu, na który może być ona zawarta, określone w art. 422 ust. 2 i 3 Pzp (co do zasady na maksymalnie 7 lat, chyba że dłuższy okres jest konieczny ze względu na wystąpienie nadzwyczajnych okoliczności, przy uwzględnianiu oczekiwanego okresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana wykonawcy).

6. Przesłanka dotycząca naruszeń związanych z dynamicznym systemem zakupów. Unieważnieniu podlegają umowy w sprawie zamówień publicznych zawarte w wyniku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, w którym nastąpiło naruszenie wymagań proceduralnych określonych w art. 323 oraz 324 Pzp w zamówieniach klasycznych (zob. komentarz do art. 323 oraz 324 Pzp) lub wymagań co do terminu składania wniosków lub ofert określonych w art. 391 ust. 4 lub 5 Pzp w przypadku zamówień sektorowych.

7. Przypadki wyłączające wzruszalność umowy. Umowa nie podlega unieważnieniu, pomimo wystąpienia przesłanek unieważnienia określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1, 4 i 5 Pzp, jeżeli został zachowany odpowiedni okres *standstill*, a ponadto zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z Pzp. Oba wymienione warunki muszą być spełnione łącznie. Ocena, czy zamawiający pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że jego działanie było zgodne z prawem, jest dokonywana w warunkach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

8. Skutek konstytutywnego unieważnienia umowy. Zgodnie z art. 457 ust. 3 Pzp unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp. Zasadą jest zatem, że unieważnienie działa *ex tunc*, chyba że KIO, uwzględniając

odwołanie, unieważni umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałoży karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu. Nieważność umowy od momentu jej zawarcia oznacza, że upada podstawa prawna wszelkich spełnionych dotychczas świadczeń przez wykonawcę oraz zamawiającego. Powstaje natomiast dla stron zobowiązanie do dokonania rozliczeń według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 Kc i następne), co oznacza przede wszystkim zwrot świadczeń w naturze, jeżeli jest możliwy, albo zwrot korzyści majątkowej w pieniądzu.

9. Wyłączenie możliwości wniesienia pozwu z art. 189 Kpc. W świetle art. 457 ust. 4 Pzp nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 Kpc z przyczyn, o których mowa w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp. Zgodnie z tym przepisem powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Tymczasem umowy dotknięte wadami wskazanymi w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp są ważne (art. 457 ust. 1 oraz 458 Pzp stanowią, że umowy lub zmiany umowy „podlegają unieważnieniu") i wywołują skutki prawne aż do momentu ich unieważnienia w konstytutywnym orzeczeniu wydanym z powództwa Prezesa Urzędu bądź podmiotu, który miał interes w uzyskaniu zamówienia. Na gruncie Pzp ustawodawca odwołuje się zatem wyłącznie do sankcji nieważności względnej umowy. W rezultacie umowa obarczona wadami opisanymi w art. 457 ust. 1 oraz 458 Pzp jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia w trybie przewidzianym w ustawie. Nie można zatem wpadkowo, w toku innego postępowania sądowego, ustalać nieważności umowy zawartej w trybie zmówienia publicznego z powołaniem na uchybienia, które uzasadniałyby

wdrożenie postępowania na podstawie art. 457 ust. 1 i 458 Pzp[54]. Mając to na uwadze, należy podkreślić, że enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego.

10. Możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 Kc. Wykonawcy oraz zamawiający mogą korzystać z dyspozycji art 705 Kc, który sankcjonuje nieuczciwe postępowanie organizatora lub uczestnika przetargu. Zgodnie z art. 705 § 1 Kc (zd. pierwsze) organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Stosownie do art. 705 § 2 Kc uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Jak wskazuje dyspozycja art. 457 ust. 5 Pzp, możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 705 Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 Kc, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone

[54] Por. wyrok SA w Łodzi z dnia z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt I ACa 250/11

ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 705 Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp.

Art. 458.

Zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeżeli została dokonana z naruszeniem art. 454 i art. 455. W takim przypadku stosuje się postanowienie umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą.

1. Zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego podjęte z naruszeniem przepisów art. 454 i art. 455 Pzp powinny być eliminowane. Jeżeli zamawiający nie skorzysta z możliwości odstąpienia od zmian naruszających zasady wymienione w tych przepisach, zmiana umowy podlega unieważnieniu. Unieważnienie konstytutywne polega w takim przypadku na przywróceniu pierwotnej treści umowy. Z powództwem o unieważnienie takiej zmiany umowy może wystąpić Prezes Urzędu (art. 459 ust. 1 pkt 1 Pzp). Należy podkreślić, że unieważnieniu podlega jedynie zmiana umowy, która nastąpiła z naruszeniem przepisów art. 454 i 455 Pzp. W przypadku unieważnienia takiej zmiany, w miejsce jej unieważnionych postanowień wchodzą postanowienia umowy, które obowiązywały przed zmianą. Innymi słowy klauzule umowne, które zostały zawarte z naruszeniem przepisów art. 454 i 455 Pzp, zostają zastąpione postanowieniami, które obowiązywały przed dokonaniem zmiany.

Art. 459.

1. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie:

1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455;

2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.

2. Uprawnienie, o którym mowa w ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub jej zmiany.

1. Art. 459 Pzp legitymuje Prezesa Urzędu do wystąpienia na drodze sądowej o konstytutywne unieważnienie niedozwolonych zmian umowy albo całych umów obarczonych wadami, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Jednocześnie należy podkreślić, że art. 459 Pzp nie obliguje, a uprawnia Prezesa Urzędu do podjęcia czynności zmierzających do wzruszenia wadliwych umów lub ich zmian. Uprawnienie Prezesa UZP ograniczone jest terminem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub dokonania zmiany, bez względu na czas, w którym Prezes powziął wiadomość o okolicznościach aktualizujących jego kompetencje. Oczywiste w odniesieniu do legitymacji materialnoprawnej jest, że Prezes UZP nie wykazuje interesu prawnego we wniesieniu powództwa, lecz działa w interesie publicznym, a przede wszystkim w granicach swoich kompetencji oraz zadań przyznanych mu w Pzp, w szczególności w art. 469 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym czuwa on nad systemem zamówień, w szczególności nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą, oraz upowszechnia zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień.

Art. 460.

O unieważnienie umowy może wystąpić wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, w przypadku, o którym mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1. Uprawnienie to wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy.

1. Na podstawie art. 460 Pzp legitymację do domagania się wzruszania umowy na drodze sądowej posiadają również wykonawcy, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia. Legitymacja wykonawców jest ograniczona jedynie do podniesienia zarzutów, o których mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Będą to zatem w szczególności wykonawcy potencjalnie zainteresowani zamówieniem, co do którego w ogóle nie przeprowadzono wymaganego przez Pzp postępowania albo nie zostało opublikowane wymagane przepisami Pzp ogłoszenie wszczynające postępowanie. Termin na wniesienie pozwu o unieważnienie umowy wynosi 4 lata od zawarcia umowy bez względu na czas, w którym wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach aktualizujących jego uprawnienie.
Art. 460 Pzp nie wyłącza możliwości stwierdzenia nieważności (nieważność bezwzględna) umowy w trybie powództwa przewidzianego w art. 189 Kpc, pod warunkiem że wykonawca powołuje się na inne okoliczności niż określone w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp. Wykonawcy mogą również żądać unieważnienia umowy na podstawie 705 Kc, co wyraźnie potwierdza art. 457 ust. 5 Pzp.

Art. 461.

Umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8.

1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 Pzp (zamówienia typu *in house*) wygasa z mocy prawa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym udział w kontrolowanej

osobie prawnej uzyskał kapitał prywatny. Brak udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej stanowi jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w każdym z trzech typów zamówień *in house* (art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c oraz pkt 13 lit. c Pzp). Zgodnie z art. 214 ust. 8 Pzp zakazu udziału kapitału prywatnego nie stosuje się do osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym lub udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, w przypadku prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu. Generalny zakaz udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej obowiązuje zatem nie tylko na etapie badania przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie powołanych przepisów, lecz również przez cały okres trwania umowy. Komentowany przepis stanowi wyraz założenia, że zamówienie może nie być dostępne dla potencjalnych wykonawców na zasadach konkurencyjności dopóty, dopóki zachowuje charakter współpracy publiczno-publicznej, a pojawienie się kapitału prywatnego zaprzecza takiemu charakterowi zamówienia. Zgodnie z art. 461 Pzp wygaśnięcie umowy z mocy prawa różni się zasadniczo od jej unieważnienia z mocą *ex tunc*. W skutkach prawnych przypomina to rozwiązanie umowy na przyszłość (*ex nunc*), przy czym skutek pojawia się z mocy prawa bez konieczności podjęcia przez strony czynności niwelujących zobowiązanie czy też wydania konstytutywnego orzeczenia sądu. Umowa pozostaje ważna do czasu aż upłyną 3 miesiące od pojawienia się kapitału prywatnego, natomiast po wygaśnięciu umowa pozostaje ważna już tylko w części wykonanej.

Rozdział 5
Podwykonawstwo

Art. 462.

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

3. W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

4. Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3:

1) w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub

2) dotyczących dalszych podwykonawców, lub

3) dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

5. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

7. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio.

8. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

1. Możliwość powierzenia części zamówienia publicznego. Art. 462 ust. 1 Pzp dopuszcza udział podwykonawców przy realizacji zamówienia publicznego. Przepis będący powtórzeniem normy z art. 36a ust. 1 Pzp2004 wprowadza regulację umożliwiającą wykonywanie części

zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia (na zasadzie podwykonawstwa). Doniosłość tej normy wynika z faktu, że przepis ustanawia uprawnienie **wykonawcy** do powierzania wykonywania części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca określa część lub części zamówienia, które zamierza powierzyć do realizacji innemu podmiotowi oraz wskazuje konkretny podmiot (podwykonawcę), któremu konkretna część zamówienia zostanie powierzona. Zamawiający nie ma uprawnień do ingerowania w treść stosunku wykonawca-podwykonawca w inny sposób niż wynika to z treści przepisów Pzp. Nie są w szczególności dopuszczalne nieznajdujące oparcia w Pzp dyskrecjonalne zakazy zamawiającego niezezwalające na podwykonawstwo, a także ograniczenia podwykonawstwa, w tym tzw. „ograniczenia procentowe" (czyli dopuszczenie podwykonawstwa do maksymalnej, wskazanej przez zamawiającego w dokumentach zamówienia i wyrażonej w procentach części całego zamówienia).

W dyrektywie podwykonawstwo uważa się za jedno z narzędzi służących do realizacji celu, jakim jest zwiększenie efektywności wydatków publicznych, poprzez ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych (motyw 2 dyrektywy klasycznej). Jednym z mechanizmów wspierających to narzędzie, a przez to i cel efektywnych wydatków publicznych, jest realne dopuszczenie podwykonawstwa i likwidacja barier z tym związanych, np. brak bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców (motyw 78 dyrektywy klasycznej). Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych było także przedmiotem rozważań TSUE, w co najmniej kilku orzeczeniach. Zauważono między innymi, że „w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia

nieobjęte zakresem dyrektywy (…) Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu"[55]. Wskazano, że „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i jak wynika z motywu 78 dyrektywy klasycznej, w interesie Unii leży, by w dziedzinie zamówień publicznych wzmocnić otwarcie postępowania przetargowego na konkurencję. Korzystanie z podwykonawstwa, które może sprzyjać przystępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw do przetargów publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu"[56].

Zgodnie zatem z wyrokiem TSUE ograniczenie podwykonawstwa wynikać może tylko z przepisów prawa (dyrektywy lub ustawy). Systematyka Pzp jest w zakresie ograniczeń podwykonawstwa nieco odmienna od systematyki Pzp2004. W Pzp2004 uprawnienie do powierzenia wykonania części zamówienia oraz normy dotyczące podstawowych granic podwykonawstwa (obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę, specjalna regulacja w zamówieniach typu *in house*) umiejscowione były w tym samym artykule (art. 36a Pzp2004) w rozdziale pn. Przygotowanie postępowania. W Pzp zasadniczą część przepisów regulujących podwykonawstwo umiejscowiono w rozdziale w ramach działu VII Pzp. Nie stanowią one jednak kompleksowej regulacji pozwalającej na odkodowanie wszystkich norm, które upoważniają zamawiającego do wprowadzenia ograniczeń podwykonawstwa. Pzp dopuszcza następujące ograniczenia podwykonawstwa i regulacje ingerujące w treść relacji wykonawca-podwykonawca:

---

[55] Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 *UAB „Borta" przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija*, ECLI:EU:C:2017:266, pkt 48

[56] Wyrok z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 *Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, pkt 27 i nast.

1) obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę (art. 121 Pzp) lub przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 60 Pzp),
2) wymóg zatrudniania (przez podwykonawcę) na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji (części) zamówienia (art. 95 ust. 1 Pzp),
3) niedopuszczalność powierzenia podwykonawcy części, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia w zamówieniach typu *in house* (art. 214 ust. 9 Pzp).

2. Możliwość żądania wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Art. 462 ust. 2 Pzp, pomimo że umiejscowiony jest w dziale dotyczącym umów o zamówienie publiczne, to znajduje zastosowanie przede wszystkim na etapie prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Przepis ten transponuje art. 71 ust. 2 dyrektywy klasycznej, który stanowi, że „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców". Odmiennie niż w przypadku art. 36b ust. 1 Pzp2004, w którym ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy wskazania określonych części, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, art. 462 ust. 2 Pzp wprowadza jedynie uprawnienie dla zamawiającego do takiego żądania. Zamawiający może zatem (ale nie jest do tego zobowiązany) zażądać od wykonawcy wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych

podwykonawców, jeżeli są już znani. Przepis w tym brzmieniu nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający zażądał od wykonawców wskazania części, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, ale odstąpił od żądania podania nazw podwykonawców. Żądanie wskazania przez wykonawców części i nazw podwykonawców (jeśli są znani) winno zostać wyartykułowane w dokumentach zamówienia.

Przepis art. 462 ust. 2 Pzp posługuje się w kontekście powierzania prac podwykonawcom pojęciem „części zamówienia". Oznacza to, że wykonawcy zobowiązani przez zamawiającego w dokumentach zamówienia do wskazania w ofercie, które części zamierzają powierzyć podwykonawcom, określają te części przedmiotowo (wskazując na zakres lub przedmiot części zamówienia). Nie jest prawidłowe procentowe określanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, zarówno w sytuacji gdy określenia takiego dokonuje wykonawca w ofercie, jak również gdy zamawiający ogranicza zakres podwykonawstwa w dokumentach zamówienia, wymagając wykonania własnymi siłami odpowiedniego „procentu" prac (lub w ten sam sposób dopuszczając powierzenie podwykonawcom maksymalnie określonego procentu zamówienia). Wtedy gdy zamawiający zastrzega wykonanie określonych części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, ujęcie procentowe nie wyjaśniałoby, czy rzeczywiście wykonawca respektuje zastrzeżenie zamawiającego do określonych części.

Wskazywane przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. Intencjonalny charakter informacji wskazanych w ofercie, dotyczący nazw podwykonawców, był przyjmowany powszechnie w orzecznictwie KIO

już na gruncie Pzp2004. Pzp (jak wcześniej Pzp2004) dopuszcza bowiem zmianę podwykonawcy na etapie realizacyjnym. W odniesieniu natomiast do charakteru informacji dotyczącej nazwy części, którą wykonawca zamierza realizować za pomocą podwykonawcy, na gruncie Pzp2004 istniał spór w doktrynie, czy informacja ta składa się na ofertę wykonawcy (jako oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia), czy też nie. Brzmienie art. 462 ust. 2 Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Informacyjnego charakteru nie będzie miało jednak wskazanie w ofercie przez wykonawcę tych części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł je jako wymagające osobistego wykonania przez wykonawcę (art. 60 Pzp). Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac sprawia, że treść oświadczenia wykonawcy, złożona w ofercie wykonawcy, stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty. Skoro zamawiający wymaga (zastrzega) wykonania prac wyłącznie przez wykonawcę składającego ofertę, to wskazanie w ofercie (dla zastrzeżonego zakresu) podwykonawcy skutkuje stwierdzeniem o sprzeczności treści oferty z dokumentami zamówienia[57].

3. Obowiązek i uprawnienie żądania od wykonawcy na etapie realizacyjnym podania nazw podwykonawców. Obowiązek aktualizacji danych. Art. 462 ust. 3 Pzp powtarza normę zawartą w art. 36b

[57] Podobnie wyrok KIO z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1816/19

ust. 1a Pzp2004. Przepis realizuje cel przejrzystości wyrażony w motywie 105 dyrektywy klasycznej, polegający na zapewnieniu instytucjom zamawiającym informacji na temat tego, kto jest obecny na placach budowy, na których wykonywane są na ich rzecz roboty budowlane, lub na temat tego, które przedsiębiorstwa świadczą im usługi. Norma art. 462 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie do zamówień na roboty budowlane oraz do tych zamówień na usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego. Jeżeli roboty budowlane lub usługi mają być wykonane w miejscu niepodlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, przepis ten nie ma zastosowania.

Przepis art. 462 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego, który udzielił zamówienia wykonawcy w przedmiocie robót budowlanych lub opisanych powyżej usług, do wezwania wykonawcy do podania nazw, danych kontaktowych oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w te roboty budowlane lub usługi. Wezwanie winno być skierowane przed przystąpieniem do wykonania zamówienia, a zatem Pzp określa tę czynność jako jedną z pierwszych czynności, do których zobowiązany jest zamawiający po podpisaniu umowy z wykonawcą. Pzp nie zabrania zamawiającemu, aby wezwanie zostało skierowane do wykonawcy wraz z podpisaniem umowy lub aby wezwanie było jednym z obowiązków kontraktowych wykonawcy przewidzianych bezpośrednio w umowie. Wykonawca informuje zamawiającego bez zbędnej zwłoki o danych podwykonawcy, pod warunkiem że na tym etapie są one wykonawcy znane. Przepis uwzględnia zatem sytuację, w której wykonawca po podpisaniu umowy nie dysponuje jeszcze wiedzą co do zakresu podwykonawstwa. Przepis w zdaniu drugim nakazuje wykonawcy, bez konieczności kierowania do niego dodatkowych wezwań ze strony zamawiającego, informować zamawiającego

niezwłocznie o zmianach w składzie podwykonawców lub zmianie danych dotychczasowych podwykonawców.

Art. 462 ust. 4 Pzp uprawnia zamawiającego do rozszerzenia przedmiotowego (na pozostałe rodzaje zamówień) i podmiotowego (na dalszych podwykonawców lub dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi) zakresu wezwania, o którym mowa w art. 462 ust. 3 Pzp. Zastosowanie przez zamawiającego obligatoryjnego art. 462 ust. 3 Pzp i fakultatywnego art. 462 ust. 4 Pzp (w pełnym zakresie) zobowiązuje wykonawcę do informowania zamawiającego (także na etapie realizacyjnym) o podwykonawcach i dalszych podwykonawcach, a także dostawcach uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi w przypadku każdego zamówienia publicznego niezależnie od jego rodzaju.

4. Weryfikacja podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby pod kątem niepodlegania wykluczeniu.

W art. 462 ust. 5 Pzp ustawodawca skompilował i zmienił normy zawarte w art. 25a ust. 5 oraz 36ba ust. 1 Pzp2004. Przepis upoważnia zamawiającego do weryfikacji podwykonawcy niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca, pod kątem przesłanek wykluczenia wyłącznie na etapie realizacji umowy. Ustawodawca nie przewiduje obligatoryjnej weryfikacji podwykonawców, niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na etapie trwającego postępowania.

Przepis nie dotyczy podwykonawców, którzy są podmiotami udostępniającymi swoje zasoby. Przepis nie dotyczy także tych podwykonawców, którzy zastępują podmioty udostępniające swoje zasoby (podmioty trzecie) na etapie realizacji umowy. Zamawiający może weryfikować na etapie realizacyjnym, na podstawie art. 462 ust. 5 Pzp, pod kątem przesłanek niepodlegania wykluczeniu

podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby niezależnie od momentu ich zgłoszenia (w postępowaniu – w ofercie lub na etapie realizacyjnym). Informacja o woli zamawiającego poddawania podwykonawców weryfikacji winna być zapowiedziana w dokumentach zamówienia.

Art. 462 ust. 5 Pzp precyzyjnie określa krąg podmiotów podlegających badaniu. Weryfikacji na podstawie tego przepisu mogą podlegać wyłącznie:

1) podwykonawcy wskazani przez wykonawcę w ofercie (art. 462 ust. 2 Pzp),
2) podwykonawcy (na etapie realizacyjnym) – w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego – zaangażowani (lub których wykonawca zamierza zaangażować) w takie roboty budowlane lub usługi (art. 462 ust. 3 Pzp),
3) podwykonawcy (na etapie realizacyjnym) – w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego – zaangażowani (lub których wykonawca zamierza zaangażować) w takie dostawy lub usługi – (art. 462 ust. 4 pkt 1 Pzp).

Odmiennie niż w Pzp2004 ustawodawca nie przewiduje możliwości weryfikacji przez zamawiającego pod kątem przesłanek wykluczenia dalszych podwykonawców, niezależnie od rodzaju realizowanego zamówienia. Konsekwentnie ustawodawca nie przewiduje możliwości weryfikacji dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Weryfikacja podwykonawców następuje na podstawie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 Pzp. Uwzględnienie zasady proporcjonalności prowadzi do wniosku, że katalog przesłanek wykluczenia dla podwykonawców objętych wezwaniem nie powinien być szerszy niż ten, który został określony na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedstawia wymagane środki dowodowe dotyczące podwykonawcy. Środki dowodowe winny być aktualne na dzień ich przedłożenia zamawiającemu, niezależnie od tego, czy podwykonawca został zgłoszony na etapie realizacyjnym, czy już w ofercie. W przypadku zamówienia na roboty budowlane weryfikacja podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby pod kątem niepodlegania wykluczeniu może być elementem procedury opisanej w art. 464 i 465 Pzp.

5. Skutki prawne wystąpienia podstaw wykluczenia podwykonawcy, niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby. Art. 462 ust. 6 Pzp powtarza normę ustaloną w art. 36ba ust. 2 Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wobec zweryfikowanego podwykonawcy, niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby, zajdą podstawy wykluczenia, zamawiający jest zobowiązany zażądać, aby wykonawca w określonym przez zamawiającego terminie zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia. Wprawdzie przepis stanowi o „zajściu (wystąpieniu) przesłanek wykluczenia" podwykonawcy, ale w istocie jego celem jest niedopuszczenie podwykonawcy do realizacji części zamówienia. Niedopuszczenie określonego podwykonawcy do realizacji zamówienia możliwe będzie wtedy, gdy przedłożony dokument potwierdzi zaistnienie podstawy wykluczenia, ale także wtedy, gdy np. wykonawca nie przedłoży

żądanego środka dowodowego co do podwykonawcy. Pzp nie określa w sposób sformalizowany procedury pozyskiwania środków dowodowych od podwykonawcy za pośrednictwem wykonawcy, w szczególności nie reguluje terminów na przedłożenie żądanych środków dowodowych, jak również postępowania ze środkami dowodowymi, które nie potwierdzają, że podwykonawca nie podlega wykluczeniu (kwestia uzupełnienia środka dowodowego). Dopuszczalne jest zatem, aby zamawiający przewidział na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mechanizmy, służące realizacji uprawnienia wynikającego z art. 462 ust. 5 i 6 Pzp. Mechanizmy te powinny jednak korespondować z celem przepisu, jakim jest niedopuszczenie do realizacji części zamówienia przez podwykonawcę, który nie daje rękojmi należytego jej wykonania. Nadmierny formalizm w ocenie środków dowodowych dotyczących przesłanek wykluczenia podwykonawcy, w szczególności skutkujący niedopuszczeniem podwykonawcy do realizacji części zamówienia (np. na skutek jednodniowego opóźnienia w przekazaniu dokumentów przez wykonawcę), może być rozpatrywany w kontekście uchybienia zasadzie współdziałania, o jakiej mowa w art. 431 Pzp. Art. 462 ust. 6 Pzp jednoznacznie określa sankcję z tytułu nieprzedłożenia przez wezwanego wykonawcę wymaganych środków dowodowych co do podwykonawcy, potwierdzających niepodleganie wykluczeniu. Podwykonawca taki nie jest dopuszczony do realizacji części zamówienia. Oznacza to, że wykonawca winien zgłosić zamawiającemu innego podwykonawcę do realizacji tej części zamówienia (oraz poddać tego podwykonawcę procedurze weryfikacji) lub wykonać tę część samodzielnie. Przepis nie przewiduje z tego tytułu innych sankcji niż niedopuszczenie podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

6. Dopuszczalność zmiany podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Art. 462 ust. 7 Pzp powtarza i doprecyzowuje normę dotychczas zawartą w art. 36b ust. 2 Pzp2004. Przepis ma zastosowanie do podwykonawców będących jednocześnie podmiotami udostępniającymi zasoby, na które wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przesłanką do jego zastosowania jest zmiana lub rezygnacja z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne.

Przyczyna zmiany podwykonawcy lub rezygnacji z podwykonawcy nie została przez ustawodawcę określona, co oznacza, że należy za taką przyczynę uznać każdą okoliczność (obiektywną lub subiektywną), która uniemożliwi lub utrudni wykonanie przez podwykonawcę części zamówienia (np. upadłość dotychczasowego podwykonawcy, ale i brak współpracy wykonawcy z podwykonawcą, która może rzutować na prawidłowość wykonywanych prac). Przepis w normowanej nim sytuacji kreuje obowiązki zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to zatem, że w przypadku zmiany podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na innego podwykonawcę wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym zamawiającego oraz przedstawić dane tego

podwykonawcy bez względu na rodzaj zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast kontrola, czy nowy podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia wymagane warunki.

Przepis stanowi, że nowy podwykonawca (lub wykonawca osobiście) ma spełniać warunki udziału w postępowaniu „w stopniu nie mniejszym" niż dotychczasowy podwykonawca. Punktem odniesienia dla sformułowania „w stopniu nie mniejszym" są warunki udziału w postępowaniu (i podstawy wykluczenia) opisane w dokumentach zamówienia, a nie potencjał dotychczasowego podwykonawcy.

Skoro dotychczasowy podwykonawca weryfikowany był pod kątem spełnienia warunków udziału w konkretnym postępowaniu (co do części zamówienia, w zakresie której udostępniał swój potencjał) i przesłanek wykluczenia, nowy podwykonawca lub sam wykonawca również powinien być weryfikowany w ten sam sposób, a zatem powinien spełniać te same warunki w stopniu, który był wymagany przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Art. 462 ust. 7 Pzp nie określa procedury pozyskiwania środków dowodowych dotyczących podwykonawcy lub wykonawcy, w szczególności nie reguluje terminów na przedłożenie żądanych środków dowodowych, jak również postępowania ze środkami dowodowymi, które nie potwierdzają, że podwykonawca nie podlega wykluczeniu (kwestia uzupełnienia środka dowodowego). Przesądza jednak kilka kwestii. Po pierwsze, wykonawca informuje zamawiającego o zmianie podwykonawcy, na którego zasoby powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, wraz z informacją wykonawca przekazuje stosowne środki dowodowe, analogiczne jak wymagane od podwykonawcy udostępniającego zasoby na etapie postępowania o zamówienie publiczne. Strony w ramach

regulacji umownych mogą przyjąć inny sposób przekazania pomiędzy nimi informacji. Niemniej jednak weryfikacja nowego podwykonawcy pod kątem spełniania tego samego warunku(-ów), co dotychczasowy podwykonawca (lub weryfikacja wykonawcy w zakresie tego samego warunku), jest obligatoryjna dla zamawiającego. Weryfikacja następuje w oparciu o środki dowodowe, tj. potwierdzające okoliczności, o których mowa powyżej, aktualne na dzień ich złożenia.

Powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego w postępowaniu musi być realne i rzeczywiste. Nie może mieć natomiast charakteru fikcyjnego w tym znaczeniu, żeby podmiot trzeci będący podwykonawcą został zgłoszony w postępowaniu wyłącznie w celu umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę, który nabywa wymagany potencjał w trakcie realizacji tego zamówienia i będzie samodzielnie spełniał warunek udziału w postępowaniu, w zakresie którego powołany został podwykonawca[58].

7. Odpowiedzialność wykonawcy za część zamówienia powierzoną podwykonawcy. Przepis art. 462 ust. 8 Pzp nawiązuje do normy z art. 474 Kc, który stanowi, że dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Obie regulacje: art. 462 ust. 8 Pzp oraz art. 474 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp obowiązują na gruncie zamówień publicznych bezpośrednio. Zastosowanie art. 462 ust. 8 Pzp jest węższe, dotyczy bowiem wyłącznie podwykonawców w rozumieniu Pzp. Przepis art. 474 Kc rozciąga się natomiast na wszystkich podwykonawców, nawet takich, którzy nie zostali zamawiającemu zgłoszeni i zamawiający nie miał

[58] Np. wyrok KIO z dnia 07 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2565/18

wiedzy o ich udziale w realizacji części zamówienia publicznego oraz na tzw. pomocników (podmioty, które wspierają wykonawcę w realizacji świadczenia, które jednak spełnia samodzielnie; brak jest tutaj powierzenia innemu podmiotowi części świadczenia do samodzielnego wykonania). *Ratio legis* obu regulacji sprowadza się do trzech wniosków. Po pierwsze, wykonawca zgłaszający podmioty do realizacji części zamówienia powinien wziąć za nie odpowiedzialność (gdyż to on jest wykonawcą – dłużnikiem względem zamawiającego). Po drugie, zamawiający nie jest stroną stosunku zobowiązaniowego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, a więc zakres oddziaływania kontraktowego zamawiającego może dotyczyć zasadniczo wykonawcy. Po trzecie, normy z art. 462 ust. 8 Pzp i 474 Kc oddalają ryzyko uwikłania się zamawiającego w spory sądowe z podmiotami, których nie musi znać i z którymi nie łączy go stosunek prawny.

Nienależyte wykonanie świadczenia z udziałem podwykonawcy obciąża wykonawcę. W doktrynie przyjmuje się, że odpowiedzialność wykonawcy za podwykonawcę jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy[59]. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania lub zaniechania podwykonawcy (podmiotu zewnętrznego) tak jak za własne zaniechania, niezależnie od tego, czy sam (wykonawca osobiście) ponosi jakąkolwiek winę w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu świadczenia. Taki zakres odpowiedzialności zmusza wykonawcę do wyboru tylko takich podwykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania części zamówienia, gdyż w przeciwnym wypadku ewentualne nienależyte wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę naraża wykonawcę na roszczenia odszkodowawcze kierowane przez

[59] Patrz: R. Szostak, op. cit. s. 103; W. Borysiak [w:] K. Osajda [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 24, Legalis 2020, komentarz do art. 474 Kc

zamawiającego. Nie jest wystarczające do uwolnienia się przez wykonawcę od odpowiedzialności odszkodowawczej wykazanie braku winy przy wyborze podwykonawcy ani braku winy w nadzorze nad wykonywaniem przez podwykonawcę powierzonej mu części zamówienia[60]. Podstawę do wyłączenia odpowiedzialności może natomiast stanowić wykazanie, że podwykonawca zachował taką samą staranność, jaka była wymagana od wykonawcy (innymi słowy – wykazanie, że to podwykonawca nie ponosi winy). Podobnie wyłącza taką odpowiedzialność udowodnienie, że nie zachodzi związek przyczynowy pomiędzy rzeczywistą przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a zachowaniem lub postępowaniem podwykonawcy zobowiązanego do wykonania części zamówienia[61]. Sankcje z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania części zamówienia przez podwykonawcę mogą polegać na:

1) odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy na zasadach ogólnych (art. 471 Kc),
2) odstąpieniu od umowy przez zamawiającego,
3) nałożeniu kary umownej na wykonawcę,
4) wykorzystaniu przez zamawiającego uprawnień przysługujących z tytułu rękojmi lub gwarancji jakości.

Art. 463.

Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa

---

[60] R. Szostak, op. cit., s. 103

[61] Patrz: R. Szostak, op. cit., s. 237; W. Borysiak [w:] K. Osajda [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz,* wyd. 27, Legalis, 2020, komentarz do art. 474

i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.

1. Art. 463 Pzp wprowadza klauzulę ochronną skierowaną do podwykonawców i dalszych podwykonawców, nieznaną regulacji Pzp2004. W założeniu ustawodawcy przepis stanowić ma kolejny element mechanizmu poprawiającego pozycję prawną podwykonawców i dalszych podwykonawców, co do zasady należących do małych i średnich przedsiębiorstw, w relacjach z wykonawcą. W tym celu norma zakazuje, aby podmiot w założeniu silniejszy ekonomicznie (wykonawca względem podwykonawcy, podwykonawca względem dalszego podwykonawcy etc.) kształtował postanowienia umowy o podwykonawstwo w sposób mniej korzystny niż postanowienia ukształtowane w umowie zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Zakaz wyrażony w normie dotyczy dwóch typów postanowień umownych kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy:

1) w zakresie kar umownych,
2) dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia.

Względem tych dwóch typów postanowień umowa o zamówienie publiczne stanowi swoisty wzorzec umowny.

Charakter normy wiąże strony w różnym zakresie, uzależnionym od rodzaju zamówienia i rodzaju umowy o podwykonawstwo. Zasadniczo ustawodawca przyznaje zamawiającemu narzędzia kontrolne nad sposobem przestrzegania art. 463 Pzp wyłącznie w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których przedmiotem umowy o podwykonawstwo także są roboty budowlane. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest bowiem zobowiązany przedłożyć zamawiającemu kopię umowy o podwykonawstwo,

do której zamawiający, w razie stwierdzenia nieprzestrzegania art. 463 Pzp, może wnieść sprzeciw (art. 464 ust. 3 pkt 3 Pzp). Ustawodawca nie przyznaje zamawiającemu bezpośrednich ustawowych narzędzi kwestionowania innych umów o podwykonawstwo w granicach art. 463 Pzp, choć nie zakazuje zamawiającemu wprowadzenia takich narzędzi na zasadach swobody kontraktowej w umowie o zamówienie publiczne, np. w postaci kar umownych adekwatnych do rozmiaru uchybienia. Sankcje za nieprzestrzeganie art. 463 Pzp może ponieść wyłącznie wykonawca, gdyż zamawiającego z podwykonawcą nie łączy stosunek obligacyjny. Czyni to wykonawcę podmiotem szczególnie zainteresowanym prawidłową treścią umów o podwykonawstwo.

Art. 464.

1. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.

3. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia

do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku gdy:

1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia;

2) przewiduje ona termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2;

3) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463.

4. Niezgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w ust. 3, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego.

5. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

6. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadkach, o których mowa w ust. 3.

7. Niezgłoszenie sprzeciwu, o którym mowa w ust. 6, do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

8. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię

zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 złotych. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.

9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, podwykonawca lub dalszy podwykonawca, przedkłada poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy również wykonawcy.

10. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 2, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

11. Przepisy ust. 1–10 stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

1. Wstęp. Cel regulacji. Przepisy art. 464 (ale i art. 465) Pzp powtarzają (z niewielkimi zmianami) normy zawarte w art. 143b i 143c Pzp2004. Genezą tych przepisów było przeciwdziałanie dostrzeżonym w praktyce realizacji zamówień na roboty budowlane przypadkom nieuregulowania lub nieterminowego uregulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane przez podmioty biorące udział w tej realizacji, a niebędące stronami umowy o zamówienie publiczne. Dostrzeżono, że opóźnienia w zapłacie należności przez wykonawców podwykonawcom (lub uchylanie się

od wypłaty należności) niekorzystnie wpływają nie tylko na sytuację podwykonawców, lecz również na sytuację strony publicznej. Brak regulacji tego zagadnienia, a w szczególności brak zainteresowania podmiotu publicznego kwestią należytego wynagrodzenia nie tylko wykonawców, ale także podwykonawców lub dalszych podwykonawców, może zniechęcać przedsiębiorców (podwykonawców) do brania udziału w zamówieniach publicznych, wpływać na cenę oraz jakość zrealizowanych zamówień publicznych, a także generować spory sądowe. Ponadto nie jest zasadne, by realizacja zamówień publicznych, w szczególności o charakterze inwestycyjnym, odbywała się kosztem małych i średnich przedsiębiorców, których słabsza pozycja na rynku jest niejednokrotnie wykorzystywana przez większe podmioty[62]. Regulacje dotyczące podwykonawców w art. 464 i 465 Pzp mają zatem za zadanie:

1) wzmocnić bezpieczeństwo prawidłowej realizacji zamówień publicznych, w tym ochronę słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia,
2) ograniczyć ryzyko pojawiania się sporów na etapie realizacji zamówień publicznych oraz
3) zapewnić odpowiednią jakość realizacji zamówień publicznych.

Podstawowym instrumentem ochrony praw podwykonawców było stworzenie na gruncie przepisów Pzp (a wcześniej Pzp2004) systemu gwarancji zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom za świadczenia wykonane w procesie realizacji zamówienia

[62] Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejmowy 1179 https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1179 (dostęp: 18 maja 2021 r.)

publicznego na roboty budowlane (art. 465 Pzp). W ramach tego systemu bezpośrednim płatnikiem podwykonawcy może stać się zamawiający (z pomięciem wykonawcy). W celu ograniczenia ryzyka dokonywania podwójnej zapłaty przez zamawiającego za te same świadczenia, próby wyłudzeń nienależnych świadczeń od zamawiającego stworzono mechanizm korekcyjny, którego zadaniem jest zagwarantowanie wywiązywania się przez podmioty realizujące zamówienie publiczne z obowiązku zapłaty wynagrodzenia należnego ich podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Temu celowi służy akceptowanie lub zapoznawanie się przez zamawiającego z umowami o podwykonawstwo oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od rozliczenia się z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, będącymi stronami umów zaakceptowanych lub znanych zamawiającemu. W tym celu ustawodawca przyznał zamawiającym różne uprawnienia nadzorcze pozwalające na weryfikację umów podwykonawczych pod kątem możliwości kontroli prawidłowości ich treści (w enumeratywnie określonych w Pzp aspektach). System gwarancji zapłaty będący także systemem ochrony słusznych praw podwykonawców i systemem zabezpieczenia zamawiającego przed próbami wyłudzeń opiera się w Pzp na art. 465 Pzp, stanowiącym normę podstawową, oraz art. 464 Pzp i do pewnego stopnia art. 437 Pzp, zawierającymi normy służebne względem normy z art. 465 Pzp.

Normy wynikające z art. 464 i 465 Pzp mają charakter imperatywny (bezwzględnie obowiązujący). Oznacza to, że przepisy obowiązują bezpośrednio, nawet jeśli obowiązki lub uprawnienia z nich wynikające nie zostały przewidziane w umowie o zamówienie publiczne lub w dokumentach zamówienia. Z tego samego powodu umowa

o zamówienie publiczne nie może prowadzić do wyłączenia, ograniczenia roszczenia lub utrudniania wystąpienia przez podwykonawców (dalszych podwykonawców) z roszczeniem w przedmiocie bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia.

Przepisy art. 464 i 465 Pzp dotyczą umów o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 Pzp. Przepis ten wprowadza definicję umowy o podwykonawstwo, przez którą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Oznacza to, że wszelkie umowy z podwykonawcami, pomocnikami wykonawcy lub podwykonawcy etc., niespełniające wymagań opisanych w art. 7 pkt 27 Pzp, nie są objęte mechanizmem ochronnym. Nie są zatem objęte tym mechanizmem umowy podwykonawcze zawarte ustnie, a także zawarte w postaci pisemnej (na papierze) lub elektronicznej, ale niezachowujące formy pisemnej (własnoręczny podpis stron umowy) lub formy elektronicznej (opatrzenie umowy kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi stron umowy).

Przepisy art. 464 i 465 Pzp (a tym samym mechanizm ochronny) dotyczą wyłącznie umów o podwykonawstwo zawartych w ramach realizowanego zamówienia na roboty budowlane. Umowy o podwykonawstwo realizowane w ramach zamówienia na dostawy lub usługi nie przestają być umowami o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 Pzp, ale mechanizm ochronny i instytucja bezpośredniej płatności wynagrodzenia nie ma zastosowania do takich umów.

W zakresie nieuregulowanym w Pzp treść umów podwykonawczych podlega zasadzie swobody umów. Umowy niezgłoszone zamawiającemu (i tzw. podwykonawcy niezgłoszeni) nie podlegają reżimowi Pzp, co oznacza m.in., że na gruncie przepisów Pzp zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji ich udziału w realizacji części zamówienia, w szczególności nie jest zobowiązany na podstawie art. 465 ust. 1 Pzp do bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia.

2. Obowiązek przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane. Przepis art. 464 ust. 1 Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane wprowadza obowiązek przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo. Obowiązek ten aktualizuje się wyłącznie w okolicznościach, gdy przedmiotem umowy o podwykonawstwo są roboty budowlane. W art. 464–465 Pzp ustawodawca nie przewidział przekazywania zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo w przedmiocie dostaw lub usług. Podmiotem zobowiązanym do przedłożenia zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane jest wykonawca (w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z podwykonawcą), podwykonawca (w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z dalszym podwykonawcą) lub dalszy podwykonawca (w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z jeszcze dalszym podwykonawcą). Przepis zobowiązuje te podmioty do przekazania projektu umowy zanim podmiot, z którymi zamierzają zawrzeć umowę, przystąpi do wykonywania części zamówienia, a zatem zanim umowa zostanie zawarta. W okolicznościach, gdy podmiotami zgłaszającymi projekt umowy są podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązani są oni do dołączenia zgody wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Przepis nie określa wymagań formalnych dotyczących

sposobu przekazania projektu umowy. W świetle art. 437 ust. 1 pkt 1 Pzp obowiązek określenia formy przekazania projektu umowy spoczywa jednak na zamawiającym. Zgodnie z powołanym przepisem w umowie o zamówienie publiczne, której przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający zobowiązany jest zawrzeć postanowienia dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany. Postanowienia te nie są wprost obowiązujące dla podwykonawców i dalszych podwykonawców, którzy z jednej strony są upoważnieni do przedkładania zamawiającemu projektów umów (a na podstawie art. 464 ust. 3 Pzp także ich kopii) i powinni realizować swoją powinność w zgodzie z oczekiwaniami zamawiającego, z drugiej zaś nie są stronami umowy o zamówienie publiczne, która zawiera katalog tych wymagań i wiążą bezpośrednio wykonawcę (ale już nie podwykonawców). Pomocne może być zatem określenie tego obowiązku w umowach o podwykonawstwo zawieranych przez wykonawcę, a następnie sformułowanie oczekiwania ich przenoszenia do kolejnych umów zawieranych już bezpośrednio pomiędzy podwykonawcami.
Określone przez zamawiającego wymagania proceduralne związane z postacią lub wymaganą formą projektu umowy nie mogą być większe od tych, jakie dotyczą umowy o podwykonawstwo w świetle definicji umowy o podwykonawstwo z art. 7 pkt 27 Pzp, gdzie przewidziano formę pisemną takiej umowy. W świetle art. 437 ust. 2 Pzp poświadczenie kopii umowy o podwykonawstwo za zgodność z oryginałem jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podmiotu przedkładającego. Oznacza to, że przy braku jednoznacznych postanowień umowy o zamówienie w tym zakresie, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie

są zobowiązani do opatrywania takiej umowy podpisem z adnotacją „za zgodność z oryginałem".

W ślad za art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. b Pzp2004, w art. 437 ust. 1 pkt. 7 lit. b Pzp ustawodawca nakazał zamawiającemu określić w umowie o zamówienie publiczne wysokość kar umownych, które będą stanowiły adekwatną sankcję za nieprzekazanie projektu umowy o podwykonawstwo w przedmiocie robót budowlanych.

Wraz z projektem umowy o podwykonawstwo zamawiający może zażądać podmiotowej weryfikacji takiego podwykonawcy na podstawie art. 462 ust. 5 Pzp (skutki z art. 462 ust. 6 Pzp pozostają aktualne). Jeżeli nowy podwykonawca będzie udostępniał wykonawcy wymagany zasób, o którym mowa w art. 462 ust. 7 Pzp, to wykonawca ma obowiązek przedłożyć stosowne środki dowodowe najpóźniej z projektem umowy z tym podwykonawcą.

3. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Przepis art. 464 ust. 2 Pzp wprowadza regulację, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku. Termin zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane ma zastosowanie do umów o podwykonawstwo niezależnie od ich rodzaju, tj. dotyczących robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamawiający zobowiązany jest przenieść do umowy o zamówienie publiczne 30-dniowy termin zapłaty wynikający z art. 464 ust. 2 Pzp, o czym wprost stanowi art. 437 ust. 1 pkt 5 Pzp.

4. Zgłaszanie zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo. W art. 464 ust. 3 Pzp ustawodawca powtórzył normę z art. 143b

ust. 3 Pzp2004, dotyczącą zgłaszania zastrzeżeń do projektu umowy, rozszerzając katalog ich przesłanek. Skoro projekt umowy o podwykonawstwo przedkłada się zamawiającemu w przypadkach, o których stanowi art. 464 ust. 1 Pzp, to przepis art. 464 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie do projektów tych umów o podwykonawstwo, które dotyczą robót budowlanych. Zamawiający wnosi zastrzeżenie w terminie przez siebie określonym w projekcie umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane, o czym stanowi art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w zakresie wskazania tego terminu. Termin ten powinien być odpowiedni, tzn. z jednej strony ma pozwolić zamawiającemu na rzetelną ocenę projektu umowy, z drugiej zaś nie wpłynąć dezorganizująco na wykonywanie zamówienia. Prawidłowy przebieg mechanizmu korekcyjnego, tj. zgłaszanie zastrzeżeń do projektu umowy, ewentualnych sprzeciwów do projektu umowy o podwykonawstwo lub ewentualnej akceptacji projektu umowy, ma doniosłe znaczenie dla zamawiającego, gdyż kreuje jego obowiązki jako solidarnie odpowiedzialnego za dług względem podwykonawcy. Z tego powodu procedura zgłaszania zastrzeżeń jest sformalizowana. Ustawodawca wymaga zgłaszania zastrzeżeń do projektu umowy w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Niedochowanie formy pisemnej przy zgłaszaniu zastrzeżeń oznacza, że czynność ta jest nieważna i nie rodzi skutków prawnych. Podkreślić jednak należy, że w świetle art. 78^1 § 2 Kc oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Dopuszczalne jest zatem do zachowania prawidłowej formy czynności prawnej (wniesienia zastrzeżeń) złożenie ich także w postaci elektronicznej i opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W art. 464 ust. 3 Pzp ustawodawca ograniczył przedmiotowo katalog okoliczności, które mogą uzasadniać wniesienie zastrzeżeń do projektu umowy. Okolicznościami tymi są:

1) niespełnienie przez projekt umowy o podwykonawstwo wymagań określonych w dokumentach zamówienia,
2) określenie dłuższego terminu zapłaty wynagrodzenia niż wskazany w art. 464 ust. 2 Pzp, tj. dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku,
3) wprowadzenie do umowy postanowień niezgodnych z art. 463 Pzp.

Niespełnienie przez umowę o podwykonawstwo wymagań określonych w dokumentach zamówienia jest przesłanką pojemną przedmiotowo i może dotyczyć zarówno określenia w umowie o podwykonawstwo innego sposobu wykonania zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, jak również powierzenia do podwykonania części zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę. Uwagi zamawiającego dotyczące innych zagadnień niż określone w art. 464 ust. 3 pkt 1–3 Pzp są bezprzedmiotowe i nie mogą przesądzić o odmowie akceptacji projektu umowy.

5. Skutki prawne niezgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo. Zgodnie z art. 464 ust. 4 Pzp niezgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w art. 464 ust. 3 Pzp, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego. Przepis wprowadza zatem daleko idące konsekwencje dla zamawiającego w postaci automatycznej akceptacji umowy o podwykonawstwo w przypadku, gdy upłynie termin na zgłoszenie

zastrzeżeń, a zastrzeżenia nie zostaną złożone. Z art. 464 ust. 4 Pzp wynika, że termin uregulowany w art. 437 ust. 1 pkt 1 Pzp, wyznaczony przez zamawiającego dla siebie na zgłoszenie zastrzeżeń do umowy o podwykonawstwo, nie jest terminem instrukcyjnym, a zawitym, którego uchybienie prowadzi do akceptacji projektu umowy.

6. Obowiązek przedłożenia umowy o podwykonawstwo. Art. 464 ust. 5 Pzp powtarza normę wynikającą z art. 143b ust. 5 Pzp2004. Przepis kontynuuje mechanizm korekcyjny opisany w art. 464 Pzp, na etapie już po podpisaniu umowy o podwykonawstwo, a nie wyłącznie przygotowania projektu tej umowy. Przepis zobowiązuje odpowiedni podmiot, który zawarł umowę o podwykonawstwo (wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę), do przedłożenia zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem również są roboty budowlane w terminie 7 dni od jej zawarcia. Kopię umowy poświadcza podmiot, który przedkłada ją zamawiającemu (odpowiednio wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca). Przekazanie niepoświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo nie stanowi o wykonaniu obowiązku ustalonego w art. 464 ust. 5 Pzp, zatem zamawiający powinien w takim przypadku wezwać wykonawcę o ponowne przedłożenie wymaganej kopii umowy o podwykonawstwo.

7. Sprzeciw zamawiającego do umowy o podwykonawstwo. W art. 464 ust. 6 i 7 Pzp ustawodawca powtórzył normę wynikającą z art. 143b ust. 6 i 7 Pzp2004. Art. 464 ust. 6 Pzp upoważnia zamawiającego, który otrzymał kopię umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, do zgłoszenia sprzeciwu do umowy, w okolicznościach gdy:

1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia,

2) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dla podwykonawcy dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku,
3) zawiera postanowienia niezgodne z art. 463 Pzp.

Sprzeciw zgłasza się w terminie określonym przez zamawiającego w umowie o zamówienie, na podstawie art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgłoszenie sprzeciwu do umowy, gdy zajdzie co najmniej jedna z okoliczności, o jakich mowa powyżej, oznacza, że zamawiający jest zwolniony z wypłaty wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) realizującemu część zamówienia na warunkach tej umowy. Dopuszczalne jest także określenie przez zamawiającego kar umownych dla wykonawcy z tego tytułu w umowie o zamówienie publiczne.

Niezgłoszenie sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

8. Obowiązek przedłożenia zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi. Przepis art. 464 ust. 8 Pzp wprowadza, w przypadku zamówień na roboty budowlane, obowiązek przedłożenia zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi. Jeżeli przedmiotem umowy o podwykonawstwo są roboty budowlane, zastosowanie znajduje norma z art. 464 ust. 1 i 5 Pzp. Podmiotem zobowiązanym do przedłożenia zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi jest: wykonawca (w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z podwykonawcą), podwykonawca (w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z dalszym podwykonawcą) lub dalszy podwykonawca

(w okolicznościach, gdy planuje zawrzeć umowę z jeszcze dalszym podwykonawcą). W okolicznościach, gdy przedkładającym kopię umowy jest podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązani są oni na podstawie art. 464 ust. 9 Pzp przekazać kopię umowy także wykonawcy.

W świetle art. 464 ust. 8 Pzp obowiązkowi przedłożenia zamawiającemu kopii zawartych umów o podwykonawstwo na dostawy i usługi podlegają wszystkie umowy o wartości przekraczającej 50 000 złotych. Zamawiający ma przy tym uprawnienie zmniejszenia pułapu kwotowego, od którego uzależniona jest konieczność przedkładania kopii umów o podwykonawstwo na dostawy lub usługi. Wartość umowy należy przy tym odnieść do wynagrodzenia podwykonawcy, który stał się jej stroną, a zatem 50 000 złotych (lub mniejsza kwota, jeśli zamawiający obniży pułap) odnosi się do kwoty brutto. Jeżeli wartość umowy o podwykonawstwo jest mniejsza niż 50 000 złotych (lub mniejsza niż wartość określona przez zamawiającego), obowiązek przedłożenia jej kopii istnieje w dalszym ciągu, gdy jej wartość jest równa lub przekracza 0,5 % wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od wymagania przedkładania mu kopii umów o podwykonawstwo na dostawy lub usługi, jeśli określi w dokumentach zamówienia przedmiot takich umów (odstąpienie zamawiającego jest nieskuteczne dla umów o wartości przekraczającej 50 000 złotych).

Przepis art. 464 ust. 8 Pzp określa wymogi formalne dotyczące sposobu przekazania kopii umowy. Kopię umowy poświadcza podmiot, który przedkłada ją zamawiającemu (odpowiednio wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca). Termin na przedłożenie kopii określa Pzp, wyznaczając podmiotowi przedkładającemu na dopełnienie tej czynności

termin 7 dni licząc od dnia zawarcia umowy. Zamawiający formułuje w umowie o roboty budowlane postanowienia dotyczące obowiązku przedkładania projektów umów o podwykonawstwo na podstawie art. 437 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ślad za art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. c Pzp2004, w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. c Pzp ustawodawca nakazał zamawiającemu określić w umowie o zamówienie publiczne także wysokość kar umownych, które będą stanowiły adekwatną sankcję za nieprzekazanie kopii takiej umowy o podwykonawstwo.

9. Wezwanie do zmiany umowy w przypadku umów o podwykonawstwo na dostawy lub usługi. Art. 464 ust. 10 Pzp wprowadza uprawnienie sankcyjne dla zamawiającego dotyczące umów o podwykonawstwo na dostawy lub usługi. Uprawnienie to jest przedmiotowo skromniejsze od uprawnień dotyczących umów o podwykonawstwo na roboty budowlane, dotyczy bowiem wyłącznie aspektu określenia w przedłożonej umowie o podwykonawstwo zbyt długiego terminu zapłaty, o jakim mowa w art. 464 ust. 2 Pzp. Mechanizm korekcyjny w przypadku umów o podwykonawstwo na dostawy i usługi polega na poinformowaniu wykonawcy przez zamawiającego, że termin zapłaty wynagrodzenia w przedłożonej umowie o podwykonawstwo wykracza poza zakres określony treścią art. 464 ust. 2 Pzp. Wykonawca jest informowany o przedłożonej umowie niezależnie od okoliczności, czy sam ją przedłożył, czy też na podstawie art. 464 ust. 8 Pzp przedłożył ją jego podwykonawca lub dalszy podwykonawca. Informacja zamawiającego, której towarzyszy wezwanie wykonawcy do doprowadzenia do zmiany umowy w tym zakresie, kreuje odpowiedzialność wykonawcy za tę zmianę pod rygorem wystąpienia przez zamawiającego przeciw wykonawcy o zapłatę kary umownej.

Art. 465.

1. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

4. Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.

5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

7. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy.

8. Do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

1. Charakter odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Przepis art. 465 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Pzp nie wskazuje jednak jednoznacznie, jaki jest

charakter tego obowiązku, a co za tym idzie – charakter odpowiedzialności. Pzp nie powtarza przy tym normy z art. 143c ust. 8 Pzp2004, który stanowił, że do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a tym samym przesądzał, że była to odpowiedzialność solidarna. Jednocześnie art. 465 ust. 8 Pzp stanowi, że do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Innymi słowy ustawodawca, przy braku jednoznacznego określenia w Pzp, z jakim typem odpowiedzialności zamawiającego mamy do czynienia, odesłał do przepisów Kc. Wydaje się, że w świetle brzmienia art. 465 Pzp odpowiedzialność zamawiającego względem podwykonawców ma charakter zbliżony do odpowiedzialności solidarnej dłużnika za cudzy dług (art. 366 i dalsze Kc). Specyfika solidarnej odpowiedzialności zamawiającego wyraża się w tym, że zamawiający, nie będąc stroną umowy z podwykonawcą, nie może być także klasycznym współdłużnikiem, o jakim mowa w art. 366 Kc. Dług wykonawcy (podwykonawcy, dalszego podwykonawcy) względem swojego kontrahenta nie jest bezpośrednio długiem zamawiającego, wierzyciel (podwykonawca lub dalszy podwykonawca) nie jest uprawniony do wyboru strony, do której kieruje roszczenie. Zamawiający jest co najwyżej dłużnikiem akcesoryjnym odpowiadającym za dług wyłącznie wtedy, gdy:

1) zostanie wezwany do zapłaty należytego wynagrodzenia, którego wypłaty nie uregulował wykonawca (podwykonawca, dalszy podwykonawca),
2) zostaną spełnione wymagania formalne określone w art. 464 i 465 Pzp.

2. Warunki dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia.

Art. 465 ust. 1–3 Pzp regulują wymagania formalne dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (lub dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia. Przepis ten ma charakter imperatywny, co oznacza, że nie przewiduje on jedynie uprawnienia dla zamawiającego dokonania zapłaty, ale obowiązek dokonania zapłaty w okolicznościach, gdy ziszczą się określone w nim przesłanki[63].

Po pierwsze, podwykonawca lub dalszy podwykonawca winien zgłosić się do zamawiającego z żądaniem wypłaty przysługującego mu wynagrodzenia. Żądanie to musi być przez podwykonawcę wykazane (art. 465 ust. 5 pkt 3 Pzp) przy pomocy środków dowodowych. Adekwatne środki dowodowe będą się różniły w zależności od stanu faktycznego, ale mogą do nich należeć: umowa o podwykonawstwo, protokoły zdawczo-odbiorcze, faktury, wyciągi z kont bankowych etc.

Po drugie, wynagrodzenie podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) musi być wymagalne. Wymagalność roszczenia (zapłata wynagrodzenia) jest definiowana jako ostatnia chwila, gdy dłużnik (tutaj odpowiednio: wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca) powinien spełnić swoje świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania. Ponadto w świetle art. 465 ust. 2 Pzp wynagrodzenie dotyczyć może wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

[63] Wyrok SN z dnia 20 września 2018 r., sygn. akt IV CSK 457/17

Po trzecie, umowa o podwykonawstwo może stanowić tytuł do zapłaty wymagalnego wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy została zawarta w ramach zamówienia na roboty budowlane. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo stanowiącej tytuł do zapłaty wymagalnego wynagrodzenia może być różne rodzajowo świadczenie (roboty budowlane, dostawy lub usługi), pod warunkiem że treść zawartej umowy została zaakceptowana przez zamawiającego (w przypadku umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane) lub umowa została przedłożona zamawiającemu (w przypadku umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi). Oznacza to, że na gruncie art. 465 Pzp umowy z podwykonawcami, o zawarciu których zamawiający nie został poinformowany, nie stanowią tytułu do bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego. Podobnie rzecz się ma z umowami o podwykonawstwo na roboty budowlane, których treść nie została zaakceptowana przez zamawiającego w granicach art. 464 ust. 1–7 Pzp, lub z przedłożonymi umowami o podwykonawstwo na dostawy lub usługi, których treść nie została zaakceptowana przez zamawiającego w granicach art. 464 ust. 2, 8–10 Pzp. Dodatkowo w przypadku umów o podwykonawstwo na dostawy lub usługi umowy takie nie stanowią tytułu do bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia, jeśli ich wartość jest „bagatelna" (niższa niż granice wytyczone regulacją z art. 464 ust. 8 Pzp).

Czwartym warunkiem zapłaty wynagrodzenia jest stwierdzenie uchylenia się od obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia odpowiednio przez wykonawcę (własnemu podwykonawcy), podwykonawcę (dalszemu podwykonawcy) lub dalszego podwykonawcę (również dalszemu podwykonawcy). „Uchylanie się" od wymagalnej zapłaty wynagrodzenia należy rozumieć jako niedokonanie zapłaty w wymagalnym terminie.

Zgodnie z art. 465 ust. 3 Pzp bezpośrednia zapłata obejmować może wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

Ponadto odpowiedzialność zamawiającego wobec podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu płatności bezpośrednich za wykonanie robót budowlanych winna być ograniczona wyłącznie do wysokości wynikającej z umowy kwoty należności za wykonanie tych robót budowlanych. W związku z tym, że w przepisach Pzp brak jest literalnej regulacji w tym przedmiocie (choć stanowi o tym art. 647^1 §3 Kc), zasadne jest przesądzenie tej okoliczności w warunkach kontraktowych (w projekcie umowy o zamówienie publiczne), np. poprzez wskazanie, że wartość wynagrodzenia podwykonawcy za dane roboty nie może być wyższa niż wartość wynagrodzenia samego wykonawcy za te roboty.

3. Zawieszenie dokonania zapłaty bezpośredniego wynagrodzenia.

W art. 465 ust. 4 i 5 Pzp ustawodawca wprowadził sformalizowany mechanizm zawieszający konieczność zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, którego stosowanie w założeniu ma gwarantować usunięcie ryzyka dokonania przez zamawiającego podwójnej zapłaty lub innej nienależnej zapłaty podwykonawcy. Istota rozwiązania z art. 465 ust. 4 Pzp sprowadza się do umożliwienia wykonawcy zajęcia stanowiska w przedmiocie roszczenia podwykonawcy względem zamawiającego. Chodzi bowiem o upewnienie się co do istnienia podstaw faktycznych zapłaty obciążającej zamawiającego i rzutującej na jej wymagalność, zwłaszcza co do tego, czy doszło do prawidłowego spełnienia świadczenia podwykonawczego, czy odbył się odbiór, doręczenie faktury etc.[64]

W tym celu zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest

[64] A. Szostak, op. cit., s. 102

obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Umożliwienie zgłoszenia uwag polega w praktyce na przekazaniu przez zamawiającego wykonawcy kopii stanowiska podwykonawcy wraz z informacją o terminie zgłoszenia uwag do tego stanowiska. Termin na zgłoszenie uwag określa zamawiający, przy czym zgodnie z art. 465 ust. 4 Pzp nie może być on krótszy niż 7 dni od dnia doręczenia stanowiska podwykonawcy. W art. 465 ust. 4 Pzp wprowadzono także nową regulację, nieznaną art. 143c ust. 4 Pzp2004, z której wynika, że wykonawca nie może w uwagach powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, że takie argumenty nie mogą na mocy Pzp spotkać się z aprobatą zamawiającego, a tym samym stanowić przesłanki niedokonania bezpośredniej zapłaty. Zamawiający po otrzymaniu uwag wykonawcy (podwykonawcy, dalszego podwykonawcy) może wezwać go lub podmiot zgłaszający roszczenie do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów.

Merytoryczna analiza uwag zgłoszonych przez wykonawcę stanowi podstawę do podjęcia przez zamawiającego decyzji co do dokonania bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy. W świetle art. 465 ust. 5 Pzp uwagi te wykonawca musi wnieść w terminie. W przypadku niezłożenia przez wykonawcę uwag w terminie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 465 ust. 4 Pzp zamawiający dokonuje bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy, z konsekwencjami prawnymi obciążającymi wykonawcę (art. 465 ust. 6 Pzp). W przypadku zgłoszenia uwag w terminie wskazanym przez zamawiającego zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo
2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

Jeżeli uwagi wykonawcy zostały wniesione, dokonanie bezpośredniej zapłaty jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy strona zgłaszająca roszczenie wykaże jego zasadność. Jeżeli bezzasadność roszczenia wykaże strona przeciwna, zamawiający nie dokonuje bezpośredniej zapłaty.

Przepis art. 465 ust. 5 pkt 2 Pzp dopuszcza jeszcze inne rozwiązanie w sytuacji, gdy:

1) zamawiający ma zasadniczą wątpliwość co do podmiotu, któremu należy się płatność lub
2) zasadnicza wątpliwość dotyczy wysokości należnej zapłaty.

W takich okolicznościach zamawiający może złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

4. Roszczenie regresowe zamawiającego. Art. 465 ust. 6 Pzp stanowi, że w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Intencją ustawodawcy było przyznanie zamawiającemu

uprawnienia do roszczenia regresowego (roszczenia zwrotnego w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu uiszczonemu w ramach bezpośredniej zapłaty) do wykonawcy, w okolicznościach gdy bezpośrednia zapłata podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nastąpiła po przeprowadzeniu czynności wymaganych przez art. 464 i 465 Pzp, w szczególności gdy nastąpiła formalnie zgodnie z art. 465 ust. 1 Pzp. Oznacza to w szczególności, że nie powinna obciążać wykonawcy zapłata wynagrodzenia, które nie było wymagalne. Przepis stanowi, że roszczenie regresowe stosuje się względem wykonawcy, niezależnie od tego, czy podmiotem, który uchybił obowiązkowi zapłaty wymagalnego wynagrodzenia, był wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca.

Art. 465 ust. 6 Pzp nie stanowi samodzielnej przesłanki wystąpienia roszczenia regresowego, określa jedynie obowiązek wystąpienia z takim roszczeniem przez zamawiającego[65]. Zasadność roszczenia regresowego powinna być każdorazowo badana na gruncie art. 498 i dalsze Kc.

5. Dodatkowe fakultatywne przesłanki odstąpienia od umowy.

Art. 465 ust. 7 Pzp powtarza normę z art. 143c ust. 7 Pzp2004 i wprowadza dodatkowe fakultatywne przesłanki odstąpienia od umowy, które rozszerzają ustawowy katalog przesłanek odstąpienia wyrażony w art. 456 ust. 1 Pzp. Dopuszczalne jest odstąpienie od umowy z wykonawcą, w sytuacji gdy zamawiający staje przed koniecznością wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub dokonuje bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy. Przesłanki z art. 465 ust. 7 Pzp dotyczą zatem sytuacji, w której wykonawca przestaje realizować

[65] A. Szostak, op. cit., s. 102

swoje obowiązki względem podwykonawców i zachodzi ryzyko, że utraci on nadzór nad wykonywanym zamówieniem. Art. 465 ust. 7 Pzp ma charakter fakultatywny, co oznacza, że zamawiający nie jest zobowiązany do odstąpienia od umowy nawet wówczas, gdy ziszczą się przesłanki pozwalające na odstąpienie. Art. 465 ust. 7 Pzp statuuje dwa przypadki, w których możliwe będzie odstąpienie od umowy. W pierwszym przypadku ustawodawca łączy możliwość odstąpienia od umowy z okolicznością wielokrotnego dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. „Wielokrotne" dokonywania zapłaty, w ślad za słownikiem języka polskiego, to częste, powtarzające się, kilkakrotne bezpośrednie zapłaty. W drugim przypadku ustawodawca kładzie nacisk na wartość bezpośrednich zapłat, a nie liczbę powtórzeń. Jeżeli liczba bezpośrednich zapłat (co najmniej 2) osiągnie wartość większą niż 5% wartości umowy, ziści się przesłanka dopuszczająca odstąpienie od umowy. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 465 ust. 7 Pzp przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy. Ewentualne odstąpienie może być rozpatrywane wyłącznie ex *nunc*, a więc ze skutkiem od momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, nie zaś od momentu zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

DZIAŁ VIII
Organy właściwe w sprawach zamówień

Rozdział 1
Prezes Urzędu

Art. 466.

1. Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień jest Prezes Urzędu.

2. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje minister właściwy do spraw gospodarki.

3. W ramach nadzoru nad Prezesem Urzędu minister właściwy do spraw gospodarki:

1) sprawuje kontrolę nad Prezesem Urzędu na zasadach i w trybie określonych w przepisach ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 224);

2) zatwierdza plan, o którym mowa w art. 469 pkt 18;

3) dokonuje oceny działalności Prezesa Urzędu na podstawie sprawozdania, o którym mowa w art. 469 pkt 20, w terminie do dnia 30 września każdego roku;

4) może żądać od Prezesa Urzędu informacji lub udostępnienia dokumentów związanych z realizacją jego zadań.

1. Pozycja ustrojowa. Ustawa umiejscowiła Prezesa Urzędu wśród centralnych organów administracji rządowej, przypisując mu właściwość w sprawach zamówień publicznych. Ta pozycja ustrojowa oznacza, iż jest

to centralny organ administracji publicznej, którego właściwość obejmuje terytorium całego kraju, odpowiedzialny za system zamówień publicznych w Polsce, podporządkowany ministrowi właściwemu ds. gospodarki.

2. Nadzór. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje minister właściwy do spraw gospodarki. Pzp jednoznacznie wskazuje kompetencje ministra właściwego do spraw gospodarki w ramach nadzoru nad Prezesem Urzędu. Należą do nich:

1) sprawowanie kontroli nad Prezesem Urzędu na zasadach i w trybie określonych w przepisach ustawy o kontroli w administracji rządowej;
2) zatwierdzanie planu sposobu wykonania zadań w zakresie przygotowywania i upowszechniania przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień oraz prowadzenia działalności edukacyjno-informacyjnej w zakresie zamówień;
3) dokonywanie oceny działalności Prezesa Urzędu na podstawie sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień, w tym w zakresie:
   a. zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach (przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz trybunałów),
   b. upowszechniania orzeczeń KIO, sądów powszechnych, SN, TSUE oraz TK, dotyczących zamówień,
   c. przygotowywania i upowszechniania przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień;
4) prawo żądania od Prezesa Urzędu informacji lub udostępnienia dokumentów związanych z realizacją jego zadań.

Art. 467.

1. Obsługę Prezesa Urzędu zapewnia Urząd.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki, w drodze zarządzenia, nadaje statut Urzędu, w którym określa jego organizację, mając na względzie zapewnienie prawidłowej obsługi Prezesa Urzędu oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

1. Obsługa Prezesa Urzędu. Zgodnie z art. 467 ust. 1 Pzp Prezes Urzędu obsługiwany jest przez Urząd Zamówień Publicznych, który jest jednostką budżetową powołaną do obsługi Prezesa Urzędu jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych.
2. Statut Urzędu. Urząd Zamówień Publicznych funkcjonuje w oparciu o statut nadany zarządzeniem nr 10 Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Zamówień Publicznych (Dz. Urz. Min. Roz. Pra. i Tech. poz. 13).
Na mocy tego aktu Prezes kieruje Urzędem przy pomocy wiceprezesów, dyrektora generalnego i dyrektorów komórek organizacyjnych Urzędu: Departamentu Prawnego, Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych, Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej, Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych, Biura Odwołań, Biura Organizacyjno-Finansowego.
Departament Prawny realizuje zadania Prezesa Urzędu związane z prawnymi aspektami funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w tym dotyczące regulacji z zakresu zamówień publicznych oraz koncesji na roboty budowlane i usługi. Departament Kontroli Zamówień Publicznych realizuje zadania wynikające z ustawowych uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu w zakresie kontroli doraźnej i uprzedniej zamówień publicznych. Zadania związane z zapewnianiem

zgodności regulacji polskiego systemu zamówień publicznych z prawem europejskim oraz zadania wynikające z uprawnień Prezesa w zakresie współpracy międzynarodowej w sprawach związanych z zamówieniami publicznymi to domena Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej. Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych wykonuje zadania związane z koordynacją działań edukacyjnych oraz – wspólnie z rzecznikiem prasowym – działań informacyjnych Urzędu. Monitoruje funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, opracowuje i gromadzi materiały analityczne dotyczące funkcjonowania krajowego i wspólnotowego rynku zamówień publicznych. Biuro Odwołań realizuje zadania związane z kompetencjami Prezesa Urzędu w zakresie zapewnienia funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej, w tym zapewnienie obsługi organizacyjno-technicznej KIO związanej z wykonywaniem przez Izbę jej ustawowych zadań. Biuro Organizacyjno-Finansowe realizuje zadania z zakresu obsługi finansowo-księgowej, zarządzania zasobami ludzkimi oraz spraw pracowniczych, w tym członków KIO, kancelaryjno-archiwalnej, informatycznej, administracyjnej, organizacyjno-technicznej, przedsięwzięć realizowanych przez Urząd, a także zapewnia przestrzeganie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy. Biuro Organizacyjno-Finansowe koordynuje również zadania związane z projektem elektronizacji zamówień publicznych.
Szczegółową organizację wewnętrzną oraz zakres zadań komórek organizacyjnych Urzędu określa regulamin organizacyjny Urzędu Zamówień Publicznych wprowadzany zarządzeniem Prezesa UZP. Siedzibą Urzędu jest miasto stołeczne Warszawa.

Art. 468.

1. Prezes Urzędu jest powoływany przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru.

2. Stanowisko Prezesa Urzędu może zajmować osoba, która:

1) posiada co najmniej tytuł zawodowy magistra lub równorzędny;

2) jest obywatelem polskim;

3) korzysta z pełni praw publicznych;

4) nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe;

5) posiada kompetencje kierownicze;

6) posiada co najmniej 6-letni staż pracy, w tym co najmniej 3-letni staż pracy na stanowisku kierowniczym;

7) posiada wiedzę i doświadczenie z zakresu zamówień.

3. Informację o naborze na stanowisko Prezesa Urzędu ogłasza się przez zamieszczenie ogłoszenia w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie Urzędu oraz w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

4. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 3, zawiera:

1) nazwę i adres Urzędu;

2) określenie stanowiska, na które jest prowadzony nabór;

3) wymagania związane ze stanowiskiem wynikające z przepisów prawa;

4) zakres zadań wykonywanych na stanowisku, na które jest prowadzony nabór;

5) wskazanie wymaganych dokumentów;

6) termin, formę i miejsce składania dokumentów;

7) informację o metodach i technikach naboru.

5. Termin, o którym mowa w ust. 4 pkt 6, nie może być krótszy niż 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki.

6. Nabór na stanowisko Prezesa Urzędu przeprowadza komisja kwalifikacyjna, powołana przez ministra właściwego do spraw gospodarki, licząca co najmniej 3 osoby, których wiedza i doświadczenie dają rękojmię wyłonienia najlepszych kandydatów. W toku naboru komisja bada spełnianie wymagań, o których mowa w ust. 4 pkt 3, w tym ocenia doświadczenie i wiedzę niezbędną do wykonywania zadań na stanowisku, na które jest przeprowadzany nabór, oraz kompetencje kierownicze.

7. Ocena wiedzy, doświadczenia i kompetencji kierowniczych kandydata może być dokonana na zlecenie komisji kwalifikacyjnej przez osobę niebędącą członkiem zespołu, która posiada wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje dające rękojmię dokonania tej oceny w sposób zapewniający wyłonienie najlepszych kandydatów.

8. Członek komisji kwalifikacyjnej oraz osoba, o której mowa w ust. 7, mają obowiązek zachowania w tajemnicy informacji dotyczących osób ubiegających się o stanowisko, na które jest prowadzony nabór, uzyskanych w toku naboru.

9. W toku naboru komisja kwalifikacyjna wyłania nie więcej niż 3 kandydatów, których przedstawia ministrowi właściwemu do spraw gospodarki.

10Z przeprowadzonego naboru komisja kwalifikacyjna sporządza protokół zawierający:

1) nazwę i adres Urzędu;

2) określenie stanowiska, na które był prowadzony nabór, oraz liczbę kandydatów;

3) imiona, nazwiska i adresy nie więcej niż 3 najlepszych kandydatów uszeregowanych według poziomu spełniania przez nich wymagań określonych w ogłoszeniu;

4) informację o zastosowanych metodach i technikach naboru;

5) uzasadnienie dokonanego wyboru albo powody niewyłonienia kandydata;

6) skład komisji kwalifikacyjnej.

11. Wynik naboru ogłasza się niezwłocznie przez umieszczenie informacji w siedzibie Urzędu oraz w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

12. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 11, zawiera:

1) nazwę i adres Urzędu;

2) określenie stanowiska, na które był prowadzony nabór;

3) imię i nazwisko wybranego kandydata oraz jego miejsce zamieszkania albo informację o niewyłonieniu kandydata.

13. Umieszczenie ogłoszenia, o którym mowa w ust. 4, oraz ogłoszenia, o którym mowa w ust. 12, w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów jest bezpłatne.

14. Prezes Urzędu jest odwoływany przez ministra właściwego do spraw gospodarki.

1. Wybór Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu jest powoływany i odwoływany przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Pzp podtrzymuje stosowany od 2009 r. model wyboru osoby na stanowisko Prezesa Urzędu – otwarty i konkurencyjny nabór.

Formuła ta gwarantuje objęcie stanowiska Prezesa Urzędu przez osobę wyróżniającą się wiedzą i doświadczeniem z zakresu zamówień publicznych, posiadającą umiejętności kierowania zasobami ludzkimi, a jednocześnie niezależną od wpływów politycznych.

2. Wymagania. Stanowisko Prezesa Urzędu może zajmować osoba, która:

1) posiada co najmniej tytuł zawodowy magistra lub równorzędny,
2) jest obywatelem polskim,
3) korzysta z pełni praw publicznych,
4) nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe,
5) posiada kompetencje kierownicze,
6) posiada co najmniej 6-letni staż pracy, w tym co najmniej 3-letni staż pracy na stanowisku kierowniczym,
7) posiada wiedzę i doświadczenie z zakresu zamówień.

Katalog ten zawiera wymagania formalne, np. posiadanie co najmniej tytułu zawodowego magistra lub równorzędnego, wymagania merytoryczne, tj. wiedza i doświadczenie z zakresu zamówień oraz kierownicze, tj. co najmniej 6-letni staż pracy, w tym co najmniej 3-letni staż pracy na stanowisku kierowniczym. Taka konstrukcja wymagań daje rękojmię wyboru najlepszego kandydata na stanowisko Prezesa Urzędu.

3. Procedura wyboru. Informację o naborze na stanowisko Prezesa Urzędu ogłasza się przez zamieszczenie ogłoszenia w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie Urzędu oraz w Biuletynie

Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Ogłoszenie to zawiera nazwę i adres Urzędu, określenie stanowiska, na które jest prowadzony nabór, wymagania związane ze stanowiskiem wynikające z przepisów prawa, zakres zadań wykonywanych na stanowisku, na które jest prowadzony nabór, wskazanie wymaganych dokumentów, termin, formę i miejsce składania dokumentów oraz informację o metodach i technikach naboru. Termin składania dokumentów nie może być krótszy niż 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki.

Nabór na stanowisko Prezesa Urzędu przeprowadza komisja kwalifikacyjna powołana przez ministra właściwego do spraw gospodarki, licząca co najmniej 3 osoby, których wiedza i doświadczenie dają rękojmię wyłonienia najlepszych kandydatów. W toku naboru komisja bada spełnianie wymagań, w tym ocenia doświadczenie i wiedzę niezbędną do wykonywania zadań na stanowisku, na które jest przeprowadzany nabór, oraz kompetencje kierownicze. Ocena wiedzy, doświadczenia i kompetencji kierowniczych kandydata może być dokonana na zlecenie komisji kwalifikacyjnej przez osobę niebędącą członkiem zespołu, która posiada wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje dające rękojmię dokonania tej oceny w sposób zapewniający wyłonienie najlepszych kandydatów. Zarówno członkowie komisji, jak i inne osoby powołane do wyłonienia kandydatów, mają obowiązek zachowania w tajemnicy informacji dotyczących osób ubiegających się o stanowisko, na które jest prowadzony nabór, uzyskanych w toku naboru. W toku naboru komisja kwalifikacyjna

wyłania nie więcej niż 3 kandydatów, których przedstawia ministrowi właściwemu do spraw gospodarki[1].

Wynik naboru ogłasza się niezwłocznie przez umieszczenie informacji w siedzibie Urzędu oraz w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, a ogłoszenie to zawiera nazwę i adres Urzędu, określenie stanowiska, na które był prowadzony nabór, imię i nazwisko wybranego kandydata oraz jego miejsce zamieszkania albo informację o niewyłonieniu kandydata. Wszelkie ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów są bezpłatne.

Art. 469.

Prezes Urzędu:

1) czuwa nad systemem zamówień, w szczególności czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą, oraz upowszechnia zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień;

[1] Z przeprowadzonego naboru komisja kwalifikacyjna sporządza protokół zawierający nazwę i adres Urzędu, określenie stanowiska, na które był prowadzony nabór, oraz liczbę kandydatów, imiona, nazwiska i adresy nie więcej niż 3 najlepszych kandydatów uszeregowanych według poziomu spełniania przez nich wymagań określonych w ogłoszeniu, informację o zastosowanych metodach i technikach naboru, uzasadnienie dokonanego wyboru albo powody niewyłonienia kandydata oraz skład komisji kwalifikacyjnej.

2) podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą;

3) prowadzi współpracę międzynarodową w sprawach związanych z zamówieniami;

4) dokonuje analiz funkcjonowania systemu zamówień;

5) opracowuje i opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;

6) dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz trybunałów, w szczególności upowszechnia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Trybunału Konstytucyjnego, dotyczące zamówień;

7) przygotowuje i upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień;

8) przygotowuje, na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu zamówień publicznych, i podaje do publicznej wiadomości przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433;

9) prowadzi działalność edukacyjno-informacyjną w zakresie zamówień;

10) udziela informacji z zakresu zamówień, przy pomocy centrum telefonicznego oraz przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;

11) upowszechnia wiedzę o zamówieniach, w tym w zakresie informacji analitycznych;

12) prowadzi działania związane z informatyzacją systemu zamówień;

13) wydaje w formie elektronicznej Biuletyn Zamówień Publicznych, w którym zamieszczane są ogłoszenia przewidziane ustawą;

14) zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej w zakresie postępowania odwoławczego;

15) prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;

16) zgłasza kandydatów na Prezesa i wiceprezesów Krajowej Izby Odwoławczej;

17) zgłasza wniosek o powołanie rzecznika dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej;

18) przedstawia ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, do zatwierdzenia, w terminie do dnia 31 października każdego roku, plan sposobu wykonania zadań określonych w pkt 7 i 9, w kolejnym roku kalendarzowym;

19) przedstawia ministrowi właściwemu do spraw gospodarki sprawozdanie z działalności Krajowej Izby Odwoławczej, za poprzedni rok kalendarzowy, uwzględniające problemy wynikające z jej orzecznictwa;

20) opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów, w terminie do dnia 31 lipca każdego roku, oraz właściwej komisji sejmowej, sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień, w tym w zakresie realizacji zadań, o których mowa w pkt 6 i 7, w poprzednim roku kalendarzowym, uwzględniając w nim analizę swojej działalności;

21) przekazuje Komisji Europejskiej, co trzy lata, sprawozdanie z monitorowania funkcjonowania systemu zamówień oraz sprawozdanie statystyczne dotyczące zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne;

22) przekazuje Komisji Europejskiej, co roku, do dnia 31 marca, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z poprzedniego roku kalendarzowego, dotyczące odwołań w sprawie postępowań o udzielenie zamówienia, w których nie orzeczono unieważnienia umowy ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c, wraz z ich uzasadnieniem;

23) przedstawia stanowisko w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli, o których mowa w art. 596 ust. 2, na wniosek organu kontroli;

24) opiniuje kwestionariusz kontroli, o którym mowa w art. 599 ust. 1, o ile organ kontroli zwróci się o wydanie opinii.

1. Nowe zadania Prezesa Urzędu. Jak wskazano w treści uzasadnienia do projektu Pzp[2], nowe obowiązki Prezesa UZP dotyczą wspierania zamawiających w prawidłowym przeprowadzaniu postępowania oraz wykorzystaniu odpowiednich narzędzi, jakie daje im Pzp. Wyrazem tego podejścia jest m.in. zadanie polegające na udzielaniu informacji z zakresu zamówień przy pomocy centrum telefonicznego oraz przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jak również upowszechnianie wiedzy o zamówieniach, w tym w zakresie informacji analitycznych. Dodatkowymi zadaniami dla Prezesa Urzędu są przedstawianie stanowisk w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli oraz opiniowanie kwestionariuszy kontroli, o których mowa w art. 599 ust. 1 Pzp, o ile organ kontroli zwróci się o wydanie opinii. Istotnym z punktu widzenia potencjalnych wykonawców nowym zadaniem Prezesa UZP jest przygotowywanie – na podstawie orzecznictwa KIO i sądu

[2] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

zamówień publicznych – katalogu przykładowych postanowień umownych naruszających art. 433 Pzp, tj. przewidujących: odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, oraz możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Nowa rola Prezesa UZP ma przyczynić się do zwiększenia wiedzy o zamówieniach publicznych, a nowe zadania Prezesa Urzędu ujęte w Pzp stanowią konsekwencję wprowadzenia do Pzp nowych rozwiązań/instytucji prawnych.

2. Inne zadania Prezesa Urzędu. W katalogu zadań realizowanych przez Prezesa Urzędu znalazły się zadania związane z posiadanym przymiotem centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych, dotyczące m.in. funkcji kontrolnej, inicjatywy legislacyjnej, sprawozdawczości, informatyzacji czy funkcjonowania KIO. Są to:

1) czuwanie nad systemem zamówień, w szczególności czuwanie nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonywanie kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym Pzp, oraz upowszechnianie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień;
2) podejmowanie rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach przewidzianych Pzp. Zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu posiada kompetencje do wydawania decyzji administracyjnych. Zgodnie z art. 621 ust. 1 Pzp Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną w drodze decyzji

administracyjnej. Rozstrzygnięcie w formie decyzji administracyjnej następuje również w przypadku określonym w art. 470 ust 2 Pzp, tj. wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;

3) prowadzenie współpracy międzynarodowej w sprawach związanych z zamówieniami. Współpraca ta znajduje swój wyraz w:
   a. udziale w unijnym procesie legislacyjnym, w tym w szczególności w opracowywaniu projektów stanowisk Rządu RP odnośnie unijnych dokumentów legislacyjnych w dziedzinie zamówień publicznych oraz w prezentowaniu ich na forum właściwych unijnych grup roboczych i komitetów,
   b. reprezentowaniu Polski w unijnych grupach roboczych, komitetach, sieciach współpracy właściwych w zakresie zamówień publicznych,
   c. opracowywaniu projektów stanowisk Rządu RP w sprawach z zakresu zamówień publicznych toczących się przed TSUE oraz w postępowaniach wszczętych przez KE przeciwko Polsce w związku z naruszeniem prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych,
   d. prowadzeniu współpracy Urzędu z instytucjami zajmującymi się problematyką zamówień publicznych w innych krajach, instytucjami Unii Europejskiej oraz z organizacjami międzynarodowymi, w tym z OECD, ONZ oraz Radą Europy,
   e. wypracowywaniu stanowisk w zakresie aspektów polityki handlowej UE dotyczących zamówień publicznych;
4) dokonywanie analiz funkcjonowania systemu zamówień (które wykorzystywane są do realizacji zadań Prezesa UZP, przygotowywania planów i sprawozdań) oraz dążenie

do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz trybunałów, w szczególności upowszechnianie orzeczeń KIO, sądów powszechnych, SN, TSUE oraz TK, dotyczących zamówień. Ta ostatnia kompetencja sprowadza się do dbania o jednolitość w stosowaniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, zarówno tych krajowych, jak i unijnych;

5) opracowywanie i opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień. Zasady opracowywania i opiniowania projektów aktów normatywnych reguluje ustawa o Radzie Ministrów oraz uchwała nr 190 Rady Ministrów Regulamin pracy Rady Ministrów. Zgodnie z § 20 Regulaminu pracy Rady Ministrów do opracowania, prowadzenia procesu uzgodnień, konsultacji publicznych lub opiniowania oraz wnoszenia do rozpatrzenia projektu dokumentu rządowego jest uprawniony m.in. podmiot, którego upoważnienie wynika z przepisów odrębnych, bądź też podmiot, który został upoważniony przez Prezesa Rady Ministrów do wykonania tych czynności. Dodatkowo właściwy minister może upoważnić do opracowania lub do prowadzenia procesu uzgodnień, konsultacji publicznych lub opiniowania projektu dokumentu rządowego centralny organ administracji rządowej podległy temu ministrowi lub przez niego nadzorowany. W obu wymienionych przypadkach Prezes Urzędu może pełnić rolę „organu wnioskującego" w rozumieniu Regulaminu pracy Rady Ministrów.
Natomiast obowiązek opiniowania lub uzgodnienia z Prezesem Urzędu projektów aktów prawnych, które dotyczą sfery jego działania, wynika z § 35 ust. 4 tego aktu. Stanowi on, iż w przypadkach określonych w odrębnych przepisach projekt dokumentu rządowego

podlega uzgodnieniom ze wskazanymi w tych przepisach organami lub podmiotami, których zakresu działania dotyczy projekt. Również § 38 ust. 1 Regulaminu pracy Rady Ministrów wskazuje, iż organ wnioskujący kieruje projekt dokumentu rządowego do zaopiniowania m.in. przez organy administracji rządowej lub inne organy i instytucje państwowe, jeżeli projekt dotyczy ich zakresu działania;

6) przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień, prowadzenie działalności edukacyjno-informacyjnej w zakresie zamówień. Celem tych działań jest kształtowanie dobrej praktyki, rozwijanie wiedzy oraz wzmacnianie profesjonalizmu pracowników w obszarze zamówień publicznych. Aktywność ta służy upowszechnianiu wiedzy o zamówieniach publicznych, pobudzaniu efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień oraz promowaniu nowoczesnych rozwiązań w tej dziedzinie. Działalność edukacyjno-informacyjna koncentruje się na organizacji konferencji, seminariów i szkoleń, opracowywaniu oraz wspieraniu projektów umożliwiających wymianę doświadczeń, upowszechnianie wiedzy adresowanej do różnych grup odbiorców, zwłaszcza zamawiających i przedsiębiorców, ale też ekspertów i środowisk akademickich. Istotne znaczenie ma również działalność wydawnicza i udostępnianie informacji z wykorzystaniem narzędzi elektronicznych. Zadanie to wpisuje się w szeroko rozwijany projekt dotyczący profesjonalizacji zamówień publicznych;
7) prowadzenie działań związanych z informatyzacją systemu zamówień oraz wydawanie w formie elektronicznej BZP, w którym

zamieszczane są ogłoszenia przewidziane Pzp. Biuletyn Zamówień Publicznych wydawany jest wyłącznie w formie elektronicznej i zawiera on m.in. ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o wyniku postępowania, ogłoszenia o konkursie, ogłoszenia o wynikach konkursu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, ogłoszenia o zmianie umowy, ogłoszenia o wykonaniu umowy. Elektronizacja Biuletynu Zamówień Publicznych wpisuje się w projekt pełnej elektronizacji zamówień publicznych, którą zapewnia platforma e–Zamówienia. Wdrożenie platformy zapewnia kompletność i spójność informacji o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych w Polsce;

8) zapewnienie funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej w zakresie postępowania odwoławczego. Kompetencja Prezesa Urzędu w tym zakresie ogranicza się jedynie do zapewnienia organizacji pracy KIO. Pozostałe kompetencje dotyczące funkcjonowania KIO należą do Prezesa KIO i samej Izby;
9) prowadzenie i ogłaszanie na stronie internetowej Urzędu listy organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (zob. komentarz do art. 470 Pzp);
10) zgłaszanie kandydatów na Prezesa i wiceprezesów KIO;
11) przygotowywanie dokumentów planistycznych i sprawozdawczych na poziomie krajowym i europejskim.

Art. 470.

1. O wpis na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, mogą ubiegać się podmioty działające na podstawie przepisów dotyczących:

1) izb gospodarczych;

2) rzemiosła;

3) samorządu zawodowego niektórych przedsiębiorców;

4) organizacji pracodawców;

5) samorządów zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa;

6) związków zawodowych.

2. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

1. Lista organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prezes Urzędu prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. O wpis na listę mogą ubiegać się podmioty działające na podstawie przepisów dotyczących izb gospodarczych, rzemiosła, samorządu zawodowego niektórych przedsiębiorców, organizacji pracodawców, samorządów zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa i związków zawodowych. Kompetencja do wnoszenia środków ochrony prawnej w przypadku tych podmiotów jest jednak ograniczona i dotyczy jedynie ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia (zob. art. 505 ust. 2 Pzp).

2. Wpis na listę. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

Art. 471.

1. Prezes Urzędu, dążąc do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy przez zamawiających, w szczególności wydaje, z urzędu lub na wniosek, opinie, w których przedstawia interpretację przepisów ustawy budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, przy uwzględnieniu orzecznictwa Sądu

Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

2. Wniosek o wydanie opinii, o której mowa w ust. 1, zawiera uzasadnienie, w którym w szczególności:

1) przedstawia się istotę zagadnienia prawnego oraz wskazuje przepisy ustawy wymagające wydania opinii;

2) uzasadnia się potrzebę wydania opinii.

3. Prezes Urzędu pozostawia wniosek o wydanie opinii, o której mowa w ust. 1, bez rozpatrzenia, jeżeli nie są spełnione warunki, o których mowa w ust. 1, lub wniosek o wydanie opinii nie zawiera uzasadnienia.

4. Opinia, o której mowa w ust. 1, zawiera w szczególności:

1) opis zagadnienia prawnego, w związku z którym jest dokonywana interpretacja przepisów ustawy;

2) interpretację przepisów ustawy wraz z uzasadnieniem prawnym.

5. Prezes Urzędu zamieszcza opinię, o której mowa w ust. 1, wydaną z urzędu, na stronie internetowej Urzędu.

1. Opinia Prezesa Urzędu. Kompetencja do wydawania opinii jest ściśle związana z omawianym przy art. 469 Pzp zadaniem Prezesa Urzędu, polegającym na dążeniu do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach przy uwzględnieniu orzecznictwa SN, TK, TSUE, sądów powszechnych oraz KIO. Opinie, przedstawiające interpretację przepisów Pzp budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, mają charakter ogólnej interpretacji przepisów i nie odnoszą się do konkretnych stanów faktycznych.

2. Opinie na wniosek i opinie z urzędu. Opinie wydawane są z urzędu albo na wniosek. Wniosek o wydanie opinii powinien zawierać uzasadnienie, w którym w szczególności przedstawia się istotę zagadnienia prawnego oraz wskazuje przepisy Pzp wymagające wydania opinii oraz uzasadnia się potrzebę wydania opinii. Prezes Urzędu pozostawia wniosek o wydanie opinii bez rozpatrzenia, jeżeli nie są spełnione ww. warunki lub wniosek o wydanie opinii nie zawiera uzasadnienia. Opinia wydana zarówno na wniosek, jak i z urzędu zawiera w szczególności opis zagadnienia prawnego, w związku z którym jest dokonywana interpretacja przepisów Pzp, oraz interpretację przepisów ustawy wraz z uzasadnieniem prawnym. Jedynie opinia wydana z urzędu jest obowiązkowo zamieszczana na stronie internetowej Urzędu.

Art. 472.

1. Prezes Urzędu wykonuje zadania wynikające z ustawy przy pomocy nie więcej niż dwóch wiceprezesów Urzędu.

2. Wiceprezesa Urzędu powołuje minister właściwy do spraw gospodarki, spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru, na wniosek Prezesa Urzędu. Minister właściwy do spraw gospodarki odwołuje wiceprezesa Urzędu na wniosek Prezesa Urzędu.

3. Stanowisko wiceprezesa Urzędu może zajmować osoba, która spełnia wymagania określone w art. 468 ust. 2.

4. Komisję kwalifikacyjną przeprowadzającą nabór na stanowisko wiceprezesa Urzędu powołuje Prezes Urzędu.

5. Do przeprowadzania naboru na stanowisko wiceprezesa Urzędu stosuje się art. 468 ust. 4, 5, 7, 8 i 10–12. Przepisy art. 468 ust. 3, 6, 9 i 13 stosuje się odpowiednio.

1. Wiceprezesi Urzędu. Prezes Urzędu wykonuje zadania wynikające z Pzp przy pomocy nie więcej niż dwóch wiceprezesów Urzędu, którzy podobnie jak Prezes Urzędu powoływani są i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki z tą różnicą, że wiceprezesi powoływani są na wniosek Prezesa Urzędu. Wyboru kandydatów na stanowisko wiceprezesa Urzędu dokonuje komisja kwalifikacyjna powołana przez Prezesa Urzędu, a sam nabór jest otwarty i konkurencyjny. Wymagania dla wiceprezesów Urzędu są identyczne jak te dla Prezesa. Również przepisy dotyczące wyboru Prezesa Urzędu odnoszące się do ogłoszeń, terminów i procedury wyboru kandydatów stosowane są w przypadku wyboru wiceprezesów.

Rozdział 2
Krajowa Izba Odwoławcza

Oddział 1
Zadania i ustrój Krajowej Izby Odwoławczej

Art. 473.

1. Krajowa Izba Odwoławcza, zwana dalej „Izbą", jest organem właściwym do:

1) rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513;

2) rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ust. 1;

3) podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu.

2. Obsługę organizacyjno-techniczną oraz księgową Izby zapewnia Urząd.

1. Cel regulacji. Przepisy działu VIII, rozdziału 2 Pzp regulują kompleksowo zasady i ustrój Krajowej Izby Odwoławczej oraz zasady jej funkcjonowania. W rozdziale tym zawarte zostały m.in. regulacje związane z wyznaczaniem składów orzekających oraz z instytucją wyłączenia ze składu orzekającego członka Izby.

2. Status KIO. Powołanie instytucji do rozstrzygania sporów z obszaru zamówień publicznych jest jednym z elementów skutecznego i efektywnego dostępu do środków ochrony prawnej, o którym mowa w dyrektywach odwoławczych. W myśl art. 473 Pzp KIO jest organem państwowym właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz podejmowaniu uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP. Izba jest stałym organem quasi-sądowym (czyli organem posiadającym określoną organizację i strukturę, któremu przyznano kompetencje orzecznicze), którego członkowie przy rozpoznawaniu odwołań związani są prawem zamówień publicznych, a prowadzonym przez KIO postępowaniem kontrolnym rządzi zasada kontradyktoryjności. Członkowie KIO są niezawiśli i związani obowiązującymi przepisami prawa. Izba jest jednocześnie sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, co oznacza, że ma prawo do wystąpienia do TSUE z pytaniem prejudycjalnym. Charakter KIO jako organu sądowego w rozumieniu art. 267 TFUE potwierdził TSUE[3], stwierdzając, że „Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców

[3] Wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA,* ECLI:EU:C:2012:801

z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego"[4]. TK stwierdził natomiast[5], że „w polskim systemie prawa KIO nie spełnia kryterium sądu w znaczeniu konstytucyjnym, w związku z czym ustawodawca zdecydował się powierzyć kontrolę jego orzeczeń sądom powszechnym".

3. Kompetencje KIO. Art. 473 ust. 1 Pzp wymienia wszystkie kompetencje, jakie zostały przyznane Izbie przez ustawodawcę. KIO zatem jest organem właściwym do:

1) rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513 Pzp;
2) rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ust. 1 Pzp;
3) podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu, o których mowa w art. 610 ust. 3 Pzp oraz art. 617 Pzp.

O ile w obszarze regulacji dotyczących rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli zasadniczo nie nastąpiły zmiany, to na podkreś-
lenie zasługuje rozszerzenie kompetencji Izby w przypadku rozpoznawania odwołań (szerzej w komentarzu do art. 513 Pzp). Podkreślić przy tym

[4] Wyrok w sprawie *Forposta i ABC Direct Contact*…, pkt 18
[5] Wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13

należy, że rola, jaką pełni KIO w systemie zamówień publicznych, jest bardzo istotna, gdyż jest ona gwarantem przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych.

4. Organizacja pracy. KIO nie ma swojego majątku ani budżetu. Działalność KIO finansowana jest z budżetu państwa. Podmiotem zapewniającym obsługę Izby jest Urząd Zamówień Publicznych. Urząd w ramach swojej struktury organizacyjnej posiada wyodrębnione biuro, które w zakresie powierzonych mu zadań wykonuje czynności związane z zapewnieniem prawidłowego pod względem technicznym przebiegu postępowań odwoławczych. Urząd zapewnia organizację, pomieszczenia oraz personel, który w ramach swoich obowiązków wykonuje czynności związane, m.in. z obsługą posiedzeń Izby, jak również obsługę księgową i kadrową.

Art. 474.

1. W skład Izby wchodzi nie więcej niż 100 członków, powoływanych przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród osób spełniających wymagania, o których mowa w ust. 2, i które uzyskały najlepsze wyniki w postępowaniu kwalifikacyjnym.

2. Członkiem Izby może być osoba, która:

1) jest obywatelem polskim;

2) posiada wyższe wykształcenie prawnicze;

3) złożyła egzamin sędziowski, prokuratorski, notarialny, adwokacki lub radcowski lub zajmowała stanowisko sędziego lub prokuratora, wykonywała zawód notariusza lub posiada tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego;

4) wyróżnia się wiedzą z zakresu zamówień oraz prawa cywilnego i posiada minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w tym zakresie;

5) posiada pełną zdolność do czynności prawnych;

6) korzysta z pełni praw publicznych;

7) ma nieposzlakowaną opinię;

8) nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe;

9) ukończyła 29 lat;

10) posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne" lub wyższej, albo złożyła oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, w zależności od klauzuli nadanej informacjom, o dostęp do których ubiega się członek Izby, lub funkcji, którą ma pełnić.

3. Przed podjęciem obowiązków członek Izby jest obowiązany złożyć przed ministrem właściwym do spraw gospodarki ślubowanie według następującej roty: „Ślubuję uroczyście wypełniać obowiązki członka Izby, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości". Składający ślubowanie może na końcu dodać: „Tak mi dopomóż Bóg". Złożenie ślubowania członek Izby potwierdza podpisem pod jego treścią.

1. Nawiązanie stosunku pracy. Członków KIO powołuje minister właściwy do spraw gospodarki. Nawiązanie stosunku pracy następuje na podstawie

powołania. Czynności z zakresu prawa pracy wobec członków KIO wykonuje Prezes UZP.

2. Członkostwo w Izbie. Przepisy określające wymagania, jakie musi spełnić osoba kandydująca na członka Izby, uległy zasadniczej zmianie w stosunku do poprzednich regulacji. W art. 474 ust. 2 pkt 3 Pzp do katalogu wymogów, jakie ma spełniać kandydat na członka Izby, wprowadzono wymóg, aby osoba ubiegająca się o członkostwo w KIO wykazała się złożonym egzaminem sędziowskim, prokuratorskim, notarialnym, adwokackim lub radcowskim lub zajmowaniem stanowiska sędziego lub prokuratora, wykonywaniem zawodu notariusza lub posiadaniem tytułu zawodowego adwokata lub radcy prawnego. Podwyższenie wymogów formalnych w stosunku do kandydatów na członków KIO jest odpowiedzią na pojawiające się w tym zakresie postulaty środowisk naukowych oraz uczestników rynku. Jest także efektem postępującej profesjonalizacji procesu udzielania zamówień publicznych. Wysokie kwalifikacje osób wchodzących w skład Izby są gwarancją wysokiego poziomu merytorycznego zapadających rozstrzygnięć. Uzyskanie członkostwa w KIO uzależnione jest nie tylko od spełnienia wymagań formalnych, wskazanych w art. 474 ust. 2 Pzp, ale także uzyskania pozytywnego wyniku postępowania kwalifikacyjnego, o którym mowa w art. 477 Pzp. W toku tego postępowania kandydat na członka Izby musi w szczególności wykazać, że wyróżnia się wiedzą z zakresu zamówień oraz prawa cywilnego i posiada minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe w tym zakresie (art. 474 ust. 2 pkt 4 Pzp).

3. Poświadczenie bezpieczeństwa. Ustawodawca wprowadza w stosunku do kandydatów na członków KIO obowiązek posiadania poświadczenia bezpieczeństwa albo wyrażenia zgody na przeprowadzenie w stosunku do nich postępowania sprawdzającego. Postępowanie sprawdzające

ma na celu zbadanie, czy osoba badana jest zdolna do ochrony informacji niejawnych. Procedurę przeprowadzenia postępowania sprawdzającego określają przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych. Po zakończeniu postępowania sprawdzającego z wynikiem pozytywnym organ prowadzący postępowanie wydaje poświadczenie bezpieczeństwa (art. 29 ust. 1 tej ustawy). Poświadczenie jest wydawane na czas określony. Okres ważności poświadczenia uzależniony jest od rodzaju informacji, do których przyznaje uprawnienie. W przypadku dostępu do informacji o klauzuli „ściśle tajne" poświadczenie wydawane jest na okres 5 lat, o klauzuli „tajne" – 7 lat i 10 lat w przypadku informacji z klauzulą „poufne". Zgodnie z art. 480 ust. 2 Pzp Prezes i wiceprezes Izby muszą posiadać dostęp do informacji o klauzuli „ściśle tajne". Pzp nie reguluje, jaką klauzulę dostępu do informacji ma posiadać poświadczenie bezpieczeństwa pozostałych członków Izby.

4. Ślubowanie. Członek Izby zobowiązany jest przed podjęciem obowiązków złożyć ślubowanie. Ślubowanie składa się przed ministrem właściwym do spraw gospodarki. Odmowa złożenia ślubowania stanowi podstawę do odwołania członka Izby (art. 478 ust. 2 pkt 10 Pzp).

Art. 475.

1. Członek Izby w zakresie wykonywania czynności określonych w ustawie korzysta z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu.

2. Członek Izby przy orzekaniu jest niezawisły i związany wyłącznie przepisami obowiązującego prawa.

1. Cel przepisu. Przepis określa status, jaki przysługuje członkom Izby w zakresie czynności związanych z wykonywaniem obowiązków powierzonych im w Pzp.

2. Funkcjonariusz publiczny. Uprawnienia członka KIO w zakresie ochrony prawnej zrównane są z ochroną, jaka przysługuje funkcjonariuszowi publicznemu. W art. 115 § 13 Kk zawarty został katalog osób będących funkcjonariuszami publicznymi. Zgodnie z kodeksową definicją funkcjonariuszem publicznym jest:

1) Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej;
2) poseł, senator, radny;
3) poseł do Parlamentu Europejskiego;
4) sędzia, ławnik, prokurator, funkcjonariusz finansowego organu postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, notariusz, komornik, kurator sądowy, syndyk, nadzorca sądowy i zarządca, osoba orzekająca w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy;
5) osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych;
6) osoba będąca pracownikiem organu kontroli państwowej lub organu kontroli samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe;
7) osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej;
8) funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego albo funkcjonariusz Służby Więziennej;
9) osoba pełniąca czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie;

10) pracownik międzynarodowego trybunału karnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe.

Kodeks karny wymienia przestępstwa względem funkcjonariuszy publicznych, określając zarazem zakres ich ochrony prawnej. Wymienia takie przestępstwa, jak naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego (art. 222 Kk), a także czynną napaść na funkcjonariusza (art. 223 Kk). Karane jest również doprowadzanie przemocą do dokonania czynności urzędowej, znieważenie, a także podawanie się za funkcjonariusza publicznego.

3. Niezawisłość. Członek KIO przy orzekaniu jest niezawisły i związany wyłącznie przepisami obowiązującego prawa[6]. Oznacza to, że członek Izby, rozstrzygając sprawę, podlega przepisom prawa, natomiast nie powinien podlegać żadnym naciskom i żadnym zależnościom z zewnątrz. Zapisy te nawiązują do uregulowań dotyczących niezawisłości sędziowskiej, stąd też należy je w tym kontekście interpretować.

W literaturze wyróżnia się cztery elementy niezawisłości sędziowskiej:

1) całkowitą niezależność sędziego od wszelkich wpływów i wskazówek ubocznych,
2) całkowitą niezależność w podejmowaniu wszelkich postanowień i wyroków,
3) całkowitą niezależność w podejmowaniu czynności zmierzających do rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy,

[6] W wyroku z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 97/16, KIO stwierdziła, iż skład orzekający jest związany wyłącznie przepisami prawa (art. 174 ust. 7 Pzp2004). Zatem ustalenia i rozważania prawne prezentowane w orzeczeniach Izby w odrębnych sprawach nie są dla składu wiążące.; www.uzp.gov.pl

4) wyłączenie odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej za orzeczenia wydane na podstawie przepisów prawa, w granicach swobodnej oceny dowodów i zgodnie z własnym sumieniem[7].

Jednocześnie wymienia się gwarancje niezawisłości sędziowskiej, wskazując na: gwarancje organizacyjne, funkcjonalne, niepołączalność stanowiska z innymi zajęciami oraz nieusuwalność poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie i w trybie tą ustawą określonym, immunitet, materialna niezależność, gwarancje tzw. procesowe, zapewnienie możliwości nieustannego szkolenia[8]. Ze względu na niejednoznaczny status KIO pewne gwarancje będą przysługiwały członkom Izby, a inne nie[9]. Wskazać bowiem należy, że nie każde wykonywanie funkcji orzeczniczych wiąże się z korzystaniem z gwarancji przysługujących sędziom. „Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości nie jest bowiem definiowane jedynie poprzez zakres merytoryczny funkcji orzeczniczych, ale przede wszystkim poprzez rodzaj, charakter gwarancji towarzyszących tym funkcjom, które zawierają się w niezależności sędziowskiej, a więc m.in. w braku wszelkiej hierarchicznej podległości służbowej i nieusuwalności”[10]. Zasada niezawisłości członków Izby nie przekreśla istnienia wewnętrznego nadzoru administracyjnego sprawowanego przez Prezesa Izby, który władny jest m.in. badać sprawność postępowania w poszczególnych sprawach, obciążenie członków Izby pracą. Prezes Izby nie może jednak ingerować w działalność członka KIO związaną

[7] M. Kempisty, *Ustrój sądów. Komentarz*, Warszawa 1966, s. 123

[8] B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych,* Warszawa 2012, s. 431

[9] Szerzej patrz M. Grzymisławska-Cybulska, *Krajowa Izba jako niezawisły organ sądowy,* „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497 „Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce”

[10] Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 26/01, OTK 2001/8/258

ze sprawowaniem funkcji orzeczniczych, w ramach której członkowie Izby są niezawiśli.

Art. 476.

1. Członkostwa w Izbie nie można łączyć z:

1) mandatem posła lub senatora;

2) mandatem radnego, wójta (burmistrza, prezydenta miasta) lub z członkostwem w zarządzie powiatu lub województwa;

3) członkostwem w kolegium regionalnej izby obrachunkowej lub samorządowym kolegium odwoławczym;

4) przynależnością do partii politycznej lub prowadzeniem działalności politycznej.

2. Członek Izby nie może:

1) podejmować dodatkowych zajęć zarobkowych, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, badawczym lub badawczo-dydaktycznym, w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach;

2) prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności;

3) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej lub pełnomocnikiem spółek handlowych;

4) być członkiem zarządu fundacji lub stowarzyszenia prowadzących działalność gospodarczą;

5) posiadać w spółkach handlowych więcej niż 10% akcji lub udziałów przedstawiających więcej niż 10% kapitału zakładowego – w każdej z tych spółek.

3. Zajęcia dodatkowe podejmowane przez członka Izby nie mogą być sprzeczne z pełnieniem obowiązków członka Izby oraz nie mogą osłabiać zaufania do jego bezstronności lub godzić w powagę pełnionej funkcji.

4. Członek Izby składa Prezesowi Urzędu co roku, do dnia 31 marca, oświadczenie:

1) czy toczą się przeciwko niemu postępowania karne, wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania;

2) o stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego, stosując odpowiednio formularz, którego wzór jest określony w przepisach wydanych na podstawie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 2399).

1. Cel przepisu. Przepis szczegółowo określa zakazy obowiązujące członków Izby. Z pełnieniem funkcji publicznych wiążą się konsekwencje w zakresie przestrzegania określonych zasad i norm dyscyplinarnych i etycznych (zakaz lub ograniczenie prowadzenia działalności gospodarczej lub innej zarobkowej, zakaz łączenia urzędu z niektórymi funkcjami w fundacjach i stowarzyszeniach, obowiązek składania oświadczeń majątkowych) oraz odpowiedzialności karnej i cywilnej.

2. Dodatkowa aktywność zawodowa. Na członków KIO ustawodawca nałożył szereg ograniczeń związanych z podejmowaniem dodatkowej pracy zarobkowej. Członek KIO nie może wykonywać żadnych

dodatkowych zajęć zarobkowych ani też zasiadać we władzach spółek prawa handlowego. Wyjątkiem jest zatrudnienie na stanowisku dydaktycznym, badawczym lub badawczo-dydaktycznym. Ustawodawca wprowadził także w art. 476 ust. 3 Pzp zapis, zgodnie z którym zajęcia podejmowane przez członka KIO nie mogą być sprzeczne z pełnieniem obowiązków członka Izby oraz nie mogą osłabiać zaufania do jego bezstronności lub godzić w powagę pełnionej funkcji.

3. Oświadczenia składane przez członka Izby. Zgodnie z art. 476 ust. 4 Pzp członek Izby jest zobowiązany złożyć Prezesowi Urzędu co roku do dnia 31 marca oświadczenie o toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania oraz oświadczenie o stanie majątkowym. Obowiązek składania oświadczeń majątkowych wpisuje się w konstytucyjną zasadę zaufania obywateli do państwa i jego organów, wynikającą z art. 2 Konstytucji RP. W zakresie formularzy przepis odsyła do wzoru formularza, określonego w przepisach wydanych na podstawie ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, tj. rozporządzenia w sprawie wzoru formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym. Przepis stanowi również o obowiązku podania w formie oświadczenia informacji o tym, czy aktualnie toczą się przeciwko członkowi KIO postępowania karne. Brak złożenia w terminie jednego z oświadczeń skutkuje odwołaniem członka Izby (art. 478 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Art. 477.

1. Członków Izby wyłania się w drodze postępowania kwalifikacyjnego:

1) które składa się z:

a) egzaminu pisemnego z teoretycznej i praktycznej wiedzy z zakresu zamówień oraz prawa cywilnego oraz

b) rozmowy kwalifikacyjnej;

2) od wyników którego kandydatowi na członka Izby przysługuje prawo wniesienia odwołania do ministra właściwego do spraw gospodarki, w terminie 7 dni od dnia otrzymania przez kandydata informacji o wyniku na danym etapie postępowania; prawo wniesienia odwołania przysługuje kandydatowi również w przypadku odmowy dopuszczenia go do udziału w postępowaniu kwalifikacyjnym.

2. Postępowanie kwalifikacyjne ogłasza minister właściwy do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Urzędu.

3. Ogłoszenie zamieszcza się w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, a także w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

4. Ogłoszenie zawiera:

1) informację o liczbie osób, które mogą zostać powołane w skład Izby w danym postępowaniu kwalifikacyjnym;

2) określenie terminu, formy i miejsca przyjmowania zgłoszeń kandydatów na członków Izby;

3) wykaz dokumentów, które należy dołączyć do zgłoszenia kandydata na członka Izby, potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 474 ust. 2 pkt 1–6 i 8–10, oraz wskazanie danych, które ma zawierać to zgłoszenie;

4) określenie terminu przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego;

5) informację o niezbędnej do uzyskania minimalnej liczbie punktów.

5. Termin, o którym mowa w ust. 4 pkt 2, nie może być krótszy niż 30 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki powołuje komisję kwalifikacyjną do przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego, w tym przygotowania zadań na egzamin pisemny, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, spośród osób wskazanych przez Prezesa Urzędu.

7. Komisja kwalifikacyjna składa się z siedmiu członków. Członkiem komisji może być wyłącznie osoba, której wiedza i doświadczenie w zakresie przepisów związanych z udzielaniem zamówień lub w zakresie prawa cywilnego, oraz jej autorytet, dają rękojmię prawidłowego i bezstronnego przebiegu postępowania kwalifikacyjnego.

8. Jeżeli w postępowaniu kwalifikacyjnym minimalną liczbę punktów uzyska mniejsza liczba osób, niż wynika to z limitu określonego na podstawie ust. 4 pkt 1, minister właściwy do spraw gospodarki może ogłosić uzupełniające postępowanie kwalifikacyjne na członka Izby nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania kwalifikacyjnego. Do uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego przepisy ust. 1–7 stosuje się.

9. W skład Izby, w miejsce kandydata wybranego w drodze postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego, który po ogłoszeniu wyniku postępowania zrezygnował z powołania, można powołać kolejną osobę, która uzyskała minimalną liczbę punktów, a nie została powołana w skład Izby w wyniku postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego, o ile powołanie to nastąpi w ciągu roku

od dnia zakończenia odpowiednio postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego.

10. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

1) tryb przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego oraz uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego, a także sposób ustalania jego wyniku, jak również sposób wniesienia odwołania od wyniku postępowania kwalifikacyjnego oraz tryb i sposób rozpatrzenia odwołania,

2) dokumenty, które należy dołączyć do zgłoszenia kandydata na członka Izby, potwierdzające spełnianie warunków, o których mowa w art. 474 ust. 2 pkt 1–6 i 8–10, oraz zakres danych, które ma zawierać to zgłoszenie,

3) szczegółowy zakres zagadnień, w oparciu o które przeprowadzane jest postępowanie kwalifikacyjne oraz uzupełniające postępowanie kwalifikacyjne,

4) sposób powoływania komisji kwalifikacyjnej, szczegółowe wymagania wobec członków komisji kwalifikacyjnej oraz organizację jej pracy

– kierując się potrzebą zapewnienia prawidłowego i sprawnego przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego oraz uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego, potrzebą obiektywnego sprawdzenia teoretycznego i praktycznego przygotowania kandydatów na członka Izby, a także tym, że dane podane w zgłoszeniu muszą jednoznacznie potwierdzać tożsamość kandydata na członka Izby, wskazywać dotychczasowy przebieg jego kariery zawodowej, jego doświadczenie i wykształcenie, a dołączone dokumenty lub oświadczenia mają umożliwiać weryfikację w niezbędnym zakresie spełniania przez kandydata wymaganych warunków, przy czym weryfikacja ta może

nastąpić na podstawie dokumentów lub oświadczeń zawierających informacje podlegające ochronie danych osobowych, jak również mając na uwadze, że termin na wniesienie odwołania ma być liczony od dnia otrzymania przez kandydata informacji o wyniku na danym etapie postępowania kwalifikacyjnego, oraz mając na względzie potrzebę zapewnienia efektywnej i bezstronnej pracy komisji kwalifikacyjnej.

11. Administratorem danych osobowych kandydata przekazanych w zgłoszeniu kandydata na członka Izby oraz dołączonych do niego dokumentach, przetwarzanych w postępowaniu kwalifikacyjnym oraz w związku z wniesieniem odwołania od wyniku tego postępowania, a także danych osobowych członków komisji kwalifikacyjnej jest Prezes Urzędu.

12. Minister właściwy do spraw gospodarki jest administratorem danych osobowych kandydata w związku z wniesieniem przez niego odwołania od wyniku postępowania kwalifikacyjnego, a także danych osobowych członków komisji kwalifikacyjnej, w celu realizacji jego zadań, obowiązków i uprawnień wynikających z ustawy.

13. Okres przechowywania danych osobowych wynosi 10 lat od końca roku, w którym zakończyło się postępowanie kwalifikacyjne, w którym dane osobowe zostały zgromadzone.

14. W związku z przetwarzaniem danych osobowych w postępowaniu kwalifikacyjnym wykonanie obowiązków, o których mowa w art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2016/679, następuje przez umieszczenie informacji określonych w art. 13 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Urzędu Zamówień Publicznych oraz stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki. W takim

przypadku, pozyskując dane osobowe, organ przekazuje osobie, której dane dotyczą, informacje o sposobie wykonania tego obowiązku.

1. Postępowanie kwalifikacyjne. Wyłonienie członków KIO następuje w drodze postępowania kwalifikacyjnego. Postępowanie kwalifikacyjne ogłasza minister właściwy do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Urzędu. W celu jak najszerszego udostępnienia informacji o postępowaniu kwalifikacyjnym na członków Izby ogłoszenie zamieszcza się nie tylko w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronach podmiotowych: Urzędu, urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz KPRM, ale także w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Postępowanie prowadzone jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki przy pomocy komisji kwalifikacyjnej, którą powołuje minister. Do kompetencji Prezesa Urzędu należy wskazanie kandydatów do komisji kwalifikacyjnej. Prezes Urzędu jest także odpowiedzialny za obsługę organizacyjno-techniczną postępowania.

2. Komisja kwalifikacyjna. Komisja kwalifikacyjna składa się z 7 osób. Wybór członków komisji jest bardzo istotny z punktu widzenia prawidłowości przebiegu postępowania, w tym w szczególności zapewnienia wyboru najlepszych kandydatów, cechujących się wysokimi kwalifikacjami zawodowymi oraz posiadających predyspozycje do pełnienia funkcji członka KIO. Członkami komisji muszą być osoby legitymujące się specjalistyczną wiedzą i doświadczeniem oraz dające rękojmię prawidłowego i bezstronnego przebiegu postępowania (art. 477 ust. 7 Pzp). Nie mogą pozostawać w jakichkolwiek relacjach z kandydatami na członków Izby, które mogłyby budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. Po zapoznaniu się ze złożonymi zgłoszeniami składają oświadczenie w tym zakresie. Szczegółowe regulacje

dotyczące sposobu pracy komisji oraz przebiegu całego postępowania kwalifikacyjnego, w tym przebiegu egzaminu pisemnego i rozmowy kwalifikacyjnej, określa rozporządzenie wydane na podstawie art. 477 ust. 10 Pzp, tj. rozporządzenie w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej.

3. Egzamin i rozmowa kwalifikacyjna. Pierwszym etapem postępowania kwalifikacyjnego jest egzamin pisemny z teoretycznej i praktycznej wiedzy z zakresu zamówień oraz prawa cywilnego (art. 477 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp). Egzamin dla kandydatów na członków KIO składa się z testu wiedzy oraz pracy pisemnej polegającej na rozwiązaniu przez kandydata kazusu na podstawie dokumentów zakwalifikowanych przez komisję lub opracowanych na potrzeby egzaminu. Z kandydatami zakwalifikowanymi do dalszego etapu na podstawie uzyskanych wyników z egzaminu pisemnego przeprowadzana jest rozmowa kwalifikacyjna (art. 477 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp), w trakcie której komisja ocenia predyspozycję kandydata do sprawowania funkcji członka Izby. Zakres zagadnień do przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego, jak również elementy oceny pracy pisemnej oraz kryteria oceny stosowane podczas rozmowy, określają załączniki do rozporządzenia w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej. Są to przede wszystkim przepisy prawa zamówień publicznych, ustawy o koncesji na roboty budowlane oraz przepisy aktów wykonawczych do tych ustaw, orzecznictwo SN, sądów okręgowych i TK, jak również główne kierunki orzecznicze KIO, a także przepisy prawa europejskiego, cywilnego i gospodarczego.

4. Odwołanie. W art. 477 ust. 1 pkt 2 Pzp ustawodawca zdecydował się na zamieszczenie w Pzp uprawnienia kandydatów na członków Izby

do wniesienia odwołania od wyników postępowania kwalifikacyjnego, jak również od odmowy dopuszczenia kandydata do postępowania kwalifikacyjnego, wskazując moment, od którego należy liczyć ten termin, oraz podmiot, do którego należy wnieść odwołanie. Szczegóły dotyczące wnoszenia odwołania, jak również zasady zapoznawania się kandydatów z dokumentami sporządzonymi w trakcie postępowania kwalifikacyjnego określa rozporządzenie w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej.

5. Postępowanie uzupełniające. W sytuacji gdy w przeprowadzonym postępowaniu kwalifikacyjnym minimalną liczbę punktów uzyskała mniejsza liczba osób, niż wynika to z określonego limitu, minister właściwy do spraw gospodarki może ogłosić postępowanie uzupełniające (art. 477 ust. 8 Pzp). Ważny zapis znalazł się w art. 477 ust. 9 Pzp, gdzie ustawodawca wprowadził możliwość powołania do grona członków Izby kolejnej osoby, która uzyskała minimalną liczbę punktów w postępowaniu kwalifikacyjnym lub uzupełniającym w sytuacji rezygnacji z objęcia funkcji członka Izby przez wybranego w postępowaniu kwalifikacyjnym kandydata. Ustawodawca wprowadził roczną (liczoną odpowiednio od dnia zakończenia postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego) cezurę czasową dla skorzystania z tej możliwości. Podobną instytucję polegającą na możliwości uzupełnienia składu Izby przewidział ustawodawca w art. 478 ust. 3 Pzp, tj. w sytuacji odwołania członka Izby z powodu odmowy złożenia ślubowania (art. 478 ust. 2 pkt 10 Pzp) lub nieobjęcia stanowiska w terminie określonym w akcie powołania (art. 478 ust. 2 pkt 11 Pzp).

6. Przetwarzanie danych osobowych. W związku z koniecznością zapewnienia ochrony danych wnikającą z przepisów RODO Pzp

jednoznacznie wskazuje, kto jest administratorem danych osobowych kandydatów na członków Izby oraz członków komisji kwalifikacyjnej. Administratorem danych przekazanych w zgłoszeniu na członka Izby oraz w dołączonych do niego dokumentach, przetwarzanych w postępowaniu kwalifikacyjnym oraz w związku z wniesieniem odwołania od wyniku tego postępowania, a także danych osobowych członków komisji kwalifikacyjnej, jest Prezes Urzędu (art. 477 ust. 11 Pzp). Natomiast w sytuacji wniesienia odwołania od wyniku postępowania kwalifikacyjnego administratorem tych danych jest minister właściwy do spraw gospodarki (art. 477 ust. 12 Pzp). Ustawodawca wskazuje także zakres przetwarzanych danych osobowych oraz okres ich przechowywania, a także sposób spełnienia obowiązku informacyjnego wynikającego z powołanego rozporządzenia. Zgodnie z art. 477 ust. 13 Pzp okres przechowywania danych osobowych wynosi 10 lat. Termin ten należy liczyć od końca roku, w którym zakończyło się postępowanie kwalifikacyjne, w którym dane zostały zgromadzone.

Art. 478.

1. Członkostwo w Izbie wygasa z powodu śmierci albo odwołania.

2. Członka Izby odwołuje minister właściwy do spraw gospodarki w przypadku:

1) utraty obywatelstwa polskiego;

2) utraty albo ograniczenia zdolności do czynności prawnych;

3) utraty praw publicznych;

4) utraty nieposzlakowanej opinii;

5) prawomocnego skazania za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe;

6) upływu 6 miesięcy okresu zawieszenia, o którym mowa w art. 486;

7) orzeczenia kary dyscyplinarnej wykluczenia ze składu Izby;
8) niezłożenia w terminie jednego z oświadczeń, o których mowa w art. 476 ust. 4;
9) odmowy wydania albo cofnięcia mu poświadczenia bezpieczeństwa, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;
10) odmowy złożenia ślubowania;
11) nieobjęcia stanowiska w terminie określonym w akcie powołania;
12) złożenia przez członka Izby wniosku o odwołanie;
13) trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków członka Izby stwierdzonej przez orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub odmowy bez uzasadnionej przyczyny poddania się ocenie zdolności do pełnienia tych obowiązków, mimo zalecenia Prezesa Izby.

3. W skład Izby, w miejsce członka Izby odwołanego na podstawie ust. 2 pkt 10 lub 11, można powołać kolejną osobę, która uzyskała minimalną liczbę punktów, a nie została powołana w skład Izby w wyniku postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego, o ile postępowanie to zakończyło się nie wcześniej niż na rok przed dniem odwołania.

1. Wygaśnięcie członkostwa. Członkostwo w Izbie wygasa wyłącznie z powodu śmierci albo odwołania. Wygaśnięcie z mocy prawa członkostwa z powodu śmierci ma swoje odniesienie do regulacji zawartych w przepisach prawa pracy. Zgodnie z art. 63^1 § 1 Kp z dniem śmierci pracownika stosunek pracy wygasa. Skoro pracownik jest obowiązany do osobistego świadczenia pracy, z powodu jego śmierci zobowiązanie to staje się niemożliwe do wykonania, w związku z czym z tej właśnie

przyczyny stosunek pracy wygasa z mocy samego prawa. Analogicznie Pzp również nie przewiduje obowiązku stwierdzenia wygaśnięcia członkostwa z powodu śmierci członka KIO.

2. Odwołanie członka Izby. W art. 478 ust. 2 Pzp ustawodawca wymienia przypadki, których zaistnienie prowadzi do obligatoryjnego odwołania członka Izby, w tym Prezesa i wiceprezesa Izby (art. 480 ust. 6 Pzp). Katalog przyczyn odwołania jest zamknięty, a zaistnienie którejkolwiek z przesłanek powoduje obligatoryjne odwołanie. Nie ma zatem możliwości odwołania członka Izby na podstawie innych przesłanek niż wymienione w art. 478 ust. 2 Pzp. W szczególności nie ma zastosowania art. 70 § 1Kp, zgodnie z którym, „Pracownik zatrudniony na podstawie powołania może być w każdym czasie – niezwłocznie lub w określonym terminie – odwołany ze stanowiska przez organ, który go powołał. Dotyczy to również pracownika, który na podstawie przepisów szczególnych został powołany na stanowisko na czas określony". Większość z powołanych okoliczności skutkujących odwołaniem członka Izby z pełnienia funkcji jest precyzyjna. Wskazana w art. 478 ust. 2 pkt 4 Pzp utrata ,,nieposzlakowanej opinii" odwołuje się w szczególności do oceny na płaszczyźnie moralno-etycznej. Nieposzlakowana opinia zostaje podważona w przypadku popełnienia czynów nagannych moralnie, niegodną postawą, tak w służbie, jak i poza nią, zachowaniem sprzecznym z obowiązkiem zachowania nieuchybiającego godności urzędu[11]. W orzecznictwie wskazuje się, że: „Nieposzlakowaną opinią cieszy się ten, komu nie można nic zarzucić, kto jest nienaganny, nieskazitelny"[12]. Liczne

[11] Zob. szerzej: G. Ławnikowicz, S. Pilipiec, *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius), 2016, Nr LXIII, 2

[12] Zob. wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., sygn. akt I PKN 482/01

przykłady interpretacji tego pojęcia znajdziemy także w orzecznictwie NSA[13]. Istotną zmianą jest także wprowadzenie w art. 478 ust. 2 pkt 13 Pzp przesłanki pozwalającej na odwołanie członka Izby ze względu na jego stan zdrowia, niepozwalający na pełnienie powierzonej mu funkcji. Przepis określa, że odwołanie następuje w przypadku stwierdzenia przez orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków członka Izby lub odmowy bez uzasadnionej przyczyny poddania się ocenie zdolności do pełnienia obowiązków członka Izby. Prezes Izby może zalecić członkowi Izby poddanie się badaniu w celu ustalenia, czy jego stan zdrowia pozwala na wykonywanie zadań członka Izby (art. 478 ust. 2 pkt 13 Pzp). Oznacza to, że np. w sytuacji powtarzających się nieobecności członka Izby z powodów zdrowotnych, Prezes Izby będzie mógł polecić członkowi Izby, aby poddał się niezbędnym badaniom lekarskim. W każdym z wymienionych przypadków odwołania członka Izby dokonuje minister właściwy do spraw gospodarki.

3. Powołanie nowego członka. Art. 478 ust. 3 Pzp stanowi o możliwości powołania w poczet członków KIO w miejsce członka, który odmówił złożenia ślubowania (ust. 2 pkt 10 Pzp) lub nie objął stanowiska w terminie określonym w akcie powołania (ust. 2 pkt 11 Pzp), osoby, która uzyskała minimalną liczbę punktów, a nie została powołana w skład Izby w wyniku postępowania kwalifikacyjnego albo uzupełniającego postępowania kwalifikacyjnego. Rozwiązanie takie pozwala w szczególności na uniknięcie znacznego kosztu ponownego przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego. Podobnie jak w sytuacji określonej w art. 477 ust. 9 Pzp, ustawodawca również

[13] Zob. wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt I OSK 2318/13; wyrok NSA z dnia 2 października 2018 r. I OSK 581/17

w komentowanym przepisie wprowadził cezurę czasową dla skorzystania z tej możliwości. W tym wypadku jednak można powołać kolejną osobę, o ile postępowanie kwalifikacyjne lub uzupełniające postępowanie kwalifikacyjne nie zakończyło się wcześniej niż na rok przed dniem odwołania.

Art. 479.

1. Organami Izby są:

1) Prezes Izby;

2) zgromadzenie ogólne Izby.

2. Prezes Izby kieruje pracami Izby, a w szczególności:

1) reprezentuje Izbę na zewnątrz;

2) przewodniczy zgromadzeniu ogólnemu Izby;

3) ustala terminy posiedzeń składów orzekających, a także zarządza łączne rozpoznanie odwołań;

4) wyznacza skład orzekający do rozpoznania odwołania, w tym jego przewodniczącego, oraz skład do podjęcia uchwały, o której mowa w art. 473 ust. 1 pkt 3, w tym jego przewodniczącego;

5) czuwa nad sprawnością pracy Izby;

6) dokonuje analizy orzecznictwa Izby, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącego zamówień, i przygotowuje wnioski z tych analiz;

7) składa Prezesowi Urzędu, po przyjęciu przez zgromadzenie ogólne Izby, roczną informację o działaniu Izby, uwzględniającą problemy wynikające z orzecznictwa.

3. Prezes Izby wykonuje zadania przy pomocy wiceprezesa Izby, który zastępuje Prezesa Izby w razie jego nieobecności.

4. Zgromadzenie ogólne Izby tworzą członkowie Izby.

5. Do zadań zgromadzenia ogólnego Izby należy:

1) przygotowywanie i przyjmowanie rocznej informacji o działalności Izby, uwzględniającej problemy wynikające z orzecznictwa;

2) wyznaczanie składu sądu dyscyplinarnego;

3) rozpoznawanie odwołań od orzeczeń sądu dyscyplinarnego;

4) rozpatrywanie albo opiniowanie innych spraw przedłożonych przez Prezesa Izby lub zgłoszonych przez członków zgromadzenia ogólnego Izby.

1. Organy KIO. Organami Izby są Prezes Izby i zgromadzenie ogólne Izby. W nowej regulacji ustawodawca nie wskazał wiceprezesa Izby jako organu Izby. Wiceprezes Izby pełni funkcję wspomagającą pracę Prezesa Izby, a jego zadania określone są w wewnętrznym regulaminie organizacyjnym pracy Izby (art. 482 Pzp). Do najważniejszych zadań wiceprezesa Izby należy zastępowanie Prezesa Izby w trakcie jego nieobecności (art. 479 ust. 3 Pzp).

2. Zadania Prezesa Izby. Prezes Izby kieruje pracami KIO, przewodniczy zgromadzeniu ogólnemu oraz reprezentuje Izbę na zewnątrz. Do obowiązków Prezesa Izby należy także zwoływanie posiedzeń zgromadzenia ogólnego. Prezes posiada kompetencje istotne z punktu widzenia funkcjonowania Izby: wyznacza składy orzekające do rozpoznania odwołania oraz składy do podjęcia uchwały, o której mowa w art. 473 ust. 1 pkt 3 Pzp, ustala terminy posiedzeń składów orzekających Izby, wydaje także postanowienia w sprawie wyłączenia członka składu rozpoznającego odwołanie lub podejmującego uchwałę zawierającą opinię w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli (art. 492 ust. 1 i 4 Pzp). Do zadań Prezesa Izby

należy także wykonywanie czynności związanych z powołaniem przez skład orzekający dowodu z opinii biegłego (por. art. 539 ust. 4 Pzp, na mocy którego Prezes Izby wydaje zarządzenie określające termin sporządzenia opinii, a także wykonuje czynności organizacyjne wynikające z powołania biegłego, oraz art. 539 ust. 6 Pzp, na podstawie którego Prezes Izby przekazuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię opinii biegłego). Prezes KIO, biorąc pod uwagę stopień zawiłości sprawy, może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie powiększonym w przypadku zamówień poniżej progów unijnych albo pomniejszonym przy rozpatrywaniu odwołań wniesionych w postępowaniach, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne (art. 487 ust. 2 Pzp). Prezes Izby decyduje także o łącznym rozpoznaniu odwołań, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego (por. art. 544 ust. 2 Pzp). Prezes KIO sprawuje także funkcję nadzorczą, czuwając nad sprawnością prac Izby, oraz funkcję sprawozdawczą, składając raz w roku stosowne sprawozdanie Prezesowi Urzędu. *Novum* stanowi wprowadzenie w art. 479 ust. 1 pkt 6 Pzp obowiązku dokonywania analizy orzecznictwa Izby, sądów powszechnych, SN, TSUE oraz TK, dotyczącego zamówień, i przygotowywanie wniosków z tych analiz. Dotychczas jedynie w rocznej informacji o działalności Izby wskazywane były problemy wynikające z orzecznictwa. Nałożenie na Prezesa Izby powyższego obowiązku ma na celu zwiększenie roli Izby w dążeniu do ujednolicenia orzecznictwa w sprawie zamówień publicznych. Utrzymywanie sprzecznego orzecznictwa może stwarzać stan niepewności prawnej i osłabiać zaufanie do Izby.

Funkcje reprezentacyjne Prezes Izby realizuje m.in. poprzez udział w spotkaniach, wydarzeniach, zarówno w kraju, jak i zagranicą.

3. Zadania zgromadzenia ogólnego Izby. Drugim organem Izby jest zgromadzenie ogólne, w skład którego wchodzą wszyscy członkowie Izby. Uchwały zgromadzenia ogólnego zapadają większością głosów, w obecności co najmniej połowy członków Izby. W przypadku równej liczby głosów głos rozstrzygający posiada Prezes Izby. Zgromadzenie ogólne Izby uchwala regulamin określający tryb przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego oraz tryb wyboru składu orzekającego sądu dyscyplinarnego, jak również rozpatruje odwołania od orzeczeń tego sądu (art. 485 ust. 8 Pzp). Do istotnych systemowo zadań zgromadzenia ogólnego KIO należy przygotowywanie i przyjmowanie rocznej informacji o działalności Izby, w której Izba wskazuje m.in. na problemy wynikające z orzecznictwa (art. 479 ust. 5 pkt 1 Pzp). Zgromadzenie ogólne Izby rozpatruje albo opiniuje sprawy przedłożone przez Prezesa Izby lub zgłoszone przez członków zgromadzenia ogólnego Izby (art. 479 ust. 5 pkt 4). Do takich spraw mogą należeć np. sprawy związane z orzecznictwem lub organizacją pracy Izby.

Art. 480.

1. Prezesa Izby i wiceprezesa Izby powołuje, na wniosek Prezesa Urzędu, minister właściwy do spraw gospodarki na trzyletnią kadencję.

2. Prezes Izby i wiceprezes Izby są powoływani spośród członków Izby, którzy posiadają poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne" albo złożyli oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

3. Prezes Izby i wiceprezes Izby mogą być powołani również spośród kandydatów spełniających warunki, o których mowa w art. 474 ust. 2, wyłonionych w drodze konkursu. Kandydat przed powołaniem przedstawia poświadczenie bezpieczeństwa, o którym mowa w ust. 2. Kandydat powołany na Prezesa Izby albo wiceprezesa Izby z dniem powołania staje się członkiem Izby.

4. Konkurs na Prezesa Izby lub wiceprezesa Izby, o którym mowa w ust. 3, ogłasza minister właściwy do spraw gospodarki, na wniosek Prezesa Urzędu. Do przeprowadzenia konkursu stosuje się przepisy art. 477 ust. 1 i 3, ust. 4 pkt 2–5 i ust. 5–7 oraz odpowiednio stosuje się przepisy wydane na podstawie art. 477 ust. 10.

5. Minister właściwy do spraw gospodarki odwołuje Prezesa Izby lub wiceprezesa Izby w przypadku, gdy odmówiono mu wydania albo cofnięto mu poświadczenie bezpieczeństwa, o którym mowa w ust. 2.

6. Do odwołania Prezesa Izby i wiceprezesa Izby stosuje się przepis art. 478 ust. 2.

1. Powołanie Prezesa i wiceprezesa Izby. Prezes i wiceprezes Izby powoływani są spośród członków Izby, na wniosek Prezesa Urzędu, przez ministra właściwego do spraw gospodarki na trzyletnią kadencję. Przepisy nie regulują liczby kadencji, które może pełnić ta sama osoba. Przepis w art. 480 ust. 2 Pzp określa, że Prezes i wiceprezes Izby mogą być powoływani jedynie spośród członków Izby, którzy posiadają poświadczenie bezpieczeństwa z klauzulą „ściśle tajne", albo tych, którzy wyrażą zgodę na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego (zob. komentarz do art. 474 Pzp).

2. Konkurs na Prezesa i wiceprezesa Izby. W art. 480 ust. 3 Pzp ustawodawca wprowadza alternatywną, w stosunku do powołania Prezesa

i wiceprezesa Izby spośród członków KIO, procedurę wyłonienia Prezesa i wiceprezesa Izby. Decyzję o powołaniu Prezesa i wiceprezesa Izby w drodze konkursu podejmuje minister właściwy do spraw gospodarki, ogłaszając konkurs na Prezesa lub wiceprezesa Izby, na wniosek Prezesa Urzędu. Warunkiem przystąpienia do konkursu jest spełnienie wymogów, jakie Pzp stawia w stosunku do kandydatów na członka KIO określonych w art. 474 ust. 2 Pzp. Kandydat powołany na Prezesa Izby albo wiceprezesa Izby z dniem powołania staje się członkiem Izby.

3. Przeprowadzenie konkursu. Ustawodawca w zakresie procedury przeprowadzenia konkursu na Prezesa Izby i wiceprezesa Izby odsyła do przepisów dotyczących przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego na członków Izby. Postępowanie to ma również składać się z egzaminu pisemnego i rozmowy kwalifikacyjnej (art. 477 ust. 1 Pzp), a ogłoszenie o konkursie musi zostać zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej, na stronie podmiotowej Urzędu, stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki, stronie podmiotowej KPRM, a także w prasie o zasięgu ogólnopolskim (art. 477 ust. 3 Pzp). Ogłoszenie musi także zawierać istotne informacje co do terminów, formy i miejsca przyjmowania zgłoszeń, a także dokumentów niezbędnych do złożenia zgłoszenia, jak również niezbędnej do uzyskania minimalnej liczby punktów (art. 477 ust. 4 pkt 2–5 Pzp). Do przeprowadzenia konkursu stosuje się odpowiednio rozporządzenie w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na członków KIO wydane na podstawie art. 477 ust. 10 Pzp.

4. Odwołanie Prezesa i wiceprezesa Izby. Minister właściwy do spraw gospodarki może odwołać Prezesa lub wiceprezesa Izby przed upływem kadencji, jeśli wystąpią okoliczności wskazane w art. 478 ust. 2 Pzp, w szczególności w przypadku prawomocnego skazania za przestępstwo

umyślne, utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych, utraty obywatelstwa polskiego. Przepis określa, że podstawą do odwołania Prezesa Izby i wiceprezesa Izby jest odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa lub jego cofnięcie.

Art. 481.

1. Zgromadzenie ogólne Izby zwołuje Prezes Izby co najmniej dwa razy w roku, a także na pisemny wniosek co najmniej połowy składu Izby albo przewodniczącego sądu dyscyplinarnego, w terminie 14 dni od dnia jego złożenia.

2. Uchwały zgromadzenia ogólnego Izby zapadają większością głosów w obecności co najmniej połowy składu Izby. W przypadku równej liczby głosów rozstrzyga głos Prezesa Izby.

1. Posiedzenia zgromadzenia ogólnego Izby. Pzp zobowiązuje Prezesa KIO do zwoływania posiedzeń zgromadzenia ogólnego Izby przynajmniej dwa razy w roku, a także na wniosek co najmniej połowy członków Izby albo przewodniczącego sądu dyscyplinarnego Izby. Pzp nie definiuje obowiązkowego zakresu przedmiotu obrad zgromadzenia. Z brzmienia przepisu art. 479 ust. 5 pkt 4 Pzp wynika, że przedmiotem obrad zgromadzenia ogólnego, poza przygotowywaniem i przyjmowaniem rocznej informacji o działalności Izby (art. 479 ust. 5 pkt 1 Pzp), jest rozpatrywanie albo opiniowanie innych spraw przedłożonych przez Prezesa Izby lub zgłoszonych przez członków zgromadzenia ogólnego.
2. Podejmowanie uchwał. Uchwały zgromadzenia ogólnego Izby zapadają większością głosów w obecności co najmniej połowy składu Izby; w sytuacji gdy liczba głosów jest równa, rozstrzyga głos Prezesa Izby. Zgromadzenie ogólne podejmuje m.in. uchwałę o przyjęciu informacji rocznej o działalności Izby. Informacja ta przekazywana jest przez Prezesa

Izby Prezesowi Urzędu. Pzp nie wyklucza możliwości podjęcia przez zgromadzenie ogólne Izby uchwały dotyczącej kierunków orzeczniczych, w sytuacji gdy analiza orzecznictwa wykaże pojawienie się sprzecznych ze sobą nurtów. Sprzeczne interpretacje przepisów mogą wpływać negatywnie na pewność prawa, podważając zaufanie uczestników rynku zamówień publicznych wobec prawa i godzić w powagę Izby.

Art. 482.

Prezes Izby określa, w drodze zarządzenia, wewnętrzny regulamin organizacji pracy Izby oraz zadania wiceprezesa Izby, mając na uwadze potrzebę zapewnienia sprawnego i rzetelnego wykonywania zadań Izby.

1. Zadania Prezesa KIO. Art. 482 Pzp, poza nałożeniem na Prezesa Izby obowiązku określenia wewnętrznego regulaminu organizacyjnego Izby, zobowiązuje go do określenia zadań wiceprezesa Izby. Przepis precyzuje także cel, jaki mają te zadania, to jest zapewnienie sprawnego i rzetelnego wykonywania zadań powierzonych Izbie. Rzetelne wykonywanie zadań Izby oznacza ich realizację na najwyższym poziomie. Stworzenie wewnętrznego regulaminu organizacyjnego Izby służy do realizacji tego celu, jak również ułatwia podejmowanie i nienaganną realizację zadań przez poszczególnych członków Izby. Powyższe jest bardzo istotne ze względu na konieczność zapewnienia skutecznego i szybkiego dostępu do środków odwoławczych. Terminy instrukcyjne określone w Pzp, a związane z kompetencjami Izby, są krótkie. Przykładowo rozpoznanie odwołania powinno nastąpić w terminie 15 dni od dnia doręczenia (art. 544 ust. 1 Pzp), sporządzenie uzasadnienia orzeczenia w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia (art. 559 ust. 1 Pzp), wydanie postanowienia w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy

w terminie 5 dni od dnia złożenia wniosku (art. 578 ust. 4 Pzp), podjęcie uchwały zawierającej opinię do zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia przekazania umotywowanych zastrzeżeń Izbie (art. 610 ust. 3 Pzp). Tylko sprawne zarządzanie Izbą pozwala na dotrzymanie wskazanych terminów. To z kolei przekłada się na cały proces udzielania zamówienia publicznego. Sprawne i efektywne rozpoznawanie spraw odwoławczych jest niezwykle istotne ze względu chociażby na zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 Pzp). Nie mniejsze znaczenie, z punktu widzenia możliwości zawarcia umowy, ma także szybkie podjęcie uchwały w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli, w przypadku gdy dotyczą one kontroli uprzedniej (art. 613 Pzp), gdzie przeprowadzanie kontroli jest warunkiem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 483.

1. Nawiązanie stosunku pracy z członkiem Izby następuje na podstawie powołania, w terminie określonym w akcie powołania. Czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dotyczące członka Izby wykonuje Prezes Urzędu.

2. W sprawach nieuregulowanych w ustawie, dotyczących stosunku pracy członka Izby, odpowiednio stosuje się przepisy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

1. Nawiązanie stosunku pracy. Nawiązanie stosunku pracy z członkami KIO następuje na podstawie powołania. W przypadku powołania członka KIO do pełnienia funkcji Prezesa lub wiceprezesa Izby powoływani są oni na okres 3-letniej kadencji, przy czym członkostwo w Izbie pozostaje dalej na czas nieokreślony. Przepisy określające zasady organizacji pracy Izby,

jak i jej członków, mają charakter złożony. Członkowie Izby są powoływani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 474 ust. 1 Pzp oraz 478 ust. 2 Pzp), Prezes Izby kieruje pracami Izby (art. 479 ust. 2 Pzp), określając w drodze zarządzenia wewnętrzny regulamin organizacji pracy Izby, uwzględniając potrzebę zapewnienia sprawnego i rzetelnego wykonywania zadań Izby (art. 482 Pzp), a Prezes Urzędu wykonuje czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Z przytoczonych regulacji wynika, że ustawodawca wskazał trzy odrębne organy posiadające różne zadania, obowiązki i uprawnienia w stosunku do Izby i jej członków. Rozwiązanie to nie powinno jednak powodować trudności we właściwej realizacji zadań przyznanych Izbie.

2. Stosunek pracy. Czynności związane ze stosunkiem pracy wykonuje Prezes Urzędu, zapewniając m.in. obsługę kadrowo-księgową Izby.

W sprawach dotyczących stosunku pracy członka Izby, nieuregulowanych Pzp, zastosowanie mają przepisy Kp. Poza czynnościami określonymi w Pzp, takimi jak: procedura powołania członka Izby (art. 474 ust. 1 Pzp), odwoływania członka KIO (art. 478 ust. 1 i 2 Pzp), podstawy ustalenia wynagrodzenia zasadniczego członków Izby, przysługujących dodatków i nagród (art. 484), wszystkie inne czynności *stricte* związane z prawami i obowiązkami pracownika i pracodawcy, np. zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, ustalanie zasad udzielania urlopów, wypłacania wynagrodzenia oraz czynności związane z nieobecnością pracownika spowodowaną niezdolnością do pracy, określają przepisy prawa pracy.

Art. 484.

1. Podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa Izby, wiceprezesa Izby oraz pozostałych członków Izby stanowi wielokrotność kwoty bazowej ustalonej w ustawie budżetowej na dany

rok, na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 1658), dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. a tej ustawy.

2. Członkowi Izby przysługuje dodatek za wieloletnią pracę wynoszący, począwszy od szóstego roku pracy, 5% miesięcznego wynagrodzenia zasadniczego i wzrastający po każdym roku pracy o 1%, aż do osiągnięcia 20% miesięcznego wynagrodzenia zasadniczego.

3. Członkowi Izby przysługuje nagroda jubileuszowa w wysokości:

1) 75% wynagrodzenia miesięcznego – po 20 latach pracy;

2) 100% wynagrodzenia miesięcznego – po 25 latach pracy;

3) 150% wynagrodzenia miesięcznego – po 30 latach pracy;

4) 200% wynagrodzenia miesięcznego – po 35 latach pracy;

5) 300% wynagrodzenia miesięcznego – po 40 latach pracy;

6) 350% wynagrodzenia miesięcznego – po 45 latach pracy.

4. Do okresu pracy uprawniającego do nagrody jubileuszowej wlicza się wszystkie poprzednie zakończone okresy zatrudnienia oraz inne okresy, jeżeli z mocy odrębnych przepisów podlegają one wliczeniu do okresu pracy, od którego zależą uprawnienia pracownicze. Do obliczania i wypłacania nagrody jubileuszowej stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące nagród jubileuszowych, o których mowa w przepisach o pracownikach urzędów państwowych.

5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wielokrotność kwoty bazowej, o której mowa w ust. 1, mając na względzie funkcję pełnioną przez członka Izby, a także to, że wielokrotność nie może być mniejsza niż 4,5.

1. Wynagrodzenie członków Izby. Wynagrodzenie członków KIO jest obliczane w systemie mnożnikowym. W systemie tym obliczanie wynagrodzeń polega na mnożeniu kwoty bazowej i wskaźnika. Członkom KIO przysługuje wynagrodzenie określone mnożnikowo na podstawie kwoty bazowej, ustalonej na dany rok w ustawie budżetowej właściwej dla pracowników sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. a ustawy o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej.

2. Dodatki do wynagrodzenia. Zgodnie z art. 484 ust. 2 Pzp poza wynagrodzeniem zasadniczym członkowi KIO przysługuje dodatek za wieloletnią pracę wyliczany procentowo w zależności od liczby przepracowanych lat. Członkowie Izby mają także prawo do nagrody jubileuszowej (art. 484 ust. 3 Pzp). Wyliczenia i wypłaty nagrody dokonuje się na takich samych zasadach jak w przypadku pracowników urzędów państwowych.

3. Rozporządzenie. Wielokrotność kwoty bazowej określa w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów, przy czym mnożnik ten nie może być mniejszy niż 4,5.

Art. 485.

1. Członek Izby podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej.

2. Karami dyscyplinarnymi są:

1) upomnienie;

2) usunięcie z zajmowanej funkcji;

3) wykluczenie ze składu Izby.

3. Orzeczenie kary, o której mowa w ust. 2 pkt 2, oznacza niemożność sprawowania przez 5 lat funkcji Prezesa Izby, wiceprezesa Izby, rzecznika dyscyplinarnego oraz członka sądu dyscyplinarnego.

4. W sprawach dyscyplinarnych członków Izby orzekają:

1) w pierwszej instancji – sąd dyscyplinarny w składzie pięciu członków Izby, powoływany przez zgromadzenie ogólne Izby spośród członków Izby;

2) w drugiej instancji – zgromadzenie ogólne Izby.

5. Oskarżycielem przed sądem dyscyplinarnym jest rzecznik dyscyplinarny.

6. Rzecznika dyscyplinarnego powołuje spośród członków Izby na trzyletnią kadencję minister właściwy do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Izby. Rzecznik dyscyplinarny może być w każdym czasie odwołany i pełni swoje obowiązki do czasu powołania nowego rzecznika dyscyplinarnego.

7. Od orzeczenia dyscyplinarnego wydanego w drugiej instancji przysługuje odwołanie do sądu apelacyjnego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych, właściwego ze względu na siedzibę Urzędu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Od orzeczenia sądu apelacyjnego nie przysługuje skarga kasacyjna.

8. Tryb przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego oraz tryb wyboru składu orzekającego sądu dyscyplinarnego określa regulamin uchwalony przez zgromadzenie ogólne Izby.

1. Odpowiedzialność dyscyplinarna członków KIO. Odpowiedzialność dyscyplinarna ma charakter represyjny. Według TK najbliższe państwowemu prawu karnemu jest prawo dyscyplinarne, które wprost należy uważać za szczególną gałąź czy rodzajową odmianę prawa karnego[14]. Członek KIO podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej

[14] Patrz wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., sygn. K 41/97, OTK 1998 Nr 7, poz. 117

za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej. Zgodnie z dorobkiem doktryny i orzecznictwa naruszenie godności zawodu definiowane jest jako naruszenie zdolności całego środowiska zawodowego, jak również poszczególnych jego członków, do dochowania wierności ślubowaniu, do stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych, utrzymywania nieposzlakowanego charakteru oraz unikania wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności[15]. Pzp nie zawiera katalogu zachowań uchybiających godności i obowiązkom zawodowym członków Izby, mogących stanowić podstawę do poniesienia przez członka Izby odpowiedzialności dyscyplinarnej. Przykładem zachowania mogącego stanowić podstawę do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego może być zaniechanie wyłączenia się od udziału w sprawie, w sytuacji gdy zachodzą przesłanki określone w art. 490 ust. 1 Pzp, bądź naruszenie przepisów dotyczących prowadzenia rozprawy (art. 549 ust. 1 Pzp), np. poprzez naganne zachowanie wobec stron i uczestników postępowania odwoławczego godzące w powagę Izby.

2. Kary i ich skutki. Sąd dyscyplinarny posiada kompetencje do wymierzania odpowiednich kar zgodnie z Pzp, tj.

1) kary upomnienia,
2) kary usunięcia z pełnionej funkcji,
3) kary wykluczenia ze składu Izby.

Najbardziej dotkliwą i najsurowszą karą jest kara wykluczenia ze składu Izby. Kara upomnienia ma charakter dyscyplinujący i wymierzana jest za mniejsze przewinienia. Jeżeli członek Izby otrzyma karę dyscyplinarną w formie usunięcia z pełnionej funkcji, wówczas przez 5 lat od orzeczenia

[15] T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, Komentarz do ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, Warszawa 2002, s. 325; J.R. Kubiak, J. Kubiak, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, PS 1994, nr 4, s.16

nie będzie mógł pełnić funkcji Prezesa Izby, wiceprezesa Izby, rzecznika dyscyplinarnego oraz członka sądu dyscyplinarnego.

3. Sąd dyscyplinarny. Sąd dyscyplinarny ma za zadanie orzekać w sprawach dyscyplinarnych. W skład sądu dyscyplinarnego wchodzi 5 członków Izby powoływanych przez zgromadzenie ogólne Izby. Rolę sądu drugiej instancji pełni zgromadzenie ogólne Izby, w którego skład wchodzą wszyscy jej członkowie.

4. Postępowanie dyscyplinarne. Postępowanie dyscyplinarne jest dwuinstancyjne. W pierwszej instancji orzeka sąd dyscyplinarny, a w drugiej zgromadzenie ogólne Izby. Od orzeczenia drugiej instancji przysługuje odwołanie do sądu apelacyjnego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych. Odwołanie wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Wprowadzone rozwiązanie polegające na przyznaniu dodatkowej kontroli orzeczeń dyscyplinarnych przez sąd powszechny znane jest m.in. w służbie cywilnej oraz w korporacjach zawodów prawniczych. Ustawodawca nie dopuszcza możliwości wniesienia skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu apelacyjnego.

5. Rzecznik dyscyplinarny. W sprawach dyscyplinarnych funkcję oskarżyciela pełni rzecznik dyscyplinarny. Powoływany jest on na 3-letnią kadencję przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród członków Izby. Rzecznik dyscyplinarny może być odwołany w każdym czasie, Pzp nie precyzuje, w jakich okolicznościach może to nastąpić.

6. Regulamin. Przebieg postępowania dyscyplinarnego oraz wybór składu orzekającego sądu dyscyplinarnego określa uchwalony przez zgromadzenie ogólne Izby regulamin.

Art. 486.

1. Minister właściwy do spraw gospodarki zawiesza członka Izby w jego prawach i obowiązkach w przypadku przedstawienia mu zarzutu popełnienia umyślnego przestępstwa lub umyślnego przestępstwa skarbowego.

2. Okres zawieszenia, o którym mowa w ust. 1, trwa do czasu zakończenia postępowania karnego, nie dłużej jednak niż przez 6 miesięcy.

3. W okresie zawieszenia członek Izby zachowuje prawo do połowy wynagrodzenia.

1. Podstawy zawieszenia. W przypadku przedstawienia członkowi Izby zarzutu popełnienia umyślnego przestępstwa lub umyślnego przestępstwa skarbowego zostaje on zawieszony decyzją ministra właściwego do spraw gospodarki w prawach i obowiązkach członka Izby. W przedmiotowych sprawach zastosowanie znajdą przepisy Kpk, które stosuje się również w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe.

2. Zawieszenie. Zawieszenie w prawach i obowiązkach stanowi środek zabezpieczający stosowany w razie znacznego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa. Okres zawieszenia członka Izby w jego prawach i obowiązkach może trwać maksymalnie 6 miesięcy od zawiadomienia o przedstawieniu zarzutu. W okresie trwania zawieszenia członek Izby nie wykonuje czynności orzeczniczych, zachowując prawo do połowy wynagrodzenia. Po upływie 6 miesięcy okresu zawieszenia, w przypadku niezakończenia się postępowania karnego (skarbowego) przed upływem tego okresu, minister właściwy do spraw gospodarki odwołuje członka Izby (art. 478 ust. 2 pkt 6) Pzp).

Oddział 2
Zasady działania Izby

Art. 487.

1. Izba rozpoznaje odwołanie w składzie:

1) trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne,

2) jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne

– zwanym dalej „składem orzekającym", chyba że ustawa stanowi inaczej.

2. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, albo trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na stopień zawiłości sprawy.

3. Uchwały zawierające opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej albo kontroli uprzedniej Izba podejmuje w składzie trzyosobowym.

1. Rozpatrywania odwołań. Pzp znosi zasadę rozpoznawania odwołania w składzie jednoosobowym. Liczba członków KIO wyznaczanych do rozpoznania odwołania uzależniona została od wartości zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Jeżeli postępowanie odwoławcze dotyczy zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, sprawa zostaje skierowana do rozpoznania w składzie trzyosobowym. Prezes KIO może jednak odstąpić od tej reguły i zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, gdy sprawa nie

ma skomplikowanego charakteru. W sytuacji gdy odwołanie dotyczy postępowania, którego wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie zostanie skierowane do rozpoznania przez skład jednoosobowy. Rozpoznanie odwołania następuje jednak w składzie trzyosobowym, jeżeli Prezes KIO uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość sprawy.

2. Podejmowanie uchwał. Niezmieniona została reguła, zgodnie z którą uchwały w sprawie zastrzeżeń do wyniku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Izba podejmuje w składzie trzyosobowym.

Art. 488.

1. Prezes Izby przydziela sprawy i wyznacza skład orzekający oraz skład biorący udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3.

2. Przydział spraw następuje z alfabetycznej listy członków Izby:

1) według kolejności wpływu odwołań, jawnej dla stron postępowania odwoławczego;

2) według kolejności wpływu zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej albo kontroli uprzedniej, jawnej dla zamawiającego wnoszącego zastrzeżenia.

3. Odstępstwo od przydziału spraw zgodnie z ust. 2 jest dopuszczalne z powodu choroby członka Izby lub z innej ważnej przyczyny, co należy zaznaczyć w zarządzeniu o wyznaczeniu posiedzenia odpowiednio składu orzekającego albo składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3.

4. Zmiana wyznaczonego składu orzekającego oraz składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3, może nastąpić z przyczyn, o których mowa w ust. 3.

5. O okolicznościach, o których mowa w ust. 3, członek składu orzekającego oraz członek składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3, zawiadamia pisemnie Prezesa Izby.

1. Przydział spraw. Prezes Izby wyznacza skład orzekający według kolejności wpływu odwołań lub według kolejności wpływu zastrzeżeń do wyników kontroli z alfabetycznej listy członków KIO, która jest jawna – odpowiednio – dla stron postępowania odwoławczego i zamawiającego wnoszącego zastrzeżenia.

2. Brak możliwości wykonywania obowiązków członka Izby. Pzp w art. 488 ust. 3 dopuszcza odstępstwo od przydziału spraw według kolejności ich wpływu. Członek KIO w sytuacji, gdy wykonywanie przez niego obowiązków jest niemożliwe z powodu choroby lub innej ważnej przyczyny, jest zobowiązany powiadomić o tym pisemnie Prezesa KIO, który wyznacza do składu kolejnego członka z alfabetycznej listy członków KIO. Informacja o zmianie składu orzekającego powinna się znaleźć w zarządzeniu Prezesa Izby w sprawie wyznaczenia składu do rozpoznania odwołania lub podjęcia uchwały.

Art. 489.

Prezes Izby wskazuje, spośród wyznaczonych członków składu, przewodniczącego:

1) **składu orzekającego;**
2) **składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3.**

1. Wyznaczenie przewodniczącego składu. Przepis art. 489 Pzp wskazuje na kompetencje Prezesa KIO do wyznaczania przewodniczącego składu

wyznaczonego do rozpoznania spraw odwoławczych lub podjęcia uchwały w sprawie zastrzeżeń wniesionych do wyników kontroli Prezesa Urzędu.

Art. 490.

1. Członek składu orzekającego oraz członek składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3, jest wyłączony z mocy ustawy w sprawach:

1) w których jest stroną lub pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziałuje na jego prawa lub obowiązki;

2) swojego małżonka, krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia;

3) osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;

4) w których był lub jest pełnomocnikiem jednej ze stron;

5) w których świadczył pomoc prawną na rzecz jednej ze stron lub jakiekolwiek inne usługi związane ze sprawą.

2. Powody wyłączenia trwają także po ustaniu uzasadniającego je małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli.

1. Wyłączenie z mocy ustawy. Przepis reguluje podstawę do wyłączenia z mocy ustawy członka składu orzekającego oraz członka składu biorącego udział w podejmowaniu uchwały zawierającej opinie w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli Prezesa Urzędu. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez SN[16] „Przepisy dotyczące wyłączenia sędziego wprowadzone są w interesie pełnego i bezwzględnego zaufania społeczeństwa do sądów

[16] Uchwałą SN z 14 czerwca 1974 r., sygn. akt III CZP 32/74

i ich orzeczeń, opartego na przekonaniu o bezstronności sędziego"[17].
Wyłączenie z mocy samej ustawy następuje w okolicznościach wymienionych w art. 490 ust. 1 Pzp. Członek składu orzekającego oraz członek składu biorącego udział w podjęciu uchwały jest zatem wyłączony z mocy ustawy w sprawach:

1) w których jest stroną lub pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziałuje na jego prawa lub obowiązki;
2) swojego małżonka, krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych
   do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia;
3) osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;
4) w których był lub jest pełnomocnikiem jednej ze stron;
5) w których świadczył pomoc prawną na rzecz jednej ze stron lub jakiekolwiek inne usługi związane ze sprawą.

Wyłączenie członka Izby następuje więc w sytuacji jego bezpośredniego zainteresowania sprawą lub ze względu na stosunki łączące go z osobami w sprawie zainteresowanymi. Ustawodawca wskazuje, że powody wyłączenia trwają także po ustaniu uzasadniającego je małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli (art. 490 ust. 2 Pzp). Kwestia bezstronności i obiektywizmu sędziego, do której możemy się tu odwoływać, była wielokrotnie przedmiotem rozważań w orzecznictwie. Przykładowo TK stwierdza, że „Bezstronność sędziego jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej, a zarazem przymiotem, wraz z utratą którego sędzia traci kwalifikacje do spełniania swoich funkcji. Polega ona przede wszystkim na tym, iż sędzia kieruje się obiektywizmem, nie stwarzając korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania,

[17] Uchwała SN z 14 czerwca 1974 r., III CZP 32/74, OSNC 1975/2/21

zarówno w trakcie toczącej się przed sądem sprawy, jak i orzekania. Traktuje on zatem uczestników postępowania równorzędnie"[18].

2. Świadczenie pomocy prawnej. Przesłanka wskazana w art. 490 ust. 2 pkt 5 Pzp wskazuje na wyłączenie członka składu orzekającego w sytuacji, gdy świadczył pomoc prawną na rzecz jednej ze stron lub jakiejkolwiek inne usługi związane ze sprawą. Sytuacja wyłączenia z mocy ustawy na podstawie tej przesłanki jest ujęta szeroko. Każde świadczenie pomocy prawnej na rzecz którejkolwiek ze stron, nawet niezwiązane ze sprawą będącą przedmiotem rozpoznania, będzie podstawą do wyłączenia. Także użycie pojęcia jakichkolwiek usług związanych ze sprawą rozpoznawaną przez Izbę ma na celu wyeliminowanie wszelkich podejrzeń co do tego, że udział konkretnego członka Izby może naruszać zasady bezstronności i obiektywizmu.

Art. 491.

1. Prezes Izby wyłącza członka składu orzekającego, na jego żądanie lub wniosek strony, jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające wyłączenie członka, w szczególności gdy zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

2. Członek składu orzekającego zawiadamia pisemnie Prezesa Izby o podstawie swojego wyłączenia.

3. Strona składa wniosek o wyłączenie członka składu orzekającego, na piśmie, uprawdopodobniając okoliczności uzasadniające wyłączenie. Ponowny wniosek oparty na tych samych okolicznościach pozostawia się bez rozpatrzenia. O pozostawieniu wniosku bez rozpatrzenia rozstrzyga Prezes Izby.

[18] Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. akt K1/98, OTK 1999/1/3

4. Przepisy ust. 1–3 stosuje się odpowiednio do członka składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3.

1. Wyłączenie na wniosek członka składu (*iudex suspectus*). W sytuacji, gdy zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności członka składu orzekającego wyznaczonego do rozpoznania odwołania lub składu biorącego udział w podjęciu uchwały w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli, kieruje on do Prezesa KIO żądanie wyłączenia ze składu orzekającego, zawiadamiając pisemnie o podstawach uzasadniających wyłączenie. Prezes KIO nie może bowiem dokonać wyłączenia członka składu orzekającego z urzędu. Przepis ten powinien być interpretowany szeroko zarówno w rozumieniu przedmiotowym, jak i podmiotowym. Każda relacja budząca uzasadnione wątpliwości (np. pokrewieństwo, przyjaźń, stosunek pracy) powinna stanowić przesłankę wyłączenia. Dotyczy to zarówno stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz ich pełnomocników, jak i zamawiających, których postępowania były przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu.

2. Wyłączenie na wniosek strony. W sytuacji, gdy strona postępowania odwoławczego poweźmie wątpliwości co do bezstronności członka KIO wyznaczonego do rozpoznania odwołania, zawiadamia o tym na piśmie Prezesa Izby. Ustawodawca zdecydował, że wystarczające jest uprawdopodobnienie okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem o wyłączeniu od orzekania członka składu nie mogą decydować subiektywne odczucia wnioskodawcy. „Instytucja wyłączenia sędziego na wniosek związana jest nie z wystąpieniem jakiejkolwiek wątpliwości co do bezstronności sędziego rozpoznającego sprawę, ale z ujawnieniem się uzasadnionych wątpliwości

co do bezstronności sędziego (art. 49 Kpc). Zatem o możliwości wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy nie decyduje samo odczucie strony co do bezstronności sędziego, ale odczucie co do tych wątpliwości musi być uzasadnione w okolicznościach danej sprawy. Ciężar uprawdopodobnienia wystąpienia takich okoliczności spoczywa na stronie wnoszącej o wyłączenie sędziego"[19]. Strona nie może ponowić wniosku o wyłączenie członka składu orzekającego. Wniosek taki decyzją Prezesa Izby nie będzie rozpoznany.

3. Wyłączenie członka składu biorącego udział w podejmowaniu uchwały. Jak wynika z art. 491 ust. 4 Pzp, wniosek o wyłączenie można również złożyć w przypadku członka składu biorącego udział w podjęciu uchwały zawierającej opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli. Jeżeli członek składu wyznaczonego do podjęcia uchwały złoży wniosek o wyłączenie ze składu opiniującego zastrzeżenia, w którym wskaże na okoliczności uzasadniające jego wyłączenie, Prezes Izby podejmie decyzję o jego wyłączeniu. Do czynności zmierzających do wyłączenia członka Izby ze składu opiniującego zastrzeżenia przepisy art. 491 ust. 1–3 Pzp stosuje się odpowiednio, z tym że na gruncie wskazanych przepisów brak jest możliwości złożenia wniosku o wyłączenie członka składu opiniującego zastrzeżenia przez stronę z uwagi na brak wiedzy na temat członków składu biorących udział w podjęciu uchwały, aż do momentu zapoznania się z treścią uchwały. Ponadto uchwała zawiera jedynie opinię, która jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, nie mamy tu stron postępowania.

[19] Wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 marca 2018 r., sygn. akt V ACa 823/16, LEX nr 2534763

Art. 492.

1. O wyłączeniu członka składu orzekającego albo odmowie jego wyłączenia rozstrzyga Prezes Izby w drodze postanowienia, na które nie przysługuje skarga do sądu.

2. Jeżeli okoliczności, o których mowa w art. 490 ust. 1 oraz art. 491 ust. 1, dotyczą Prezesa Izby, o jego wyłączeniu albo odmowie wyłączenia rozstrzyga minister właściwy do spraw gospodarki.

3. W przypadkach, o których mowa w art. 490 ust. 1 i art. 491 ust. 1, Prezes Izby wyznacza do składu orzekającego innego członka Izby według kolejności z alfabetycznej listy członków Izby.

4. Przepisy ust. 1–3 stosuje się odpowiednio do członka składu biorącego udział w podjęciu uchwały, o której mowa w art. 487 ust. 3.

1. Forma wyłączenia. O wyłączeniu lub odmowie wyłączenia członka składu orzekającego, zarówno na podstawie art. 490 ust. 1 Pzp (wyłączenie z mocy ustawy), jak i art. 491 ust. 1 Pzp (wyłączenie na żądanie członka składu lub wniosek strony), rozstrzyga Prezes KIO w drodze postanowienia, na które nie przysługuje skarga do sądu (art. 492 ust. 1 Pzp). W sytuacji gdy podstawy wyłączenia z mocy ustawy zachodzą w stosunku do Prezesa KIO lub z żądaniem wyłączenia występuje sam Prezes, lub zostanie złożony wniosek o wyłączenie Prezesa przez stronę, o wyłączeniu albo odmowie wyłączenia rozstrzyga minister właściwy do spraw gospodarki (art. 492 ust. 2 Pzp).

2. Wyznaczenie nowego członka. W przypadkach wyłączenia członka składu orzekającego Prezes KIO wyznaczy do składu orzekającego innego członka Izby według kolejności z alfabetycznej listy członków KIO.

3. Wyłączenie od udziału w podjęciu uchwały. Regulacje dotyczące podmiotu uprawnionego do wydania postanowienia o wyłączeniu, jak

również jego formy i środka zaskarżenia, dotyczą odpowiednio członka składu wyznaczonego do podjęcia uchwały w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu.

Rozdział 3
Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych

Art. 493.

Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, zwany dalej „Komitetem", jest organem doradczym ministra właściwego do spraw gospodarki.

1. Cel utworzenia Komitetu. Jak stwierdzono w uzasadnieniu do projektu Pzp, powołanie Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych jest urzeczywistnieniem zasady współdziałania organów kontroli w nowym prawie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 597 ust. 1 Pzp organy kontroli, w związku z przeprowadzaną kontrolą, współpracują ze sobą, wymieniając informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach.

2. Status Komitetu. Komitet jest organem doradczym ministra właściwego do spraw gospodarki. Zadania Komitetu określono w art. 494 Pzp.

3. Utworzenie Komitetu. Na podstawie art. 105 ust. 1 PwPzp tworzy się Komitet, zgodnie zaś z art. 105 ust. 2 tej ustawy do dnia 31 marca 2021 r. nastąpiło pierwsze wyznaczenie osób do jego składu. Skład Komitetu został określony w art. 495 Pzp.

Art. 494.

Do zadań Komitetu należy:

1) **monitorowanie i analiza działalności organów kontroli, o których mowa w art. 596 ust. 2, w zakresie kontroli legalności**

udzielania zamówień, w tym dokonywanie analizy przypadków, w których działania tych organów ujawniły nieprawidłowości w przestrzeganiu przepisów o zamówieniach, a także rozbieżności w stosowaniu lub rozumieniu tych przepisów, oraz przygotowywanie wniosków z tej analizy;

2) **proponowanie działań, w tym działań zapobiegawczych, odpowiadających wnioskom z analizy, o której mowa w pkt 1;**
3) **zapewnianie możliwości współpracy organów kontroli, o których mowa w art. 596 ust. 2, w zakresie prowadzonych kontroli, o których mowa w pkt 1;**
4) **występowanie do Prezesa Urzędu o przeprowadzenie szkolenia dla instytucji kontrolnych, wydanie opinii lub podjęcie innych działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego i jednolitego rozumienia przepisów o zamówieniach;**
5) **proponowanie rozwiązań w zakresie zmiany w systemie kontroli zamówień, w tym w polityce zakupowej państwa;**
6) **proponowanie, na wniosek organu, o którym mowa w art. 495 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, treści stanowiska w zakresie zastrzeżeń zgłaszanych przez Komisję Europejską w odniesieniu do stosowania przepisów o zamówieniach;**
7) **propagowanie dobrych praktyk w zakresie standardów kontroli zamówień;**
8) **współpraca w sprawach związanych z rozwojem systemu kontroli zamówień z innymi państwami, organizacjami oraz instytucjami międzynarodowymi i zagranicznymi.**

1. Charakter zadań Komitetu. Pozycja Komitetu została określona przede wszystkim przez katalog jego zadań. Niektóre działania Komitetu

kierowane są do ministra właściwego do spraw gospodarki, którego organem doradczym jest Komitet (monitorowanie działalności organów kontroli i na tej podstawie formułowanie odpowiednich propozycji, w tym dotyczących funkcjonowania systemu kontroli), adresatami innych są organy kontroli (występowanie z wnioskami do Prezesa UZP w zakresie interpretacji przepisów Pzp), jeszcze innych – organy, których przedstawiciele wchodzą w skład Komitetu (proponowanie treści stanowiska w zakresie zastrzeżeń zgłaszanych przez KE), wreszcie – część działań odnosi się do rynku zamówień publicznych (propagowanie dobrych praktyk oraz współpraca międzynarodowa). Realizacja zadań Komitetu opiera się o zasadę współpracy organów kontroli, z uwzględnieniem ich różnorodności wynikającej z pozycji ustrojowych i realizowanych celów i zadań, a także doświadczenia.

2. Monitorowanie działalności organów kontroli. Kluczowe dla funkcjonowania Komitetu jest gromadzenie wiedzy i informacji dotyczących kontroli zamówień publicznych. Obowiązki w zakresie monitorowania i analizy dotyczą działalności organów kontroli w rozumieniu przepisów Pzp, to jest Prezesa Urzędu, organów, o których mowa w art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej (z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów), regionalnych izb obrachunkowych, instytucji audytowej oraz instytucji zarządzającej w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz funduszy wspierających sektory morski lub rybacki. W aspekcie przedmiotowym aktywność Komitetu dotyczy kontroli legalności udzielania zamówień, w tym przypadków, w których działania kontrolne ujawniły nieprawidłowości w przestrzeganiu przepisów o zamówieniach.

Szczególne znaczenie ma analiza stwierdzonych w toku kontroli rozbieżności w stosowaniu lub rozumieniu tych przepisów. Wnioski z tej analizy przyjmuje się w formie uchwały.

3. Propozycje działań. Rola Komitetu w zakresie monitorowania działalności organów kontroli nie kończy się na sformułowaniu wniosków z przeprowadzonej analizy. Do zadań Komitetu należy proponowanie działań odpowiadających wnioskom z tej analizy. Zakres proponowanych działań nie został określony. Wskazano jedynie, że do zadań Komitetu należy sprecyzowanie działań zapobiegawczych dotyczących ujawnionych nieprawidłowości w przestrzeganiu przepisów o zamówieniach albo rozbieżności w ich stosowaniu lub rozumieniu. Przy uwzględnieniu, że Komitet jest organem doradczym ministra właściwego do spraw gospodarki, należy uznać, że propozycje kierowane są do tego ministra.

4. Współpraca organów kontroli. Jedno z istotnych dla systemu zamówień publicznych zadań Komitetu dotyczy współpracy organów kontroli. Emanacją braku instrumentów władczych w stosunku do organów kontroli jest zadanie Komitetu polegające za zapewnieniu możliwości współpracy między nimi. Skorzystanie z tej możliwości wzmocnione jest generalną zasadą współpracy organów kontroli sformułowaną w art. 597 ust. 1 Pzp. Odniesienie do kontroli, o których mowa w art. 494 pkt 1 Pzp, oznacza, że współpraca dotyczyć ma kontroli legalności udzielania zamówień.

5. Wnioski do Prezesa Urzędu. Zadania Komitetu obejmują również działania zmierzające do zapewnienia prawidłowego i jednolitego rozumienia przepisów o zamówieniach przez instytucje kontrolne. Podkreślenia wymaga odniesienie w tym zakresie nie do organów kontroli, które należałoby rozumieć zgodnie z definicją z art. 596 ust. 2 Pzp, lecz do instytucji kontrolnych, do których niewątpliwie należą

te organy, ale też wszelkie inne podmioty wykonujące czynności kontrolne. Instrumentami zapewnienia tego rodzaju jednolitości są w szczególności szkolenia i opinie, ale ich katalog nie jest ograniczony. Chociaż Prezes Urzędu nie jest związany wystąpieniem Komitetu, to jednak tego typu działania korespondują z zadaniami Prezesa, w szczególności dotyczącymi działalności edukacyjno-informacyjnej. Działanie Prezesa Urzędu na wniosek Komitetu jest niezależne od obowiązku przedstawienia na wniosek organu kontroli stanowiska w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli rozumianymi już zgodnie z definicją z art. 596 ust. 2 Pzp.

6. Rozwiązania w systemie kontroli. Do zadań Komitetu należy proponowanie rozwiązań w zakresie zmiany w systemie kontroli zamówień, w tym w polityce zakupowej państwa. Do zadań Komitetu należy też dbałość o całościowo rozumiany system kontroli zamówień oraz o politykę zakupową państwa. Adresatem propozycji, ze względu na charakter Komitetu, jest minister właściwy do spraw gospodarki.

7. Zastrzeżenia Komisji Europejskiej. Zastrzeżenia zgłaszane przez KE w odniesieniu do stosowania przepisów o zamówieniach należy rozumieć jako zastrzeżenia zgłaszane przez KE w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego prowadzonego na podstawie art. 258 TFUE. Zgodnie z tym przepisem jeśli KE uzna, że państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które na nim ciążą na mocy Traktatów, wydaje ona uzasadnioną opinię w tym przedmiocie, po uprzednim umożliwieniu temu państwu przedstawienia swych uwag. Jeśli państwo to nie zastosuje się do opinii w terminie określonym przez KE, może ona wnieść sprawę do TSUE. W praktyce w celu umożliwienia danemu państwu przedstawienia swojego stanowiska KE w pierwszej kolejności kieruje do tego państwa członkowskiego

wezwanie do usunięcia uchybienia. Postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego może dotyczyć zarówno nieprawidłowej transpozycji lub braku transpozycji dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, jak również naruszenia procedur zamówień publicznych w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Do zadań Komitetu należy proponowanie treści stanowiska w zakresie zastrzeżeń zgłaszanych przez KE w odniesieniu do stosowania przepisów o zamówieniach. Z wnioskiem o przedstawienie propozycji do Komitetu mogą wystąpić:

1) Prezes Rady Ministrów,
2) Prezes Urzędu,
3) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
4) minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, odpowiadający za koordynację programów operacyjnych, w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności,
5) instytucja audytowa w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności,
6) Najwyższa Izby Kontroli,
7) Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych.

8. Dobre praktyki. Do zadań Komitetu należy nie tylko eliminowanie negatywnych zjawisk w stosowaniu prawa o zamówieniach publicznych. Równie istotne dla systemu zamówień publicznych jest propagowanie dobrych praktyk. Właściwość Komitetu dotyczy standardów kontroli zamówień. Instrumenty upowszechniania dobrych praktyk zapewnia Komitetowi urząd obsługujący ministra właściwego do spraw gospodarki.

9. Współpraca międzynarodowa. W ramach działań związanych z rozwojem systemu kontroli zamówień Komitet podejmuje współpracę z innymi państwami, organizacjami oraz instytucjami międzynarodowymi

i zagranicznymi. Powierzenie Komitetowi zadań obejmujących bezpośrednią współpracę międzynarodową wskazuje na istotną rolę Komitetu w systemie zamówień publicznych.

Art. 495.

1. W skład Komitetu wchodzą:

1) przewodniczący Komitetu – wyznaczony przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród pracowników urzędu obsługującego tego ministra;

2) po jednym przedstawicielu wyznaczonym przez:

a) Prezesa Rady Ministrów,

b) Prezesa Urzędu,

c) Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

d) ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, odpowiadającego za koordynację programów operacyjnych, w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności,

e) instytucję audytową w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności;

3) Prezes Izby.

2. Do udziału w pracach Komitetu, na prawach członka, zaprasza się przedstawiciela Najwyższej Izby Kontroli, wyznaczonego przez Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, oraz przedstawiciela regionalnych izb obrachunkowych, wyznaczonego przez Krajową Radę Regionalnych Izb Obrachunkowych.

3. W pracach Komitetu mogą uczestniczyć przedstawiciele organów administracji rządowej, zaproszeni przez przewodniczącego Komitetu z własnej inicjatywy lub na wniosek członka Komitetu.

4. W posiedzeniach Komitetu mogą również uczestniczyć z głosem doradczym osoby posiadające odpowiednią wiedzę lub doświadczenie w zakresie zagadnień objętych zadaniami Komitetu, zaproszone przez przewodniczącego Komitetu z własnej inicjatywy lub na wniosek członka Komitetu.

1. Zasadniczy skład Komitetu. Przewodniczący Komitetu jest wyznaczony przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród pracowników urzędu obsługującego tego ministra. Jako członków Komitetu, po jednym przedstawicielu, wyznaczają:

1) Prezes Rady Ministrów,
2) Prezes Urzędu,
3) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
4) minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, odpowiadający za koordynację programów operacyjnych, w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności,
5) instytucja audytowa w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności.

Członkiem Komitetu jest również Prezes KIO.

2. Udział w pracach Komitetu na prawach członka. Szczególna pozycja – wynikająca przede wszystkim z konstytucyjnego umocowania – Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych spowodowała, że nie nałożono na nie obowiązku członkostwa w Komitecie, a przedstawiciele tych instytucji są zaproszeni do udziału w pracach Komitetu na prawach członka. Prawa przedstawicieli tych instytucji są takie same jak członków Komitetu, jednak nie są oni jego członkami. Przedstawiciela Najwyższej Izby Kontroli wyznacza jej Prezes, a przedstawiciela regionalnych izb obrachunkowych – Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych.

Warto zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do Najwyższej Izby Kontroli regionalne izby obrachunkowe są organami kontroli w rozumieniu art. 596 ust. 2 Pzp.

3. Udział w pracach bez prawa głosu. Prace Komitetu mogą być wspomagane przez osoby niedysponujące prawami członka (w tym w zakresie głosowania) na dwa sposoby. Rozgraniczone zostało uczestnictwo w pracach Komitetu od węższego, wydaje się, uczestnictwa w jego posiedzeniach. Różnica ta jest szczególnie istotna ze względu na możliwość podejmowania uchwał na posiedzeniu oraz w trybie obiegowym. Zatem w pracach Komitetu mogą uczestniczyć przedstawiciele organów administracji rządowej, natomiast w posiedzeniach Komitetu – osoby posiadające odpowiednią wiedzę lub doświadczenie w zakresie zagadnień objętych zadaniami Komitetu. W przypadku osób posiadających wiedzę i doświadczenie doprecyzowano, że biorą one udział w posiedzeniu z głosem doradczym, jednak – wobec braku prawa głosu – charakter uczestnictwa przedstawicieli organów administracji rządowej jest podobny. Osoby bez prawa głosu mogą być zaproszone przez przewodniczącego Komitetu z własnej inicjatywy lub na wniosek członka Komitetu.

Art. 496.

1. Przewodniczący Komitetu kieruje pracami Komitetu.

2. Przewodniczący Komitetu może, z własnej inicjatywy lub na wniosek członka Komitetu, tworzyć zespoły robocze, określając ich skład, zakres zadań oraz tryb i harmonogram prac.

1. Przewodniczący Komitetu. Do podstawowych obowiązków przewodniczącego Komitetu należy kierowanie jego pracami. Przewodniczący nie jest zwierzchnikiem służbowym członków Komitetu,

a tym bardziej osób zapraszanych na prawach członka, jednak do jego kompetencji należy takie zorganizowanie pracy, aby zadania Komitetu mogły być realizowane, mimo że członkowie są zatrudnieni w różnych jednostkach i na różnych szczeblach organizacyjnych. Do kompetencji przewodniczącego należy również tworzenie zespołów roboczych w ramach Komitetu.

2. Zespoły robocze. Sposób realizacji poszczególnych zadań jest determinowany przez kolegialny charakter Komitetu. Należy tu uwzględnić stosunkowo niewielką efektywność pracy podmiotu wieloosobowego w pełnym składzie. Zminimalizowaniu tych negatywnych cech służy przewodniczącemu prawo tworzenia zespołów roboczych. Z samego charakteru zespołu roboczego wynika przedmiotowa podstawa jego wyodrębnienia. Nie ma przeszkód, aby tworzone zespoły miały charakter stały lub ściśle zadaniowy. Przewodniczący Komitetu określa skład, zakres zadań oraz tryb i harmonogram prac zespołu, jednak Komitet realizuje zadania, podejmując uchwały kwalifikowaną większością głosów (art. 497 ust. 1 i 2 Pzp). Zatem wyniki prac zespołu podlegają weryfikacji przez Komitet w drodze głosowania.

Art. 497.

1. Komitet podejmuje rozstrzygnięcia w drodze uchwał, na posiedzeniach.

2. Uchwały Komitetu są podejmowane w głosowaniu jawnym, większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej połowy składu Komitetu. W przypadku równej liczby głosów rozstrzyga głos przewodniczącego Komitetu.

3. Uchwały w imieniu Komitetu podpisuje przewodniczący Komitetu.

4. Projekty uchwał Komitetu mogą być poddane pod głosowanie w trybie obiegowym.

5. Osobom zaproszonym do udziału w posiedzeniu Komitetu, o których mowa w art. 495 ust. 3 i 4, nie przysługuje prawo głosowania nad uchwałami.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze zarządzenia, regulamin pracy Komitetu.

1. Uchwały. Komitet realizuje swoje zadania, podejmując uchwały. Należy zatem uznać, że formę uchwały przybierają wszystkie elementy realizacji zadań wymagające rozstrzygnięcia lub podjęcia decyzji w rozumieniu zarządczym w przypadkach niezastrzeżonych dla przewodniczącego Komitetu.

2. Tryb podejmowania uchwał. Uchwały mogą być podejmowane w dwóch trybach: na posiedzeniu i w trybie obiegowym. W obydwu przypadkach głosowanie ma charakter jawny, a podjęcie uchwały wymaga większości 2/3 głosów. Do podjęcia uchwały na posiedzeniu wymagane jest *quorum* w postaci połowy składu Komitetu. Należy uznać, że również w przypadku głosowania w trybie obiegowym wymagane jest wzięcie udziału w głosowaniu przez co najmniej połowę składu Komitetu. Skoro przedstawiciele Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych biorą udział w pracach Komitetu „na prawach członka", należy przyjąć, że są oni uwzględniani przy ustalaniu połowy składu Komitetu.

3. Podpis przewodniczącego. Przewodniczący Komitetu jest zobowiązany do sygnowania uchwał niezależnie od własnego poglądu w sprawach rozstrzyganych w tych uchwałach.

4. Udział w pracach bez prawa głosu. Prace Komitetu mogą być wspomagane przez osoby niebędące jego członkami i niemające prawa głosowania (zob. komentarz do art. 495).

Art. 498.

1. Obsługę Komitetu zapewnia urząd obsługujący ministra właściwego do spraw gospodarki.

2. Koszty obsługi Komitetu są pokrywane z budżetu państwa z części, której dysponentem jest minister właściwy do spraw gospodarki.

1. Obsługa Komitetu, koszty. Właściwe ministerstwo – urząd obsługujący ministra właściwego do spraw gospodarki zapewnia obsługę Komitetu. W ramach obsługi należy wyróżnić w szczególności obsługę organizacyjną i biurową obejmującą między innymi zapewnienie odpowiednich warunków lokalowych, umożliwiających realizację zadań Komitetu, niezbędny sprzęt i materiały biurowe. Koszty obsługi są pokrywane z budżetu państwa z części, której dysponentem jest minister właściwy do spraw gospodarki.

Art. 499.

Przewodniczący Komitetu przedkłada ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, w terminie do dnia 30 czerwca każdego roku, informację z działalności Komitetu za poprzedni rok kalendarzowy.

1. Informacja roczna. Obowiązek sprawozdawczy nałożony został na przewodniczącego Komitetu. Obejmuje on przedłożenie ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, w terminie do dnia 30 czerwca każdego roku, informacji z działalności Komitetu za poprzedni rok kalendarzowy.

Rozdział 4
Rada Zamówień Publicznych

Art. 500.

1. Przy Prezesie Urzędu działa Rada Zamówień Publicznych, zwana dalej „Radą", która jest jego organem opiniodawczo-doradczym.

2. Do zadań Rady należy:

1) wyrażanie opinii w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu;

2) opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu;

3) opiniowanie sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień, o którym mowa w art. 469 pkt 20;

4) ustalanie zasad etyki zawodowej osób wykonujących określone w ustawie zadania w systemie zamówień;

5) wykonywanie innych zadań zleconych przez Prezesa Urzędu.

3. Obsługę prac Rady zapewnia Urząd.

1. Pozycja Rady. Rada Zamówień Publicznych jest organem opiniodawczo-doradczym Prezesa Urzędu.

Rolą Rady nie jest analizowanie i rozwiązywanie indywidualnych spraw zamawiających i wykonawców. Opinie Rady nie mają wiążącego charakteru dla Prezesa Urzędu.

2. Zadania Rady. Zgodnie z art. 500 ust. 2 Pzp do zadań Rady należy:

1) wyrażanie opinii w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu. Przepis ten nie wskazuje, o jakie konkretnie sprawy chodzi, zatem to do Prezesa Urzędu należy decyzja, jakie zagadnienia będą podlegały opiniowaniu przez Radę;

2) opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu. W tym przypadku również to Prezes Urzędu decyduje, jaki projekt podda opiniowaniu przez Radę. W praktyce Radzie przedstawiane są niemal wszystkie projekty aktów normatywnych, rangi ustawowej i wykonawczej, które powstały z inicjatywy Urzędu;
3) opiniowanie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień, w tym w zakresie realizacji zadań. Sprawozdanie to – po zakończeniu procesu opiniowania – w terminie do dnia 31 lipca każdego roku przedstawiane jest Radzie Ministrów oraz właściwej komisji sejmowej;
4) ustalanie zasad etyki zawodowej osób wykonujących określone w Pzp zadania w systemie zamówień publicznych;
5) wykonywanie innych zadań zleconych przez Prezesa Urzędu.

Art. 501.

1. W skład Rady wchodzi od 10 do 15 członków, powoływanych przez ministra właściwego do spraw gospodarki.

2. Kandydatów na członków Rady mogą zgłaszać, w terminie 60 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki, informacji o powoływaniu do składu Rady:

1) Prezes Urzędu;
2) inne organy administracji rządowej;
3) Komisja Wspólna Rządu i Samorządu Terytorialnego;
4) Rada Dialogu Społecznego.

3. Minister właściwy do spraw gospodarki powołuje członków Rady spośród osób, które:

1) są obywatelami polskimi;
2) korzystają z pełni praw publicznych;
3) nie były skazane prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe;
4) posiadają wiedzę i autorytet dające rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady.

4. Minister właściwy do spraw gospodarki powołuje spośród osób, o których mowa w ust. 1, przewodniczącego Rady. Rada wybiera wiceprzewodniczącego Rady ze swojego grona.

5. Prezes Urzędu określi, w drodze zarządzenia, regulamin pracy Rady.

1. Skład Rady. Zgodnie z art. 501 ust. 1 Pzp Rada Zamówień Publicznych składa się z nie mniej niż 10 i nie więcej niż 15 członków. Są oni powoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki, co stanowi – z jednej strony – konsekwencję regulacji stanowiącej, iż to właśnie ten minister jest organem nadzoru nad Prezesem Urzędu, z drugiej – umocnienie pozycji Rady. Minister wskazuje również przewodniczącego Rady (wiceprzewodniczącego Rada wybiera ze swojego grona). Kandydatów na członków Rady mogą zgłaszać, w terminie 60 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki, informacji o powoływaniu do składu Rady:

1) Prezes Urzędu,
2) inne organy administracji rządowej,
3) Komisja Wspólna Rządu i Samorządu Terytorialnego,
4) Rada Dialogu Społecznego.

Warto zaznaczyć, że regulacja art. 501 ust. 2 Pzp pozwala jednoznacznie na zgłaszanie kandydatur Prezesowi UZP.

2. Wymagania. Aby zostać członkiem Rady, należy posiadać obywatelstwo polskie, korzystać z pełni praw publicznych, nie być skazanym prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe oraz posiadać wiedzę i autorytet dające rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady.

Kwestie organizacyjne dotyczące pracy Rady są przedmiotem regulacji zarządzenia Prezesa Urzędu i dotyczą np. możliwości tworzenia zespołów roboczych oraz sposobu podejmowania uchwał.

Art. 502.

1. Rada ulega rozwiązaniu wraz z odwołaniem Prezesa Urzędu.

2. Członkostwo w Radzie wygasa w przypadku określonym w ust. 1, a także w przypadku śmierci członka Rady, jego odwołania albo rezygnacji.

3. Minister właściwy do spraw gospodarki odwołuje członka Rady, jeżeli przestał on spełniać jeden z warunków określonych w art. 501 ust. 3 pkt 1–3, a na wniosek Prezesa Urzędu, w razie:

1) niewykonywania obowiązków członka Rady;

2) utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady;

3) utraty zdolności do pełnienia obowiązków na skutek długotrwałej choroby, trwającej co najmniej 6 miesięcy.

1. Członkostwo. Ustawodawca zdecydował, że Rada ulega rozwiązaniu wraz z odwołaniem Prezesa Urzędu. Rozwiązanie to może budzić wątpliwości, ponieważ Rada jest podmiotem opiniodawczo-doradczym organu – Prezesa Urzędu, a nie osoby pełniącej tę funkcję. Jednak

ustawodawca uznał, że inne rozwiązanie pozbawiałoby nowo powołanego Prezesa możliwości zgłoszenia kandydatów na członków Rady. Członkostwo w Radzie wygasa w przypadku śmierci członka Rady, jego odwołania albo rezygnacji. Pzp wskazuje również, że minister właściwy do spraw gospodarki bezwnioskowo odwołuje członka Rady, jeżeli ten przestał spełniać jeden z warunków określonych w art. 501 ust. 3 pkt 1–3 Pzp, tj. utracił obywatelstwo polskie, prawa publiczne lub został skazany prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe. Natomiast w przypadku niewykonywania obowiązków członka Rady, utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady bądź też utraty zdolności do pełnienia obowiązków na skutek długotrwałej choroby, trwającej co najmniej 6 miesięcy, odwołanie dokonuje się na wniosek Prezesa Urzędu.

Art. 503.

1. W trakcie pełnienia funkcji przez Prezesa Urzędu skład Rady:

1) podlega uzupełnieniu, jeżeli w wyniku wygaśnięcia członkostwa w Radzie, z powodu śmierci jej członka, jego odwołania albo rezygnacji, liczba członków byłaby mniejsza niż 10;

2) może być uzupełniony, zgodnie z art. 501 ust. 1, jeżeli liczba członków Rady jest nie mniejsza niż 10.

2. Kandydatów na członków Rady mogą zgłaszać podmioty, o których mowa w art. 501 ust. 2, w terminie 60 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki informacji o uzupełnianiu składu Rady.

1. Uzupełnienie składu Rady. Regulacja art. 503 Pzp ustanawia procedurę na wypadek konieczności uzupełnienia składu Rady Zamówień

Publicznych. Zgodnie z tą procedurą w trakcie pełnienia funkcji przez Prezesa Urzędu skład Rady podlega uzupełnieniu, jeżeli w wyniku wygaśnięcia członkostwa w Radzie, z powodu śmierci jej członka, jego odwołania albo rezygnacji, liczba członków byłaby mniejsza niż 10. Może być on również uzupełniony, jeżeli liczba członków Rady jest nie mniejsza niż 10. Procedura wyboru nowych członków jest analogiczna jak przy wyborze „pierwotnego" składu, a kandydatów na członków Rady należy zgłaszać w terminie 60 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki informacji o uzupełnianiu składu Rady.

Art. 504.

1. Członkom Rady przysługuje wynagrodzenie za udział w pracach Rady. Wysokość wynagrodzenia uzależniona jest od zakresu obowiązków związanych z funkcją pełnioną w Radzie oraz liczby posiedzeń, w których uczestniczył członek Rady.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wysokość wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady, przysługującego za jedno posiedzenie, mając na względzie zakres obowiązków związanych z pełnioną przez nich funkcją oraz to, że wynagrodzenie nie może być mniejsze niż 5% przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w roku kalendarzowym poprzedzającym rok powołania Rady, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 20 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 291, 353 i 794), i nie może przekroczyć 25% tego wynagrodzenia.

3. Członkom Rady mającym miejsce zamieszkania w innej miejscowości niż siedziba Urzędu przysługują diety oraz zwrot kosztów podróży i zakwaterowania na warunkach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 77^5 § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

1. Wynagrodzenie członków Rady. Wykonywanie obowiązków przez członków Rady jest odpłatne, a wysokość wynagrodzenia uzależniona jest od zakresu obowiązków związanych z funkcją pełnioną w Radzie oraz liczby posiedzeń, w których uczestniczył członek Rady. Wysokość wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady, przysługującego za jedno posiedzenie została określona w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2397). Zgodnie z tym rozporządzeniem wysokość wynagrodzenia przysługującego poszczególnym członkom Rady Zamówień Publicznych za udział w jednym posiedzeniu wynosi dla:

1) przewodniczącego Rady – 500 zł,
2) wiceprzewodniczącego Rady – 400 zł,
3) pozostałych członków Rady – 300 zł.

Dodatkowo członkom Rady mającym miejsce zamieszkania w innej miejscowości niż siedziba Urzędu przysługują diety oraz zwrot kosztów podróży i zakwaterowania na warunkach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 77^5 § 2 Kp, tj. w rozporządzeniu w sprawie należności z tytułu podróży służbowej.

DZIAŁ IX
Środki ochrony prawnej

Rozdział 1
Przepis ogólny

Art. 505.

1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

2. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

1. Środki ochrony prawnej na gruncie ustawy Pzp. Przepis ma zastosowanie do wszystkich środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Do środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Pzp są zaliczone:

1) odwołanie,
2) skarga do sądu.

W Dziale IX Pzp przewidziano również uprawnienie do wniesienia skargi kasacyjnej, nie tylko dla Prezesa Urzędu – jak to było uregulowane

w Pzp2004 – ale również dla stron postępowania skargowego przed sądem zamówień publicznych (zob. art. 590 Pzp z komentarzem).

2. Odwołanie. Odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami Pzp 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,
2) 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 Pzp,
3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na postawie Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany (zob. art. 513 Pzp z komentarzem).

3. Rozpoznawanie odwołań. Odwołanie rozpoznawane jest przez KIO. Odnośnie do rozpoznawania przez Izbę odwołań zobacz:

1) art. 487 ust. 1 i 2 Pzp (skład orzekający),
2) art. 488 Pzp (przydział spraw),
3) art. 489 (przewodniczący składu orzekającego),
4) art. 490 Pzp (wyłączenie członka składu od orzekania z mocy ustawy),
5) art. 491 Pzp (wyłączenie członka składu od orzekania na żądanie członka składu lub na wniosek strony),
6) art. 492 Pzp (rozstrzygnięcie w przedmiocie wyłączenia członka składu orzekającego)

i komentarze do tych przepisów.

Prezes KIO, zgodnie z art. 482 Pzp, określa w drodze zarządzenia wewnętrzny regulamin organizacji pracy Izby.

4. Przepisy regulujące postępowanie odwoławcze. Do postępowania odwoławczego stosuje się przepis ogólny, zawarty w art. 505 Pzp w Dziale IX, Rozdziale 1. Postępowanie odwoławcze uregulowane jest w Dziale IX, Rozdziale 2, w art. 506-578 Pzp. Do postępowania odwoławczego mają zastosowanie następujące rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów:

1) rozporządzenie w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – rozporządzenie to określa szczegółowy tryb postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym, tryb postępowania z wniesionym odwołaniem, sposób przygotowania rozprawy, a także szczegółowy przebieg rozprawy i posiedzenia,
2) rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania – w rozporządzeniu tym uregulowano wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania, szczegółowe rodzaje kosztów postępowania odwoławczego, limit kosztów poniesionych na wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika, szczegółowe warunki ponoszenia kosztów oraz sposób ich rozliczania przez Izbę w poszczególnych stanach faktycznych.

5. Skarga do sądu. Zgodnie z art. 579 ust. 1 Pzp skarga przysługuje na:

1) orzeczenia Izby, tj. wyroki i postanowienia (zob. komentarz do art. 579 Pzp),
2) postanowienie Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1 Pzp (tj. postanowienie o zwrocie odwołania w związku z nieuiszczeniem w terminie wpisu od odwołania albo upływem terminu do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu

lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego).

6. Rozpoznawanie skarg. Skargę rozpatruje Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd zamówień publicznych. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na zmianę, jaka została wprowadzona względem przepisów Pzp2004, według których sądem właściwym do rozpoznania skargi był sąd okręgowy miejscowo właściwy dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego (art. 198b ust.1 Pzp2004).

7. Przepisy regulujące postępowanie skargowe. Postępowanie toczące się wskutek wniesienia skargi uregulowane jest w Dziale IX, Rozdziale 3, w art. 579–589 Pzp. Zasygnalizować w tym miejscu warto, że w postępowaniu skargowym stosuje się także przepisy Kpc o apelacji w zakresie określonym przepisem art. 579 ust. 2 Pzp. Koszty postępowania skargowego (w tym wysokość wpisu od skargi) reguluje ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

8. Skarga kasacyjna. Nowością na gruncie Pzp jest przyznanie stronom postępowania skargowego uprawnienia do wniesienia skargi kasacyjnej od wyroków i postanowień kończących postępowanie, wydanych przez sąd zamówień publicznych. Na gruncie Pzp2004 uprawnienie takie przysługiwało tylko Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

9. Podmioty uprawnione do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Art. 505 ust. 1 Pzp wskazuje podmioty, które są uprawnione do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Są nimi:

1) wykonawca,
2) uczestnik konkursu,
3) inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej), który jest w stanie wykazać spełnienie materialnoprawnych przesłanek do skorzystania ze środka ochrony prawnej – jeżeli ma lub miał

interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

10. Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności środka ochrony prawnej. Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii – **musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej**, tj. wykazać, że:

1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie,
2) poniósł lub może ponieść szkodę,
3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Powyższe przesłanki **muszą być spełnione łącznie.** Jest to warunek skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, co podlega badaniu przez organy rozpoznające środek ochrony prawnej. Stwierdzenie braku zaistnienia tych przesłanek skutkuje **oddaleniem** środka ochrony prawnej. Spełnienie powyższych przesłanek nie dotyczy podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 2 Pzp (zob. teza nr 14).

11. Interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Jest to pierwsza z materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej. Pzp nie definiuje pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia lub nagrody. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu

o udzielenie zamówienia lub konkursie (tj. postępowaniu lub konkursie, w którym wnoszone jest odwołanie). Ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie badana jest na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Wskazać należy, że w niektórych stanach faktycznych wykonawca będzie posiadał interes w uzyskaniu zamówienia nawet wtedy, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałoby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia[1].

12. Szkoda. Kolejną materialnoprawną przesłanką wniesienia odwołania jest zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody. Pzp nie wskazuje, czy chodzi o stratę (tj. szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową). Zasadniczo w przypadku zamówień publicznych, szkoda będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny. Przesłanką wniesienia środka ochrony prawnej jest szkoda poniesiona lub możliwa do poniesienia przez wnoszącego środek ochrony prawnej. Z uwagi na specyfikę postępowań o udzielenie zamówienia w praktyce głównie wskazuje się na szkodę możliwą do poniesienia w przyszłości, związaną z nieuzyskaniem zamówienia.

Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z tym naruszeniem.

13. Naruszenie przepisów ustawy. Naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art 505

ust. 1 Pzp, rozumieć należy jako naruszenie przez zamawiającego przepisów

---

[1] Zob. wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu SA*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 47–59 oraz przytoczone tam orzecznictwo

Pzp. W przesłance tej mieści się również naruszenie przez zamawiającego przepisów rozporządzeń wykonawczych do Pzp.

14. Inne podmioty uprawnione do wniesienia środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 505 ust. 2 Pzp uprawnienie do wniesienia środków ochrony prawnej przysługuje także:

1) organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp,
2) Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Podmioty te uprawnione są do wnoszenia środków ochrony prawnej na innych zasadach niż podmioty wskazane w art. 505 ust. 1 Pzp, co przejawia się w szczególności tym, że są uprawnione do wniesienia środków ochrony prawnej **tylko wobec:**

1) ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie,
2) dokumentów zamówienia.

Ponadto podmioty te, w odróżnieniu od podmiotów wskazanych w art. 505 ust. 1 Pzp, **nie muszą wykazywać spełnienia materialnoprawnych przesłanek** do wniesienia środka ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

15. Organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp. Są to organizacje wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Listę prowadzi Prezes UZP i ogłasza ją na stronie internetowej UZP.

16. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców działa na podstawie ustawy o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przyznanie temu podmiotowi uprawnienia do wniesienia środków ochrony prawnej jest nowością na gruncie regulacji dotyczących systemu zamówień publicznych.

Rozdział 2
Postępowanie odwoławcze

Oddział 1
Przepisy ogólne

Art. 506.

1. Postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim.

2. Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

1. Zasada prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim. Art. 506 Pzp wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim. Jest to zasada korespondująca z zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim, o której mowa w art. 20 ust. 2 Pzp.
Z treści omawianego przepisu wynika, że wszystkie dokumenty w postępowaniu odwoławczym muszą być przedstawione w języku polskim. Jeżeli natomiast dokument sporządzony został w języku obcym, strona albo uczestnik postępowania odwoławczego, którzy na taki dokument się powołują w postępowaniu odwoławczym, zobowiązani są do złożenia tłumaczenia tego dokumentu na język polski. Tłumaczenie nie musi być poświadczone przez tłumacza przysięgłego, chyba że zażąda tego Izba, co może uczynić w uzasadnionych przypadkach. Stroną postępowania odwoławczego jest odwołujący i zamawiający. Uczestnikiem

postępowania odwoławczego jest wykonawca, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego (art. 525 ust. 3 Pzp).
Z zasadą prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim koresponduje art. 548 Pzp, który stanowi, że strony lub uczestnicy postępowania odwoławczego niewładający językiem polskim, biorą udział w rozprawie przy udziale tłumacza.

Art. 507.

Pisma składane w toku postępowania odwoławczego przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnosi się z odpisami dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, jeżeli pisma te składane są w formie pisemnej.

1. Zakres stosowania. Przepis adresowany jest do stron i uczestników postępowania odwoławczego. Stroną postępowania odwoławczego jest odwołujący i zamawiający. Uczestnikiem postępowania odwoławczego jest wykonawca, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego (art. 525 ust. 3 Pzp). Art. 507 Pzp dotyczy wszystkich pism składanych w formie pisemnej w toku postępowania odwoławczego, na co wskazuje umiejscowienie tego przepisu w części przepisów ogólnych dotyczących postępowania odwoławczego. Przepis nie dotyczy pism składanych w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej.
2. Obowiązek złożenia pisma z odpisami. Aby wypełnić wymóg z a rt. 507 Pzp, do pisma składanego w formie pisemnej w postępowaniu odwoławczym należy dołączyć odpisy tego pisma dla stron i uczestników postępowania odwoławczego w liczbie pozwalającej na doręczenie odpisu stronom i wszystkim uczestnikom postępowania odwoławczego. Pzp nie definiuje pojęcia odpisu pisma. Odpisy pisma składane są w celu ich doręczenia pozostałym stronom i uczestnikom postępowania

odwoławczego, aby podmioty te mogły zapoznać się z ich treścią i w oparciu o stanowisko przedstawione w piśmie procesowym rozważyć swoje dalsze czynności w postępowaniu odwoławczym. Mając na uwadze cel, jakiemu ma służyć doręczenie odpisu pisma, przyjąć należy, że pod pojęciem odpisu pisma należy rozumieć kopię oryginału pisma, odwzorowującą treść oryginału. Należy pamiętać, że do odpisu pisma należy załączyć odpisy załączników (do odpisu powinny być załączone załączniki, które dołączone są do oryginału pisma). Odpis pisma nie musi być podpisany ani poświadczony za zgodność z oryginałem.

Jeżeli strona lub uczestnik postępowania złożyła pismo przed rozprawą lub posiedzeniem, skład orzekający może zarządzić niezwłoczne przekazanie odpisu tego pisma odpowiednio stronom lub uczestnikom postępowania wraz z pouczeniem o możliwości zajęcia stanowiska w sprawie wobec twierdzeń zawartych w piśmie jeszcze przed terminem rozprawy lub posiedzenia (§ 16 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Przepis ten sprzyja zapewnieniu szybkości i efektywności postępowania odwoławczego.

Pisma procesowe mogą być składane z inicjatywy strony, ale także w wykonaniu zobowiązania nałożonego przez skład orzekający. Przepis § 26 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wskazuje, że skład orzekający, zobowiązując strony oraz uczestników postępowania do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, może zarządzić wymianę pism przez strony oraz uczestników, oznaczając porządek składania pism, terminy, w których pisma należy złożyć, i okoliczności, które mają być wyjaśnione.

Art. 508.

1. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym.

2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej[2].

2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. poz. 2320 oraz z 2021 r. poz. 72 i 802)[3].

1. Wnoszenie pism w postępowaniu odwoławczym. Komentowany przepis określa sposób, w jaki należy wnieść pisma w postępowaniu odwoławczym, stanowiąc, że pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się:

1) w formie pisemnej albo
2) w formie elektronicznej albo
3) w postaci elektronicznej.

---

[2] W tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany, o której mowa w odnośniku 3.

[3] Ze zmianą wprowadzoną przez art. 142 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. poz. 2320), która wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2021 r.

Wskazana zasada dotyczy wszystkich pism w postępowaniu odwoławczym, na co wskazuje umiejscowienie tego przepisu w części przepisów ogólnych dotyczących postępowania odwoławczego.

Szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym określony został w rozporządzeniu w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

2. Wniesienie pisma w formie pisemnej. Wymogi zachowania formy pisemnej określa art. 78 Kc. Należy podkreślić, że dla zachowania formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu (nie może to być kopia czy odwzorowanie podpisu).

Pisma w formie pisemnej wnosi się w następujący sposób:

1) za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu Prawa pocztowego,
2) osobiście,
3) za pośrednictwem posłańca.

Warto w tym miejscu przypomnieć o obowiązku wniesienia pisma z odpisami dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, który wynika z art. 507 Pzp.

3. Pisma w formie elektronicznej. Wymogi zachowania formy elektronicznej określa art. 78^1 § 1 Kc, który stanowi, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go **kwalifikowanym podpisem elektronicznym.** Zgodnie z art. 78^1 § 2 Kc, oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

4. Wniesienie pisma w postaci elektronicznej. Postać elektroniczna to pojęcie określające „nośnik" pisma, np. postać cyfrowa na pendrive

lub dysku komputera. Jest to określenie postaci dokumentu, środowiska, w jakim dokument funkcjonuje.

Pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Środki komunikacji elektronicznej zdefiniowane są w art. 7 pkt 23 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Są to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 Pzp, **przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą UZP lub na wskazany adres poczty elektronicznej**, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym **odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą UZP**. Prezes Izby udostępnia na stronie internetowej UZP odnośnik (tj. link) do usług elektronicznych, pozwalających na wniesienie pism w postępowaniu odwoławczym na elektroniczną skrzynkę podawczą UZP oraz wskazuje adres poczty elektronicznej (§ 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

5. Wniesienie odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z art. 508 ust. 1 Pzp wynika, że odwołanie i przystąpienie do postępowania

odwoławczego wnosi się w formie pisemnej albo formie elektronicznej, albo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym. Koresponduje to z art. 514 ust. 2 Pzp, który reguluje sposób przekazania odwołania lub jego kopii zamawiającemu.

Art. 509.

1. Terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego.

2. 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.

1. Obliczanie terminów w postępowaniu odwoławczym. Art 509 ust. 1 Pzp ma zastosowanie tylko w postępowaniu odwoławczym (nie ma zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Przepis określa sposób liczenia terminów w postępowaniu odwoławczym, wskazując, że oblicza się je według przepisów prawa cywilnego. Oznacza to, że zastosowanie mają przepisy art. 110–116 Kc. W przepisie art. 509 ust. 2 Pzp podkreślono, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa następnego dnia po dniu lub dniach wolnych od pracy. Należy przez to rozumieć, że w takim przypadku termin upływa następnego dnia roboczego.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na przepis art. 8 Pzp, który również odnosi się do liczenia terminów na gruncie Pzp. Wskazać jednak należy, że przepis ten ma zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych (arg. z art. 8 ust. 1 Pzp), **nie ma zatem zastosowania do postępowania odwoławczego.** Na gruncie

postępowania odwoławczego ustawodawca przewidział autonomiczny przepis dotyczący liczenia terminów, którym jest art. 509 Pzp.

2. Dni wolne od pracy. Dni wolne od pracy wymienia art. 1 ustawy o dniach wolnych od pracy, wskazując, że są nimi: niedziele, 1 stycznia – Nowy Rok, 6 stycznia – Święto Trzech Króli, pierwszy dzień Wielkiej Nocy, drugi dzień Wielkiej Nocy, 1 maja – Święto Państwowe, 3 maja – Święto Narodowe Trzeciego Maja, pierwszy dzień Zielonych Świątek, dzień Bożego Ciała, 15 sierpnia – Wniebowzięcie Najświętszej Maryi Panny, 1 listopada – Wszystkich Świętych, 11 listopada – Narodowe Święto Niepodległości, 25 grudnia – pierwszy dzień Bożego Narodzenia oraz 26 grudnia – drugi dzień Bożego Narodzenia. Sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Zgodnie jednak z art. 509 ust. 2 Pzp, 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.

Art. 510.

1. 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.

2. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.

1. Pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym. W postępowaniu odwoławczym strony (tj. odwołujący i zamawiający) oraz uczestnicy postępowania odwoławczego (tj. wykonawcy, którzy skutecznie przystąpili

do postępowania odwoławczego) mogą działać osobiście lub przez pełnomocników. Podkreślić należy, że w postępowaniu odwoławczym nie ma obowiązku działania przez pełnomocnika ani obowiązku ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika. Pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym mogą być ustanowione tylko podmioty wymienione w art. 510 Pzp.

2. Podmioty, które mogą być pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym. W art. 510 Pzp wskazano katalog podmiotów, które mogą być pełnomocnikami w postępowaniu odwoławczym. W świetle tego przepisu pełnomocnikiem może być:

1) adwokat,
2) radca prawny,
3) osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania;
4) osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia,
5) pracownik uczestniczącej w postępowaniu odwoławczym osoby prawnej, przedsiębiorcy (w tym nieposiadającego osobowości prawnej) lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej.

Strona lub uczestnik postępowania mają zatem wybór, czy ustanowić w postępowaniu odwoławczym profesjonalnego pełnomocnika (adwokata lub radcę prawnego), czy też inny podmiot wskazany w tym przepisie. Należy wskazać, że w postępowaniu odwoławczym, w zależności od etapu tego postępowania, Prezes KIO i KIO z urzędu badają, czy osoba podejmująca czynności w postępowaniu odwoławczym może być pełnomocnikiem w świetle omawianego przepisu oraz czy jest do tego właściwie umocowana.

3. Osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania odwoławczego. Osobą sprawującą zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. Opowiedzieć się należy za poglądem, że zarząd nie musi dotyczyć całego majątku lub wszystkich interesów mocodawcy.

4. Osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia. Zgodnie z art. 510 ust. 1 Pzp pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym może być również osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia **pod warunkiem, że przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.** Przez stosunek zlecenia należy rozumieć umowę zlecenia, o której mowa w art. 734 i nast. Kc. Należy podkreślić, że w komentowanym przepisie jest mowa o zleceniu, a nie o stałym zleceniu, o którym traktuje art. 87 § 1 Kpc. Oznacza to, że na gruncie postępowania odwoławczego zlecenie może być pojedyncze i okazjonalne. Warunkiem skutecznego udzielenia pełnomocnictwa takiemu podmiotowi jest wykazanie, że przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.

5. Pracownik jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie art. 510 ust. 2 Pzp następujące kategorie podmiotów mogą ustanowić pełnomocnikiem w postępowaniu swojego pracownika:

1) osoba prawna,
2) przedsiębiorca, w tym przedsiębiorca nieposiadający osobowości prawnej (tj. osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, spółki osobowe),
3) jednostka nieposiadająca osobowości prawnej.

Wskazać warto, że zgodnie z art. 33 Kc osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają

osobowość prawną. Zgodnie z art. 43^1 Kc przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33^1 § 1 Kc (tj. jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną), prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową.
Pracownikiem jest osoba, o której mowa w art. 2 Kp, a mianowicie osoba zatrudniona na podstawie:

1) umowy o pracę,
2) powołania,
3) mianowania,
4) spółdzielczej umowy o pracę.

Art. 511.

1. Pełnomocnik jest obowiązany, przy pierwszej czynności przed Prezesem Izby lub przed Izbą, dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Jeżeli pełnomocnictwo składane jest w formie pisemnej, pełnomocnik składa je wraz z odpisem dla stron i uczestników postępowania odwoławczego, chyba że odpis pełnomocnictwa został doręczony przez pełnomocnika bezpośrednio stronie i uczestnikowi. Adwokat i radca prawny mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie.

2. Jeżeli braki w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów dają się uzupełnić, Izba wyznaczy w tym celu odpowiedni termin.

3. Izba może dopuścić tymczasowo do czynności osobę niemogącą przedstawić pełnomocnictwa, z zastrzeżeniem że przed upływem

wyznaczonego terminu braki będą uzupełnione, a czynności zatwierdzone przez powołaną do tego osobę.

1. Obowiązek złożenia pełnomocnictwa. Zgodnie z art. 511 ust. 1 Pzp pełnomocnik jest zobowiązany do złożenia do akt sprawy swojego pełnomocnictwa przy pierwszej czynności, jaką podejmuje przed Prezesem KIO lub przed KIO. Celem powyższego jest dokonanie weryfikacji, czy podmiot może być ustanowiony pełnomocnikiem w postępowaniu, a także czy jest prawidłowo umocowany do działania w imieniu swojego mocodawcy. W przypadku wnoszenia odwołania zwrócić należy uwagę na przepis art. 516 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, że do odwołania dołącza się dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku braku pełnomocnictwa odwołującego wzywa się do uzupełnienia powyższego braku pod rygorem zwrotu odwołania (art. 518 ust. 1 Pzp).

2. Pełnomocnictwo. Pełnomocnictwo co do zasady powinno być złożone w oryginale, z podpisem mocodawcy. Pzp przewiduje także możliwość złożenia zamiast oryginału **wierzytelnego odpisu pełnomocnictwa**. Adwokat i radca prawny mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących umocowanie. Przypomnieć warto, że adwokat i radca prawny nie mogą skutecznie uwierzytelnić odpisu pełnomocnictwa udzielonego innej osobie. Pełnomocnik niebędący adwokatem lub radcą prawnym nie może samodzielnie uwierzytelnić ani swojego pełnomocnictwa, ani dokumentów wykazujących jego umocowanie. Uwierzytelnić pełnomocnictwo może notariusz (art. 96 pkt 2 Prawa o notariacie), a poza granicami kraju – konsul (art. 28 ust. 1 pkt 1 Prawa konsularnego).

Przypomnieć także warto, że w przypadku pełnomocników innych niż adwokat i radca prawny do pełnomocnictwa powinno się załączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że osoba, której udzielono pełnomocnictwa może być pełnomocnikiem w świetle art. 510 Pzp. W każdym przypadku wraz z pełnomocnictwem należy złożyć dokumenty, z których będzie wynikało, że osoba, która udzieliła pełnomocnictwa, była uprawniona do jego udzielenia.

3. Obowiązek złożenia odpisów pełnomocnictwa. Art. 511 ust. 1 Pzp nakłada na pełnomocnika obowiązek złożenia odpisów swojego pełnomocnictwa dla stron i uczestników postępowania odwoławczego, jeżeli pełnomocnictwo składane jest w formie pisemnej. Odpisy pełnomocnictwa należy złożyć wraz ze składanym pełnomocnictwem (tj. przy pierwszej czynności przed Prezesem Izby lub przed Izbą), chyba że odpis pełnomocnictwa został doręczony przez pełnomocnika bezpośrednio stronie i uczestnikowi postępowania. Doręczenie stronom i uczestnikom postępowania odpisu pełnomocnictwa ma wymiar praktyczny. Dzięki temu strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają wiedzę o fakcie ustanowienia pełnomocnika, o osobie pełnomocnika i zakresie jego umocowania.

4. Badanie pełnomocnictwa. Prezes KIO i KIO (w zależności od etapu postępowania) w każdej sprawie z urzędu badają prawidłowość złożonego pełnomocnictwa. W ramach powyższego bada się w szczególności:

1) czy podmiot może być pełnomocnikiem w świetle art. 510 Pzp,
2) dokumenty załączone do pełnomocnictwa w celu ustalenia, czy osoba, która udzieliła pełnomocnictwa, była do tego uprawniona,
3) treść pełnomocnictwa w celu ustalenia, czy pełnomocnik umocowany jest do dokonania danej czynności,

4) czy pełnomocnictwo nie zawiera innych braków – np. czy zostało podpisane, czy zostało prawidłowo uwierzytelnione, czy data pełnomocnictwa jest prawidłowa.

5. Braki pełnomocnictwa. W art. 511 ust. 2 Pzp przewidziano sytuację, że pełnomocnictwo zawiera braki. W sytuacji, w której braki w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów (co dotyczy m.in. sytuacji, gdy pełnomocnictwo nie zostało udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji) dają się uzupełnić, Izba wzywa pełnomocnika do usunięcia tych braków, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, przez co rozumieć należy, że termin na usunięcie braków musi być adekwatny do zaistniałej sytuacji, pozwalający na uzupełnienie stwierdzonych braków pełnomocnictwa. Odnośnie do uzupełnienia braków pełnomocnictwa do złożenia odwołania – zob. art. 518 Pzp.

6. Tymczasowe dopuszczenie pełnomocnika. KIO może dopuścić tymczasowo do czynności osobę niemogącą przedstawić pełnomocnictwa z zastrzeżeniem, że przed upływem terminu braki będą uzupełnione, a czynności zatwierdzone przez powołaną do tego osobę. Jeżeli powyższe nie zostanie spełnione, czynności dokonane przez osobę niemogącą przedstawić pełnomocnictwa będą pominięte.

Art. 512.

Członkowie Izby zachowują poufność informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego i działają w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesem publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Obowiązek zachowania poufności. Art 512 Pzp ma charakter gwarancyjny. Nakłada na członków KIO obowiązek zachowania

poufności w zakresie informacji przekazanych przez strony oraz uczestników postępowania, a także obowiązek działania w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesem publicznym, którym w szczególności jest interes w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Oddział 2
Odwołanie

Art. 513.

Odwołanie przysługuje na:

1) **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;**
2) **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;**
3) **zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.**

1. Przedmiot zaskarżenia odwołaniem. Art. 513 Pzp wskazuje, co może być przedmiotem zaskarżenia odwołaniem. Zgodnie z jego treścią odwołanie przysługuje na:

1) **niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego**, podjętą w:
   a. postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   a. postępowaniu o zawarcie umowy ramowej,

b. dynamicznym systemie zakupów,
c. systemie kwalifikowania wykonawców,
d. konkursie;

dodatkowo w ramach tej kategorii podkreślono, że dopuszczalne jest wniesienie odwołania na **projektowane postanowienie umowy**;

2) **zaniechanie czynności, do dokonania której zamawiający był zobowiązany** na podstawie Pzp, w:
   a. postępowaniu o udzielenie zamówienia,
   b. postępowaniu o zawarcie umowy ramowej,
   c. dynamicznym systemie zakupów,
   d. systemie kwalifikowania wykonawców,
   e. konkursie;
3) **zaniechanie przez zamawiającego:**
   a. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub
   b. zorganizowania konkursu na podstawie Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Art. 513 Pzp nie uzależnia możliwości wniesienia odwołania od wartości zamówienia i wprowadza zasadę możliwości zaskarżenia każdej niezgodnej z prawem czynności lub zaniechania zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów. Zwrócić warto uwagę, że na gruncie Pzp możliwe jest wniesienie odwołania również w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości poniżej progów unijnych. Na gruncie art. 513 pkt 1 i 2 Pzp odwołanie nie przysługuje na podjęcie i zaniechanie działań zamawiającego poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (np. na przygotowanie planu zamówień,

opracowanie analizy potrzeb czy raportu z wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego).

2. Naruszenie przepisów ustawy, o których mowa w art. 513 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 513 pkt 1 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami Pzp 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. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, w której zamawiający prowadzi postępowanie. Pozwala na zakwestionowanie prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności w postępowaniu.

Naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art. 513 ust. 1 Pzp, rozumieć należy jako naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp. W przesłance tej mieści się również naruszenie przez zamawiającego przepisów rozporządzeń wykonawczych do Pzp. Wskazać także należy, że zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Oznacza to, że w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów Kc, stosowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zasadzie określonej w art. 8 ust. 1 Pzp, naruszenie przepisów Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp może być również podstawą skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Na zasadzie art. 513 ust. 1 Pzp zaskarżyć można także projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umożliwia to ocenę zgodności kwestionowanych postanowień projektowanej umowy z przepisami Pzp, ale także w niektórych stanach faktycznych z przepisami Kc, mającymi zastosowanie do umów zawieranych na gruncie Pzp.

3. Zaniechanie czynności, do dokonania której zamawiający był zobowiązany. Zgodnie z art. 513 pkt 2 Pzp odwołanie przysługuje także na 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 Pzp. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający prowadzi postępowanie, jednak nie wykonuje w tym postępowaniu czynności, które w świetle Pzp powinien wykonać (np. zaniechanie wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy spełnione zostały przesłanki do jej odrzucenia).

4. Zaniechanie przez zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy. Jak stanowi art. 513 pkt 3 Pzp, odwołanie przysługuje także na zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, w której zamawiający zobowiązany był z mocy Pzp do przeprowadzenia postępowania lub zorganizowania konkursu, jednak tego obowiązku nie wykonał.

Art. 514.

1. Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby.

2. Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

3. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

1. Uwagi ogólne. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505 Pzp. Art. 513 Pzp określa, co jest zaskarżalne odwołaniem. Termin na wniesienie odwołania dla poszczególnych stanów faktycznych określa art. 515 Pzp. Sposób liczenia terminów do wniesienia odwołania określa art. 509 Pzp, zaś sposób wniesienia odwołania określa art. 508 Pzp. Szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym określony został w rozporządzeniu w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

2. Wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 514 ust. 1 Pzp, odwołanie wnosi się do Prezesa KIO, co oznacza, że jako podmiot, do którego kierowane jest odwołanie powinien być wskazany Prezes KIO (a nie KIO, skład orzekający czy członek KIO). Oryginał odwołania należy złożyć do Prezesa KIO. Odwołanie należy złożyć w sposób określony w art. 508 Pzp z uwzględnieniem § 4 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

3. Obowiązek przekazania kopii odwołania zamawiającemu. Zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej, albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej. Warunkiem skutecznego wniesienia odwołania jest, aby **przekazanie go lub jego kopii zamawiającemu miało miejsce przed upływem terminu**

do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Dowód przekazania zamawiającemu odwołania (dot. odwołań wniesionych w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej) albo kopii odwołania (dotyczy odwołań wniesionych w formie pisemnej) stanowi załącznik do odwołania (art. 516 ust. 2 Pzp). Nieprzekazanie odwołania lub kopii odwołania zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 Pzp (po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia) **stanowi podstawę odrzucenia odwołania** (art. 528 pkt 6 Pzp).

4. Domniemanie zapoznania się zamawiającego z treścią odwołania.

Art 514 ust. 3 Pzp wprowadza domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo kopii odwołania zamawiającemu nastąpiło przed upływem terminu do wniesienia odwołania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym określony został w rozporządzeniu w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

5. Znaczenie przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Przekazanie zamawiającemu odpowiednio odwołania lub kopii odwołania ma znaczenie nie tylko techniczne. Celem przekazania jest poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania do upływu terminu na jego wniesienie w celu zapewnienia szybkości postępowania i pewności obrotu. Podstawowym skutkiem wniesienia odwołania jest zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, który obowiązuje od momentu wniesienia odwołania do momentu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (zob. art. 577 Pzp). Zatem uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o wniesieniu

odwołania ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powzięcie przez zamawiającego wiedzy o fakcie wniesienia odwołania ma również istotne znaczenie procesowe na gruncie postępowania odwoławczego. Zapoznanie się przez zamawiającego z treścią zarzutów odwołania, zawartych w nim żądań, podanych okoliczności faktycznych i prawnych, a także z treścią załączonych do odwołania dowodów pozwala na prawidłową ocenę zarzutów oraz rzeczowe ustosunkowanie się przez zamawiającego do ich treści. Na podstawie przekazanej kopii odwołania zamawiający może sporządzić odpowiedź na odwołanie, ustosunkowując się do jego treści, a także rozważyć decyzję o ewentualnym uwzględnieniu – w całości lub w części – zarzutów odwołania. Ponadto zgodnie z treścią art. 524 Pzp zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamawiający zobowiązany jest również do zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej, na której zamieszczone jest ogłoszenie o zamówieniu. Na podstawie przesłanej lub udostępnionej kopii odwołania wykonawcy mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Art. 515.

1. Odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli

informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie:

1) 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;

2) 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.

3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;

2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

4. Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej, odwołanie wnosi się nie później niż w terminie:

1) 15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania albo 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – ogłoszenia o wyniku postępowania albo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierającego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;

2) 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający:

a) nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo

b) opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;

3) miesiąca od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający:

a) nie zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania albo

b) zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

1 Uwagi ogólne. Art 515 Pzp wskazuje terminy wniesienia odwołania dla poszczególnych stanów faktycznych. Sposób liczenia terminów w postępowaniu odwoławczym określa art. 509 ust. 1 i 2 Pzp. Sposób wniesienia odwołania reguluje art. 508 Pzp. Szczegółowy sposób wnoszenia odwołania określony został w rozporządzeniu w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

2. Dochowanie terminu do wniesienia odwołania. Jednym z warunków skutecznego wniesienia odwołania jest jego wniesienie w ustawowym terminie. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy wskazał[4], iż do zachowania terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. **Liczy**

[4] Uchwała SN z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13

się data faktycznego wniesienia odwołania do Prezesa Izby, tzn. data, w której Prezes Izby to odwołanie otrzyma. Należy podkreślić, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i **nie podlega przywróceniu.** Termin na wniesienie odwołania nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużony. KIO z urzędu w każdym przypadku bada, czy odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu. Odwołanie wniesione po upływie terminu do jego wniesienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

3. Terminy na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego. Terminy na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego są różne w zależności od wartości postępowania (tj. czy postępowanie ma wartość równą lub przekraczającą progi unijne, czy też mniejszą niż progi unijne), zależą także od sposobu przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (tj. czy informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, czy też w inny sposób). Termin na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego jest następujący:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne – odwołanie wnosi się w terminie **10 dni** od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo **15 dni** od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (np. pocztą lub za pośrednictwem posłańca);
2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne – odwołanie wnosi się w terminie **5 dni** od dnia przekazania

informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo w terminie **10 dni** od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (np. pocztą lub za pośrednictwem posłańca).

Odnośnie do środków komunikacji elektronicznej – zob. art. 7 pkt 23 Pzp i art. 61 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy, że przepis art. 515 ust. 1 Pzp ma zastosowanie do sytuacji, w których zamawiający **poinformuje** wykonawców o dokonaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten dotyczy czynności, o których zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców i ten obowiązek zrealizował, ale także będzie miał zastosowanie do czynności zamawiającego, co do których nie miał on obowiązku poinformowania wykonawcy, jeżeli zamawiający przesłał wykonawcy informację o tych czynnościach[5].

Początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w przypadku art. 515 ust. 1 Pzp jest moment **przekazania** wykonawcy informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania.

Z mocy art. 509 ust. 1 Pzp do obliczania terminu na wniesienie odwołania w tym przypadku zastosowanie będzie miał art. 111 Kc, z którego wynika, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli zaś początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania

[5] Por. uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 28.01.2013 r., sygn. akt III CZP 107/12

należy mieć na uwadze art. 509 ust. 2 Pzp, który stanowi, 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.

4. Terminy na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia. Termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wynosi:

1) **10 dni** od dnia publikacji ogłoszenia w DUUE lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne,
2) **5 dni** od dnia publikacji ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Z mocy art. 509 ust. 1 Pzp do obliczania terminu wniesienia odwołania w tym przypadku zastosowanie będzie miał art. 111 Kc. Przy obliczaniu terminu wniesienia odwołania należy mieć na uwadze art. 509 ust. 2 Pzp, który stanowi, 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.

5. Terminy na wniesienie odwołania w przypadkach innych niż wskazane w art. 515 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Termin na wniesienie odwołania:

1) w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wynosi **10 dni** od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania,

2) w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne wynosi **5 dni** od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Przepis art. 515 ust. 3 Pzp będzie miał zastosowanie do:

1) czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu,
2) czynności zamawiającego, które nie dotyczą treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia,
3) braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych w toku postępowania[6],
4) zaniechań przez zamawiającego czynności w postępowaniu, jeżeli zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności.

Początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w przypadku art. 515 ust. 3 Pzp jest dzień powzięcia przez wykonawcę wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania lub dzień, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Z mocy art. 509 ust. 1 Pzp do obliczania terminu wniesienia odwołania w tym przypadku zastosowanie będzie miał art. 111 Kc, z którego wynika, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia oraz że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Przy obliczaniu terminu wniesienia

[6] Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 28.01.2013 r., sygn. akt III CZP 107/12

odwołania należy mieć na uwadze art. 509 ust. 2 Pzp, który stanowi, 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.

6. Terminy na wniesienie odwołania w przypadku braku ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Terminy na wniesienie odwołania w przypadku nieopublikowania przez zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub gdy zamawiający mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej określa art. 515 ust. 4 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem odwołanie należy wnieść nie później niż w terminie:

1) **15 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP albo **30 dni** od dnia publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w DUUE, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – ogłoszenia o wyniku postępowania albo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierającego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;
2) **6 miesięcy** od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający:
   a. nie opublikował w DUUE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo
   b. opublikował w DUUE ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;

3) **miesiąca** od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający nie zamieścił w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania albo zamieścił w BZP ogłoszenie o wyniku postępowania, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Z mocy art. 509 ust. 1 Pzp do obliczania terminu wniesienia odwołania w przypadku terminów określonych w dniach zastosowanie będzie miał art. 111 Kc, natomiast do obliczania terminu określonego w miesiącach zastosowanie będzie miał art. 112 Kc. Przy obliczaniu terminu wniesienia odwołania należy mieć na uwadze art. 509 ust. 2 Pzp, który stanowi, 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.

Art. 516.

1. 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 Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności (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) **zwięzłe 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.**

2. Do odwołania dołącza się:

1) **dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;**
2) **dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu;**
3) **dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.**

1. Treść odwołania. Przepis art. 516 ust. 1 Pzp wskazuje, jakie elementy musi zawierać odwołanie. Zgodnie z treścią tego przepisu, odwołanie musi zawierać:

1) **dane odwołującego:**

a. imię i nazwisko albo nazwę odwołującego,
b. miejsce zamieszkania odwołującego albo adres jego siedziby,
c. numer telefonu odwołującego,
d. adres poczty elektronicznej odwołującego,
e. imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli) odwołującego – zapis dotyczy pełnomocnika jeśli został ustanowiony, osób uprawnionych do reprezentacji odwołującego,
f. jeżeli odwołujący jest osobą fizyczną – numer PESEL lub NIP odwołującego, jeżeli odwołujący jest zobowiązany do jego posiadania albo posiada go nie mając takiego obowiązku,
g. jeżeli odwołujący nie jest osobą fizyczną – numer w KRS, 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 odwołujący jest obowiązany do jego posiadania;

2) **dane zamawiającego:**
   a. nazwę i adres siedziby zamawiającego,
   b. numer telefonu zamawiającego,
   c. adres poczty elektronicznej zamawiającego;
3) określenie **przedmiotu zamówienia**, co oznacza, że należy wskazać nazwę postępowania i określić, czy postępowanie dotyczy dostaw, usług, czy robót budowlanych;
4) wskazanie **numeru ogłoszenia** o zamówieniu w BZP (dotyczy postępowań o wartości poniżej progów unijnych) lub w DDUE (dotyczy postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne);
5) wskazanie **czynności lub zaniechania zamawiającego**, którym zarzuca się niezgodność z przepisami Pzp lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub

zorganizowania konkursu na podstawie Pzp. W tym miejscu odwołania wskazuje się, czego ono dotyczy. Określenie to musi być jasne i precyzyjne, bowiem tylko wskazane czynności lub zaniechania zamawiającego będą przedmiotem kontroli przez KIO w postępowaniu odwoławczym i ewentualnie przez Sąd w przypadku wniesienia skargi do sądu zamówień publicznych;

6) **przedstawienie zarzutów i ich uzasadnienie** poprzez wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zarzuty powinny być precyzyjnie uzasadnione, tak aby nie było wątpliwości co do ich treści. Nieprecyzyjne, ogólne wskazanie przepisu lub okoliczności nie tworzy prawidłowego zarzutu. W ramach zarzutu mieszczą się zarówno okoliczności prawne, jak i okoliczności faktyczne, które wskazują na nieprawidłowość kwestionowanego działania lub zaniechania zamawiającego, które stanowią podstawę zgłaszanego w odwołaniu żądania. Należy podkreślić, że prawidłowe sformułowanie zarzutów jest bardzo ważne, bowiem zgodnie z art. 555 Pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeżeli zatem zarzut nie zostanie podniesiony do upływu terminu wniesienia odwołania, nie będzie go można skutecznie przedstawić w dalszym toku postępowania i KIO go nie rozpozna;
7) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania – żądanie powinno być sformułowane zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 Pzp, który zawiera katalog rozstrzygnięć KIO w przypadku uwzględnienia odwołania;
8) **podpis** odwołującego albo przedstawiciela (przedstawicieli) odwołującego;
9) **wykaz załączników.**

2. Załączniki do odwołania. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 2 Pzp do odwołania należy załączyć:

1) **dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości**

Wpis od odwołania musi być uiszczony do upływu terminu do wniesienia odwołania. Wysokość wpisu i sposób jego uiszczenia określa rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Więcej na temat wpisu od odwołania – zob. komentarz do art. 517 Pzp. Należy podkreślić, że odwołanie będzie rozpoznane tylko wtedy, gdy uiszczono wpis w wymaganej (tj. w prawidłowej, określonej w rozporządzeniu) wysokości (art. 517 ust. 1 pkt 2 Pzp). Nieuiszczenie wpisu od odwołania do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania jest brakiem odwołania, którego nie da się uzupełnić – jeżeli wpis nie zostanie wniesiony w prawidłowej wysokości do upływu terminu, to nie można skutecznie wnieść lub uzupełnić brakującej części po upływie terminu do wniesienia odwołania. Jeżeli na etapie kontroli formalnej odwołania okaże się, że do odwołania nie załączono potwierdzenia uiszczenia wpisu, to odwołujący wezwany zostanie do złożenia dowodu uiszczenia wpisu, ale nie do uiszczenia brakującego wpisu. Po tym wezwaniu odwołujący musi przedstawić dowód, że uiścił wpis w wymaganej wysokości przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Jeżeli takiego wpisu nie uiścił w terminie do wniesienia odwołania, to nawet gdyby wpłacił lub uzupełnił należny wpis po wezwaniu do złożenia dowodu uiszczenia wpisu, odwołanie zostanie zwrócone (zob. art. 519 ust. 1 Pzp z komentarzem).

2) **dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu**

Przekazanie zamawiającemu odwołania (w przypadku odwołań wniesionych w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej) albo kopii odwołania (w przypadku odwołań wniesionych w formie pisemnej) przed upływem

terminu do wniesienia odwołania jest jednym z warunków skutecznego wniesienia odwołania. Obowiązek ten wynika z treści art. 514 ust. 2 Pzp. Konsekwencją powyższego jest obowiązek dołączenia do odwołania składanego do Prezesa KIO dowodu przekazania – odpowiednio – odwołania lub kopii odwołania zamawiającemu. Nieprzesłanie kopii odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp jest przesłanką odrzucenia odwołania (art. 528 pkt 6 Pzp).

3) **dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego**

Do odwołania należy dołączyć dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Jeżeli odwołanie składa w swoim imieniu osoba fizyczna i sama je podpisuje, nie ma konieczności składania dokumentów na okoliczność umocowania. Jeżeli odwołanie podpisuje pełnomocnik, zobowiązany jest wykazać, że jest umocowany do dokonania tej czynności – musi zatem złożyć pełnomocnictwo, z którego treści będzie wynikało umocowanie do dokonania tej czynności, a także dokumenty potwierdzające, że osoba lub osoby, które udzieliły pełnomocnictwa, były uprawnione do jego udzielenia. Jeżeli odwołanie wnosi w swoim imieniu podmiot niebędący osobą fizyczną, niedziałający przez pełnomocnika, odwołanie musi być podpisane przez osoby uprawnione do działania w imieniu tego podmiotu, zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu, a do odwołania należy dołączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że osoba lub osoby podpisujące odwołanie były uprawnione do działania w imieniu odwołującego. Należy podkreślić, że KIO z urzędu bada prawidłowość umocowania do działania w imieniu odwołującego.

Art. 517.

1. Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli:

1) nie zawiera braków formalnych;

2) uiszczono wpis w wymaganej wysokości.

2. Wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania.

1. Rozpoznanie odwołania. Art 517 ust. 1 Pzp wskazuje, że odwołanie podlega rozpoznaniu przez Izbę tylko wtedy, gdy kumulatywnie spełnione są następujące przesłanki:

1) odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz
2) uiszczony został wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

2. Braki formalne odwołania. Z brakami formalnymi odwołania mamy do czynienia wtedy, gdy odwołanie nie spełnia warunków formalnych wskazanych w art. 516 ust. 1 Pzp. W przypadku gdy odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, braku pełnomocnictwa lub braku dowodu uiszczenia wpisu w ustawowym terminie, zastosowanie ma art. 518 Pzp. Prezes Izby wzywa odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, w terminie 3 dni od doręczenia wezwania, pod rygorem zwrotu odwołania.

3. Uiszczenie wpisu od odwołania. Odwołanie zostanie przez Izbę rozpoznane tylko wtedy, **gdy zostanie prawidłowo opłacone**, co oznacza, że wpis od odwołania:

1) musi być uiszczony w wymaganej przepisami prawa wysokości;
2) musi być uiszczony do upływu terminu do wniesienia odwołania;
3) musi być wniesiony w sposób prawidłowy.

4. Wysokość wpisu. Wysokość wpisu od odwołania dla poszczególnych kategorii spraw określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Wysokość wpisu zależy od wartości, a także od przedmiotu zamówienia lub konkursu (por. art. 574 Pzp).

5. Brak możliwości zwolnienia z obowiązku wniesienia wpisu. Podkreślić należy, że Pzp ani rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego nie przewidują możliwości zwolnienia odwołującego od obowiązku wniesienia wpisu – zarówno w całości, jak i w części.

6. Sposób wniesienia wpisu od odwołania. Wpis uiszcza się na rachunek bankowy UZP, wskazany przez Prezesa UZP. Informacja o rachunku bankowym, na który wpłaca się wpis od odwołania, znajduje się na stronie internetowej UZP (§ 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego). Z powyższego wynika, że wpis nie może być wpłacony inaczej niż przelewem na wskazany rachunek bankowy (w szczególności nie jest możliwe uiszczenie wpisu gotówką). Uznaje się, że wpis został uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy wpłacającego na rzecz UZP (§ 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego).

7. Obowiązek załączenia do odwołania dowodu uiszczenia wpisu. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości należy załączyć do odwołania (art. 516 ust. 1 Pzp). Jeżeli nie zostanie on dołączony, odwołujący zostanie wezwany do złożenia dowodu uiszczenia wpisu w trybie art. 518 ust. 1 Pzp. Należy w tym miejscu przypomnieć, że czym innym jest brak odwołania w postaci nieuiszczenia wpisu (w tym wniesienie wpisu w niepełnej wysokości), a czym innym brak w postaci niedołączenia do odwołania dowodu uiszczenia wpisu od odwołania. Brak odwołania polegający na niewniesieniu wpisu nie podlega uzupełnieniu, można uzupełnić jedynie dowód uiszczenia wpisu. Należy zwrócić

uwagę na kwestię praktyczną, aby tytuł przelewu kwoty stanowiącej wpis od odwołania sformułowany był w sposób pozwalający na niebudzące wątpliwości przyporządkowanie wpisu do konkretnego odwołania.

8. Niewniesienie wpisu od odwołania. Niewniesienie wpisu od odwołania w wymaganej wysokości do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania skutkować będzie **zwrotem odwołania** (art. 519 ust. 1 Pzp). Wniesienie tytułem wpisu kwoty niższej niż określona w rozporządzeniu także skutkować będzie zwrotem odwołania, bowiem w takim przypadku wpis od odwołania nie został uiszczony w wymaganej wysokości. **Termin wniesienia wpisu** określa art. 517 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wpis od odwołania uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. Terminy na wniesienie odwołania dla poszczególnych rodzajów spraw określa art. 515 Pzp (sposób liczenia terminów na wniesienie odwołania – zob. art. 509 Pzp). Nieuiszczenie wpisu od odwołania do dnia upływu terminu do jego wniesienia jest brakiem odwołania, którego nie da się uzupełnić. Należy podkreślić, że po upływie terminu do wniesienia odwołania nie jest możliwe skuteczne jego opłacenie, tzn. nie można skutecznie wnieść wpisu w całości ani nie można uzupełnić brakującej kwoty wpisu. Jeżeli na etapie kontroli formalnej odwołania okaże się, że do odwołania nie załączono potwierdzenia uiszczenia wpisu, to odwołujący wezwany zostanie do złożenia dowodu uiszczenia wpisu, ale nie do uiszczenia brakującego wpisu. Po tym wezwaniu odwołujący musi przedstawić dowód, że uiścił wpis w wymaganej wysokości przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Jeżeli takiego wpisu nie uiścił w terminie do wniesienia odwołania, to nawet gdyby wpłacił lub uzupełnił należny wpis po wezwaniu do złożenia dowodu uiszczenia wpisu, odwołanie zostanie zwrócone (zob. art. 519 ust. 1 Pzp z komentarzem). Termin na wniesienie wpisu nie podlega modyfikacji, w szczególności nie może być przez Prezesa KIO lub KIO przedłużony.

Art. 518.

1. Jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, braku pełnomocnictwa lub braku dowodu uiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2, Prezes Izby wzywa odwołującego, pod rygorem zwrócenia odwołania, 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.

2. Nieprawidłowe oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

3. Prezes Izby poucza w wezwaniu, o którym mowa w ust. 1, że w przypadku niepoprawienia, nieuzupełnienia lub niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego w terminie 3 dni, odwołanie zostanie zwrócone.

4. W przypadku doręczenia odwołującemu wezwania, o którym mowa w ust. 1, wcześniej niż na 3 dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania, odwołujący może uzupełnić dowód uiszczenia wpisu najpóźniej do upływu terminu do wniesienia odwołania.

1. Braki odwołania. Zgodnie z art. 517 ust.1 Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli:

1) nie zawiera braków formalnych oraz
2) uiszczono wpis w wymaganej wysokości.

Po wniesieniu odwołania Prezes Izby dokonuje kontroli formalnej złożonego odwołania. W przypadku stwierdzenia, że odwołanie zawiera

braki, które uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu, Prezes Izby wzywa odwołującego, w zależności od tego, jakie braki zawiera odwołanie, do:

1) poprawienia lub uzupełnienia odwołania, lub
2) złożenia dowodu uiszczenia wpisu, lub
3) złożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Termin na usunięcie braków odwołania wynosi **3 dni** od dnia doręczenia wezwania. Wezwanie **zawiera pouczenie**, że w przypadku niewykonania wezwania w terminie, tj. odpowiednio – niepoprawienia odwołania, nieuzupełnienia odwołania lub niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, odwołanie **zostanie zwrócone.**

2. Brak pełnomocnictwa. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 2 pkt 3 Pzp do odwołania dołącza się dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Dokumentem takim jest między innymi pełnomocnictwo. Pod pojęciem braku pełnomocnictwa, o którym mowa w przepisie art. 518 Pzp, rozumieć należy w szczególności sytuacje, w których:

1) do odwołania nie załączono dokumentu pełnomocnictwa,
2) załączony dokument pełnomocnictwa nie został podpisany przez mocodawcę,
3) z załączonego dokumentu pełnomocnictwa nie wynika umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Jeżeli w wyniku kontroli formalnej odwołania stwierdzony zostanie brak pełnomocnictwa, odwołujący zostanie wezwany do złożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania z pouczeniem, że

w przypadku niezłożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego odwołanie zostanie zwrócone.

3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik do odwołania (zob. art. 516 ust. 2 pkt 1 Pzp). W przypadku niezałączenia do odwołania dowodu uiszczenia wpisu od odwołania Prezes Izby wzywa odwołującego do złożenia dowodu uiszczenia wpisu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia tego wezwania, pouczając, że niewykonanie wezwania skutkować będzie zwrotem odwołania. Termin ten oblicza się zgodnie z art. 509 Pzp, zatem zastosowanie w tym przypadku będzie miał art. 111 Kc Początkiem biegu tego terminu jest dzień doręczenia wezwania odwołującemu. Jeżeli wezwanie, o którym mowa powyżej, zostanie doręczone odwołującemu wcześniej niż na 3 dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania, odwołujący może uzupełnić dowód uiszczenia wpisu najpóźniej do upływu terminu do wniesienia odwołania. Koresponduje to z przepisem art. 517 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania.

4. Upływ terminu na uzupełnienie braków odwołania. Należy podkreślić, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości przywrócenia terminu do uzupełnienia braków formalnych odwołania ani jego modyfikacji (np. przedłużenia). Jak wynika z art. 519 ust. 1 Pzp, po upływie terminu do uzupełnienia braków nie jest możliwe skuteczne ich uzupełnienie i jeżeli braki odwołania objęte wezwaniem, o którym mowa w art. 518 ust. 1 Pzp, nie zostaną usunięte w terminie, odwołanie zostanie zwrócone.

5. Nieprawidłowe oznaczenie odwołania i oczywiste niedokładności. Zgodnie z art. 518 ust. 2 Pzp nieprawidłowe oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania odwołania przez Izbę. W powyższym przepisie mowa zatem o nieistotnych wadach odwołania.

Art. 519.

1. W przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 518 ust. 1, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia.

2. Odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

3. O zwrocie odwołania Prezes Izby informuje zamawiającego, przesyłając odpis postanowienia wraz z uzasadnieniem. Przepis art. 559 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

4. Przepisy ust. 1–3 stosuje się w przypadku niezachowania warunków formalnych odwołania lub braku pełnomocnictwa, stwierdzonych przez skład orzekający. Kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu.

1. Zwrot odwołania. Przesłanki zwrotu odwołania określa art. 519 ust. 1 Pzp. Odwołanie podlega zwrotowi w następujących przypadkach:

1) jeżeli nie uiszczono wpisu od odwołania w terminie do wniesienia odwołania (tj. gdy wpisu w ogóle nie wniesiono lub gdy został wniesiony po terminie);
2) jeżeli wpis od odwołania został wniesiony w terminie do wniesienia odwołania, ale nie został wniesiony w wymaganej wysokości (np. zbyt mała kwota wpisu);
3) jeżeli odwołujący, wezwany przez Prezesa Izby do uzupełnienia dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w trybie art. 518 ust. 4 Pzp, nie wykona tego wezwania;

4) jeżeli Prezes Izby wezwie odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania w trybie art. 518 ust. 1 Pzp, a odwołujący tych braków nie uzupełni w terminie, tj.:
   a. nie odpowie na wezwanie,
   b. uzupełni lub poprawi odwołanie, ale uczyni to nieprawidłowo,
   c. uzupełni lub poprawi odwołanie po upływie terminu;
5) jeżeli Prezes Izby wezwie odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 518 ust. 1 Pzp, a odwołujący tych braków nie uzupełni w terminie, tj.:
   a. nie odpowie na wezwanie,
   b. złoży pełnomocnictwo, ale będzie ono nieprawidłowe,
   c. złoży dokumenty, ale nie będzie z nich wynikało umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa,
   d. złoży pełnomocnictwo lub dokumenty, z których będzie wynikało umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa, ale uczyni to po upływie terminu.

2. Skutki zwrotu odwołania. Odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie Pzp wiąże z wniesieniem odwołania. Podstawowym i najważniejszym skutkiem wniesienia odwołania jest zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 577 Pzp. Obowiązuje on do momentu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przypadku gdy odwołanie zostanie zwrócone, zachodzi sytuacja taka, jakby odwołanie to nie zostało wniesione. Oznacza to, że ustaje zakaz zawarcia umowy.

3. Postanowienie o zwrocie odwołania. Zwrot odwołania następuje w drodze postanowienia, które wydaje Prezes Izby (art. 519 ust. 1 Pzp). W sytuacji, w której przesłanki zwrotu odwołania ujawnią się na dalszym etapie postępowania odwoławczego, postanowienie o zwrocie odwołania

może wydać skład orzekający Izby, bowiem z mocy art. 519 ust. 4 Pzp, w przypadku niezachowania warunków formalnych odwołania lub braku pełnomocnictwa, stwierdzonych przez skład orzekający, składowi orzekającemu przysługują kompetencje Prezesa Izby.

Postanowienie o zwrocie odwołania zawiera uzasadnienie, które jest sporządzane z urzędu (tzn. nie trzeba występować z wnioskiem o sporządzenie i doręczenie postanowienia z uzasadnieniem). Uzasadnienie postanowienia o zwrocie odwołania zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa (art. 519 ust. 3 Pzp).

Postanowienie o zwrocie odwołania wraz z uzasadnieniem wysyła się do odwołującego, ale także do zamawiającego. Poinformowanie zamawiającego o fakcie zwrotu odwołania jest dla niego szczególnie istotne. Zamawiający, mając wiedzę o wniesieniu odwołania, świadomy jest, że nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (zob. art. 577 Pzp). Zgodnie jednak z art. 519 ust. 2 Pzp odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie Pzp wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Na postanowienie o zwrocie odwołania przysługuje skarga do sądu, niezależnie od tego, czy postanowienie to wydał Prezes Izby, czy skład orzekający Izby (zob. art. 579 Pzp).

4. Koszty postępowania przy zwrocie odwołania. W postanowieniu o zwrocie odwołania rozstrzyga się o kosztach postępowania odwoławczego. W przypadku zwrotu odwołania odwołującemu zwraca się

z rachunku UZP kwotę uiszczoną tytułem wpisu (§ 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego), czyli cały wpis.

Art. 520.

1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

1. Cofnięcie odwołania. Odwołujący jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Przepis art. 520 ust. 1 Pzp wskazuje, że maksymalnym terminem wycofania odwołania jest moment zamknięcia rozprawy. Oznacza to, że odwołanie może być cofnięte przez odwołującego od momentu jego złożenia – zarówno przed rozprawą, jak i w trakcie rozprawy, pod warunkiem że nastąpi to do czasu zamknięcia przez KIO rozprawy. Jeżeli odwołanie zostałoby cofnięte po zamknięciu rozprawy, a przed ogłoszeniem przez KIO rozstrzygnięcia w sprawie, cofnięcie byłoby nieskuteczne, zatem KIO byłoby zobowiązane do rozpoznania odwołania. Pzp nie precyzuje, w jaki sposób należy dokonać czynności cofnięcia odwołania – oznacza to, że odwołanie może być cofnięte ustnie (na rozprawie lub posiedzeniu) lub w piśmie procesowym. Wybór w tym zakresie należy do odwołującego, zależy również od etapu postępowania odwoławczego, na jakim składane jest oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Należy zwrócić uwagę, że cofnięcie odwołania jest czynnością dyspozytywną w postępowaniu odwoławczym, co oznacza, że skutecznie cofnąć odwołanie może tylko osoba do tego uprawniona. Osobą taką będzie odwołujący (w przypadku podmiotów innych niż osoba

fizyczna – wymagane jest działanie zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu), a także pełnomocnik, pod warunkiem że zakres pełnomocnictwa upoważnia go do dokonania takiej czynności.
Cofnięcie odwołania nie wymaga uzasadnienia – odwołujący nie musi podawać przyczyny cofnięcia odwołania.
Cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.
KIO nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. KIO bada jedynie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla KIO.
Zgodnie z art. 568 pkt 1 Pzp cofnięcie odwołania jest podstawą do umorzenia postępowania odwoławczego. **Izba wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania,** które jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze. Zgodnie z art. 579 ust. 1 Pzp przysługuje na nie skarga do sądu (zob. komentarz do art. 579 ust. 1 Pzp).

2. Koszty postępowania w przypadku cofnięcia odwołania.
W postanowieniu o umorzeniu postępowania w związku z cofnięciem odwołania KIO rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Szczegółowy sposób rozliczenia kosztów postępowania w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek cofnięcia odwołania reguluje rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego w przypadku cofnięcia odwołania zależy od tego, na jakim etapie postępowania odwołanie zostało cofnięte.

3. Skutki cofnięcia odwołania. Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie Pzp wiąże z wniesieniem odwołania do KIO. Podstawowym i najważniejszym skutkiem wniesienia odwołania jest zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

który statuuje art. 577 Pzp. Obowiązuje on do momentu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przypadku gdy odwołanie zostanie cofnięte, zachodzi sytuacja taka, jakby odwołanie to nie zostało wniesione. Oznacza to, że zakaz zawarcia umowy przestaje obowiązywać. Więcej na temat zakazu zawarcia umowy – zob. komentarz do art. 577 i nast. Pzp.

Art. 521.

1. Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie.

2. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

1. Odpowiedź na odwołanie. Zgodnie z treścią art. 521 ust. 1 Pzp zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, złożenie przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie ma charakter fakultatywny. Art. 521 ust. 1 Pzp określa maksymalny termin wniesienia odpowiedzi na odwołanie, wskazując, że jest to możliwe **do czasu otwarcia rozprawy**. Należy zatem zachować wymogi pisma procesowego ustanowione w art. 508 Pzp, a także zastosować się do obowiązku, o którym mowa w art. 507 Pzp, do złożenia odpisu pisma procesowego dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, jeżeli odpowiedź na odwołanie będzie złożona w formie pisemnej.
Jedynym podmiotem, który może złożyć odpowiedź na odwołanie, jest zamawiający. Jeśli uczestnicy postępowania odwoławczego chcą

ustosunkować się do treści odwołania na piśmie, mogą to uczynić, wnosząc pismo procesowe.

2. Treść odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z treścią art. 521 ust. 2 Pzp w odpowiedzi na odwołanie zamawiający odnosi się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków zgłaszanych w postępowaniu odwoławczym lub w celu odparcia wniosków odwołania i twierdzeń powołanych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający może zatem:

1) zgłaszać wnioski formalne odnośnie do odwołania, domagając się odrzucenia odwołania lub zwrotu odwołania. Izba z urzędu bada, czy w stanie faktycznym sprawy zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania i do zwrotu odwołania. Jednakże nie ma przeszkód, aby zamawiający zgłosił w odpowiedzi na odwołanie wniosek w tym zakresie, wskazując na okoliczności uzasadniające wniosek;
2) domagać się oddalenia odwołania, jeżeli uznaje odwołanie za nieuzasadnione;
3) uwzględnić w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu (zob. art. 522–523 Pzp).

Oddział 3
Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego

Art. 522.

1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił

w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

2. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec

uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

1. Możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.
Jak wynika z art. 522 Pzp, zamawiający może uwzględnić zarzuty przedstawione w odwołaniu:

1) w całości lub
2) w części.

Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości oznacza, że zamawiający uznaje za zasadne wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.
W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, jeśli po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego w terminie żaden wykonawca:

1) Izba umarza postępowanie odwoławcze, co może uczynić na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy;
2) zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca:

1) w sytuacji, kiedy przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania:
   a. Izba umarza postępowanie odwoławcze w całości,

b. zamawiający zobowiązany jest do powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu;

2) w sytuacji, kiedy przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

2. Uwzględnienie zarzutów odwołania w części. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w części zamawiający uznaje za zasadne jedynie część zarzutów podniesionych w odwołaniu, a pozostałe zarzuty uznaje za nieuzasadnione.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania wykonawca może:

1) popierać nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty odwołania lub
2) wycofać nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty odwołania.

Jeśli zamawiający uwzględni część zarzutów odwołania i odwołujący wycofa pozostałe (tj. nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów, Izba:

1) umarza postępowanie odwoławcze, co może uczynić na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy;
2) zamawiający – w zakresie uwzględnionych zarzutów – zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a odwołujący nie wycofał pozostałych (tj. nieuwzględnionych przez zamawiającego) zarzutów odwołania, gdy do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów, Izba umorzy postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów i rozpozna odwołanie w zakresie niewycofanych zarzutów. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

3. Sposób złożenia oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Sposób, w jaki zamawiający powinien złożyć oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, nie został uregulowany przepisami Pzp. W praktyce najczęściej zamawiający składa oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w odpowiedzi na odwołanie. Nie ma przeszkód, aby oświadczenie to złożone zostało ustnie na rozprawie. Możliwe jest również złożenie oświadczenia w piśmie procesowym, niebędącym odpowiedzią na odwołanie.

4. Wyłączenie możliwości wniesienia odwołania. Należy wskazać, że odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu jest niedopuszczalne i podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp.

5. Termin na uwzględnienie zarzutów odwołania. Uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego może nastąpić od momentu wniesienia odwołania do zamknięcia rozprawy. Trzeba jednak pamiętać, że w sytuacji gdy postępowanie odwoławcze zostaje umorzone w związku z uwzględnieniem odwołania, sposób rozliczenia kosztów postępowania

odwoławczego zależy m.in. od momentu, w którym złożone zostanie przez zamawiającego oświadczenie o uwzględnieniu odwołania (tj. czy zamawiający uwzględni odwołanie przed, czy po otwarciu rozprawy).

6. Koszty postępowania przy uwzględnieniu zarzutów odwołania. Kwestię rozliczenia kosztów postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania w całości lub w części dla poszczególnych stanów faktycznych określa rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Art. 523.

1. Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

2. Sprzeciw wnosi się zgodnie z art. 508 ust. 1 lub ustnie do protokołu.

3. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

1. Sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Jeżeli wykonawca skutecznie przystąpi do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości lub w części, uprawniony jest do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego (w całości lub w części) zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Sprzeciw można wnieść:

1) w piśmie procesowym, zgodnie z art. 508 ust. 1Pzp, tj. w formie pisemnej, w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej,
2) ustnie na rozprawie, do protokołu.

2. Skutki wniesienia sprzeciwu. Jeśli zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw wobec powyższego, KIO rozpozna odwołanie w całości.

Jeżeli zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w części, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący nie wycofa pozostałych, nieuwzględnionych zarzutów odwołania, KIO rozpozna odwołanie w całości.

Jeżeli dochodzi do rozpoznania przez Izbę odwołania, przystępujący, który zgłosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, w postępowaniu odwoławczym niejako „zastępuje" zamawiającego, tj. broni prawidłowości zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego.

3. Koszty postępowania odwoławczego przy wniesieniu sprzeciwu. Uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, ponosi koszty postępowania stosownie do jego wyniku (art. 575 Pzp). Sposób rozliczenia kosztów w postępowaniu odwoławczym, w sytuacji zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, reguluje rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Oddział 4
Przystąpienie do postępowania odwoławczego

Art. 524.

Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

1. Obowiązek przesłania kopii odwołania wykonawcom. Obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu odwołania wniesionego w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej lub kopii odwołania, jeżeli zostało wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania (zob. art. 514 ust. 2 Pzp). Umożliwia to zamawiającemu realizację obowiązku, o którym mowa w art. 524 Pzp.
Art. 524 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek niezwłocznego przesłania kopii odwołania innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten wskazuje, że maksymalny termin na wykonanie powyższego obowiązku to 2 dni od dnia otrzymania przez zamawiającego kopii odwołania.
Jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówienia, zamawiający zobowiązany jest nie tylko do przesłania kopii odwołania w sposób

wskazany powyżej, ale także dodatkowo do zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej, na której zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub na której udostępnione zostały dokumenty zamówienia. Również w tym przypadku zamieszczenie kopii odwołania powinno nastąpić niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania odwołania przez zamawiającego.

2. Wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przesyłając kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający wzywa tych wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Art. 525.

1. 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.

2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, 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.

3. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

4. Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu,

o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

1. Przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego. Wykonawca, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, staje się uczestnikiem tego postępowania. Oznacza to, że ma on możliwość podejmowania czynności procesowych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności może brać udział w rozprawie (posiedzeniu), zajmować stanowisko w przedmiocie odwołania, zgłaszać wnioski dowodowe czy składać pisma procesowe. Szczególnym uprawnieniem przysługującym przystępującemu jest możliwość zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania. Przystępujący jako uczestnik postępowania odwoławczego jest uprawniony do wniesienia skargi na orzeczenie KIO do sądu okręgowego (zob. art. 579 i nast. Pzp).

Bardzo ważne jest, że czynności przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Nie dotyczy to uprawnienia do zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (art. 525 ust. 4 Pzp).

2. Termin na zgłoszenie przystąpienia. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wynosi 3 dni od dnia otrzymania przez przystępującego kopii odwołania. Jeżeli wniesione odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamawiający, oprócz przesłania kopii odwołania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, zamieszcza kopię odwołania na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając

wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 524 Pzp).

Sposób liczenia terminu określa przepis art. 509 Pzp.

Termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Liczy się data wniesienia przystąpienia do Prezesa Izby, to znaczy data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma.

3. Zgłoszenie przystąpienia. Sposób składania pism w postępowaniu odwoławczym, w tym zgłoszenia przystąpienia, reguluje art. 508 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Izby.

Kopię przystąpienia należy przesłać:

1) zamawiającemu oraz
2) odwołującemu.

Do zgłoszenia przystąpienia należy dołączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i wykonawcy. Od przystąpienia do postępowania odwoławczego nie pobiera się opłaty.

4. Treść przystąpienia. Wymogi dla treści przystąpienia wymienia art. 525 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w treści przystąpienia należy wskazać stronę, do której wykonawca zgłasza przystąpienie oraz wykazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje.

Do zgłoszenia przystąpienia należy dołączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz odwołującemu.

5. Badanie przez Izbę skuteczności przystąpienia. KIO z urzędu bada skuteczność przystąpienia. W tym zakresie bada w szczególności:

1) czy przystąpienie zostało zgłoszone z zachowaniem terminu;

2) czy przystąpienie zostało zgłoszone przez podmiot, który w danej sprawie może zgłosić przystąpienie (np. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia; jeśli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia – może to być każdy zainteresowany podmiot, jeśli wykaże interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron);
3) czy przystąpienie zostało podpisane przez podmiot uprawniony do reprezentowania wykonawcy zgłaszającego przystąpienie;
4) czy przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie;
5) czy wykonawca zgłaszający przystąpienie wykazał interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której przystępuje;
6) czy zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane zamawiającemu i odwołującemu (czy załączono dowód przesłania zgłoszenia przystąpienia).

Należy podkreślić, że **Pzp nie przewiduje możliwości usunięcia braków zgłoszenia przystąpienia.** Jeżeli przystąpienie będzie obarczone brakami, zostanie uznane przez Izbę za nieskuteczne.

KIO nie wydaje postanowienia stwierdzającego skuteczność bądź nieskuteczność przystąpienia. Jeżeli KIO uzna, że przystąpienie jest skuteczne, przystępujący bierze udział w postępowaniu odwoławczym.

W praktyce KIO często zawiera w protokole rozprawy informację odnośnie do skuteczności lub nieskuteczności przystąpienia.

Art. 526.

1. Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy.

2. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

3. Postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji Izba może wydać na posiedzeniu niejawnym.

4. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga do sądu.

1. Opozycja i podmioty uprawnione do zgłoszenia opozycji. Opozycja jest środkiem prawnym pozwalającym na zakwestionowanie zgłoszonego przez innego wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego. Podmiotami uprawnionymi do zgłoszenia opozycji są:

1) zamawiający i
2) odwołujący.

Inne podmioty (np. inni przystępujący) nie mogą skutecznie zgłosić opozycji.

2. Termin na zgłoszenie opozycji. Opozycję można zgłosić najpóźniej do momentu otwarcia rozprawy. Opozycja zgłoszona po upływie tego terminu nie będzie skuteczna.

3. Sposób zgłoszenia opozycji i treść opozycji. Pzp nie wskazuje, w jaki sposób należy zgłosić opozycję. Pzp nie przewiduje również możliwości usuwania braków opozycji (np. uzupełnienie podpisu, pełnomocnictwa, braków w treści opozycji).

W treści opozycji należy uprawdopodobnić, że wykonawca, który zgłosił przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Kwestia ta będzie badana przez KIO przy merytorycznej ocenie zgłoszonej opozycji.

4. Rozstrzygnięcie KIO w przedmiocie opozycji. Badając opozycję, KIO oceni, czy zgłaszający opozycję uprawdopodobnił, że wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.
W wyniku powyższego KIO może opozycję:

1) uwzględnić albo
2) oddalić.

Opozycja podlega uwzględnieniu, jeżeli KIO uzna, że zgłaszający opozycję uprawdopodobnił, że wykonawca, który zgłosił przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W takiej sytuacji przystępujący nie będzie uczestnikiem postępowania odwoławczego i nie będzie brał w nim udziału.
Jeżeli KIO uzna, że zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił powyższego, oddali opozycję. W takim przypadku przystępujący będzie uczestnikiem postępowania odwoławczego.
Rozstrzygnięcie w kwestii uwzględnienia lub oddalenia opozycji zapada w formie postanowienia składu orzekającego Izby (§13 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), na które nie przysługuje skarga do sądu, co wynika z art. 526 ust. 4 Pzp. Postanowienie to może być wydane na posiedzeniu niejawnym (art. 526 ust. 3 Pzp).

Art. 527.

Na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

1. Wyłączenie możliwości wniesienia środka ochrony prawnej.

Art 527 Pzp przewiduje wyłączenie możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Z jego treści wynika, że odwołujący ani wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 524 Pzp nie mogą wnieść odwołania ani skargi:

1) na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo
2) na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem odwołania, w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

W sytuacji wniesienia odwołania w wymienionych wyżej przypadkach zastosowanie znajdzie art. 528 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym KIO odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu lub – w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu – którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 588 ust. 3 Pzp odwołanie w takim przypadku może odrzucić także sąd w postępowaniu skargowym. Zgodnie z treścią art. 584 Pzp sąd odrzuca skargę, która jest niedopuszczalna. Przepis ten znajdzie zastosowanie również w omawianym przypadku.

2. Czynność wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu.

Uwzględniając odwołanie, KIO może nakazać wykonanie lub powtórzenie, a także unieważnienie przez zamawiającego wskazanych w wyroku czynności. Możliwe jest również nakazanie przez KIO zmiany projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, Izba nie może jednak nakazać wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści (zob. art. 554 Pzp). Analogiczne uprawnienie ma sąd rozpoznający skargę na orzeczenie KIO. Uwzględniając skargę, sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty

sprawy, stosując odpowiednio m.in. przepis art. 554 Pzp. W tej sytuacji sąd również może nakazać zamawiającemu wykonanie wskazanych w wyroku czynności, tak jak to czyni KIO (zob. art. 588 ust. 2 Pzp).

3. Czynność wykonana w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania. Pzp daje zamawiającemu możliwość uwzględnienia w całości lub w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku zamawiający będzie zobowiązany do wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania, jeżeli w postępowaniu po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca lub jeżeli wykonawca, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Szczegółowo kwestia ta uregulowana jest w art. 522 Pzp.

Oddział 5
Odrzucenie odwołania

Art. 528.

Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

1) **w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;**
2) **odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;**
3) **odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;**
4) **odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;**

5) **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;**
6) **odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.**

1. Uwagi ogólne. Odrzucenie odwołania jest jednym ze sposobów zakończenia postępowania odwoławczego i oznacza, że odwołanie nie będzie przez Izbę rozpoznane merytorycznie. Przepis art. 528 Pzp wymienia przesłanki odrzucenia odwołania. Zawarty w tym przepisie katalog przesłanek odrzucenia odwołania ma charakter zamknięty, co oznacza, że **nie jest dopuszczalne odrzucenie odwołania z innych powodów niż wskazane w tym przepisie**. KIO z urzędu bada, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania. Wskazać także należy, że również sąd zamówień publicznych rozpoznający skargę bada, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania (zob. art. 588 ust. 3 Pzp).

2. Przesłanki odrzucenia odwołania są następujące:

1) Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp. Odwołanie można zatem wnieść tylko w sprawie, w której Pzp ma zastosowanie (jeżeli Pzp się nie stosuje, nie jest możliwe skuteczne wniesienie odwołania). Błędne pouczenie w powyższym zakresie, przejawiające się we wskazaniu, że odwołanie w danej sprawie przysługuje, podczas gdy w rzeczywistości w świetle przepisów Pzp nie przysługuje, nie powoduje, że odwołanie zostanie przez KIO rozpoznane;

2) Odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505 Pzp. (zob. art. 505 Pzp z komentarzem). Podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania będzie również podmiot, o którym mowa w art. 505 ust. 2 Pzp, jeżeli wniesie odwołanie w zakresie innym niż wskazany w art. 505 ust. 2 Pzp (odwołanie inne niż od ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz wobec dokumentów zamówienia);
3) Odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp. Terminy na wniesienie odwołania dla poszczególnych spraw określa art. 515 Pzp. Co do sposobu liczenia terminów na wniesienie odwołania – zob. art. 509 Pzp. Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, nie podlega również modyfikacjom (np. nie może być wydłużony na wniosek wykonawcy);
4) Odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli 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;
5) Odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, a także w sytuacji gdy dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten koresponduje z art. 527 Pzp, zgodnie z którym na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą

zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp nie przysługują środki ochrony prawnej;

6) Odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp. Na podstawie art. 514 ust. 2 Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej, albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej. Warunkiem skutecznego wniesienia odwołania jest, aby przekazanie odwołania lub jego kopii zamawiającemu miało miejsce przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Art. 529.

1. Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

2. Izba, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych.

1. Uwagi ogólne. Odrzucenie odwołania jest jednym ze sposobów zakończenia postępowania odwoławczego. Przesłanki odrzucenia odwołania zawiera art. 528 Pzp.

2. Możliwość odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym. Zasadą jest rozpoznanie odwołania na jawnej rozprawie (art. 545 Pzp). Art. 529 ust. 1 Pzp wprowadza możliwość wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym. Jeżeli Izba uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony,

uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych. Zależy to od uznania KIO, która podejmuje decyzję w tej kwestii każdorazowo, analizując stan faktyczny konkretnej sprawy. W przepisie tym chodzi głównie o sytuacje, w których konieczne jest wyjaśnienie okoliczności sprawy lub wątpliwości dotyczących okoliczności sprawy, wiążących się z przesłankami odrzucenia odwołania.

3. Postanowienie o odrzuceniu odwołania. Odrzucenie odwołania następuje w formie postanowienia (art. 553 Pzp), które zakwalifikować należy jako postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Z chwilą ogłoszenia postanowienia o odrzuceniu odwołania ustaje zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 577 Pzp. Zgodnie z zasadą określoną w art. 559 ust. 1 Pzp Izba z urzędu sporządza uzasadnienie tego postanowienia, w terminie 7 dni od dnia jego ogłoszenia. Uzasadnienie postanowienia o odrzuceniu odwołania musi spełniać wymogi dla uzasadnienia orzeczenia, określone w art. 559 ust. 2 Pzp. Postanowienie o odrzuceniu odwołania musi zawierać obligatoryjne elementy wskazane w § 37 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Na postanowienie o odrzuceniu odwołania przysługuje skarga do sądu zamówień publicznych (art. 579 ust. 1 Pzp).

W postanowieniu o odrzuceniu odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 557 Pzp, Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Art. 530.

W przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

1. Uwagi ogólne. Szczegółowy tryb postępowania z wniesionym odwołaniem reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

2. Skierowanie sprawy na rozprawę. Badania, czy zachodzą w danej sprawie przesłanki odrzucenia odwołania, dokonuje skład orzekający KIO na posiedzeniu niejawnym. Dopiero stwierdzenie, że w danej sprawie nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania odwołania przez KIO. Odwołanie co do zasady rozpoznawane jest na jawnej rozprawie (art. 545 ust. 1 Pzp).

Oddział 6
Dowody

Art. 531.

Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

1. Uwagi ogólne dotyczące postępowania dowodowego.
W postępowaniu odwoławczym strony i uczestnicy postępowania podają fakty i twierdzenia, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w przedstawionych w postępowaniu odwoławczym dowodach. Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności jest w świetle art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp obligatoryjnym elementem treści odwołania. Dowody zgłasza się na:

1) poparcie swoich twierdzeń,
2) odparcie twierdzeń strony przeciwnej (zob. art. 535 Pzp).

Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym określa art. 534 ust. 1 Pzp i art. 537 Pzp.

Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Dotyczy to również faktów znanych Izbie z urzędu (zob. art. 532 Pzp).
Fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną oraz fakty niezaprzeczone nie wymagają dowodu (zob. art. 533 Pzp). Katalog środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym jest otwarty – są nimi w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (zob. art. 538 Pzp).
Dowody mogą być przedstawiane aż do zamknięcia rozprawy (art. 535 Pzp). O dopuszczeniu dowodu rozstrzyga Izba w formie postanowienia (zob. art. 538 ust. 2 Pzp), na które nie służy skarga do sądu zamówień publicznych i które może być stosownie do okoliczności przez Izbę uchylone lub zmienione (art. 538 ust. 4 Pzp).
2. Przedmiot dowodu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art 531 Pzp przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Pzp nie definiuje pojęcia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przyjąć należy, że to, co jest w danym postępowaniu istotne dla jej rozstrzygnięcia, wynika z normy prawnej, która w danym stanie faktycznym ma zastosowanie i jest związane z treścią tej normy. Ocena, czy dane fakty mają istotne znaczenie, zależy przede wszystkim od tego, jak sformułowana i rozumiana jest norma prawna, która w danej sprawie znajduje zastosowanie. Ustalenia faktyczne muszą zatem dotyczyć przepisu prawa materialnego, który w danej sprawie będzie miał zastosowanie. Przepis art. 531 Pzp uprawnia Izbę do dokonania selekcji zgłoszonych przez strony i uczestników postępowania wniosków dowodowych pod kątem ich istotności dla rozstrzygnięcia sprawy.

Art. 532.

1. Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu.

2. To samo dotyczy faktów znanych Izbie z urzędu, jednakże Izba na rozprawie zwraca na nie uwagę stron i uczestników postępowania odwoławczego.

1. Wyłączenie obowiązku dowodzenia. Zasadą w postępowaniu odwoławczym jest, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 Pzp), przy czym Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (art. 534 ust. 2 Pzp). Wskazać należy, że Pzp zawiera przepisy wyłączające obowiązek dowodzenia. Jednym z takich przepisów jest art. 533 Pzp, zgodnie z którym nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną oraz fakty przez nią niezaprzeczone. Kolejnym takim przepisem jest art. 532 Pzp, zgodnie z którym nie wymagają dowodu dwie kategorie faktów:

1) fakty powszechnie znane,
2) fakty znane KIO z urzędu.

2. Fakty powszechnie znane. W doktrynie i orzecznictwie postępowania cywilnego, w którym występuje analogiczne rozwiązanie prawne, przyjmuje się, że „fakt powszechnie znany" to fakt znany każdemu rozsądnemu i mającemu doświadczenie życiowe mieszkańcowi miejscowości, w której znajduje się siedziba sądu[7]. Faktów powszechnie znanych, z uwagi na ich specyfikę, nie można oznaczyć na podstawie stałych kryteriów, ponieważ zależą od określonego czasu i miejsca. Jako

[7] Zob. np. wyrok SN z 12 maja 2000 r., sygn. akt II UKN 540/99, wyrok SN z 5 lutego 2000 r., sygn. akt II CKN 894/99

przykłady faktów powszechnie znanych wskazuje się: fakty historyczne, miejscowe zwyczaje, powszechnie znane zdarzenia itp.

3. Fakty znane KIO z urzędu. To fakty, o których KIO powzięło wiadomość w związku z podejmowanymi przez KIO czynnościami urzędowymi. Najczęściej będzie to dotyczyło faktów, o których KIO powzięło wiedzę w związku z rozpoznawaniem innej sprawy. Do kategorii faktów znanych KIO z urzędu nie zalicza się okoliczności znanych członkom składu orzekającego KIO, o których wiedzę powzięli z innych źródeł niż związane z prowadzonymi postępowaniami.

4. Fakty powszechnie znane i fakty znane KIO z urzędu w postępowaniu odwoławczym. Fakt powszechnie znany należy wskazać i powołać się na niego w toku postępowania. Z brzmienia przepisu art. 532 ust. 1 Pzp nie wynika, że KIO weźmie ten fakt pod uwagę, gdy strona lub uczestnik postępowania się na ten fakt nie powołają.

W przypadku faktów znanych KIO z urzędu KIO musi na nie zwrócić uwagę stron i uczestników postępowania na rozprawie. Celem tej regulacji jest umożliwienie stronom i uczestnikom postępowania odniesienia się do nich, a także wskazanie stronom oraz uczestnikom postępowania, że będą one przez Izbę brane pod uwagę przy orzekaniu.

Art. 533.

1. 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.

2. 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.

1. Fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego. Art. 533 ust. 1 Pzp wskazuje na kategorie faktów, które nie wymagają dowodu (tj. co do których nie jest konieczne zgłaszanie i przeprowadzenie dowodów). W art. 533 Pzp jest mowa o:

1) wyraźnym przyznaniu faktu (art. 533 ust. 1 Pzp),
2) uznaniu faktu za przyznany (art. 533 ust. 2 Pzp).

2. Przyznanie wyraźne. Przyznanie wyraźne, o którym mowa w art. 533 ust. 1 Pzp, polega na tym, że jedna strona postępowania podaje pewien fakt, a strona przeciwna oświadcza, że fakt ten jest prawdziwy. Zgodnie z treścią art. 533 ust. 1 Pzp fakty przyznane przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jednakże:

1) fakty te muszą być przyznane w toku postępowania odwoławczego (tzn. nie spełnia tego wymogu przyznanie faktu poza postępowaniem odwoławczym),
2) przyznanie nie może budzić wątpliwości KIO co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, tj. z całokształtem materiału dowodowego, ale także z faktami powszechnie znanymi i faktami znanymi Izbie z urzędu.

3. Uznanie faktu za przyznany. Uznanie faktu za przyznany, o którym mowa w art. 533 ust. 2 Pzp, polega na tym, że strona nie wypowiada się co do twierdzeń strony przeciwnej (tj. milczy na ten temat, nie podaje, że twierdzenia te są prawdziwe lub fałszywe, nie dowodzi, nie argumentuje), jednak mając na uwadze całokształt sprawy (wynik całej rozprawy), KIO uznaje je za przyznane. W tym zakresie KIO bierze pod uwagę m.in. przedmiot postępowania, postawę procesową strony i wyniki postępowania odwoławczego. Przepis ten ma zastosowanie tylko do twierdzeń o faktach, a nie np. o ocenie prawnej przedstawionej przez stronę przeciwną.

Art. 534.

1. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

2. Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę.

1. Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym. Przepis art. 534 ust. 1 Pzp zawiera generalną zasadę dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z treścią tego przepisu strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne – w tym zakresie muszą wykazać aktywność procesową i zgłaszać wnioski dowodowe. Z przepisem tym koresponduje art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp, który stanowi, że w odwołaniu należy wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

Dowody zgłasza się na:

1) poparcie swoich twierdzeń lub
2) odparcie twierdzeń strony przeciwnej (art. 535 Pzp).

Szczególną regulację dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym zawiera art. 537 Pzp, który dotyczy ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią tego przepisu ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego,
2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

2. Dopuszczenie przez Izbę dowodu z urzędu. Art. 534 ust. 2 Pzp dotyczy możliwości dopuszczenia przez Izbę dowodu z urzędu. Zgodnie z treścią tego przepisu Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Należy przy tym wskazać, że uprawnienie to nie zwalnia stron od obowiązku wskazywania dowodów, o którym mowa w art. 534 ust. 1 Pzp.

Dopuszczenie przez Izbę z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę co do zasady ma charakter wyjątkowy i wiąże się z obowiązkiem wyjaśnienia sprawy przez Izbę (zob. art. 551 ust. 1 Pzp). Zasadą jest, że to strony i uczestnicy postępowania przejawiają inicjatywę dowodową w celu udowodnienia prezentowanego w postępowaniu odwoławczym stanowiska.

W kontekście komentowanego przepisu warto zwrócić uwagę na treść art. 543 Pzp, który stanowi, że w przypadku zawarcia umowy Izba może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia przesłanek:

1) unieważnienia umowy,
2) nałożenia kary finansowej albo
3) skrócenia okresu obowiązywania umowy.

Z uprawnieniem Izby do przeprowadzenia dowodu z urzędu koresponduje art. 536 Pzp, zgodnie z którym skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia:

1) dokumentów lub
2) innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

3. Wyłączenie obowiązku dowodzenia. Zasadą jest, że w postępowaniu odwoławczym należy udowodnić swoje twierdzenia. Zgodnie jednak z treścią art. 532 Pzp fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Dotyczy to również faktów znanych Izbie z urzędu. Nie wymagają także

dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli w ocenie Izby przyznanie nie budzi wątpliwości, oraz fakty przez stronę niezaprzeczone, gdy strona nie wypowiedziała się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach (zob. art. 533 Pzp).

Art. 535.

Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

1. Przedstawianie dowodów w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisem tym koresponduje art. 535 Pzp, który stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przypomnieć należy w tym miejscu o obowiązku wskazania dowodów w odwołaniu, zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp.

2. Podmioty uprawnione do zgłaszania dowodów. Dowody w postępowaniu odwoławczym mogą zgłaszać: strony postępowania odwoławczego, czyli: zamawiający i odwołujący oraz uczestnicy postępowania odwoławczego, którymi są przystępujący do postępowania odwoławczego.

3. Cel przedstawienia dowodu. Dowody w postępowaniu odwoławczym przedstawia się w celu poparcia swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej (arg. z art. 534 ust. 1 Pzp). Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 531 Pzp).

4. Termin przedstawiania dowodów. Dowody mogą być przedstawiane do momentu zamknięcia rozprawy. Przez „przedstawianie dowodu", o którym mowa w komentowanym przepisie, należy rozumieć nie tylko zgłaszanie wniosków dowodowych, ale także przeprowadzanie dowodów. Oznacza to, że moment zamknięcia rozprawy jest maksymalnym terminem nie tylko na zgłoszenie wniosków dowodowych, ale także na przeprowadzenie dowodu w postępowaniu odwoławczym. Wyjątek od powyższego przewiduje art. 551 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.
W przypadku ponownego otwarcia rozprawy Izba może wydłużyć termin na przeprowadzenie dowodu lub wezwać do przeprowadzenia nowego dowodu.

Art. 536.

Skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

1. Zobowiązanie do przedstawienia dowodów. Zgodnie z treścią art. 536 Pzp skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Zasadą jest, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 Pzp). Art. 536 Pzp koresponduje z treścią art. 534 ust. 2 Pzp, który stanowi, że KIO może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę, a także z art. 531 Pzp, zgodnie z którym przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Wiąże się to również z uprawnieniem Izby do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 543 Pzp, tj. w przypadku zawarcia umowy Izba może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia przesłanek: unieważnienia umowy, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy. W tym zakresie Izba może przeprowadzić postępowanie dowodowe niezależnie od inicjatywy stron, czemu służy uprawnienie Izby do zobowiązania stron oraz uczestników postępowania do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

Z komentowanym przepisem koresponduje § 26 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, który stanowi, że skład orzekający, zobowiązując strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, może zarządzić wymianę pism przez strony oraz uczestników, oznaczając porządek składania pism, terminy, w których pisma należy złożyć, i okoliczności, które mają być wyjaśnione.

Art. 537.

Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) **wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;**
2) **zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.**

1. Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym – zasada ogólna.

Generalną zasadą w postępowaniu odwoławczym jest, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne

(art. 534 ust. 1 Pzp). W uproszczeniu można wskazać, że podmiot, który podnosi w postępowaniu odwoławczym określone okoliczności i zgłasza określone twierdzenia, jest zobowiązany je udowodnić.

2. Ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 Pzp zawiera szczególną regulację w zakresie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, dotyczącą ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią tego przepisu ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, lub
2) na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawca, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, jest stroną postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy wniósł odwołanie, kwestionując odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Wykonawca jest uczestnikiem postępowania, jeżeli skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W obu przypadkach wykonawca ten bierze udział w postępowaniu odwoławczym, zatem może i powinien korzystać z uprawnień procesowych przyznanych mu przez Pzp. Dlatego to na nim spoczywa ciężar dowodu, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Podmiotem zobowiązanym do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, może być również zamawiający. Dotyczy to przypadków, w których wykonawca, co do którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie jest stroną ani uczestnikiem postępowania

odwoławczego, tj. nie bierze w nim udziału (ma to miejsce w sytuacji, w której nie wniósł odwołania ani nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego). W takim przypadku to na zamawiającym ciąży obowiązek „obrony" oferty przed zarzutem rażąco niskiej ceny.

Zasady dowodzenia w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, określone w art. 537 Pzp, obowiązują także w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi na orzeczenie KIO (zob. art. 586 Pzp).

Art. 538.

1. Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

2. W postanowieniu o dopuszczeniu dowodu skład orzekający oznaczy środek dowodowy i fakty, które mają nim zostać wykazane.

3. Skład orzekający dopuszcza dowody na rozprawie. Postanowienie o dopuszczeniu dowodu może być wydane również na posiedzeniu niejawnym.

4. Skład orzekający nie jest związany swym postanowieniem dowodowym i może je stosownie do okoliczności uchylić lub zmienić.

1. Katalog środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym.

Katalog środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym jest otwarty. Komentowany przepis wskazuje jedynie przykładowe środki dowodowe, którymi są:

1) dokumenty,
2) zeznania świadków,
3) opinie biegłych,
4) przesłuchanie stron.

Strona lub uczestnik postępowania odwoławczego może w postępowaniu odwoławczym skorzystać z innych niż wymienione w komentowanym przepisie środków dowodowych.

2. Dokumenty. Dokumenty są najczęściej wykorzystywanym w postępowaniu odwoławczym środkiem dowodowym. Wynika to przede wszystkim z zasady pisemnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (zob. art. 20 Pzp). Należy zwrócić uwagę, że w postępowaniu odwoławczym dokumenty należy przedstawiać w języku polskim, a jeśli są sporządzone w języku obcym, należy przedstawić ich tłumaczenie na język polski (zob. art. 506 Pzp). Skład orzekający może zobowiązać strony lub uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania (zob. art. 536 Pzp)

3. Zeznania świadków. W postępowaniu odwoławczym możliwe jest przesłuchanie świadka. Regulacje dotyczące przesłuchania świadka zawiera art. 540 Pzp, który:

1) reguluje odebranie przyrzeczenia od świadka (art. 540 ust. 1 Pzp),
2) wskazuje osoby, które nie mogą być świadkiem w postępowaniu odwoławczym (art. 540 ust. 2 Pzp),
3) reguluje kwestię prawa odmowy składania zeznań w charakterze świadka (art. 540 ust. 3 Pzp),
4) reguluje kwestię prawa świadka do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie (art. 540 ust. 4 Pzp),
5) określa zasady zwrotu świadkowi wydatków związanych ze stawiennictwem w celu złożenia zeznań (art. 540 ust. 5 Pzp).

Przebieg przesłuchania świadka określa § 28 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

4. Opinie biegłych. Biegli powoływani są w sytuacji, w której ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (zob. art. 539

ust. 2 Pzp). Zasady dopuszczania i przeprowadzania dowodu z opinii biegłego określa art. 539 Pzp.

5. Przesłuchanie stron. Stronami postępowania odwoławczego są: zamawiający i odwołujący – te podmioty mogą być przesłuchane w charakterze strony w postępowaniu odwoławczym. Jeśli chodzi o uczestników postępowania odwoławczego (przystępujący do postępowania odwoławczego), uznać należy, że nie ma przeszkód do przeprowadzenia dowodu z przesłuchania tych podmiotów, na co wskazuje otwarty katalog dowodów z art. 538 Pzp.

6. Postanowienie o dopuszczeniu dowodu. Dopuszczenie dowodu następuje w drodze postanowienia, które wydaje skład orzekający Izby. Co do zasady skład orzekający dopuszcza dowody na rozprawie, jednak postanowienie o dopuszczeniu dowodu może być wydane również na posiedzeniu niejawnym. Obowiązkowe elementy postanowienia o dopuszczeniu dowodu wskazuje art. 538 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu skład orzekający oznacza środek dowodowy oraz fakty, które mają nim zostać wykazane. Podkreślić należy, że skład orzekający nie jest związany swoim postanowieniem dowodowym i może je stosownie do okoliczności uchylić lub zmienić (art. 538 ust. 4 Pzp). Powyższe gwarantuje elastyczność postępowania dowodowego, a także to, że przeprowadzane będą dowody adekwatne do okoliczności danej sprawy.

Art. 539.

1. Dopuszczając dowód z opinii biegłego, skład orzekający, w postanowieniu, określa przedmiot opinii i dziedzinę, z której biegły jest powoływany, a także wskazuje dokumentację niezbędną do sporządzenia opinii.

2. Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych albo spoza tej listy, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie oraz zwrot poniesionych wydatków, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami tytułu III działu 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 755, 807, 956 i 2186). Przepisy o biegłych dotyczące wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków stosuje się odpowiednio do tłumaczy.

3. W przypadku postępowania odwoławczego, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, skład orzekający powołuje biegłego, który posiada dostęp do informacji niejawnych.

4. Prezes Izby, w drodze zarządzenia, określa termin sporządzenia opinii oraz wykonuje czynności organizacyjne wynikające z dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, w szczególności przekazuje biegłemu potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej albo kopię tej dokumentacji potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w przypadku gdy zamawiający odstąpił od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, niezbędne do sporządzenia opinii, wraz z, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, kopią pisma złożonego w postępowaniu odwoławczym, w którym zawarto wniosek o dopuszczenie tego dowodu, lub kopią protokołu z rozprawy sporządzonego pisemnie, jeżeli wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego został złożony lub dopuszczono go na rozprawie.

5. W przypadku złożenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub dopuszczenia go na rozprawie, jeżeli rozprawa została

odroczona w celu przeprowadzenia tego dowodu, skład orzekający, w uzgodnieniu z Prezesem Izby, wyznacza termin odroczonej rozprawy po sporządzeniu opinii biegłego i zawiadamia o nim strony oraz uczestników postępowania odwoławczego. Skład orzekający może zażądać od biegłego złożenia opinii uzupełniającej na piśmie lub ustnie do protokołu. W przypadku złożenia opinii uzupełniającej na piśmie, zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio.

6. Prezes Izby przesyła stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię opinii biegłego lub kopię opinii uzupełniającej przed wyznaczeniem terminu odroczonej rozprawy. Jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony na posiedzeniu niejawnym przed wyznaczeniem terminu rozprawy zgodnie z art. 544 ust. 3, Prezes Izby przesyła stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, przed wyznaczeniem tego terminu, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, kopię postanowienia o dopuszczeniu tego dowodu oraz kopię opinii biegłego, o ile sporządzenie opinii w tym terminie było możliwe.

7. Strona lub uczestnik postępowania odwoławczego, aż do ukończenia czynności biegłego, może żądać jego wyłączenia z przyczyn, z jakich można żądać wyłączenia członka składu orzekającego. W przypadku wniosku o wyłączenie biegłego po rozpoczęciu przez niego czynności, odpowiednio strona lub uczestnik są obowiązani uprawdopodobnić, że przyczyna wyłączenia powstała później lub że przedtem nie była im znana. O wyłączeniu biegłego rozstrzyga skład orzekający po wysłuchaniu odpowiednio strony lub uczestnika postępowania i biegłego, chyba że miałoby to doprowadzić do nadmiernej zwłoki w postępowaniu.

8. Izba może zażądać opinii podmiotu, o którym mowa w art. 7 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. W opinii należy wskazać osoby, które przeprowadziły badanie i wydały opinię. Przepisy ust. 1, ust. 2 zdanie drugie i ust. 3–7 stosuje się odpowiednio.

1. Dowód z opinii biegłych. Opinia biegłych jest jednym ze środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym (zob. art. 538 Pzp). Dowód z opinii biegłego może być przeprowadzony na wniosek:

1) strony lub
2) uczestnika postępowania odwoławczego (art. 534 ust. 1 Pzp).

Izba może także dopuścić dowód z opinii biegłego (jak w przypadku każdego innego dowodu) również z urzędu (zob. art. 534 ust. 2 Pzp). Biegły w postępowaniu odwoławczym przed KIO może być powołany w sytuacji, w której ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, czyli wiedzy specjalistycznej, eksperckiej z danej dziedziny. Celem powołania biegłego jest przedstawienie przez niego opinii, która będzie stanowiła materiał dowodowy w sprawie odwoławczej. Z treści przepisu art. 539 ust. 2 Pzp wynika, że opinia biegłych może dotyczyć jedynie ustalenia stanu faktycznego sprawy, co oznacza, że opinia biegłych w postępowaniu odwoławczym nie może dotyczyć innych kwestii, np. wykładni i interpretacji przepisów prawa.

2. Biegli w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 539 ust. 2 Pzp biegłym w postępowaniu odwoławczym może być osoba z listy biegłych sądowych lub osoba spoza tej listy.

Zgodnie z art. 157 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych Prezes sądu okręgowego ustanawia i prowadzi listę biegłych sądowych. Lista biegłych sądowych jest udostępniana zainteresowanym w sekretariatach sądowych

i na stronach internetowych sądów. Każdy Prezes sądu okręgowego prowadzi swoją listę biegłych sądowych. Pzp nie wskazuje, z listy jakiego sądu biegły może być powołany. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym można powołać biegłego z listy dowolnego sądu okręgowego. Należy podkreślić, że na gruncie postępowania odwoławczego biegłym może być osoba spoza listy biegłych sądowych; warunkiem jest, aby posiadała wiedzę i wiadomości specjalne w danej dziedzinie.

Jak stanowi art. 539 ust. 8 Pzp, KIO może zażądać opinii podmiotu, o którym mowa w art. 7 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. Przepis art. 7 ust. 1 tej ustawy wymienia podmioty tworzące system szkolnictwa wyższego i nauki oraz podmioty działające na rzecz systemu szkolnictwa wyższego i nauki. System szkolnictwa wyższego i nauki tworzą:

1) uczelnie,
2) federacje podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki,
3) Polska Akademia Nauk,
4) instytuty naukowe PAN,
5) instytuty badawcze,
6) międzynarodowe instytuty naukowe działające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
7) Centrum Łukasiewicz,
8) instytuty działające w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz,
9) Polska Akademia Umiejętności,
10) inne podmioty prowadzące głównie działalność naukową w sposób samodzielny i ciągły.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce na rzecz systemu szkolnictwa wyższego i nauki działają:

1) Narodowa Agencja Wymiany Akademickiej,

2) Narodowe Centrum Badań i Rozwoju,
3) Narodowe Centrum Nauki,
4) Agencja Badań Medycznych.

W przypadku gdy opinię sporządzi podmiot wymieniony w art. 7 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce, należy w niej wskazać z imienia i nazwiska osoby, które przeprowadziły badanie i wydały opinię. W przypadku opinii sporządzonej przez podmiot, o którym mowa w art. 7 Prawa o szkolnictwie wyższym, odpowiednie zastosowanie mają następujące przepisy:

1) art. 539 ust. 1 Pzp (treść postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego),
2) art. 539 ust. 2 zdanie drugie Pzp (wynagrodzenie biegłego i zwrot poniesionych wydatków),
3) art. 539 ust. 3 Pzp (dostęp do informacji niejawnych),
4) art. 539 ust. 4 Pzp (termin wydania opinii i czynności organizacyjne wynikające z dopuszczenia dowodu z opinii biegłego),
5) art.539 ust. 5 Pzp (odroczenie rozprawy w celu przeprowadzenia dowodu),
6) art. 539 ust. 6 Pzp (doręczenie opinii biegłego),
7) art. 539 ust. 7 Pzp (wyłączenie biegłego).

3. Postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. Decyzję o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego podejmuje skład orzekający KIO. Powołanie biegłego przyjmuje formę postanowienia, które może zapaść na rozprawie lub na posiedzeniu niejawnym. Art. 539 ust. 1 Pzp określa obligatoryjną treść postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, którymi są:

1) określenie przedmiotu opinii i dziedziny, z której biegły jest powoływany,
2) wskazanie dokumentacji niezbędnej do sporządzenia opinii.

Postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, tak jak każde postanowienie dowodowe Izby może być, stosownie do okoliczności, zmienione lub uchylone przez skład orzekający Izby (art. 538 ust. 4 Pzp). Na postanowienie o dopuszczeniu dowodu nie przysługuje skarga do sądu zamówień publicznych.

4. Czynności w postępowaniu po wydaniu postanowienia dowodowego. Po wydaniu przez skład orzekający Izby postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego Prezes Izby wydaje zarządzenie, w którym określa termin sporządzenia opinii oraz wykonuje czynności organizacyjne wynikające z dopuszczenia dowodu z opinii biegłego (np. wybór konkretnego biegłego według określonej w postanowieniu dowodowym przedmiotu opinii i dziedziny, z której biegły ma być powołany, sprawdzenie, czy biegły posiada wymagane w sprawie poświadczenia w zakresie dostępu do informacji niejawnych). Czynnością organizacyjną wskazaną przez Pzp, wykonywaną na tym etapie postępowania przez Prezesa Izby, jest przekazanie biegłemu potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a także dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii dokumentacji w postaci papierowej, jeżeli zamawiający w postępowaniu nie wymagał użycia środków komunikacji elektronicznej (przypomnieć należy, że w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego Izba wskazuje dokumentację niezbędną do sporządzenia opinii – art. 539 ust. 1 Pzp). Biegłemu przekazuje się także poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pisma, w którym zawarto wniosek o dopuszczenie dowodu (jeżeli wniosek złożono w piśmie procesowym) lub kopię pisemnego protokołu rozprawy (jeżeli wniosek o dopuszczenie dowodu został złożony na rozprawie lub gdy dopuszczono go na rozprawie). Przekazanie

biegłemu wskazanych wyżej materiałów jest niezbędne do prawidłowego sporządzenia przez niego opinii.

5. Odroczenie rozprawy w związku z opinią biegłego. Jeżeli rozprawa ulega odroczeniu z powodu konieczności sporządzenia dowodu z opinii biegłego, kolejny termin rozprawy wyznaczany jest przez skład orzekający, w uzgodnieniu z Prezesem Izby, po sporządzeniu przez biegłego opinii. O nowym terminie rozprawy zawiadamia się strony i uczestników postępowania odwoławczego.

6. Opinia uzupełniająca. Skład orzekający może zażądać od biegłego złożenia opinii uzupełniającej, która może być sporządzona według wyboru składu orzekającego Izby na piśmie lub ustnie do protokołu. Jeżeli opinia uzupełniająca sporządzona została na piśmie, Prezes Izby przesyła ją stronom oraz uczestnikom postępowania przed wyznaczeniem terminu odroczonej rozprawy. Celem powyższego zapisu jest umożliwienie tym podmiotom zapoznania się z treścią opinii uzupełniającej przed rozprawą, co wspiera efektywność postępowania i umożliwia przygotowanie się do zajęcia stanowiska w przedmiocie treści tej opinii i dyskusji na temat treści opinii na planowanej rozprawie. W przypadku opinii uzupełniającej na piśmie, odpowiednie zastosowanie ma art. 539 ust. 5 zd. pierwsze Pzp, co oznacza, że jeżeli rozprawa została odroczona w celu sporządzenia opinii uzupełniającej, to nowy termin rozprawy zostanie wyznaczony przez skład orzekający Izby, w uzgodnieniu z Prezesem Izby, po sporządzeniu przez biegłego opinii uzupełniającej.

Opinia uzupełniająca może mieć również formę ustną, wtedy jej treść utrwala się w protokole rozprawy.

7. Wyłączenie biegłego. Regulacje dotyczące wyłączenia biegłego zawiera art. 539 ust. 7 Pzp. Wyłączenia biegłego może żądać:

1) strona, czyli zamawiający lub odwołujący,
2) uczestnik postępowania odwoławczego, czyli przystępujący do postępowania odwoławczego.

Można żądać wyłączenia biegłego z przyczyn, z jakich można żądać wyłączenia członka składu orzekającego. Zgodnie z art. 491 ust. 1 Pzp, który reguluje przesłanki wyłączenia członka składu orzekającego KIO na wniosek, wyłączenie następuje, jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające wyłączenie członka, w szczególności gdy zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

Wniosek o wyłączenie biegłego może zostać złożony do momentu ukończenia czynności biegłego. Najwcześniejszym momentem, w którym wniosek taki może być złożony jest moment powołania konkretnego biegłego, bowiem z tą chwilą strony i uczestnicy postępowania uzyskują wiedzę, kto będzie sporządzał opinię. Wniosek o wyłączenie biegłego powinien zostać złożony przed rozpoczęciem przez niego czynności. Jeżeli wniosek zostanie złożony po rozpoczęciu przez biegłego czynności, składający wniosek musi uprawdopodobnić, że przyczyna wyłączenia, na którą powołuje się we wniosku, powstała po rozpoczęciu przez biegłego czynności lub że przedtem nie była wnioskodawcy znana.

O wyłączeniu biegłego rozstrzyga skład orzekający, który rozpoznaje sprawę. Zasadą jest, że przed wydaniem rozstrzygnięcia w tej kwestii skład orzekający przesłuchuje wnoszącego wniosek i biegłego. Odstępstwo od tej zasady jest możliwe tylko w sytuacji, w której wysłuchanie tych podmiotów mogłoby doprowadzić do nadmiernej zwłoki w postępowaniu.

8. Wynagrodzenie biegłego. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie za sporządzenie opinii w postępowaniu odwoławczym. Wysokość wynagrodzenia ustala się zgodnie z przepisami tytułu III działu 2 ustawy

o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Regulacje dotyczące wynagrodzenia biegłego znajdują się w art. 89–90b i art. 92 tej ustawy).

9. Koszty sporządzenia opinii przez biegłego. Wynagrodzenie biegłego i zwrot wydatków poniesionych przez biegłego podlegają rozliczeniu w ramach kosztów postępowania odwoławczego. Przypomnieć warto, że o kosztach postępowania odwoławczego Izba rozstrzyga, w zależności od stanu faktycznego sprawy, w wyroku lub w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze (art. 557 Pzp). Jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych objęte są wpisem (§ 5 pkt 1 lit. b rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego) i w postanowieniu w przedmiocie kosztów postępowania Izba rozliczy tylko wpis. Jeżeli natomiast dowód z opinii biegłego zostanie dopuszczony na wniosek strony lub uczestnika postępowania, to wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez biegłych wydatków zalicza się do kategorii uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, ewentualnie – w przypadkach przewidzianych przez Pzp – do kosztów uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania (§ 5 pkt 1 lit. c rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego). W takim przypadku koszty sporządzenia opinii biegłego rozliczone będą w ramach tej grupy kosztów (tj. uzasadnionych kosztów postępowania).

Art. 540.

1. W przypadku powołania dowodu z zeznań świadka przewodniczący składu orzekającego poucza świadka o prawie odmowy zeznań oraz odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Od świadka,

który ma składać zeznania, odbiera się przyrzeczenie, po pouczeniu go o znaczeniu tego aktu.

2. Świadkami nie mogą być:

1) osoby niezdolne do spostrzegania lub komunikowania swych spostrzeżeń;

2) wojskowi i urzędnicy niezwolnieni od zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone" lub „poufne" oraz osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli ich zeznanie miałoby być połączone z jej naruszeniem;

3) przedstawiciele ustawowi stron lub uczestników postępowania oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej legitymację do wniesienia odwołania.

3. Nikt nie ma prawa odmówić zeznań w charakterze świadka, z wyjątkiem małżonków stron lub uczestników postępowania, ich wstępnych, zstępnych i rodzeństwa oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osób pozostających ze stronami lub uczestnikami postępowania w stosunku przysposobienia. Prawo odmowy zeznań trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia.

4. Świadek może odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, jeżeli zeznanie mogłoby narazić jego lub osoby określone w ust. 3 na odpowiedzialność karną, dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową albo jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Duchowny może odmówić zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi.

5. Świadek ma prawo żądać zwrotu wydatków koniecznych, związanych ze stawiennictwem na rozprawę lub posiedzenie niejawne, a ponadto wynagrodzenia za utratę zarobku, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami tytułu III działu 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

1. Osoby, które nie mogą być świadkiem w postępowaniu odwoławczym. Art. 540 ust. 2 Pzp zawiera zamknięty katalog osób, które nie mogą być świadkiem w postępowaniu odwoławczym. Są to:

1) osoby niezdolne do spostrzegania lub komunikowania swoich spostrzeżeń,
2) wojskowi i urzędnicy niezwolnieni od zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone" lub „poufne" oraz osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli ich zeznanie miałoby być połączone z jej naruszeniem,
3) przedstawiciele ustawowi stron lub uczestników postępowania oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej legitymację do wniesienia odwołania.

2. Odmowa składania zeznań. Przepis art. 540 ust. 3 Pzp dotyczy prawa odmowy składania zeznań (tj. odmowy zeznawania w sprawie). Zasadą jest, że nikt nie ma prawa odmówić składania zeznań w charakterze świadka. Art. 540 ust. 3 Pzp przewiduje wyjątki od tej zasady, wskazując, że odmówić składania zeznań może:

1) małżonek strony lub uczestnika postępowania (prawo odmowy składania zeznań trwa po ustaniu małżeństwa),

2) wstępny strony lub uczestnika postępowania (np. rodzice, dziadkowie),
3) zstępny strony lub uczestnika postępowania (np. dzieci, wnuki),
4) rodzeństwo strony lub uczestnika postępowania (bracia, siostry, także przyrodni),
5) powinowaty strony lub uczestnika postępowania w tej samej linii lub stopniu jak w przypadku osób wskazanych w pkt 1–4 (powinowaci to krewni współmałżonka, np. teściowie, rodzeństwo współmałżonka),
6) osoby pozostające ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku przysposobienia (prawo odmowy składania zeznań trwa po rozwiązaniu stosunku przysposobienia).

3. Prawo odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie. Prawo odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczy sytuacji, w której osoba zeznaje jako świadek, jednak ustawa przyznaje jej prawo do odmowy udzielenia odpowiedzi na zadane w toku przesłuchania pytanie. Świadek może zatem odmówić odpowiedzi na pytanie:

1) jeżeli zeznanie mogłoby narazić go na:
   a. odpowiedzialność karną,
   b. dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową;
2) jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej (może to być np. tajemnica: lekarska, adwokacka, radcowska, notarialna, wynikająca z ustawy o doradcach podatkowych);
3) jeżeli zeznanie mogłoby narazić osoby określone w art. 540 ust. 3 Pzp (tj. małżonka, wstępnych, zstępnych i rodzeństwo świadka oraz powinowatych świadka w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostające ze świadkiem w stosunku przysposobienia) na:

a. odpowiedzialność karną,
b. dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową;

4) jeżeli jest duchownym – co do faktów powierzonych mu na spowiedzi (w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że dotyczy to duchownych kościołów i związków wyznaniowych uznanych w Rzeczypospolitej Polskiej).

4. Obowiązek pouczenia świadka. Zgodnie z art. 540 ust. 1 Pzp przewodniczący składu orzekającego poucza świadka o:

1) prawie odmowy składania zeznań;
2) odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

5. Odpowiedzialność świadka za składanie fałszywych zeznań. Składanie fałszywych zeznań jest przestępstwem, o którym mowa w art. 233 Kk. Pouczenie świadka o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań jest warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, która jako świadek składa fałszywe zeznania. Zasadą jest, że przed złożeniem zeznań świadek składa przyrzeczenie, uprzednio pouczony przez przewodniczącego składu orzekającego o znaczeniu przyrzeczenia. Rotę przyrzeczenia zawiera § 29 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Przyrzeczenia nie składają osoby skazane prawomocnym wyrokiem za fałszywe zeznania. Zgodnie z § 29 ust. 2 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań świadek może być za zgodą stron oraz uczestników postępowania odwoławczego zwolniony przez skład orzekający Izby od złożenia przyrzeczenia. Należy podkreślić, że tylko zgoda wszystkich stron i wszystkich uczestników postępowania umożliwia zwolnienie świadka od złożenia przyrzeczenia. Jeżeli chociaż jeden z tych podmiotów nie wyrazi zgody na zwolnienie od złożenia przyrzeczenia, świadek musi złożyć przyrzeczenie.

6. Przebieg przesłuchania świadka. Przebieg przesłuchania świadka uregulowany jest w § 28–30 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Świadek może być przesłuchany na rozprawie oraz na posiedzeniu niejawnym. Dopuszczalne jest także złożenie zeznań przez świadka na piśmie, jeżeli skład orzekający tak postanowi.
Przed przesłuchaniem świadka sprawdza się jego dane osobowe na podstawie dowodu osobistego lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość, co podlega odnotowaniu w protokole. Jeżeli świadek nie posiada przy sobie dowodu lub dokumentu stwierdzającego tożsamość, o tym, czy osoba ta zostanie przesłuchana, decyduje przewodniczący składu orzekającego. Informacja o braku dokumentów jest odnotowywana w protokole. Przed przystąpieniem do składania zeznań świadek jest pouczany o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań i o prawie odmowy składania zeznań. Jeżeli świadek składa przyrzeczenie, odbiera się od świadka przyrzeczenie, po czym następuje przesłuchanie, które rozpoczyna się od zadania świadkowi pytań dotyczących jego osoby oraz stosunku do stron postępowania. W pierwszej kolejności pytania świadkowi zadaje skład orzekający, a następnie pytania świadkowi mogą zadawać strony i uczestnicy postępowania odwoławczego według kolejności wskazanej w § 30 ust. 2 rozporządzenia (pierwsza pytania zadaje strona lub uczestnik, która wnioskowała o przeprowadzenie dowodu).
Jeżeli świadek jest osobą niemą lub głuchą, składa zeznania na piśmie lub przy pomocy biegłego. Jeżeli świadek nie włada dostatecznie językiem polskim, składa zeznania przy udziale tłumacza.
Przewodniczący składu może uchylić zadane świadkowi pytanie, jeżeli uzna je za niewłaściwe lub zbyteczne, w tym gdy nie ma związku ze sprawą lub gdy nie dotyczy ustalenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zeznania świadka są utrwalane w protokole. Jeżeli sporządzany jest tylko protokół pisemny, świadkowi odczytuje się jego zeznania z protokołu i na podstawie uwag świadka zeznanie jest uzupełniane lub prostowane. Jeżeli świadek składa zeznania na piśmie, składa przyrzeczenie przez podpisanie tekstu przyrzeczenia. Skład orzekający wyznacza termin złożenia zeznań, a świadek jest zobowiązany do złożenia tekstu zeznania w tym terminie. Do złożenia treści zeznań stosuje się art. 508 Pzp, który reguluje sposób wnoszenia pism w postępowaniu odwoławczym.

7. Zwrot wydatków świadka. Zgodnie z art. 540 ust. 5 Pzp świadek ma prawo żądać:

1) zwrotu wydatków koniecznych, związanych ze stawiennictwem na rozprawę lub posiedzenie niejawne (np. koszty dojazdu do KIO),
2) wynagrodzenia za utratę zarobku w wysokości ustalonej zgodnie z art. 86 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[8].

8. Koszty przesłuchania świadka. Koszty wynikające z przesłuchania świadka podlegają rozliczeniu w ramach kosztów postępowania odwoławczego.

---

[8] Art. 86 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych**:** 1. Świadkowi przysługuje zwrot zarobku lub dochodu utraconego z powodu stawiennictwa na wezwanie sądu. 2. Wynagrodzenie za utracony zarobek lub dochód za każdy dzień udziału w czynnościach sądowych przyznaje się świadkowi w wysokości jego przeciętnego dziennego zarobku lub dochodu. W przypadku świadka pozostającego w stosunku pracy przeciętny dzienny utracony zarobek oblicza się według zasad obowiązujących przy ustalaniu należnego pracownikowi ekwiwalentu pieniężnego za urlop. 3. Górną granicę należności, o których mowa w ust. 2, stanowi równowartość 4,6% kwoty bazowej dla osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, której wysokość, ustaloną według odrębnych zasad, określa ustawa budżetowa. W przypadku gdy ogłoszenie ustawy budżetowej nastąpi po dniu 1 stycznia roku, którego dotyczy ustawa budżetowa, podstawę obliczenia należności za okres od 1 stycznia do dnia ogłoszenia ustawy budżetowej stanowi kwota bazowa w wysokości obowiązującej w grudniu roku poprzedniego. 4. Utratę zarobku lub dochodu, o których mowa w ust. 1, oraz ich wysokość świadek powinien należycie wykazać.

Należy je zakwalifikować, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie kosztów postępowania odwoławczego, do grupy „kosztów przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego". Przypomnieć warto, że o kosztach postępowania odwoławczego Izba rozstrzyga, w zależności od stanu faktycznego sprawy, w wyroku lub w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze (art. 557 Pzp). Jeżeli dowód z zeznań świadka został dopuszczony przez Izbę z urzędu, to koszty wynikające z przeprowadzenia tego dowodu objęte są wpisem (§ 5 pkt 1 lit. c rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego) i w postanowieniu w przedmiocie kosztów postępowania Izba rozliczy tylko wpis. Jeżeli natomiast dowód z zeznań świadka zostanie dopuszczony na wniosek strony lub uczestnika postępowania, to koszty wynikające z przeprowadzenia tego dowodu zalicza się do kategorii uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, ewentualnie – w przypadkach przewidzianych przez Pzp – do kosztów uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania (§ 5 pkt 2 lit. d rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego). W takim przypadku koszty przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka rozliczone będą w ramach tej grupy kosztów (tj. uzasadnionych kosztów postępowania).

Art. 541.

Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

1. Odmowa przeprowadzenia dowodu. Zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Jest to jedna z naczelnych zasad postępowania odwoławczego, nakładająca na strony i uczestników postępowania obowiązek dowodzenia. Szczególną regulację dotyczącą rozkładu ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, określa art. 537 Pzp. Zgłoszone przez strony i uczestników postępowania wnioski dowodowe podlegają ocenie Izby, m.in. pod kątem oceny przydatności dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazać w tym miejscu należy na treść art. 531 Pzp, który stanowi, że przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Na podstawie komentowanego przepisu KIO odmawia przeprowadzenia dowodu, jeżeli:

1) fakty będące przedmiotem wnioskowanych dowodów zostały już stwierdzone innymi dowodami lub
2) gdy wnioskowane dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Celem powyższej regulacji jest zapewnienie szybkości i ekonomiki postępowania odwoławczego.

Art. 542.

1. Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

2. Izba ocenia na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego dowodu lub przeszkodom stawianym przez nich w jego przeprowadzeniu wbrew zobowiązaniu Izby.

1. Ocena przez KIO materiału dowodowego. Izba dokonuje swobodnej oceny dowodów, oceniając je według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Izba

ma obowiązek ocenić całokształt zebranego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego, tj. materiału, który został zebrany od wszczęcia postępowania odwoławczego do zamknięcia rozprawy.
Na podstawie zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego Izba ustala stan faktyczny sprawy, który następnie stanie się podstawą wydanego w sprawie orzeczenia. W sytuacji, w której strona lub uczestnik postępowania:

1) odmówią przedstawienia dowodu lub
2) będą utrudniali przeprowadzenie dowodu, wbrew zobowiązaniu ze strony Izby,

Izba dokona oceny takiego zachowania w kontekście oceny stanu faktycznego sprawy, według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena przez Izbę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jest niezwykle istotnym elementem orzekania. Musi ona znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści pisemnego uzasadnienia wyroku. Zgodnie bowiem z treścią art. 559 ust. 2 Pzp uzasadnienie wyroku zawiera m.in. wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej. Powyższe umożliwia poddanie kontroli instancyjnej prawidłowości wydanego w sprawie wyroku, m.in. w zakresie dokonanej przez Izbę oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Art. 543.

W przypadku zawarcia umowy Izba może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia przesłanek unieważnienia

umowy, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy.

1. Zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (zob. art. 577 Pzp), chyba że zakaz zawarcia umowy został uchylony przez Izbę (zob. art. 578 Pzp). Jeżeli zamawiający naruszy zakaz zawarcia umowy, w przypadku uwzględnienia odwołania i jeżeli ziszczą się dodatkowe przesłanki, KIO może:

1) unieważnić umowę w całości,
2) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową,
3) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, jeżeli utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

2. Postępowanie wyjaśniające w przypadku zawarcia umowy. Z uwagi na kompetencje KIO, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta, Izba może prowadzić postępowanie wyjaśniające, którego celem jest ustalenie:

1) przesłanek unieważnienia umowy,
2) nałożenia kary finansowej albo
3) skrócenia obowiązywania umowy.

3. Przesłanki unieważnienia umowy. Przesłanki unieważnienia umowy określa art. 457 ust. 1 Pzp. Zasady nałożenia **kary finansowej**

określają przepisy art. 563–564 Pzp. Przesłankę do **skrócenia okresu obowiązywania umowy** określa art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c.

KIO przy stosowaniu art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp, tj. przy unieważnieniu umowy, nałożeniu kary finansowej lub skróceniu obwiązywania umowy zobowiązana jest do uwzględnienia wszystkich istotnych okoliczności, w tym:

1) powagi naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp,
2) zachowania zamawiającego,
3) konsekwencji unieważnienia umowy (zob. art. 554 ust. 4 Pzp).

W świetle powyższego również te kwestie mogą być objęte postępowaniem wyjaśniającym.

4. Zakaz unieważnienia umowy. Zgodnie z art. 554 ust. 7 Pzp KIO nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej. Wobec powyższego, jeżeli okoliczności stanu faktycznego sprawy tego wymagają, w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego przesłanek unieważnienia umowy badaniem mogą być objęte również te kwestie.

5. Brak postępowania wyjaśniającego. Postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 543 Pzp, nie będzie prowadzone w sytuacji, w której umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, bowiem w takim przypadku, uwzględniając odwołanie, KIO nie ma możliwości unieważnienia umowy, nałożenia kary finansowej ani skrócenia okresu obowiązywania umowy (zob. art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp).

6. Postępowanie wyjaśniające z urzędu. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 534 ust. 2 Pzp Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Art. 536 Pzp przyznaje składowi orzekającemu Izby kompetencję do zobowiązania stron oraz uczestników postępowania

odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Wskazane przepisy dają podstawę do przeprowadzania przez Izbę postępowania wyjaśniającego z urzędu w zakresie wskazanych wyżej okoliczności.

Oddział 7
Rozpoznanie odwołania

Art. 544.

1. Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby.

2. Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego.

3. Termin rozprawy wyznacza Prezes Izby.

4. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy tryb postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym, tryb postępowania z wniesionym odwołaniem, oraz sposób przygotowania rozprawy, mając na względzie potrzebę zapewnienia sprawnej organizacji rozprawy, szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozprawy.

1. Termin rozpoznania odwołania. Art. 544 ust. 1 Pzp określa termin rozpoznania odwołania, wskazując, że KIO rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi KIO. Termin ten ma charakter instrukcyjny. Jego przekroczenie nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji w postępowaniu, w szczególności nie skutkuje

brakiem możliwości rozstrzygnięcia sprawy (wydania orzeczenia), nie powoduje również, że orzeczenie KIO jest z tego powodu nieprawidłowe, nieważne czy nieskuteczne.

2. Rozpoznanie odwołania. Zasadą jest, że odwołanie rozpoznawane jest oddzielnie. Art. 544 ust. 2 Pzp wprowadza możliwość łącznego rozpoznania kilku odwołań. Dotyczy to sytuacji, w której:

1) odwołania zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub
2) dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego.

Powyższe rozwiązanie ma na celu zapewnienie szybkości i ekonomiki postępowania. O połączeniu odwołań do łącznego rozpoznania decyduje Prezes Izby w drodze zarządzenia. W przypadku połączenia odwołań do łącznego rozpoznania, wyznaczenie składu orzekającego do rozpoznania tych odwołań odbywa się pod sygnaturą akt pierwszego zarejestrowanego odwołania. Jeżeli zostanie wniesione kolejne odwołanie, które będzie podlegało łącznemu rozpoznaniu z odwołaniem, do którego wyznaczono skład orzekający, Prezes Izby kieruje je do rozpoznania składu orzekającego wyznaczonego do rozpoznania pierwszego odwołania (§ 12 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Jest to wyjątek od zasady alfabetycznego przydziału spraw, o której mowa w art. 488 ust. 2 pkt 1 Pzp. Do odwołań rozpoznawanych łącznie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rozpoznawania jednego odwołania (§ 15 ust. 3 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). W przypadku połączenia spraw do wspólnego rozpoznania na podstawie art. 544 ust. 2 Pzp KIO może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań (zob. art. 556 Pzp).

3. Termin rozprawy. Termin rozprawy wyznacza Prezes Izby (art. 544 ust. 3 Pzp). W następujących przypadkach rozprawa może być odroczona przez skład orzekający KIO:

1) z uwagi na konieczność sporządzenia przez biegłego opinii lub opinii uzupełniającej (zob. art. 539 ust. 5 Pzp),
2) z uwagi na niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ale tylko w przypadku braku dowodu skutecznego doręczenia zawiadomienia o terminie rozprawy (art. 549 ust. 3 Pzp),
3) z uwagi na konieczność przeprowadzenia dowodu, którego nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie albo z innych ważnych przyczyn (art. 550 ust. 1 Pzp).

We wszystkich tych przypadkach nowy termin rozprawy wyznaczany jest przez skład orzekający w uzgodnieniu z Prezesem Izby.

Przepis § 21 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wskazuje przypadki, w których rozprawa ulega odroczeniu i związane są one z przyczynami leżącymi po stronie składu orzekającego. Zgodnie z treścią tego przepisu rozprawa ulega odroczeniu w przypadku niestawienia się na rozprawę członka wyznaczonego składu orzekającego albo wyłączenia członka składu orzekającego od udziału w sprawie, albo z innych uzasadnionych przyczyn. Jeżeli rozprawa ulega odroczeniu w trybie tego przepisu, Prezes Izby zarządza zawiadomienie strony oraz uczestników postępowania o nowym terminie rozprawy. Zawiadomienie przekazuje się na co najmniej 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy – w przypadku zawiadomienia w formie pisemnej: za pośrednictwem operatora pocztowego albo za pośrednictwem posłańca, a w przypadku zawiadomienia w postaci elektronicznej:

na adres poczty elektronicznej, wskazany w odwołaniu lub pismach procesowych.

Jeżeli Prezes Izby poweźmie wiadomość o niestawiennictwie lub wyłączeniu od udziału członka wyznaczonego składu orzekającego, wyznacza nowego członka składu orzekającego. Jeżeli nowy członek składu orzekającego wyrazi zgodę na udział w rozprawie w terminie wyznaczonym, rozprawa nie ulega odroczeniu (§ 21 ust. 2 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Art. 545.

1. Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że ustawa stanowi inaczej.

2. Izba, na wniosek lub z urzędu, wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inna niż informacja niejawna. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników.

3. Izba, na wniosek lub z urzędu, może w niezbędnym zakresie ograniczyć stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawo 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.

1. Rozpoznanie odwołania na rozprawie. Zasadą jest rozpoznawanie odwołania na jawnej rozprawie. Jawność rozprawy oznacza, że wstęp na rozprawę mają nie tylko strony i uczestnicy postępowania, ich przedstawiciele i pełnomocnicy, ale także wszystkie zainteresowane

osoby, które biorą udział w rozprawie w charakterze publiczności. Wyjątki od powyższej zasady są zawarte w następujących przepisach:

1) art. 545 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym KIO może wyłączyć jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli spełnione zostaną przesłanki wskazane w tym przepisie,
2) art. 546 ust. 1 Pzp, który stanowi, że KIO rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna. Jeżeli jednak przemawia za tym ważny interes strony, KIO może postanowić o rozpoznaniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości (art. 546 ust.2 Pzp).

2. Wyłączenie jawności rozprawy przez KIO. Przepis art. 545 ust. 2 Pzp pozwala na wyłączenie przez KIO jawności rozprawy w całości lub w części.

W tym przypadku wyłączenie jawności może nastąpić:

1) na wniosek strony lub uczestnika postępowania,
2) z urzędu.

Wyłączenie jawności rozprawy na podstawie przepisu art. 545 ust. 2 Pzp jest możliwe w sytuacji, w której przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona **informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inna niż informacja niejawna.** Przykładem takiej tajemnicy może być tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnica lekarska, tajemnica bankowa, tajemnica skarbowa itp.

3. Ograniczenie dostępu do akt sprawy. Zasadą jest prawo dostępu stron i uczestników postępowania do akt sprawy odwoławczej, w szczególności do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy. Zgodnie z treścią art. 545 ust. 3 Pzp Izba może ograniczyć dostęp do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby

ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie innych przepisów niż informacja niejawna.

Powyższe ograniczenie dostępu może nastąpić:

1) na wniosek złożony przez stronę albo uczestnika postępowania lub
2) z urzędu.

Ograniczenie to może być dokonane w niezbędnym zakresie. Oznacza to, że musi być ono adekwatne do stanu faktycznego konkretnej sprawy, a o jego zakresie decyduje KIO.

Art. 546.

1. Izba rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna.

2. W przypadku określonym w ust. 1 Izba może postanowić o rozpoznaniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony.

1. Informacja niejawna w postępowaniu odwoławczym. Informacją niejawną jest informacja określona w art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zgodnie z treścią tego przepisu informacjami niejawnymi są informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania.

Z uwagi na ustawowy obowiązek ochrony informacji niejawnych KIO rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna. Jednak jeżeli przemawia za tym ważny interes strony, Izba może postanowić o rozpoznaniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono

w całości. Gdy odwołanie, którego dokumentacja zawiera informację niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, kierowane jest do rozpoznania, skład orzekający informuje Prezesa Izby o konieczności rozpoznania odwołania w warunkach umożliwiających przetwarzanie takich informacji na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych (§ 14 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). W praktyce oznacza to, że odwołanie rozpoznawane jest w sali rozpraw przeznaczonej do rozpoznawania tego typu spraw.

Art. 547.

W przypadku wniesienia odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, Prezes Urzędu, na wniosek Prezesa Izby, mając na uwadze zapewnienie ochrony informacji niejawnych, wskazuje miejsce rozpoznania odwołania przez Izbę.

1. Miejsce rozpoznawania odwołania. Co do zasady odwołania rozpoznawane są na salach rozpraw, znajdujących się w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej. Komentowany przepis zawiera szczególną regulację dla odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne. W takim przypadku Prezes KIO zwraca się z wnioskiem do Prezesa UZP o wskazanie miejsca rozpoznania takiego odwołania. W praktyce odwołania takie rozpoznaje się w specjalnie do tego przeznaczonej sali rozpraw.

Oddział 8
Rozprawa

Art. 548.

W rozprawie strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, którzy nie władają językiem polskim, biorą udział przy udziale tłumacza.

1. Udział tłumacza w rozprawie. Postępowanie odwoławcze prowadzone jest w języku polskim (art. 506 ust. 1 Pzp). Z uwagi na powyższe strona oraz uczestnik postępowania, którzy nie władają językiem polskim, biorą udział w rozprawie przy udziale tłumacza. Tłumacz nie musi być tłumaczem przysięgłym.

Art. 549.

1. 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.

2. Po otwarciu rozprawy przewodniczący składu orzekającego 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.

3. W przypadku niestawiennictwa strony lub uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie i braku dowodu skutecznego doręczenia zawiadomienia o terminie rozprawy, przewodniczący składu

orzekającego odracza rozprawę i wyznacza, w uzgodnieniu z Prezesem Izby, nowy termin rozprawy.

4. Niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

1. Uwagi ogólne. Rozprawę prowadzi przewodniczący składu orzekającego, co oznacza, że przewodniczący kieruje przebiegiem rozprawy. Przewodniczący składu w szczególności:

1) otwiera rozprawę,
2) zarządza przerwy w rozprawie,
3) udziela głosu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego,
4) zadaje pytania,
5) umożliwia zadawanie pytań członkom składu orzekającego,
6) podaje brzmienie zapisów do protokołu,
7) zamyka rozprawę,
8) ogłasza rozstrzygnięcie.

Odnośnie do wyznaczenia przewodniczącego składu orzekającego – zob. komentarz do art. 489 Pzp.

Warto przypomnieć, że mimo iż to przewodniczący kieruje przebiegiem rozprawy, to niektóre czynności w postępowaniu odwoławczym zastrzeżone są dla innych podmiotów. Przykładowo Prezes Izby wyznacza termin rozprawy (art. 544 ust. 3 Pzp) czy zarządza łączne rozpoznanie odwołań (art. 545 ust. 2 Pzp).

KIO rozpoznaje odwołanie w składzie:

1) trzyosobowym, jeśli odwołanie dotyczy zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne,

2) jednoosobowym, jeżeli odwołanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne.

Prezes KIO – jeżeli uzna to za wskazane ze względu na stopień zawiłości sprawy – może zarządzić rozpoznanie odwołania: w składzie jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne albo trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 487 ust. 1 i 2 Pzp). Odnośnie do zasad przydziału spraw i wyznaczania składu orzekającego – zob. art. 488 i 489 Pzp.

2. Przebieg rozprawy. Przewodniczący składu orzekającego w pierwszej kolejności sprawdza, czy strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego zostali **prawidłowo zawiadomieni o terminie rozprawy**. Jeżeli strona lub uczestnik postępowania nie stawili się na termin rozprawy, a zostali o nim prawidłowo zawiadomieni, to ich nieobecność nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Oznacza to, że pomimo ich nieobecności rozprawa odbędzie się i będą podejmowane czynności w toku postępowania odwoławczego.

Jeżeli strona lub uczestnik postępowania nie stawi się na rozprawę, a brak jest dowodu skutecznego doręczenia zawiadomienia o terminie rozprawy, przewodniczący składu orzekającego zobligowany jest do odroczenia rozprawy i wyznaczenia – w uzgodnieniu z Prezesem KIO – nowego terminu rozprawy. Przez brak dowodu skutecznego doręczenia zawiadomienia o rozprawie należy rozumieć sytuację, w której doręczenie było nieprawidłowe (nieskuteczne) lub gdy skład orzekający nie dysponował dowodem doręczenia zawiadomienia o terminie rozprawy.

Po otwarciu rozprawy przewodniczący składu orzekającego sprawdza również, czy osoby reprezentujące strony oraz uczestników postępowania

odwoławczego są **uprawnione do występowania** w ich imieniu. Oznacza to, że przewodniczący składu sprawdza, kto stawił się na rozprawę i weryfikuje, czy osoby te uprawnione są do występowania na rozprawie w imieniu strony lub uczestnika postępowania.

Szczegółowe regulacje dotyczące przebiegu rozprawy i kolejności podejmowania czynności na rozprawie zawiera rozporządzenie w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Poszczególne regulacje zawarte są w następujących przepisach tego rozporządzenia:

1) wywołanie sprawy przez protokolanta przed otwarciem rozprawy – § 22 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
2) usadzenie członków składu orzekającego (przewodniczący składu zajmuje miejsce środkowe za stołem, przy którym zasiada skład orzekający) i protokolanta, określenie miejsc, które na sali rozpraw zajmują strony i uczestnicy postępowania odwoławczego (odwołujący i uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie odwołującego – po prawej stronie składu orzekającego, zamawiający i uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego – po lewej stronie składu orzekającego) – § 23 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
3) referat przewodniczącego składu orzekającego, przedstawiający stan sprawy ze szczególnym uwzględnieniem zarzutów i żądań odwołania – § 25 ust. 1 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
4) udzielenie głosu stronom i uczestnikom postępowania (w pierwszej kolejności odwołujący, później zamawiający, w dalszej kolejności przystępujący do postępowania – odpowiednio po odwołującym

lub zamawiającym, w kolejności ustalonej przez przewodniczącego składu orzekającego) – § 25 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;

5) kolejność głosu w przypadku łącznego rozpoznawania odwołań – § 25 ust. 4 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
6) sposób przeprowadzenia dowodu z zeznań: świadka, biegłego, przesłuchania stron – § 28–30 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
7) udzielenie głosu przed zamknięciem rozprawy (w pierwszej kolejności odwołujący, następnie zamawiający, przystępujący do postępowania analogicznie jak w przypadku stanowisk na początku rozprawy) – § 31 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
8) wydanie orzeczenia przez skład orzekający po niejawnej naradzie po zamknięciu rozprawy – § 34 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Art. 550.

1. Skład orzekający może odroczyć rozprawę w celu przeprowadzenia dowodu, którego nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie albo z innych ważnych przyczyn, i wyznacza, w uzgodnieniu z Prezesem Izby, nowy termin rozprawy, z uwzględnieniem art. 539 ust. 5.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, przewodniczący składu orzekającego poucza strony oraz uczestników postępowania odwoławczego o obowiązku stawienia się w nowym terminie bez osobnego zawiadomienia. Nieobecne na rozprawie strony oraz

nieobecnych uczestników postępowania odwoławczego zawiadamia się o nowym terminie.

1. Odroczenie rozprawy w celu przeprowadzenia dowodu. Skład orzekający KIO może odroczyć rozprawę w celu przeprowadzenia dowodu:

1) którego nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie (art. 550 ust. 1 Pzp) albo
2) z innych ważnych przyczyn (art. 550 ust. 1 Pzp).

W takim przypadku przewodniczący składu orzekającego poucza obecne na rozprawie strony i uczestników postępowania o obowiązku stawienia się na nowym terminie rozprawy bez zawiadomienia. Oznacza to, że na nowym terminie rozprawy osoby te będą uznane za skutecznie i prawidłowo powiadomione o terminie tej rozprawy. W konsekwencji, jeżeli strona lub uczestnik postępowania nie stawią się na termin rozprawy, to ich nieobecność nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Pomimo ich nieobecności rozprawa odbędzie się i będą podejmowane czynności w toku postępowania odwoławczego.

Strony i uczestnicy postępowania, którzy byli nieobecni na rozprawie, otrzymają zawiadomienie o nowym terminie rozprawy.

Art. 551.

1. Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

2. Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

1. Zamknięcie rozprawy. Zamknięcie rozprawy jest bardzo istotnym momentem w postępowaniu odwoławczym. Po tym momencie nie jest możliwe m.in.:

1) zgłoszenie i przeprowadzenie dowodów (art. 535 Pzp),
2) uwzględnienie odwołania przez zamawiającego,
3) cofnięcie odwołania (art. 520 ust. 1 Pzp),
4) zgłoszenie wniosku dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego (art. 573 Pzp).

Rozprawę zamyka przewodniczący składu orzekającego. Z art. 551 ust. 1 Pzp wynika, że zamknięcie rozprawy następuje po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom. Warunkiem zamknięcia rozprawy jest uznanie przez KIO, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

2. Otwarcie rozprawy na nowo. Art. 551 ust. 2 Pzp przewiduje możliwość ponownego otwarcia rozprawy. Jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy po zamknięciu rozprawy ujawnione zostały okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Oczywiście rozprawa może być otwarta na nowo tylko w przypadku, gdy nie zostało ogłoszone przez Izbę orzeczenie w sprawie, tj. wyrok lub postanowienie.

Oddział 9
Orzeczenia Izby

Art. 552.

1. Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

2. Wyrok może być wydany jedynie przez skład orzekający, przed którym toczyło się postępowanie odwoławcze.

1. Podstawy wydania wyroku. Art. 552 ust. 1 Pzp jest niezwykle istotny dla wydania przez Izbę wyroku, a także dla oceny prawidłowości tej czynności. Wskazuje, jaki stan rzeczy KIO musi wziąć pod uwagę przy wydawaniu wyroku, a więc w pewien sposób określa „ramy" wyrokowania.

Podstawą wyroku może być tylko stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Pojęcie „stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego" oznacza stan rzeczy ustalony w ramach postępowania odwoławczego, w okresie od wniesienia odwołania do zamknięcia przez KIO rozprawy w sprawie. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na zmianę względem poprzednio obowiązujących przepisów. W art. 191 ust. 2 Pzp2004 wskazano, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Przepis art. 552 ust. 1 Pzp doprecyzował, że za podstawę wydania wyroku bierze się stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Nie ma już zatem wątpliwości interpretacyjnych i wiadome jest, że chodzi o postępowanie odwoławcze, a nie postępowanie w sprawie zamówienia publicznego.

Z art. 552 ust. 1 Pzp wynika zatem w szczególności, że:

1) wydając wyrok, KIO bierze pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku postępowania odwoławczego; podstawą wyroku nie mogą być okoliczności ujawnione po zamknięciu rozprawy ani ustalenia poczynione poza tokiem postępowania odwoławczego;
2) podstawą wyroku może być tylko materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania; nie może być to materiał dowodowy złożony po zamknięciu rozprawy czy materiał dowodowy, który nie został złożony w ramach postępowania odwoławczego;
3) wydając wyrok, KIO bierze pod uwagę stan prawny właściwy na dzień zamknięcia rozprawy.

2. Zasada niezmienności składu orzekającego. Przepis art. 552 ust. 2 Pzp wprowadza zasadę niezmienności składu orzekającego KIO, przejawiającą się w tym, że wyrok może wydać jedynie skład orzekający, przed którym prowadzone było postępowanie odwoławcze. W przypadku, w którym w trakcie trwania postępowania odwoławczego dojdzie do zmiany składu orzekającego, postępowanie musi być powtórzone.

Art. 553.

O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

1. Rodzaje orzeczeń Izby. Komentowany przepis wskazuje rodzaje rozstrzygnięć, jakie może wydać KIO. Zgodnie z jego treścią KIO wydaje wyroki oraz postanowienia.

2. Wyroki. Wyrokiem KIO rozstrzyga sprawę merytorycznie, tj. uwzględnia lub oddala odwołanie.

3. Postanowienia KIO. Izba wydaje postanowienia w tych przypadkach, w których nie wydaje wyroku, tj. gdy nie rozstrzyga sprawy co do meritum. Postanowienia KIO dzielą się na:

1) kończące postępowanie odwoławcze i
2) niekończące postępowania odwoławczego.

Postanowieniami KIO kończącymi postępowanie odwoławcze są:

1) postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 568 Pzp):
   a. wydawane w przypadku cofnięcia odwołania,
   b. wydawane w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne,
   c. o którym mowa w art. 522 Pzp;
2) postanowienie o odrzuceniu odwołania (art. 528 Pzp).

Postanowienia KIO niekończące postępowania odwoławczego to co do zasady postanowienia wpadkowe, wydawane w toku postępowania odwoławczego. Zalicza się do nich w szczególności:

1) postanowienie o uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji (art. 526 ust. 3 Pzp),
2) postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego (art. 539 ust. 1 Pzp).

Szczególnym rodzajem postanowienia jest postanowienie o zwrocie odwołania, które może być wydane przez Prezesa KIO, ale także przez skład orzekający KIO na zasadzie art. 519 ust. 4 w zw. z art. 519 Pzp. Wydanie tego postanowienia oznacza, że odwołanie nie zostanie rozpoznane, a zgodnie z art. 519 ust. 2 Pzp odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie Pzp wiąże z wniesieniem odwołania.

Szczególny charakter ma również postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy (zob. art. 577 Pzp). W sprawie takiego wniosku KIO rozstrzyga na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia (zob. art. 578 ust. 4 Pzp). KIO może również wydać postanowienie o umorzeniu postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku o uchylenia zakazu zawarcia umowy, co ma miejsce w przypadkach określonych w art. 578 ust. 5 Pzp.

4. Zaskarżalność orzeczeń KIO. Co do zasady na orzeczenie KIO stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Odnośnie do dopuszczalności skargi – zob. art. 579 ust. 1 Pzp z komentarzem.

5. Treść orzeczenia Izby. Przepis § 37 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wymienia obowiązkowe elementy orzeczenia Izby. Orzeczenie zawiera:

1) rodzaj orzeczenia (wyrok, postanowienie),

2) miejsce i datę wydania,
3) wskazanie składu orzekającego, protokolanta, stron oraz uczestników postępowania odwoławczego,
4) w przypadku wyroku – rozstrzygnięcie, o którym mowa w art. 544 ust. 2 i 3 Pzp,
5) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego,
6) pouczenie o możliwości wniesienia skargi do sądu.

Orzeczenie podpisuje skład orzekający.

Art. 554.

1. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;

2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

2. W przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

3. Uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa nie została zawarta:
   a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
   b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
   c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy, albo

2) jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1:

a) unieważnić umowę albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albo

3) jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

4. Izba, orzekając na podstawie ust. 3 pkt 2, uwzględnia wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy lub jej postanowienia.

5. Ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnieniaw wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.

6. Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

7. Izba nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.

1. Rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności odwołania. O oddaleniu lub uwzględnieniu odwołania Izba orzeka tylko w wyroku (art. 553 Pzp).

2. Uwzględnienie odwołania. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców (art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp),
2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów prawa (art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Z treści art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika, że dla uwzględnienia odwołania nie jest wystarczające jedynie stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Stwierdzone naruszenie musi być tego rodzaju, że:

1) miało lub
2) może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Na podstawie art. 513 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest wniesienie odwołania na projektowane postanowienie umowy. Przesłanką uwzględnienia takiego odwołania jest stwierdzenie przez Izbę niezgodności zaskarżonego projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów Pzp.

Izba może uwzględnić odwołanie:

1) w całości lub
2) w części.

W przypadku gdy odwołanie zostanie przez Izbę uwzględnione w części, Izba zobowiązana jest do wskazania w sentencji wyroku, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione. Przepis ten ma praktyczne znaczenie w kontekście wymogów formalnych skargi na orzeczenie KIO, korespondując z art. 581 Pzp, który wymaga m.in. wskazania, czy orzeczenie Izby zaskarżone jest w całości, czy też w części oraz wskazania zaskarżonej części orzeczenia KIO.

3. Treść wyroku Izby w przypadku uwzględnienia odwołania. Art. 554 Pzp określa, jaki wyrok może wydać KIO w przypadku uwzględnienia odwołania. Treść rozstrzygnięcia zależy od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta, a jeśli tak, to czy została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, czy też wbrew przepisom Pzp. Zgodnie z treścią art. 577 Pzp zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Typowa będzie zatem sytuacja, w której Izba będzie orzekała w stanie faktycznym, w którym umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie zawarta. Jeżeli zakaz zawarcia umowy zostanie uchylony w trybie art. 578 ust. 2 Pzp, KIO będzie orzekała w stanie faktycznym, w którym umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp. Jeżeli zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 577 Pzp, bez uprzedniego uchylenia tego zakazu w trybie art. 578 ust. 2 Pzp, Izba będzie orzekała w stanie faktycznym, w którym umowa została zawarta wbrew przepisom Pzp.

4. Wskazanie, czego Izba nie może nakazać. Art. 554 ust. 6 Pzp wskazuje, jakich rozstrzygnięć Izba nie może wydać w sytuacji uwzględnienia odwołania, a mianowicie Izba nie może nakazać:

1) zawarcia umowy lub
2) wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści.

5. Dopuszczalna treść wyroku Izby w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli umowa nie została zawarta. Jeżeli umowa nie została zawarta, Izba może nakazać:

1) wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego (art. 554 ust. 3 pkt 1 lit a Pzp),
2) unieważnienie czynności zamawiającego (art. 554 ust. 3 pkt 1 lit b Pzp),
3) zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c Pzp).

6. Dopuszczalne rozstrzygnięcia Izby w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp. Jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp).

7. Dopuszczalna treść wyroku Izby w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach niedopuszczonych w Pzp. Dopuszczalną treść wyroku Izby w tym przypadku określa art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp. Przepis ten ma zastosowanie:

1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta wbrew zakazowi z art. 577 Pzp,
2) jeżeli Izba nie uchyliła zakazu zawarcia umowy (art. 578 ust.2 Pzp)

oraz gdy zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Przepis art. 457 ust. 1 Pzp reguluje przesłanki unieważnienia umowy, które zachodzą, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w BZP albo przekazania UPUE 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,
2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577 Pzp, jeżeli uniemożliwiło to KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy,
3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2 Pzp,
4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 Pzp udzielił zamówienia objętego umową ramową,
5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Jeżeli zatem umowa została zawarta wbrew przepisom Pzp oraz zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w art. 457 ust. 1 Pzp, uwzględniając odwołanie, KIO może:

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

Unieważnienie umowy, o którym mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a Pzp, dotyczy unieważnienia całej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy ma skutek taki, jakby umowa ta nigdy nie została pomiędzy stronami zawarta.

Zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp KIO może unieważnić umowę w części zobowiązań niewykonanych i nałożyć na zamawiającego karę finansową. Nałożenie kary finansowej na podstawie tego przepisu może mieć miejsce w szczególności w sytuacji, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu.

Unieważnienie umowy w tym przypadku odnosi się tylko do zobowiązań niewykonanych. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp KIO może nałożyć na zamawiającego karę finansową **albo** orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy. Skrócenie okresu obowiązywania umowy dotyczy sytuacji, w której Izba stwierdzi, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

8. Ważny interes publiczny. Pzp nie definiuje pojęcia „ważnego interesu publicznego", o którym mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp; ocena w tym zakresie należy do Izby. Pzp jedynie przykładowo wskazuje, że ważny interes publiczny może dotyczyć w szczególności dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Pzp precyzuje jednak w art. 554 ust. 5 Pzp, że ważnego interesu publicznego nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności:

1) konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia,
2) wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia,
3) udzielenie zamówienia innemu wykonawcy,

4) zobowiązania prawne związane z unieważnieniem umowy.

Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.

Z uwagi na restrykcyjny charakter rozstrzygnięć, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp, orzekając na podstawie tego przepisu, KIO zobowiązane jest do uwzględnienia:

1) wszystkich istotnych okoliczności,
2) powagi naruszenia,
3) zachowania zamawiającego,
4) konsekwencji unieważnienia umowy lub postanowienia umowy.

9. Zakaz unieważnienia umowy. Pomimo że w danym stanie faktycznym zachodziłyby przesłanki do unieważnienie umowy, KIO nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej (art. 554 ust. 7 Pzp).

10. Nakładanie przez Izbę kar finansowych. Wysokość i zasady nakładania przez Izbę kary finansowej reguluje art. 563 Pzp i art. 564 Pzp.

Art. 555.

Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

1. Zakaz orzekania co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 Pzp odwołanie musi zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów. Precyzyjne sformułowanie zarzutów i ich należyte uzasadnienie jest bardzo ważne, bowiem w świetle

art 555 Pzp KIO jest związana zarzutami wskazanymi w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym KIO rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów, które zostały zgłoszone w odwołaniu. Nie jest możliwe zgłoszenie nowych zarzutów w dalszym toku postępowania odwoławczego (po upływie terminu do wniesienia odwołania) czy też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania, np. w piśmie czy na rozprawie. Takie zarzuty nie zostaną przez KIO rozpoznane. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów Pzp niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego.

2. Zakres żądania odwołania. Należy podkreślić, że KIO jest związana zarzutami odwołania, jednak nie jest związana żądaniem odwołania. Katalog dopuszczalnych orzeczeń KIO w poszczególnych stanach faktycznych zawiera przepis art. 554 Pzp.

Art. 556.

W przypadku, o którym mowa w art. 544 ust. 2, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań.

1. Łączne rozpoznanie odwołań. Zgodnie z art. 544 ust. 2 Pzp Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez KIO, jeżeli:

1) odwołania zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub
2) dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego.

Do odwołań rozpoznawanych łącznie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące jednego odwołania (§ 15 ust. 3 rozporządzenia w sprawie

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Kwestię kolejności udzielania głosu stronom na rozprawie w przypadku łącznego rozpoznawania odwołań reguluje § 25 ust. 4 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. W przypadku połączenia spraw do wspólnego rozpoznania KIO może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań. Oznacza to, że rozstrzygnięcia dotyczące każdego z odwołań, mimo że od siebie niezależne, zawarte będą w jednym orzeczeniu.

Art. 557.

W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

1. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego KIO rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego w:

1) wyroku,
2) postanowieniach kończących postępowanie odwoławcze, do których zalicza się:
   a. postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 568 Pzp), wydawane w przypadku: cofnięcia odwołania, stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, o którym mowa w art. 522 Pzp,
   b. postanowienia o odrzuceniu odwołania (art. 528 Pzp).

Szczególnym rodzajem postanowienia wydawanym przez Izbę lub Prezesa Izby jest postanowienie o zwrocie odwołania, w którym zawiera się rozstrzygnięcie dotyczące wpisu od odwołania. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego może być przedmiotem skargi do sądu zamówień publicznych.

2. Regulacje dotyczące kosztów postępowania odwoławczego. Pzp zawiera ogólne regulacje dotyczące kosztów postępowania odwoławczego – w Dziale IX, Rozdziale 2, Oddziale 11 Pzp (art. 573-576 Pzp). Szczegółowe regulacje dotyczące kosztów postępowania zawiera rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Rozporządzenie to określa:

1) wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania,
2) szczegółowe rodzaje kosztów postępowania odwoławczego,
3) limit kosztów poniesionych na wynagrodzenie oraz wydatki pełnomocnika,
4) szczegółowe warunki ponoszenia kosztów,
5) sposób rozliczania kosztów przez KIO.

Art. 558.

1. Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy, na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia orzeczenia.

2. W sprawie zawiłej Izba może odroczyć ogłoszenie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. W postanowieniu o odroczeniu ogłoszenia orzeczenia Izba wyznacza termin jego ogłoszenia. Jeżeli ogłoszenie było odroczone, może go dokonać przewodniczący składu orzekającego albo wyznaczony przez Prezesa Izby członek składu orzekającego.

1. Ogłoszenie orzeczenia. Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, jeżeli KIO uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona (zob. art. 551 ust. 1 Pzp). Zasadą jest, że ogłoszenie orzeczenia w sprawie następuje po zamknięciu rozprawy. Przez ogłoszenie orzeczenia należy rozumieć

wygłoszenie sentencji orzeczenia. KIO podaje także ustne motywy zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia, tj. wskazuje na kwestie, które uzasadniają wydanie orzeczenia o ogłoszonej treści. W sprawie zawiłej ogłoszenie orzeczenia może zostać przez KIO odroczone. Maksymalny termin odroczenia ogłoszenia orzeczenia to 5 dni. Odroczenie ogłoszenia orzeczenia następuje w formie postanowienia, w którym określa się, na jaki czas odroczono ogłoszenie orzeczenia. W przypadku odroczenia ogłoszenia orzeczenia orzeczenie może być ogłoszone przez przewodniczącego składu KIO albo przez wyznaczonego przez Prezesa KIO członka składu orzekającego. Zasadą jest, że ogłoszenie orzeczenia odbywa się na posiedzeniu jawnym. Nieobecność stron na tym posiedzeniu nie wstrzymuje ogłoszenia orzeczenia.

2. Uzasadnienie orzeczenia. Wskazać także należy, że w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia Izba z urzędu sporządza pisemne uzasadnienie orzeczenia (zob. art. 559 Pzp).

Data ogłoszenia orzeczenia jest datą wydania orzeczenia. Od tego momentu liczy się termin do wniesienia skargi na orzeczenie Izby dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zob. art. 580 ust. 4 Pzp).

Art. 559.

1. Izba z urzędu sporządza uzasadnienie orzeczenia w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia.

2. Uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

1. Pisemne uzasadnienie orzeczenia. Po ogłoszeniu orzeczenia w sprawie KIO sporządza pisemne uzasadnienie tego orzeczenia. Uzasadnienie pisemne sporządzane jest z urzędu, zatem nie jest konieczne złożenie wniosku w tym przedmiocie.

Pisemne uzasadnienie orzeczenia sporządza się w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia. Termin ten ma charakter instrukcyjny. Jego przekroczenie nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji procesowych, w szczególności nie uniemożliwia jego sporządzenia oraz nie powoduje, że orzeczenie KIO jest z tego powodu nieprawidłowe, nieważne czy nieskuteczne. Orzeczenie i jego pisemne uzasadnienie sporządza przewodniczący składu orzekającego. Jeżeli sporządzenie pisemnego uzasadnienia przez przewodniczącego składu orzekającego nie jest możliwe lub napotyka przeszkody, których czasu trwania nie można przewidzieć, na zarządzenie Prezesa Izby uzasadnienie sporządza inny członek składu orzekającego, który brał udział w wydaniu orzeczenia. Jeżeli sporządzenie pisemnego uzasadnienia nie jest możliwe, Prezes Izby czyni o tym fakcie wzmiankę w aktach sprawy (§ 38 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Pisemne uzasadnienie orzeczenia utrwala się w formie wydruku komputerowego lub pismem maszynowym (§ 39 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Pisemne uzasadnienie orzeczenia doręcza się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego (zob. art. 560 Pzp).

2. Treść pisemnego uzasadnienia. Przepis art. 558 ust. 2 Pzp wymienia obligatoryjne elementy pisemnego uzasadnienia wyroku, którymi są:

1) wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które KIO uznała za udowodnione,
2) wskazanie dowodów, na których KIO się oparła,

3) wskazanie przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej,
4) wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 560.

Odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem doręcza się stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom niezwłocznie po sporządzeniu uzasadnienia.

1. Doręczenie odpisu orzeczenia KIO wraz z uzasadnieniem. KIO z urzędu sporządza uzasadnienie wydanego w sprawie orzeczenia (zob. art. 559 ust. 1 Pzp).

Nie jest wymagane złożenie wniosku o przesłanie odpisu wyroku z uzasadnieniem. KIO przesyła wyrok z uzasadnieniem do stron i uczestników postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników, z urzędu, niezwłocznie po sporządzeniu uzasadnienia. Od doręczenia orzeczenia KIO z uzasadnieniem rozpoczyna bieg termin do wniesienia skargi od tego orzeczenia.

2. Oryginał orzeczenia. Oryginał orzeczenia wraz z uzasadnieniem pozostawia się w aktach postępowania. Do stron i uczestników postępowania przesyła się odpisy orzeczenia z uzasadnieniem. Na odpisie znajduje się adnotacja o zgodności odpisu wyroku z oryginałem, a zgodność odpisu z oryginałem stwierdza Prezes Izby (§ 37 ust. 4 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Art. 561.

1. Izba może sprostować, na wniosek lub z urzędu, w drodze postanowienia, błędy pisarskie albo rachunkowe lub inne oczywiste

omyłki popełnione w orzeczeniu. W takim przypadku przewodniczący składu orzekającego umieszcza na oryginale orzeczenia wzmiankę o jego sprostowaniu. Prezes Izby doręcza niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom odpisy sprostowanego orzeczenia wraz z odpisem postanowienia o sprostowaniu.

2. Wniosek o sprostowanie orzeczenia może złożyć strona lub uczestnik postępowania odwoławczego.

1. Sprostowanie omyłek popełnionych w orzeczeniu. Art 561 Pzp dotyczy wyroków i postanowień. Sprostowaniu podlegają:

1) błędy pisarskie,
2) błędy rachunkowe,
3) inne oczywiste omyłki popełnione w orzeczeniu.

Inne niż wskazane wyżej błędy w orzeczeniach nie podlegają sprostowaniu. Sprostowanie może nastąpić:

1) z urzędu lub
2) na wniosek, który może złożyć:
   - strona albo
   - uczestnik postępowania odwoławczego.

Sprostowanie orzeczenia następuje w formie postanowienia KIO.
Na postanowienie o sprostowaniu nie przysługuje skarga, ponieważ orzeczenie to nie mieści się w katalogu określonym w art. 579 ust. 1 Pzp.
Jeżeli orzeczenie zostanie sprostowane, przewodniczący składu orzekającego zamieszcza wzmiankę o sprostowaniu na oryginale orzeczenia. Wzmiankę o sprostowaniu podpisuje przewodniczący składu orzekającego (§ 39 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Sprostowane orzeczenie wraz z postanowieniem o sprostowaniu Prezes KIO niezwłocznie doręcza stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom.

W przypadku odmowy uwzględnienia wniosku o sprostowanie orzeczenia odpis postanowienia o odmowie sprostowania orzeczenia Prezes Izby doręcza wyłącznie wnioskodawcy (§ 39 ust. 2 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Art. 562.

1. Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 78[1] § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

2. O stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. Strona jest obowiązana załączyć do wniosku oryginał lub poświadczony przez Prezesa Izby odpis orzeczenia Izby.

3. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

1. Wykonalność orzeczeń Izby. Art 562 Pzp dotyczy zarówno wyroków, jak i postanowień KIO. Zgodnie z art. 562 ust. 1 Pzp orzeczenie KIO po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Wykonalność orzeczenia KIO stwierdza sąd na wniosek strony. Do wniosku o stwierdzenie wykonalności należy załączyć:

1) oryginał lub
2) poświadczony przez Prezesa KIO odpis orzeczenia KIO, którego dotyczy wniosek o stwierdzenie wykonalności.

Sąd właściwy do nadania klauzuli wykonalności określa odpowiednio stosowany w tym przypadku art. 78^1 § 2 Kpc, który stanowi, że tytułom egzekucyjnym pochodzącym od sądu administracyjnego oraz innym tytułom klauzulę wykonalności nadaje:

1) sąd rejonowy właściwości ogólnej dłużnika,
2) jeżeli właściwości tej nie można ustalić, klauzulę nadaje sąd rejonowy, w którego okręgu ma być wszczęta egzekucja,
3) gdy wierzyciel zamierza wszcząć egzekucję za granicą, klauzulę nadaje sąd rejonowy, w którego okręgu tytuł został sporządzony.

Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia KIO poprzez nadanie mu klauzuli wykonalności. Klauzula wykonalności będzie nadana tylko orzeczeniu KIO, które nadaje się do wykonania w drodze egzekucji.

Art. 563.

Kary finansowe, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b oraz c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

1. Wysokość kary finansowej. Art. 563 Pzp reguluje wysokość kary finansowej nakładanej na podstawie:

1) art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp lub
2) art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp.

Maksymalna wysokość kary finansowej nakładanej na podstawie tych przepisów wynosi do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Przepis nie określa minimalnego wymiaru kary finansowej w takich przypadkach.

Określając wysokość kary finansowej nakładanej, KIO bierze pod uwagę:

1) rodzaj i zakres naruszenia oraz
2) wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Z powyższą dyspozycją koresponduje przepis art. 543 Pzp, zgodnie z którym KIO może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające m.in. w celu nałożenia kary finansowej.

2. Możliwość nałożenia kary przez sąd okręgowy. Należy zwrócić uwagę, że karę finansową może także nałożyć sąd okręgowy, rozpoznający skargę na orzeczenie KIO. Wynika to z treści art. 588 ust. 2 Pzp, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia skargi na orzeczenie KIO sąd stosuje odpowiednio m.in. przepisy art. 563–567 Pzp.

Art. 564.

Izba, stwierdzając naruszenie przepisu art. 264 ust. 1, art. 308 ust. 2 lub art. 577, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy, nakłada na zamawiającego karę finansową w wysokości do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

1. Wysokość kary finansowej. Art 564 Pzp reguluje wysokość kary finansowej nakładanej w sytuacji, w której KIO stwierdzi naruszenie wskazanych niżej przepisów, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy:

1) art. 264 ust. 1 Pzp – zawarcie umowy dla zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, przed upływem terminu *standstill*,

2) art. 308 ust. 2 Pzp – zawarcie umowy dla zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, przed upływem terminu *standstill*,
3) art. 577 Pzp – zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Maksymalna wysokość kary finansowej nakładanej na podstawie komentowanego przepisu wynosi do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Przepis nie określa minimalnego wymiaru kary finansowej w takich przypadkach. Określając wysokość kary finansowej wymierzanej na podstawie komentowanego przepisu, KIO bierze pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia. Z powyższą dyspozycją koresponduje przepis art. 543 Pzp, zgodnie z którym KIO może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające m.in. w celu nałożenia kary finansowej.

2. Możliwość nałożenia kary przez sąd okręgowy. Należy zwrócić uwagę, że karę finansową na podstawie art. 563 i 564 Pzp może także nałożyć sąd okręgowy, rozpoznający skargę na orzeczenie KIO. Wynika to z treści art. 588 ust. 2 Pzp, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia skargi na orzeczenie KIO sąd stosuje odpowiednio m.in. przepisy art. 563–567 Pzp.

Art. 565.

1. Orzeczenie Izby, wydane na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c, staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę.

2. Orzeczenie sądu rozpatrującego skargę na orzeczenie Izby o nałożeniu kary finansowej jest prawomocne z dniem jego wydania.

1. Prawomocność orzeczenia w przedmiocie nałożenia kary finansowej. Kara finansowa może być nałożona przez KIO, ale także przez sąd okręgowy, który w przypadku uwzględnienia skargi na orzeczenie KIO odpowiednio stosuje m.in. przepisy art. 563–567 Pzp (zob. art. 588 ust. 2 Pzp).

Orzeczenie KIO, które wydane zostało na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp albo art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp, staje się prawomocne:

1) z dniem upływu terminu do wniesienia skargi, co dotyczy sytuacji, w których skarga do sądu okręgowego nie została wniesiona lub
2) jeśli skarga została wniesiona – z dniem wydania przez sąd wyroku oddalającego skargę na to orzeczenie.

Termin do wniesienia skargi na orzeczenie KIO określa art. 580 ust. 2 Pzp, wskazując, że skargę wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia KIO. Jeżeli w terminie do wniesienia skargi na orzeczenie KIO wydane na podstawie wskazanych wyżej przepisów żaden z podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi nie skorzysta ze swojego uprawnienia, orzeczenie to staje się prawomocne.

Orzeczenie sądu, tj. zarówno wyrok, jak i postanowienie, wydane w wyniku rozpoznania przez sąd skargi na orzeczenie KIO o nałożeniu kary finansowej, jest prawomocne z dniem jego wydania. Tak też, jeżeli kara finansowa zostanie nałożona przez sąd w postępowaniu skargowym, w wyroku wydanym na podstawie art. 588 ust. 2 Pzp, wyrok staje się prawomocny z datą jego wydania.

Art. 566.

1. Prezes Izby albo prezes sądu rozpatrującego skargę na orzeczenie Izby przesyła niezwłocznie Prezesowi Urzędu odpis prawomocnego orzeczenia o nałożeniu kary finansowej, w przypadku orzeczenia sądu – wraz z kopią zaskarżonego orzeczenia Izby.

2. Prezes Urzędu jest wierzycielem w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1427, 1492 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 11 i 41 i 802).

1. Przesłanie prawomocnego orzeczenia o nałożeniu kary finansowej. Zgodnie z treścią art. 567 ust. 4 Pzp wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa. Prezes UZP jest wierzycielem w rozumieniu przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Zgodnie z treścią art. 1a pkt 13 tej ustawy pod pojęciem wierzyciela na gruncie tej ustawy rozumie się podmiot uprawniony do żądania wykonania obowiązku lub jego zabezpieczenia w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym. Prezes KIO jest zobowiązany do niezwłocznego przesłania Prezesowi UZP odpisu prawomocnego orzeczenia o nałożeniu kary finansowej. Analogiczny obowiązek spoczywa na prezesie sądu rozpatrującego skargę na orzeczenie KIO, który zobowiązany jest do niezwłocznego przesłania odpisu prawomocnego orzeczenia sądu wraz z kopią zaskarżonego orzeczenia KIO. Powyższe ma na celu umożliwienie zweryfikowania, czy należna kara finansowa została uiszczona w przepisanym terminie, określonym w art. 567 ust. 1 Pzp, ewentualnie przymusowe wyegzekwowanie należności. Kwestie prawomocności orzeczenia w przedmiocie nałożenia kary finansowej określa art. 565 Pzp.

Art. 567.

1. Karę finansową uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu.

2. W przypadku upływu terminu, o którym mowa w ust. 1, kara finansowa podlega ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

3. W przypadku nieterminowego uiszczenia kary finansowej, odsetek nie pobiera się.

4. Wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa.

1. Termin i sposób uiszczenia kary finansowej. Przepis art. 567 ust. 1 Pzp określa termin zapłaty kary finansowej, wskazując, że uiszcza się ją w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia KIO o nałożeniu kary finansowej, lub od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu o nałożeniu kary finansowej.
Kwestie prawomocności orzeczenia w przedmiocie nałożenia kary finansowej określa art. 565 Pzp. Karę finansową wpłaca się na właściwy rachunek bankowy UZP. Jeżeli kara finansowa nie zostanie uiszczona w przepisanym terminie, podlega ona egzekucji w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, co oznacza, że w takim przypadku stosuje się ustawę o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Zgodnie z treścią art. 566 ust. 2 Pzp Prezes UZP jest wierzycielem w rozumieniu przepisów tej ustawy. Od nieterminowo zapłaconej kary finansowej nie pobiera się odsetek. Wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa.

Art. 568.

Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

1) cofnięcia odwołania;

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;

3) o którym mowa w art. 522.

1. Umorzenie postępowania odwoławczego. Umorzenie postępowania odwoławczego stanowi formę jego pozamerytorycznego zakończenia. Komentowany przepis wymienia przypadki, w których postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Katalog przesłanek umorzenia postępowania odwoławczego ma charakter zamknięty.

2. Przesłanki umorzenia postępowania. Zgodnie z treścią art. 568 Pzp KIO umarza postępowanie odwoławcze w przypadku:

1) cofnięcia odwołania,
2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne,
3) o którym mowa w art. 522 Pzp.

3. Umorzenie postępowania w przypadku cofnięcia odwołania. Zgodnie z treścią art. 520 ust. 1 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO (art. 520 ust. 2 Pzp).

4. Umorzenie postępowania w przypadku zbędności lub niedopuszczalności postępowania. KIO umarza postępowanie również w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Przesłanka ta jest nowością

na gruncie Pzp. Przepis art. 568 pkt 2 Pzp przewiduje dwa rodzaje przypadków, w których postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Są to odrębne przesłanki umorzenia postępowania.

5. Umorzenie postępowania w przypadkach z art. 522 Pzp.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu także w przypadkach, o których mowa w art. 522 Pzp, mianowicie:

1) w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca (art. 522 ust. 1 Pzp). W takiej sytuacji postanowienie o umorzeniu postępowania może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy;
2) w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (art. 522 ust. 2 Pzp);
3) w przypadku gdy zamawiający uwzględni część zarzutów odwołania, a odwołujący wycofa pozostałe, nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty odwołania. W takim przypadku postanowienie o umorzeniu postępowania może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Warunkiem jest, aby w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo aby wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów (art. 522 ust. 3 Pzp).

6. Umorzenie postępowania odwoławczego w części. Pzp przewiduje również możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w części. Mowa tu o sytuacji wskazanej w art. 522 ust. 4 Pzp, kiedy:

1) zamawiający uwzględni część zarzutów odwołania,
2) odwołujący podtrzymuje pozostałe (inne niż uwzględnione) zarzuty odwołania,
3) w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wzniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów.

W takim przypadku KIO umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów i rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania.

7. Forma orzeczenia w przedmiocie umorzenia postępowania. Umorzenie postępowania odwoławczego następuje w drodze postanowienia, które jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze. Zgodnie z art. 579 ust. 1 Pzp przysługuje na nie skarga do sądu zamówień publicznych (zob. komentarz do art. 579 ust. 1 Pzp). W postanowieniu o umorzeniu postępowania KIO rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Oddział 10
Protokół

Art. 569.

1. Z przebiegu posiedzenia jawnego sporządza się protokół.

2. Protokół sporządza się również z ogłoszenia wyroku oraz postanowienia wydanego po zamknięciu posiedzenia niejawnego

z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych.

1. Protokół w postępowaniu odwoławczym. Celem sporządzenia protokołu jest udokumentowanie przebiegu czynności protokołowanej. Komentowany przepis wprowadza obowiązek sporządzenia protokołu z każdej wymienionej w nim czynności. Protokołowane są wszystkie posiedzenia jawne KIO. Protokół sporządza się również z:

1) ogłoszenia wyroku,
2) ogłoszenia postanowienia wydanego po zamknięciu posiedzenia niejawnego z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych. Sposób sporządzenia protokołu określa art. 570 ust. 1 Pzp.

Z treści art. 569 Pzp wynika, że z posiedzenia niejawnego nie sporządza się protokołu.

Art. 570.

1. Protokół sporządza się, utrwalając przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk oraz pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego.

2. Jeżeli ze względów technicznych utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk nie jest możliwe, protokół jest sporządzany wyłącznie pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego.

3. Do utrwalania przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk stosuje się odpowiednio przepisy wydane na podstawie art. 158 § 5 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.

1. Sposób sporządzenia protokołu. Art 570 Pzp wprowadza zasadę sporządzania protokołu poprzez utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk oraz pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego KIO. Protokół pisemny jest sporządzany pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego KIO, co oznacza, że przewodniczący składu orzekającego czuwa nad prawidłowością sporządzenia tego protokołu.
Zgodnie z art. 570 ust. 3 Pzp do utrwalania przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk stosuje się odpowiednio przepisy wydane na podstawie art. 158 § 5 Kpc. Art. 570 ust. 3 Pzp odsyła do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w spawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego w postępowaniu cywilnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 359). Rozporządzenie to określa: rodzaje środków technicznych służących do utrwalania dźwięku albo obrazu i dźwięku z posiedzenia jawnego, sposób sporządzania zapisów dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego, sposób identyfikacji osób sporządzających zapis dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego oraz sposób udostępniania oraz przechowywania zapisów dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego.

Art. 571.

1. Protokół sporządzony pisemnie zawiera:

1) oznaczenie miejsca i daty posiedzenia, imiona i nazwiska członków składu orzekającego, protokolanta, stron i uczestników postępowania odwoławczego, jak również obecnych na posiedzeniu przedstawicieli ustawowych i pełnomocników oraz oznaczenie sprawy i wzmiankę co do jawności;

2) przebieg posiedzenia, w szczególności wnioski i twierdzenia stron i uczestników postępowania odwoławczego, wymienienie zarządzeń i orzeczeń wydanych na posiedzeniu oraz stwierdzenie, czy zostały ogłoszone;

3) czynności stron i uczestników postępowania odwoławczego mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

2. Jeżeli przebiegu posiedzenia jawnego nie utrwala się za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, protokół sporządzony pisemnie zawiera, oprócz danych i okoliczności wskazanych w ust. 1, wyniki postępowania dowodowego oraz inne okoliczności istotne dla przebiegu posiedzenia.

3. Protokół sporządzony za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk protokolant podpisuje podpisem elektronicznym gwarantującym identyfikację osoby protokolanta oraz rozpoznawalność jakiejkolwiek późniejszej zmiany protokołu.

4. Protokół sporządzony pisemnie podpisują przewodniczący składu orzekającego i protokolant.

1. Wymogi dotyczące treści protokołu sporządzonego pisemnie. Przepis art. 571 ust. 1 Pzp wskazuje, jakie treści muszą być zawarte w protokole sporządzonym pisemnie, wskazując, że protokół taki zawiera:

1) oznaczenie miejsca i daty posiedzenia;
2) imiona i nazwiska członków:
   a. składu orzekającego,
   b. protokolanta,
   c. stron i uczestników postępowania odwoławczego,
   d. obecnych na posiedzeniu przedstawicieli ustawowych i pełnomocników;

3) oznaczenie sprawy;
4) wzmiankę co do jawności sprawy.

Ponadto protokół musi zawierać:

1) przebieg posiedzenia, w szczególności wnioski i twierdzenia stron i uczestników postępowania odwoławczego,
2) wymienienie zarządzeń i orzeczeń wydanych na posiedzeniu (tj. na posiedzeniu, z którego sporządzany jest protokół) wraz ze wskazaniem, czy zostały one ogłoszone,
3) czynności stron i uczestników postępowania odwoławczego mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

2. Wymagania dla protokołu sporządzanego pisemnie, gdy przebiegu posiedzenia jawnego nie utrwala się poprzez rejestrację. Przepis art. 571 ust. 2 Pzp wskazuje, jakie treści muszą być dodatkowo zawarte w protokole sporządzonym pisemnie, w sytuacji gdy przebiegu posiedzenia jawnego nie utrwala się za pomocą urządzenia rejestrującego. Taki protokół, poza treścią, o której mowa w art. 571 ust. 1 Pzp, zawiera wyniki postępowania dowodowego oraz inne okoliczności istotne dla przebiegu posiedzenia.

3. Forma protokołu sporządzanego pisemnie. Protokół sporządzany pisemnie ma formę wydruku komputerowego, w wyjątkowych przypadkach można go sporządzić odręcznie lub pismem maszynowym (§ 32 ust. 3 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

4. Zezwolenie na rejestrowanie przebiegu rozprawy. Jeżeli przebieg rozprawy nie jest rejestrowany za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, przewodniczący składu orzekającego może wyrazić zgodę na rejestrowanie przebiegu rozprawy za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk, gdy przemawia za tym uzasadniony interes społeczny, a nie sprzeciwia się temu ważny interes strony oraz uczestnika postępowania

odwoławczego, gdy dokonywanie tych czynności nie utrudni przeprowadzenia rozprawy. Nie można rejestrować przebiegu posiedzenia lub rozprawy w opisany wyżej sposób w zakresie, w którym wyłączono jawność rozprawy ze względu na możliwość ujawnienia informacji niejawnych i nie ma możliwości zapewnienia właściwej ochrony zapisu przed nieuprawnionym ujawnieniem (§ 24 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

5. Wymóg podpisania protokołu. Protokół pisemny sporządza, czyli spisuje, protokolant pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego. Każdy protokół musi być podpisany. Protokół sporządzony pisemnie podpisują: przewodniczący składu orzekającego i protokolant. Protokół sporządzony za pomocą urządzenia rejestrującego podpisywany jest przez protokolanta, za pomocą podpisu elektronicznego, który gwarantuje identyfikację protokolanta i rozpoznawalność późniejszej zmiany tego protokołu.

Art. 572.

1. Sprostowanie protokołu może nastąpić na wniosek lub z urzędu.

2. O sprostowaniu protokołu decyduje przewodniczący składu orzekającego.

3. Dokonując sprostowania, czyni się o tym wzmiankę w protokole.

4. O odmowie sprostowania protokołu skład orzekający rozstrzyga postanowieniem, na które nie przysługuje skarga do sądu.

5. Zapis dźwięku albo obrazu i dźwięku nie podlega sprostowaniu.

1. Sprostowanie protokołu. Celem sporządzenia protokołu jest udokumentowanie przebiegu czynności protokołowanej. W razie potrzeby protokół może być sprostowany. Sprostowanie dotyczy sytuacji, w której treść protokołu nie odzwierciedla rzeczywistego przebiegu czynności protokołowanej, gdy protokół zawiera błędy, nieścisłości itp.

Sprostowanie może nastąpić na wniosek lub z urzędu przez skład orzekający KIO. Wniosek o sprostowanie protokołu może złożyć strona lub uczestnik postępowania odwoławczego. We wniosku należy wskazać zakres sprostowania i uzasadnienie tego wniosku, co pozwoli ocenić jego zasadność.

O tym, czy wniosek o sprostowanie protokołu jest zasadny, rozstrzyga przewodniczący składu orzekającego KIO. Regulacja ta koresponduje z przepisem art. 549 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przewodniczący składu orzekającego prowadzi rozprawę, a także z zasadą, że protokół sporządzany jest pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego (art. 570 ust. 1 i 2 Pzp). Jeżeli przewodniczący składu orzekającego uzna wniosek za uzasadniony, protokół podlega sprostowaniu, a w jego treści zamieszczana jest wzmianka o sprostowaniu. Jeśli wniosek o sprostowanie protokołu zostanie uznany za nieuzasadniony, przewodniczący składu orzekającego wydaje postanowienie o odmowie sprostowania protokołu. Na postanowienie to nie przysługuje skarga do sądu, co wynika z treści art. 572 ust. 4 Pzp.

2. Zakaz sprostowania sporządzonego za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk. Sprostowanie, o którym mowa w komentowanym przepisie, dotyczy tylko protokołu sporządzonego pisemnie. Nie jest dopuszczalne sprostowanie protokołu sporządzonego za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, bowiem zapis taki stanowi wierne i kompletne odzwierciedlenie przebiegu czynności rejestrowanych.

Oddział 11
Koszty postępowania odwoławczego

Art. 573.

Do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego.

1. Uwagi ogólne. Zasadą jest, że o kosztach postępowania odwoławczego Izba rozstrzyga w wyroku i w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze (art. 557 Pzp). Podstawową zasadę rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego zawiera art. 575 Pzp, zgodnie z którym strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

2. Wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego. Art. 573 Pzp wskazuje, że koszty postępowania odwoławczego na rzecz strony lub uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw zasądzane są na wniosek. Oznacza to, że Izba nie może zasądzić kosztów postępowania na rzecz podmiotu, który nie złożył wniosku o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Wniosek należy złożyć do zamknięcia rozprawy. Złożenie wniosku po zamknięciu rozprawy będzie nieskuteczne. Z rozprawy sporządza się rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego, które podpisują przewodniczący składu orzekającego i protokolant (§ 33 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Art. 574.

Do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw.

1. Koszty postępowania odwoławczego. Art 574 Pzp wskazuje, że do kosztów postępowania odwoławczego, które podlegają rozliczeniu w postępowaniu odwoławczym, zaliczane są:

1) wpis oraz
2) uzasadnione koszty postępowania odwoławczego.

Szczegółowe regulacje dotyczące kosztów postępowania odwoławczego zawiera rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. W rozporządzeniu tym uregulowano następujące kwestie:

1) wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania,
2) szczegółowe rodzaje kosztów postępowania odwoławczego,
3) limit kosztów poniesionych na wynagrodzenie oraz wydatki, pełnomocnika,
4) szczegółowe warunki ponoszenia kosztów,
5) sposób rozliczania kosztów przez Krajową Izbę Odwoławczą.

2. Wpis od odwołania. wniesienie wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, jest warunkiem rozpoznania odwołania (art. 517 Pzp). Wysokość wpisu od odwołania dla poszczególnych kategorii spraw określa rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Zgodnie z § 2 tego rozporządzenia wysokość wpisu zależy od wartości, a także od przedmiotu zamówienia lub konkursu i została określona jak poniżej.

Wpis od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości:

1) mniejszej niż progi unijne – 7500 zł,
2) równej lub przekraczającej progi unijne – 15 000 zł.

Wpis od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości:

1) mniejszej niż progi unijne – 10 000 zł,
2) równej lub przekraczającej progi unijne – 20 000 zł.

Wpis od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi:

1) o których mowa w art. 359 pkt 2 Pzp (tj. gdy wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 zł) – 7500 zł,
2) o których mowa w art. 359 pkt 1 Pzp (tj. gdy wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro) – 15 000 zł.

Wpis od odwołania dotyczącego zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany:

1) w przypadku zamówienia na dostawy lub usługi w konkursie – 7500 zł,
2) w przypadku zamówienia na roboty budowlane wynosi 10 000 zł.

3. Jeden wpis od odwołania. Jeżeli odwołujący w ramach tego samego odwołania wnosi odwołanie od czynności lub zaniechań zamawiającego związanych z więcej niż jedną częścią zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, uiszcza jeden wpis (§ 3 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego).

Zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów wpis obejmuje:

1) wynagrodzenia, wydatki i opłaty UZP związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
2) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu,
3) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez tłumaczy w przypadku, o którym mowa w art. 548 Pzp, który stanowi, że strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, którzy nie władają językiem polskim, biorą udział w rozprawie przy udziale tłumacza,
4) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, które dopuszczone zostały przez Izbę z urzędu.

4. Brak możliwości zwolnienia od obowiązku wniesienia wpisu. Pzp ani rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania nie przewidują możliwości zwolnienia odwołującego od obowiązku wniesienia wpisu – zarówno w całości, jak i w części.

5. Uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w ujęciu podmiotowym. Uzasadnione koszty postępowania odwoławczego wymienia § 5 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią tego przepisu uzasadnione koszty postępowania dotyczą:

1) stron postępowania odwoławczego;
2) uczestnika postępowania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości lub w części zarzutów odwołania. Dotyczy to sytuacji, o których mowa w następujących przepisach rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego:

a. § 7 ust. 2 pkt 2 – w przypadku uwzględnienia odwołania w części koszty ponoszą: odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
b. § 7 ust. 2 pkt 3 – w przypadku uwzględnienia odwołania w części koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania;
c. § 7 ust. 3 – w przypadku, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 1 i 2 Izba rozdziela:

– wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła,
– uzasadnione koszty postępowania, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w punkcie 1 powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw;

d. § 7 ust. 4 – w przypadku, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 3, Izba rozdziela:

– wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw,
– uzasadnione koszty postępowania, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w punkcie 1 powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw;

e. § 8 ust. 2 pkt 2 – w przypadku oddalenia odwołania w całości koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza uzasadnione koszty postępowania na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości;
f. § 8 ust. 2 pkt 3 – w przypadku oddalenia odwołania w całości koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza uzasadnione koszty postępowania na rzecz zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania;
g. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b – w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników

postępowania odwoławczego, odwołujący ponosi uzasadnione koszty postępowania oraz zwraca się mu 90% wpisu. W takim przypadku Izba zasądza uzasadnione koszty postępowania od odwołującego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku UZP 90% kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu;

h. § 9 ust. 1 pkt 4 – w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek cofnięcia odwołania po otwarciu rozprawy odwołujący ponosi uzasadnione koszty postępowania, a wpis nie podlega zwrotowi. W takim przypadku Izba zasądza uzasadnione koszty postępowania od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

6. Uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w ujęciu przedmiotowym. Zgodnie z treścią § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmują:

1) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
2) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 zł,
3) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

4) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Bardzo ważne jest, że można domagać się zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które należy złożyć do akt sprawy.

Art. 575.

Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

1. Ogólna zasada rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego. Art. 575 Pzp wprowadza ogólną zasadę rozliczania kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z którą koszty postępowania ponoszone są stosownie do wyniku tego postępowania.

Koszty postępowania może ponosić tylko:

1) strona (czyli zamawiający i odwołujący),
2) uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw.

Wykonawcy przystępujący do postępowania po stronie odwołującego, wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego, którzy nie wnieśli sprzeciwu, nie ponoszą kosztów postępowania.

2. Rozliczanie kosztów postępowania w poszczególnych stanach faktycznych. Szczegółowy sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego w poszczególnych stanach faktycznych reguluje rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Art. 576.

Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

1) **wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania, mając na względzie zróżnicowaną wysokość wpisu zależną od wartości i rodzaju zamówienia, a także to, że wpis nie może być wyższy niż 20 000 złotych, oraz biorąc pod uwagę dostępne formy jego uiszczenia;**
2) **szczegółowe rodzaje kosztów postępowania odwoławczego oraz limit kosztów poniesionych na wynagrodzenie oraz wydatki pełnomocnika, a także szczegółowe warunki ponoszenia kosztów oraz sposób ich rozliczania przez Izbę, mając na uwadze zasadność zwrotu stronie oraz uczestnikowi postępowania odwoławczego wnoszącemu sprzeciw kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw lub do celowej obrony, a także to, że limit kosztów ponoszonych na wynagrodzenie oraz wydatki może dotyczyć wyłącznie jednego pełnomocnika oraz nie może być wyższy niż minimalne stawki opłat określone dla wartości przedmiotu sprawy do 50 000 złotych, na podstawie przepisów o wynagrodzeniu adwokata lub radcy prawnego, oraz kierując się treścią orzeczenia wydanego przez Izbę.**

1. Rozporządzenie dotyczące kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie delegacji z art. 576 Pzp wydane zostało rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Oddział 12
Zakaz zawarcia umowy

Art. 577.

W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

1. Uwagi ogólne. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego kończy postępowanie o udzielenie zamówienia, jednak nie stanowi czynności w tym postępowaniu (art. 7 pkt 18 Pzp). Pzp zawiera przepisy, które mają zapewnić, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zostanie zawarta przed rozpoznaniem przez KIO odwołania.
Ma to na celu zapewnienie efektywności dokonywanej przez KIO kontroli zaskarżonych w drodze odwołania czynności lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Zakaz zawarcia umowy. Przepis art. 577 Pzp ustanawia zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, który obowiązuje w okresie od wniesienia odwołania do zakończenia postępowania odwoławczego, które kończy się ogłoszeniem przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.
O fakcie wniesienia odwołania zamawiający dowiaduje się, gdy otrzymuje od odwołującego kopię odwołania. Zgodnie bowiem z art. 514 ust. 2 Pzp odwołujący przekazuje kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Od tego momentu zamawiający ma wiedzę, że obowiązuje go zakaz zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp. Zakaz ten

obowiązuje do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, do których zalicza się:

1) postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 568 Pzp) oraz
2) postanowienie o odrzuceniu odwołania (art. 528 Pzp).

Zakaz zawarcia umowy przestaje obowiązywać także w przypadku zwrotu odwołania, bowiem zgodnie z art. 519 ust. 2 Pzp odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie Pzp wiąże z wniesieniem odwołania.

Po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze zakaz przestaje obowiązywać, nawet gdy termin do wniesienia skargi do sądu zamówień publicznych jeszcze nie upłynął. Zakaz zawarcia umowy nie obowiązuje także w przypadku, gdy od orzeczenia Izby wniesiono skargę, a zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie hamuje rozpoznania skargi.

3. Konsekwencje zawarcia umowy wbrew zakazowi. Konsekwencje zawarcia przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 577 Pzp, są poważne, bowiem umowa taka podlega unieważnieniu. Wskazać w tym miejscu należy na przepis art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, m.in. jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 577 Pzp, jeżeli uniemożliwiło to KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Z powyższym zapisem koresponduje przepis art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp, który wskazuje, jaki wyrok może wydać Izba w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta wbrew zakazowi. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek,

o których mowa w art. 457 ust. 1, uwzględniając odwołanie, Izba może:

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

Odnośnie do kar finansowych – zob. komentarz do art. 563 Pzp.

4. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zakaz zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp, może być uchylony przez Izbę w trybie art. 578 Pzp (zob. komentarz do art. 578 Pzp).

Art. 578.

1. Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

2. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

3. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, rozpoznaje skład orzekający wyznaczony do rozpoznania odwołania. Przepisy art. 488 ust. 4 i 5 i art. 490–492 stosuje się.

4. W sprawie wniosku, o którym mowa w ust. 1, Izba rozstrzyga na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Na postanowienie Izby nie przysługuje skarga.

5. Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1, w przypadku:

1) ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku;

2) cofnięcia wniosku;

3) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

1. Uwagi ogólne. Zgodnie z treścią art. 577 Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz ten może zostać uchylony przez Izbę w trybie art. 578 Pzp. Wskazać w tym miejscu należy, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że instytucja wstrzymania wykonania umowy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, i uzasadnia ją tylko nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu

do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności[9].

2. Podmiot uprawniony do złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Z treści art. 578 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający jest jedynym podmiotem, który może złożyć do KIO wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Takiego wniosku nie może złożyć inny podmiot – w szczególności wykonawca, który złożył odwołanie.

3. Rozpoznanie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy rozpoznaje skład orzekający wyznaczony do rozpoznania odwołania. Do rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stosuje się przepisy o zmianie członka składu orzekającego (art. 488 ust. 4 i 5 Pzp) oraz o wyłączeniu członka składu orzekającego (art. 490–492 Pzp). Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest rozpoznawany na posiedzeniu niejawnym, dlatego szczególnie ważne jest wyczerpujące i dokładne uzasadnienie składanego wniosku. Termin dla KIO na jego rozpoznanie wynosi 5 dni od dnia złożenia.

Postępowanie w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest postępowaniem wpadkowym względem postępowania odwoławczego. Izba, rozstrzygając w przedmiocie tego wniosku, nie dokonuje oceny zasadności zarzutów odwołania, bada tylko zaistnienie podanych przez zamawiającego przesłanek uchylenia zakazu umowy stanowiących podstawę wniosku i ocenia, czy wskazane przez zamawiającego okoliczności uzasadniają uchylenie zakazu zawarcia umowy. Oznacza to, że zasadność czy bezzasadność odwołania nie

[9] Zob. np. postanowienie KIO z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W/16/20

ma przełożenia na wynik postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

4. Przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp, wymienione są w art. 578 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 Pzp. Przesłanki mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą być spełnione łącznie. Oczywiście mogą mieć miejsce takie sytuacje, w których zaistnieją kumulatywnie obie przesłanki. Izba może uchylić zakaz umowy, jeżeli:

1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp),
2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp).

5. Przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust.2 pkt 1 Pzp jest możliwe w sytuacji **kumulatywnego** spełnienia następujących przesłanek:

1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego,
2) negatywne skutki przewyższyłyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pzp nie definiuje pojęcia interesu publicznego, zatem jego treść powinna być ustalana i badana w konkretnym postępowaniu, w zależności od specyfiki rozpoznawanej sprawy.

Przepis art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp wyznacza przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w sposób rygorystyczny. W przypadku wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie tego przepisu zamawiający wykazuje, że zakres prac objętych zamówieniem mieści się w pojęciu interesu publicznego, nadto że zaistnieją negatywne skutki niezawarcia umowy oraz że te negatywne skutki przewyższyłyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodzić się należy z poglądem, że zamawiający musi w takim przypadku wskazać konkretne, obiektywne i rzeczowe okoliczności przemawiające za uchyleniem zakazu.

6. Przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp. Uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp jest możliwe w sytuacji, w której zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Należy podkreślić, że w tym

przypadku wymagane jest **uprawdopodobnienie** przez zamawiającego zaistnienia tej przesłanki.

7. Postanowienie KIO. W wyniku rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy KIO wydaje postanowienie, którym może:

1) uchylić zakaz zawarcia umowy lub
2) odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Na postanowienie KIO nie przysługuje skarga do sądu zamówień publicznych, co wynika z treści art. 578 ust. 4 Pzp.

8. Przesłanki umorzenia postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zgodnie z treścią art. 578 ust. 5 Pzp postępowanie wszczęte na skutek wniesienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy podlega umorzeniu w przypadku:

1) ogłoszenia przez KIO orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku, czyli w sytuacji, gdy KIO rozpozna odwołanie i ogłosi orzeczenie (wyrok lub postanowienie) przed rozpoznaniem wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy,
2) cofnięcia wniosku,
3) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Pzp nie wskazuje, co należy rozumieć przez zbędność lub niedopuszczalność orzekania, nie podaje również przykładowych okoliczności faktycznych mieszczących się w powyższych pojęciach. Zatem skład orzekający KIO, analizując konkretny stan faktyczny, ocenia, czy w danej sprawie zaistniała zbędność lub niedopuszczalność orzekania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Przykładowo można wskazać, że przesłanka ta zachodzi w sytuacji, w której nie

uzupełniono braków formalnych odwołania i w związku z tym wydane zostało postanowienie o zwrocie odwołania[10].
Umorzenie postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy następuje w formie postanowienia, na które nie przysługuje skarga do sądu zamówień publicznych, co wynika z treści art. 578 ust. 4 Pzp.

Rozdział 3
Postępowanie skargowe

Art. 579.

1. Na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

1. Skarga jako środek ochrony prawnej. Skarga jest środkiem ochrony prawnej rozpoznawanym przez sąd powszechny – sąd zamówień publicznych. Wydanie orzeczenia przez organ właściwy do rozpoznawania sporów z zakresu zamówień otwiera drogę do przeprowadzenia kontroli sądowej prawidłowości rozstrzygnięcia wydanego odpowiednio przez KIO albo przez Prezesa KIO. Na gruncie Pzp system środków ochrony prawnej oparty jest na konstytucyjnej zasadzie, że ostateczne i wiążące rozstrzygnięcie sprawy należy do sądu sprawującego wymiar

[10] Zob. np. postanowienie KIO z dnia 1 września 2020 r. sygn. akt KIO/W 73/20

sprawiedliwości[11]. Skarga spełnia funkcję rozpoznawczą, podobnie jak apelacja prowadzi do ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu, jak również pełni funkcję kontrolną w odniesieniu do badania prawidłowości zaskarżonego orzeczenia[12].

W przepisach Pzp określony został katalog rozstrzygnięć, od których przysługuje skarga, termin jej wniesienia, przesłanki przywrócenia terminu, zasady wnoszenia skargi, jej wymagania formalne, właściwość sądu do jej rozpoznania, podstawy oceny dopuszczalności skargi i orzeczenia o jej odrzuceniu, a także zasady rozpoznania sprawy w postępowaniu wywołanym jej wniesieniem i orzekania w postępowaniu skargowym.

2. Orzeczenia podlegające zaskarżeniu. Skarga przysługuje na orzeczenie KIO oraz postanowienie Prezesa KIO, o którym mowa w art. 519 ust. 1 Pzp.

Skargę można zatem wnieść na orzeczenia takie jak wyroki KIO (art. 553 Pzp, art. 554 Pzp), postanowienia KIO kończące postępowanie odwoławcze (postanowienia o odrzuceniu odwołania (art. 528 Pzp) i postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 568 Pzp)[13], postanowienia KIO o zwrocie odwołania (art. 519 ust. 4 Pzp), rozstrzygające o kosztach

---

[11] Wyrok TK z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt P 38/08, Legalis nr 323032; M. Romańska, *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej,* [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska [red.], X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, Warszawa 2017, s. 59

[12] Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16, Legalis nr 1717139

[13] Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt V Ca 1209/11, Legalis nr 1330070; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17, Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Legalis nr 1683082

postępowania odwoławczego[14], postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania (art. 519 ust. 1 Pzp).

Skarga stanowi uniwersalny środek odwoławczy od orzeczeń KIO i Prezesa KIO o zwrocie odwołania, który łączy cechy apelacji i zażalenia. Gdy dotyczy wyroku, zastępuje apelację, z kolei gdy przedmiotem zaskarżenia jest postanowienie – stanowi surogat zażalenia[15].

Skarga nie przysługuje od incydentalnych orzeczeń KIO, np. od postanowienia KIO w przedmiocie dopuszczenia dowodu, postanowienia KIO o sprostowaniu orzeczenia.

Z mocy wyraźnych regulacji ustawowych, skarga nie przysługuje na następujące postanowienia:

1) Prezesa KIO o wyłączeniu członka składu orzekającego albo o odmowie jego wyłączenia (art. 492 ust. 1 Pzp),
2) KIO o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji (art. 526 ust. 4 Pzp),
3) KIO w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy (art. 578 ust. 4 Pzp),
4) KIO o odmowie sprostowania protokołu (art. 572 ust. 4 Pzp).

3. Legitymacja czynna do wniesienia skargi. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi został w sposób pełny i wyczerpujący określony w art. 579 ust. 1 Pzp oraz w art. 580 ust. 4 Pzp. Przepis art. 579 ust. 1 Pzp jest przepisem szczególnym wobec art. 505 ust. 1 Pzp – z porównania tych przepisów wynika, że intencją ustawodawcy było zawężenie katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia

---

[14] Uchwała SN z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt III CZP 109/05, Legalis nr 71713; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17, Legalis nr 1683084

[15] Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17, Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Legalis nr 1683082

skargi jedynie do tych uprzednio biorących udział w postępowaniu odwoławczym.

Legitymacja czynna do wniesienia skargi przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. W postępowaniu odwoławczym stronami są zamawiający i odwołujący – co do zasady wykonawca. Odwołującym może być również uczestnik konkursu, inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (zob. art. 505 ust. 1 Pzp), a także organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp, oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorstw (zob. art. 505 ust. 2 Pzp), w sprawie ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia. Uprawnienie do wniesienia skargi przysługuje także wykonawcy, który uprzednio skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego (zob. art. 524–527 Pzp)[16]. Wykonawca, który nie wniósł własnego odwołania, lecz przystąpił do postępowania, w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego ma status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 Kpc[17]. Tym samym już samo skuteczne przystąpienie przez wykonawcę do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego albo odwołującego powoduje, że staje się on podmiotem uprawnionym do wniesienia własnej skargi. Nawet jeśli sam nie wniesie skargi, w przypadku zainicjowania postępowania skargowego przez stronę staje się automatycznie uczestnikiem tego postępowania, bez konieczności podejmowania jakiejkolwiek aktywności procesowej. Status interwenienta,

[16] Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 622/15

[17] Uchwała SN z dnia 7 grudnia 2007 r., sygn. akt III CZP 123/07, Legalis nr 90119

jaki w postępowaniu przed sądem uzyskuje taki wykonawca, oznacza, że występuje on w tym postępowaniu w takim samym charakterze, w jakim występował dotychczas w postępowaniu odwoławczym, tj. „pomocnika" strony, do której przystąpił (zamawiającego albo odwołującego), popierającego jej stanowisko. Może on składać do sądu pisma procesowe, zgłaszać wnioski dowodowe, jednak nie mogą one być sprzeczne ze stanowiskiem strony, do której przystąpił na etapie postępowania odwoławczego. W postępowaniu skargowym sąd doręcza interwenientowi zawiadomienia o terminach i posiedzeniach sądowych, a także orzeczenia (art. 80 Kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp). Skarżącym może być również Prezes UZP, korzystający ze szczególnej kompetencji do zaskarżania w charakterze rzecznika interesu publicznego orzeczeń wydanych w postępowaniu odwoławczym (zob. komentarz do art. 580 ust. 4 Pzp).

Skarga nie przysługuje odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp, który nie skorzystał z prawa przystąpienia do postępowania odwoławczego, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu, albo w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 527).

4. Odpowiednie stosowanie Kpc. Do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi przepis art. 579 ust. 2 Pzp nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów Kpc o apelacji, o ile przepisy o postępowaniu skargowym nie stanowią inaczej. Z przepisu wynika zatem, że w pierwszej kolejności do postępowania skargowego należy stosować przepisy Pzp, a dopiero w sytuacji, gdy określona kwestia nie została unormowana w przepisach tej ustawy, należy sięgnąć do przepisów Kpc o apelacji i zastosować je odpowiednio.

Odpowiednie stosowanie przepisów oznacza, że niektóre z nich znajdą zastosowanie wprost, bez żadnych mody ikacji i zabiegów adaptacyjnych, inne tylko pośrednio, a więc z uwzględnieniem konstrukcji, istoty i odrębności postępowania, w którym znajdują zastosowanie, a jeszcze inne w ogóle nie będą mogły być wykorzystane[18].

Przepisy Kpc znajdą zastosowanie zasadniczo do postępowania wywołanego wniesieniem skargi, a nie do etapu go poprzedzającego – postępowania dotyczącego wniesienia skargi, które zostało szczegółowo uregulowane w art. 579–580 Pzp[19].

Odpowiednie stosowanie przepisów o apelacji w postępowaniu skargowym dotyczy m.in. odpowiedzi na skargę (art. 373^1 Kpc), możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym (art. 374 Kpc), braku obowiązku stawiennictwa stron na rozprawie (art. 376 Kpc), ograniczonego postępowania dowodowego (art. 381 Kpc).

Art. 580.

1. Skargę wnosi się do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych, zwanego dalej „sądem zamówień publicznych".

2. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby, w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby lub postanowienia Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1, przesyłając jednocześnie jej odpis

---

[18] Uchwała SN z 15 września 1995 r., sygn. akt III CZP 110/95, Legalis nr 29491; uchwała SN z dnia 23 sierpnia 2006 r., sygn. akt III CZP 56/06, Legalis nr 76221; wyrok SN z dnia 15 lutego 2008 r., sygn. akt I CSK 357/07, Legalis nr 100990; postanowienie SN z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. akt IV Cz 153/11, Legalis nr 966565

[19] Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt VIII Ga 65/12, Legalis nr 1327525; wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r., sygn. akt XIX Ga 398/16, Legalis nr 2045605

przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe jest równoznaczne z jej wniesieniem[20].

2. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby, w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby lub postanowienia Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe albo wysłanie na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych, jest równoznaczne z jej wniesieniem[21].

3. Prezes Izby przekazuje skargę wraz z aktami postępowania odwoławczego do sądu zamówień publicznych w terminie 7 dni od dnia jej otrzymania.

4. Skargę może wnieść również Prezes Urzędu, w terminie 30 dni od dnia wydania orzeczenia Izby lub postanowienia Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1. Prezes Urzędu może także przystąpić do toczącego się postępowania. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze.

1. Sąd właściwy do rozpoznania skargi. Stosownie do art. 580 ust. 1 Pzp sądem właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd zamówień publicznych.

---

[20] W tym brzmieniu obowiązuje do wejścia w życie zmiany, o której mowa w odnośniku 21.

[21] Zdanie drugie w brzmieniu ustalonym przez art. 142 pkt 2 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. poz. 2320), która wejdzie w życie z dniem 1 lipca 2021 r..

Wprowadzenie jednego sądu powołanego do rozpoznawania skarg z zakresu zamówień publicznych ma przyczynić się przede wszystkim do ujednolicenia orzecznictwa, a także do skrócenia czasu rozpoznawania spraw oraz zapewnienia jakości orzeczeń sądowych na najwyższym poziomie[22].

2. Tryb wniesienia skargi. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa KIO w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Skargę wnosi się do sądu zamówień publicznych, należy ją jednak wnieść za pośrednictwem Prezesa KIO, który nie dokonuje kontroli formalnoprawnej wniesionego środka, a jedynie przekazuje skargę z aktami postępowania odwoławczego do sądu zamówień publicznych w terminie 7 dni od jej otrzymania.

Skarga musi być wniesiona na piśmie. Dla skargi nie przewidziano możliwości jej wniesienia w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, przez co forma wniesienia skargi różni się od formy wniesienia odwołania (zob. komentarz do art. 508 Pzp).

3. Termin na wniesienie skargi. Ustawowy termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania.

Termin czternastodniowy do wniesienia skargi oblicza się według przepisów prawa cywilnego, co oznacza, że jest liczony od dnia

---

[22] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, s. 120, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 (dostęp: 1 marca 2020 r.)

następującego po dniu doręczenia skarżącemu wskazanych orzeczeń (art. 165 § 1 Kpc w zw. z art. 111 § 2 Kc).

Dla zachowania terminu na wniesienie skargi należy ją dostarczyć do KIO albo złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia KIO albo postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania. Wystarczy, że skarga zostanie w terminie nadana do Prezesa KIO w placówce pocztowej operatora pocztowego, co odróżnia ją od odwołania, które musi wpłynąć do Prezesa KIO w terminie przewidzianym na wniesienie.

Skarga musi zostać wniesiona za pośrednictwem Prezesa KIO. Wniesienie skargi bezpośrednio do sądu zamówień publicznych, nawet w otwartym terminie na jej wniesienie, nie będzie stanowić o zachowaniu terminu. W tym zakresie zastosowania nie znajduje regulacja art. 369 § 3 Kpc, w świetle której termin do wniesienia apelacji jest zachowany w sytuacji, gdy przed jego upływem strona wniosła apelację do sądu drugiej instancji, gdyż przepis art. 580 ust. 2 Pzp stanowi przepis szczególny w stosunku do przywołanego przepisu procedury cywilnej.

4. Odpis dla przeciwnika skargi. Art. 580 ust. 2 Pzp nakłada obowiązek jednoczesnego przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi. Obowiązek jednoczesnego przesłania odpisu skargi oznacza, że odpis nie może zostać przesłany stronie przeciwnej w terminie późniejszym niż wniesienie skargi do sądu za pośrednictwem Prezesa KIO.

Przepisy Pzp nie określają, kto jest przeciwnikiem skargi. W orzecznictwie przyjmuje się, że postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest skarżący (którym może być również zamawiający) oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający).

Niedołączenie do skargi dowodu przesłania skargi jej przeciwnikowi jest brakiem formalnym skargi, a co za tym idzie, nie ma podstaw, bez wzywania do uzupełnienia braków formalnych skargi, do jej odrzucenia[23].

5. Odpis dla pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi. W celu wyeliminowania stanu niepewności prawnej w kwestii obowiązku doręczania odpisu skargi pełnomocnikowi procesowemu przeciwnika skargi, w postępowaniu odwoławczym uregulowano instytucję pełnomocnika (zob. art. 510 Pzp) i wprowadzono obowiązek dołączania do akt sprawy odwoławczej pełnomocnictwa przy pierwszej czynności przed Prezesem KIO lub przed KIO, a jeżeli jest składane w formie pisemnej – wraz z odpisem dla stron i uczestników postępowania odwoławczego, chyba że odpis pełnomocnictwa został doręczony przez pełnomocnika bezpośrednio stronie i uczestnikowi (zob. art. 511 ust. 1 Pzp).

Wprowadzenie obowiązku doręczenia pełnomocnictwa w postępowaniu odwoławczym przez pełnomocników pozwala ustalić stronom i uczestnikom tego postępowania, czy dana osoba występująca w charakterze pełnomocnika w postępowaniu przed KIO jest również uprawniona do działania w imieniu mocodawcy w postępowaniu skargowym. Odpis skargi podlega doręczeniu pełnomocnikowi przeciwnika skargi w przypadku ustalenia – na podstawie treści pełnomocnictwa – że dana osoba jest również uprawniona do działania w imieniu i na jego rzecz w postępowaniu skargowym.

6. Skarga Prezesa UZP. Zgodnie z art. 580 ust. 4 Pzp w terminie 30 dni od dnia wydania orzeczenia KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie

[23] Uchwała SN z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt III CZP 109/05, Legalis nr 71713; postanowienie SN z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt II CZ 108/09, Legalis nr 381549; postanowienie SN z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt V CZ 90/15, Legalis nr 1460951

odwołania skargę może wnieść również Prezes Urzędu. Może on także przystąpić do toczącego się postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

Uprawnienie Prezesa UZP do zaskarżenia orzeczeń KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania, jak również do przystąpienia do postępowania skargowego, koreluje z przepisem art. 469 pkt 1 Pzp stanowiącym, że Prezes UZP czuwa nad systemem zamówień oraz z przepisem art. 469 pkt 6 Pzp, w świetle którego dąży on do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz trybunałów. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa UZP jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień.

Stosownie do art. 580 ust. 4 zd. 3 Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa UZP stosuje się odpowiednio przepisy Kpc o prokuratorze. Na skutek wniesienia skargi czy też przystąpienia do postępowania skargowego Prezes UZP uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Do udziału Prezesa UZP w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 Kpc. Prezes UZP nie jest związany z żadną ze stron sporu, może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie. Wnosząc skargę lub przystępując do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi, Prezes UZP działa w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Orzekając w postępowaniu ze skargi Prezesa UZP o nieuiszczonych kosztach sądowych, sąd może zastosować zasadę słuszności określoną

w art. 102 Kpc, o ile zachodzą przesłanki w nim określone[24]. Oznacza to, że sprawę ze skargi wniesionej przez Prezesa UZP jako rzecznika systemu zamówień publicznych, który nie działa na rzecz żadnej ze stron ani uczestnika postępowania odwoławczego, sąd może uznać za wypadek szczególnie uzasadniony i może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej kosztami w ogóle.

7. Odpowiedź na skargę. W związku z odesłaniem do przepisów o postępowaniu apelacyjnym z art. 579 ust. 2 Pzp odpowiedź na skargę stanowi odpowiednik odpowiedzi na apelację, o której mowa w art. 3731 Kpc.

Odpowiedź na skargę przeciwnik skargi lub interwenient może wnieść wprost do sądu zamówień publicznych w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia odpisu skargi. Wniesienie odpowiedzi na skargę jest fakultatywne, a brak skorzystania z tego uprawnienia nie zamyka drogi do prezentowania swojego stanowiska w pismach procesowych – na zasadach określonych w Kpc – czy też ustnie na rozprawie. Z uwagi jednak na zasadę efektywności i szybkości środków ochrony prawnej na gruncie zamówień publicznych, a zwłaszcza w kontekście terminu instrukcyjnego na rozpoznanie skargi, wniesienie odpowiedzi na skargę uznać należy za czynność pożądaną w postępowaniu skargowym. Odpowiedź na skargę jest pismem procesowym, musi zatem spełniać wymogi formalne, właściwe dla każdego pisma procesowego (art. 126 Kpc,), tj.:

1) wskazanie sądu zamówień publicznych,
2) imiona i nazwiska lub nazwy stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników,

[24] Postanowienie SN z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. akt III CZP 76/16, Legalis nr 1536698

3) wskazanie, że pismo jest odpowiedzią na skargę,
4) osnowę wniosku lub oświadczenia,
5) w przypadku gdy jest to konieczne do rozstrzygnięcia co do wniosku lub oświadczenia – wskazanie faktów, na których wnoszący odpowiedź opiera swój wniosek lub oświadczenie, oraz wskazanie dowodu na wykazanie każdego z tych faktów,
6) podpis wnoszącego odpowiedź albo jego przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
7) wymienienie załączników.

Do odpowiedzi na skargę należy dołączyć jej odpisy i odpisy załączników dla doręczenia ich uczestniczącym w sprawie osobom, a ponadto, jeżeli w sądzie nie złożono załączników w oryginale, po jednym odpisie każdego załącznika do akt sądowych (art. art. 128 Kpc). Wniesienie odpowiedzi na skargę nie podlega opłacie.

Odpowiedź na skargę jest pismem, w którym wnoszący odnosi się do skargi, zarówno pod kątem merytorycznym, jak i formalnym. W odpowiedzi na skargę należy zatem zająć stanowisko co do treści skargi, jej zarzutów i wniosków. Można również powołać nowe fakty i dowody, z tym że na wnoszącym odpowiedź na skargę ciąży obowiązek wykazania, że nie mógł ich powołać wcześniej (art. 381 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp).

Odpowiedź na skargę powinna zostać wniesiona zgodnie z przepisami Kpc. W sytuacji gdy wnoszący odpowiedź na skargę jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, winien on doręczyć jej odpis bezpośrednio innym uczestnikom postępowania skargowego również reprezentowanym przez profesjonalnych pełnomocników (art. 132 § 1 Kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp). Jeśli taka sytuacja nie zachodzi, odpisy pisma należy złożyć do sądu zamówień publicznych.

W sytuacji gdy skarżący w skardze nie złożył wniosku o rozpoznanie sprawy na rozprawie, wniosek taki może złożyć wnoszący odpowiedź na skargę. W przypadku braku zgłoszenia takiego wniosku zarówno przez skarżącego, jak i wnoszącego odpowiedź na skargę, sąd zamówień publicznych może uznać, że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne i rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym
(art. 374 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp).

Art. 581.

Skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części, z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany.

1. Wymagania formalne skargi. Przepis art. 581 Pzp wskazuje, że skarga powinna spełniać wymagania przewidziane dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części, z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany.
Przepis ten wprowadza dwa rodzaje wymagań formalnoprawnych dla skargi: pierwszy związany jest z kwalifikacją skargi do kategorii pisma procesowego, drugi zaś zawiera grupę wymagań charakterystycznych dla skargi jako środka ochrony prawnej przewidzianego w Pzp.

2. Skarga jako pismo procesowe. Ogólne warunki pism procesowych zostały określone w art. 126 Kpc. W świetle tego przepisu skarga powinna zawierać:

1) oznaczenie sądu, do którego jest skierowana,
2) imiona i nazwiska lub nazwy stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników,
3) oznaczenie rodzaju pisma,
4) osnowę wniosku lub oświadczenia,
5) w przypadku gdy jest to konieczne do rozstrzygnięcia co do wniosku lub oświadczenia – wskazanie faktów, na których strona opiera swój wniosek lub oświadczenie, oraz wskazanie dowodu na wykazanie każdego z tych faktów,
6) podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
7) wymienienie załączników.

Skarga jest pierwszym pismem kierowanym do sądu w sprawie, dlatego – zgodnie z art. 126 § 2 Kpc – powinna zawierać:

1) oznaczenie miejsca zamieszkania lub siedziby i adresy stron albo – w przypadku gdy strona jest przedsiębiorcą wpisanym do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej – adres do korespondencji wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej,
2) oznaczenie miejsca zamieszkania lub siedziby i adresy przedstawicieli ustawowych i pełnomocników stron,
3) numer Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności (PESEL) lub numer identyfikacji podatkowej (NIP) skarżącego będącego osobą fizyczną, jeżeli jest on obowiązany do jego posiadania lub posiada go, nie mając takiego obowiązku lub

4) numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku jego braku – numer w innym właściwym rejestrze, ewidencji lub NIP skarżącego niebędącego osobą fizyczną, który nie ma obowiązku wpisu we właściwym rejestrze lub ewidencji, jeżeli jest on obowiązany do jego posiadania.

Do skargi należy również dołączyć załączniki w niej wymienione.

W skardze należy też wskazać wartość przedmiotu zaskarżenia (zob. art. 1261 § 1 Kpc).

W przypadku braku zgłoszenia wniosku o przeprowadzenie rozprawy w skardze, jak i w odpowiedzi na skargę, sąd zamówień publicznych może uznać, że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne i rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym (art. 374 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp).

3. Pozostałe wymagania formalne skargi. W skardze należy oznaczyć zaskarżone orzeczenie, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczyć zarzuty, zwięźle je uzasadnić, wskazać dowody, a także sformułować wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części, z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany.

W odniesieniu do poprzedniego stanu prawnego ustawodawca doprecyzował, że w skardze należy wyraźnie zaznaczyć zakres zaskarżenia kwestionowanego orzeczenia KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania, poprzez wskazanie, czy jest ono zaskarżane w całości, czy w części. Jednocześnie wprowadzono wymaganie określenia zakresu żądanej zmiany, tak aby wniosek skargi odpowiadał zakresowi zaskarżenia.

W skardze należy zatem określić, czego domaga się skarżący, przy czym żądanie skargi musi być adekwatne do zakresu zaskarżenia, stanu faktycznego sprawy i podniesionych zarzutów. Wniosek skargi należy

dostosować do treści art. 553–557 Pzp i art. 563–567 Pzp (zob. komentarz do tych artykułów), które sąd stosuje w postępowaniu skargowym odpowiednio. Skarżący jest dysponentem wniesionego środka ochrony prawnej i określenie rodzaju i zakresu ochrony jest jego rzeczą[25]. Pogląd ten koresponduje z zasadą dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego winien skutkować zmianą żądania skargi po to, aby orzeczenie wydane przez sąd było aktualne w zmienionych okolicznościach faktycznych i prawnych.

W skardze skarżący winien sformułować wnioski skierowane przeciwko rozstrzygnięciu KIO lub postanowienia jej Prezesa, a nie przeciwko czynnościom lub zaniechaniom zamawiającego.

Należy podzielić pogląd prezentowany przez SO w Warszawie, z którego wynika, że żaden przepis nie nakłada na stronę postępowania obowiązku antycypowania przyszłych działań zamawiającego i w konsekwencji formułowania wniosków skargi na wszelki wypadek, obejmujących stan faktyczny i prawny, który nie istniał w terminie ustawowym do wniesienia skargi[26]. Jeżeli zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta po upływie terminu na wniesienie skargi, skarżący obowiązany jest do modyfikacji wniosku skargi uwzględniającego prawotwórczy fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wniesieniu skargi. Przepisy Pzp nie regulują kwestii dopuszczalności zgłaszania wniosków dowodowych na etapie rozpoznania skargi, co wskazuje na konieczność zastosowania w omawianym zakresie przepisu art. 381 Kpc, dotyczącego postępowania apelacyjnego. Za zastosowaniem koncepcji ograniczonego

---

[25] Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16, Legalis nr 1717139

[26] Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 699/16, Legalis nr 1783099

postępowania dowodowego w postępowaniu skargowym przemawia także okoliczność, że w przypadku sporów zamówieniowych interpretacja przepisów powinna iść w kierunku sprzyjającym niezwłocznemu rozpoznaniu skargi. Sąd zamówień publicznych może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed KIO, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Celem ograniczenia w powoływaniu tzw. „nowości"[27] jest przeciwdziałanie celowej zwłoce strony w przedstawianiu nowych faktów i dowodów oraz potrzeba koncentracji materiału dowodowego w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Domagając się uwzględnienia „nowości", skarżący powinien uzasadnić przyczyny powołania faktów lub dowodów na etapie postępowania skargowego.

W art. 581 Pzp nie sformułowano wymagania dowodu przesłania odpisu skargi przeciwnikowi, jednak obowiązek taki wynika z art. 580 ust. 2 Pzp. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko Sądu Najwyższego, w świetle którego niewykonanie tego obowiązku stanowi usuwalny brak formalny skargi, którego nieuzupełnienie przez dołączenie dowodu jej przesłania przeciwnikowi skargi nie ma wpływu na skuteczność jej wniesienia i nie prowadzi do odrzucenia skargi[28].

4. Opłata od skargi. Uiszczenie opłaty od skargi jest jej wymogiem formalnoprawnym, warunkującym skuteczność jej wniesienia. Sąd zamówień publicznych nie podejmie bowiem żadnej czynności na skutek skargi, od której nie została uiszczona należna opłata.

---

[27] Wyrok SN z dnia 20 maja 2003 r., sygn. akt I PK 415/02, Legalis nr 64655

[28] Uchwała SN z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt III CZP 109/05, Legalis nr 71713; postanowienie SN z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt II CZ 108/09, Legalis nr 381549; postanowienie SN z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt V CZ 90/15, Legalis nr 1460951

Zgodnie z postulatem zapewnienia większej dostępności do tego środka ochrony prawnej w art. 39 PwPzp przewidziano obniżenie opłaty sądowej od skargi. Skarga podlega opłacie stałej w wysokości trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga.
Do skargi należy załączyć dowód uiszczenia opłaty sądowej w stosownej wysokości.

5. Braki formalne skargi. W sytuacji gdy skarga nie spełnia wymagań formalnych, sąd zamówień publicznych uruchamia procedurę naprawczą przewidzianą w art. 130 Kpc.
Jeżeli skarga nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych lub jeżeli od skargi nie uiszczono należnej opłaty, przewodniczący wezwie skarżącego, pod rygorem zwrócenia pisma, do poprawienia, uzupełnienia lub opłacenia jej w terminie tygodniowym (zob. art. 130 § 1 Kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp).
Brakiem formalnym skargi może być np. brak jej opłacenia, brak dowodu przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi, brak wykazania umocowania do wniesienia skargi.

Art. 582.

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami.

1. Ograniczenie dopuszczalności przedmiotowej zmiany skargi. Na gruncie postępowania skargowego przepis art. 582 jest odpowiednikiem art. 383 zd. 1 Kpc, który normuje kwestię zmiany żądania pozwu i występowania z nowymi żądaniami w postępowaniu apelacyjnym. Omawiany przepis określa przedmiotowe ramy postępowania skargowego, wprowadzając ograniczenie

dopuszczalności przedmiotowej zmiany skargi w postępowaniu skargowym.

Zakaz rozszerzenia żądania oraz występowania z nowymi żądaniami w postępowaniu skargowym – w stosunku do żądania odwołania – wynika ze specyfiki tego postępowania jako prowadzącego do kontroli orzeczenia zapadłego w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Z przepisu wynika, że przedmiotem postępowania skargowego może być tylko to, co było uprzednio przedmiotem rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

2. Wyjątek od zakazu zmiany żądania. Wyjątek od tej reguły odnosi się do sytuacji, gdy po wydaniu orzeczenia zmianie uległy okoliczności faktyczne, wskazujące na utratę aktualności pierwotnego żądania, dlatego fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wydaniu zaskarżanego orzeczenia winien skutkować zmianą żądania skargi po to, aby orzeczenie wydane przez sąd zamówień publicznych było aktualne w zmienionych okolicznościach. Warto przypomnieć, że przepisy regulujące postępowanie skargowe nie przewidują możliwości działania przez sąd z urzędu co do przedmiotu żądania skarżącego (zob. komentarz do art. 581 Pzp, teza 3).

Przytoczenie w skardze przepisów prawa materialnego wskazujących na inny stan faktyczny niż ten, na którym zostało oparte żądanie odwołania, stanowi zmianę niedopuszczalną. W rozumieniu tego przepisu niedopuszczalna jest więc zmiana polegająca na zgłoszeniu po raz pierwszy w skardze zupełnie innego (nowego) roszczenia, gdyż wówczas brak jest tożsamości podstawy faktycznej żądania z tą, którą powoływano w odwołaniu i następnie podtrzymywano w postępowaniu odwoławczym.

Art. 583.

Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

1. Granice rozpoznania skargi. Sąd zamówień publicznych rozpoznaje skargę wyłącznie w odniesieniu do zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Zakaz orzekania przez sąd zamówień publicznych co do zarzutów niezawartych w odwołaniu koresponduje z przepisem art. 555 Pzp, zakazującym KIO orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.

2. Związanie zarzutami. Zarzutem odwołania jest określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z daną czynnością lub zaniechaniem zamawiającego, które w jego ocenie prowadzi do naruszenia Pzp. Zarzutu nie można jednak rozpoznawać wyłącznie w związku ze wskazanym w odwołaniu przepisem prawa – należy go wywodzić również ze wskazania okoliczności faktycznych, pozwalających zakwestionować określone zachowanie zamawiającego. W postępowaniu skargowym skarżący odwołujący jest związany zarzutami zawartymi w odwołaniu, zaś zamawiający jest związany podstawą faktyczną czynności lub zaniechania, od których odwołanie zostało wniesiono. Tytułem przykładu warto wskazać, że w postępowaniu skargowym, tak jak w postępowaniu odwoławczym, zamawiający nie może powoływać się na inne podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania czy też odrzucenia złożonej przez niego oferty niż te, które wyraził, dokonując tych czynności w prowadzonym postępowaniu, i wobec których wykonawca złożył odwołanie do Prezesa KIO. Tym samym treść zarzutów wyznacza ramy, w jakich KIO rozstrzyga o zgodności zaskarżanego zachowania zamawiającego z przepisami

Pzp, zaś sąd zamówień publicznych ocenia prawidłowość zaskarżonego orzeczenia.

Art. 584.

Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie.

1. Przesłanki odrzucenia skargi. Art. 584 Pzp reguluje trzy przesłanki odrzucenia skargi przez sąd zamówień publicznych, którymi są:

1) wniesienie skargi po upływie terminu;
2) niedopuszczalność skargi z innych przyczyn;
3) nieuzupełnienie braków formalnych skargi w terminie.

Sąd zamówień publicznych dokonuje kontroli skargi pod kątem formalnoprawnym w pełnym zakresie, gdyż Prezes KIO, za pośrednictwem którego wnoszona jest skarga, nie posiada żadnych uprawnień w tej kwestii, a jego rola ogranicza się do przekazania do sądu skargi wraz z aktami sprawy odwoławczej.

W ramach kontroli formalnoprawnej wniesionego środka ochrony prawnej sąd zamówień publicznych może odrzucić skargę w formie postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym.

2. Upływ terminu na wniesienie skargi. Przesłanką odrzucenia skargi jest jej wniesienie po upływie terminu. Termin dla stron i uczestników postępowania odwoławczego na skorzystanie z uprawienia do wniesienia skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia KIO lub postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania (zob. komentarz do art. 580 Pzp).

Termin na wniesienie skargi może podlegać przywróceniu (zob. komentarz do art. 585 Pzp).

3. Niedopuszczalność skargi. Skarga podlega odrzuceniu z powodu jej niedopuszczalności z przyczyn związanych z podmiotem skarżącym, jak i ze względów przedmiotowych.
Niedopuszczalność skargi o charakterze podmiotowym będzie miała miejsce np. w przypadku jej wniesienia przez osobę pozostającą ze skarżącym w stałym stosunku zlecenia, w sytuacji gdy przedmiot sprawy ze skargi nie został objęty zakresem zlecenia[29].
Z kolei niedopuszczalność skargi o charakterze przedmiotowym wystąpi w przypadku zaskarżenia określonych rodzajów orzeczeń, które z mocy Pzp nie podlegają zaskarżeniu (np. postanowienie KIO w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, postanowienie KIO o uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji).
4. Nieuzupełnienie braków formalnych skargi w terminie. Wymagania formalne skargi określa art. 581 Pzp (zob. komentarz do art. 581 Pzp). Stwierdzenie przez sąd braków formalnych skargi skutkuje koniecznością wezwania skarżącego do ich uzupełnienia w terminie tygodniowym (zob. art. 130 § 1 Kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp). Nieuzupełnienie braków formalnych skargi w terminie tygodniowym skutkuje jej odrzuceniem (zob. komentarz do art. 581 Pzp, teza 5).

Art. 585.

1. Jeżeli strona lub interwenient nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.

[29] Postanowienie SO w Warszawie z dnia 22 marca 2016 r., sygn. akt XXXIII Ga 21/16

2. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi. W piśmie należy uprawdopodobnić okoliczności uzasadniające wniosek. Równocześnie z wnioskiem strona dokonuje czynności procesowej.

1. Instytucja przywrócenia terminu. Przepis art. 585 Pzp reguluje instytucję przywrócenia terminu na dokonanie czynności procesowej. Jeżeli strona lub interwenient nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym.

2. Wniosek o przywrócenie terminu. Wniosek o przywróceniu terminu należy zgłosić do sądu zamówień publicznych w formie pisma procesowego, które powinno spełniać ogólne wymagania przewidziane w art. 126 Kpc. Ponadto w piśmie tym trzeba uprawdopodobnić brak winy w uchybieniu terminu, występującej po stronie zgłaszającego taki wniosek.

3. Przywrócenie terminu. Sąd zamówień publicznych przywróci termin, jeżeli w ciągu siedmiu dni od dnia ustania przyczyny uchybienia tego terminu strona lub interwenient zawnioskuje o jego przywrócenie. Warunkiem przywrócenia terminu jest jednoczesne – z wniesieniem pisma o przywrócenie terminu – dokonanie czynności procesowej, np. wniesienie skargi czy też uzupełnienie jej braków formalnych. Orzeczenie sądu zamówień publicznych w sprawie przywrócenia terminu do dokonania czynności procesowej przybiera formę postanowienia, które może być wydane na posiedzeniu niejawnym.

Przepis ten znajduje zastosowanie m.in. do uchybienia terminu na wniesienie skargi.

Art. 586.

Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo interwenientem;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest stroną postępowania albo interwenientem.

1. Rozkład ciężaru dowodu w przypadku rażąco niskiej ceny. Art. 586 Pzp reguluje kwestie zawiązane z ciężarem dowodu w przypadku, gdy jego przedmiotem jest rażąco niska cena.

Zgodnie z art. 586 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo interwenientem,
2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest stroną postępowania albo interwenientem.

Rozwiązanie to jest tożsame z przyjętym w zakresie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym przed KIO (zob. komentarz do art. 537 Pzp).

Art. 587.

1. Sąd rozpoznaje sprawę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie miesiąca od dnia wpływu skargi do sądu.

2. Do rozpoznania skargi stosuje się odpowiednio przepisy art. 545 ust. 2 i 3.

1. Termin rozpoznania skargi. W art. 587 ust. 1 ustanowiono obowiązek rozpoznania przez sąd zamówień publicznych skargi niezwłocznie, nie później niż w terminie miesiąca od dnia wpływu skargi do sądu. Termin

miesięczny ma charakter instrukcyjny, niedochowanie go przez sąd zamówień publicznych nie wywoła ujemnych skutków procesowych.

2. Ograniczenia jawności. Nowością jest wprowadzenie do postępowania skargowego nakazu odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wyłączenia jawności rozprawy (zob. komentarz do art. 545 ust. 2 Pzp) oraz ograniczenia wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy (zob. komentarz do art. 545 ust. 3 Pzp).

Art. 588.

1. Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna.

2. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 553–557 i art. 563–567 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

3. Jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie albo umarza postępowanie.

1. Orzeczenia sądu zamówień publicznych. Przepis art. 588 Pzp określa możliwe wyniki rozstrzygnięcia skargi przez sąd zamówień publicznych. Zarówno o oddaleniu, jak i uwzględnieniu skargi sąd orzeka wyrokiem. Z kolei gdy odwołanie winno zostać odrzucone albo zachodziła podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyli wyrok lub zmieni postanowienie oraz odrzuci odwołanie albo umorzy postępowanie. Sąd zamówień publicznych uchyla wyrok i odrzuca odwołanie, jeżeli podlegało odrzuceniu już przez KIO z powodu zaistnienia przesłanek z art. 528 Pzp. Również gdy w postępowaniu odwoławczym zaistniały przesłanki do jego

umorzenia (art. 522 Pzp), sąd zamówień publicznych uchyli wyrok lub zmieni postanowienie i umorzy postępowanie.

Postępowanie skargowe, w zależności od rodzaju zaskarżonego orzeczenia, dotyczy więc albo wyłącznie istoty sprawy (gdy zaskarżony został wyrok) albo przesłanek dopuszczalności odwołania i prowadzenia postępowania odwoławczego, a następnie istoty sprawy (w przypadku zaskarżenia postanowienia kończącego postępowanie w sprawie)[30].

W modelu apelacji pełnej, w jakim orzeka sąd zamówień publicznych, z mocy odesłania do przepisów o apelacji z art. 579 ust. 2 Pzp sąd zamówień publicznych orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu odwoławczym przed KIO oraz w postępowaniu skargowym.

2. Oddalenie skargi. Art. 588 ust. 1 Pzp przewiduje jedno z możliwych rozstrzygnięć w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi, jakim jest jej oddalenie.

Sąd zamówień publicznych wyrokiem oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna, co następuje w sytuacji, gdy jej zarzuty i wnioski okazały się bezpodstawne i nie znalazły oparcia w materiale sprawy. W takiej sytuacji – w ramach kontroli instancyjnej – sąd zamówień publicznych potwierdza prawidłowość rozstrzygnięcia sprawy odwoławczej.

3. Uwzględnienie skargi. W art. 588 ust. 2 Pzp wskazano sposób rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji uwzględnienia skargi. W razie uznania skargi za zasadną sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie.

---

[30] Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17; Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Legalis nr 1683082

Zaskarżonym orzeczeniem w rozumieniu tego przepisu są wyroki i postanowienia KIO, jak i postanowienie Prezesa KIO o zwrocie odwołania (zob. komentarz do art. 579 Pzp).

Poprzez odesłanie do art. 553–557 Pzp i art. 563–567 Pzp (postępowanie odwoławcze przed KIO) przepisy Pzp wskazują charakterystyczne – uzależnione od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta – uregulowania w zakresie możliwych sposobów rozstrzygnięcia przez sąd zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia skargi (zob. komentarz do art. 553–557 i art. 563–567 Pzp).

Stosownie do treści art. 588 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia skargi sąd stosuje odpowiednio w szczególności art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zatem uwzględnienie skargi następuje w razie stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców lub w razie stwierdzenia niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Odpowiednio stosowany przepis art. 554 ust. 3 Pzp określa zakres możliwych rozstrzygnięć sądu w razie uwzględnienia skargi, przy czym zdarzeniem granicznym, decydującym o sposobie rozstrzygnięcia sprawy przy uwzględnieniu skargi, jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca, wskazując poszczególne rodzaje rozstrzygnięć KIO, jak i sądu zamówień publicznych uznającego skargę za zasadną, uwzględnił specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zwłaszcza zasadę etapowości tego procesu i zasadę szybkości jego prowadzenia. Osiągnięcie celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim na gruncie Pzp jest zawarcie umowy, jest okolicznością na tyle doniosłą, że nie może ona pozostawać bez wpływu

na rodzaje rozstrzygnięć wydawanych w ramach systemu środków ochrony prawnej uregulowanych w Pzp.

Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta, uwzględniając skargę, sąd zmienia zaskarżone orzeczenie KIO i nakazuje wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego, albo nakazuje zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami Pzp (art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 588 ust. 2 zd. 2 Pzp).

Z kolei w sytuacji gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta i zachodzi jedna z przesłanek jej unieważnienia wyrażona w art. 457 ust. 1 Pzp (zob. komentarz do art. 457 ust. 1 Pzp), sąd uwzględniając skargę, wydaje następujące rodzaje rozstrzygnięć:

1) unieważnia umowę albo
2) unieważnia umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nakłada karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo
3) nakłada karę finansową albo orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Odrębnym rodzajem rozstrzygnięcia uwzględniającego skargę, w sytuacji gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, jest wyrok, w którym sąd stwierdza naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp w zw. z art. 588 ust. 2 zd. 2 Pzp). Umową zawartą w okolicznościach dopuszczonych w Pzp jest umowa zawarta z poszanowaniem zakazu

jej zawarcia do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie (zob. komentarz do art. 577 Pzp). Ze względu na odesłanie z art. 579 ust. 2 Pzp do przepisów o apelacji, na podstawie art. 316 § 1 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc, sąd zamówień publicznych wydaje orzeczenie z uwzględnieniem zasady jego aktualności. Zasada aktualności orzeczenia sądowego ma na celu zapobieżenie niebezpieczeństwu rozstrzygania w postępowaniu skargowym o żądaniu, które utraciło już aktualność oraz ma zapewnić stronom i uczestnikom postępowania sądowego ochronę adekwatną do stanu prawnego i faktycznego istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy.

W przypadku wniesienia skargi zawierającej żądanie właściwe dla stanu, gdy umowa nie została zawarta, i ujawnienia faktu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wniesieniu skargi skarżący zobligowany jest do zmiany żądania skargi, gdyż z uwagi na związanie sądu żądaniem zgłoszonym w odwołaniu i następnie w skardze w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi nie została przewidziana możliwość podejmowania przez sąd działania z urzędu[31].

Uwzględniając skargę, sąd zamówień publicznych może również uchylić wyrok lub zmienić postanowienie oraz odrzucić odwołanie albo umorzyć postępowanie.

Sąd zamówień publicznych, jeśli uzna za zasadną skargę na postanowienie o umorzeniu postępowania wywołanego odwołaniem do KIO, jak i na postanowienie o odrzuceniu przez KIO odwołania, rozpoznaje odwołanie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy.

[31] Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16, Legalis nr 1717139

4. Wyłączenie stosowania art. 386 § 4 Kpc. Zgodnie z art. 588 ust. 2 zd. 3 w przypadku uwzględnienia skargi nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 Kpc. Wyłączenie możliwości wydawania przez sąd zamówień publicznych rozstrzygnięć kasacyjnych, tj. uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania KIO, stanowi jeden z mechanizmów ustawowych wymuszających sprawność załatwienia sporu sądowego na gruncie zamówień publicznych. Jednocześnie przepis ten koresponduje z merytorycznym charakterem postępowania skargowego, odpowiadającym modelowi apelacji pełnej, który przede wszystkim odnosi się do kontroli legalności rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym, ale pośrednio dotyczy również zakwestionowanego odwołaniem zachowania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd zamówień publicznych, rozpoznając skargę, w istocie zobowiązany jest na nowo rozpoznać sprawę ze skargi na orzeczenie wydane w postępowaniu odwoławczym.
Na gruncie omawianej regulacji aktualność zachowuje stanowisko Sądu Najwyższego[32] wyłączające możliwość uchylenia przez sąd okręgowy na podstawie art. 386 § 4 Kpc postanowienia KIO o odrzuceniu odwołania.

5. Postanowienia w postępowaniu skargowym. Przepis art. 588 ust. 2 zd. 1 Pzp przewiduje, że w przypadku uwzględnienia skargi w sprawach innych niż poprzez zmianę zaskarżonego orzeczenia i rozstrzygnięcie wyrokiem co do istoty sprawy sąd wydaje postanowienie.
Zasadniczo w postępowaniu skargowym sąd wydaje postanowienie w sprawach dotyczących biegu postępowania, np. w sprawie odrzucenia

[32] Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17, Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 Legalis nr 1683082

odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego (zob. art. 588 ust. 3 Pzp; zob. komentarz do art. 588 Pzp, teza 1).

Ponadto w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego sąd orzeka postanowieniem, gdy zaskarżone jest wyłącznie orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego, bez podważenia przy tym merytorycznego sposobu rozstrzygnięcia odwołania[33].

Postępowanie skargowe może również zostać zakończone postanowieniem o umorzeniu postępowania sądowego, w sytuacji gdy skarżący cofnął skargę albo z innych przyczyn wydanie wyroku stało się zbędne lub nieodpuszczalne (zob. art. 355 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 Kpc w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp).

Podstawę do umorzenia postępowania skargowego stanowi unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiącego przedmiot skargi, od którego zostało wniesione odwołanie[34].

W judykaturze różnie ocenia się kwestię wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego w kontekście podstaw do umorzenia postępowania skargowego.

Zarówno SN, jak i sądy powszechne wskazują, że całkowite wykonanie umowy stanowi przesłankę umorzenia postępowania skargowego

[33] Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17; Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Legalis nr 1683082

[34] Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 1278/18

z uwagi na zbędność wydania wyroku[35]. Od tej linii orzeczniczej odbiega pogląd zaprezentowany przez SN w postanowieniu z dnia 17 maja 2019 r.[36], w świetle którego, skoro przepisy prawa zamówień publicznych od 2010 r. przewidują szczególne rodzaje rozstrzygnięć KIO i sądów okręgowych rozpoznających skargi, odnoszących się do umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonanie umowy na realizację przedmiotu zamówienia nie stanowi przyczyny uzasadniającej umorzenie postępowania wywołanego skargą z powodu zbędności wydania wyroku. SN zauważył, że skoro w katalogu określonym w art. 192 ust. 3 Pzp2004 (aktualnie w art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp – przyp. aut.) przewidziano możliwość – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, to stwierdzenie to jest dopuszczalne także wówczas, gdy umowa została już wykonana[37].

Należy przychylić się do drugiego z prezentowanych stanowisk, w świetle którego całkowite wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi przyczyny uzasadniającej umorzenie postępowania skargowego z powodu zbędności wydania wyroku. Zapewnia

---

[35] Uchwała SN z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III CZP 73/05, Legalis nr 70733; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16, Legalis nr 1717139; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17; Legalis nr 1683084; uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt: III CZP 58/17, Legalis nr 1683082; postanowienie SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt XII Ga 200/11; postanowienie SO w Katowicach z dnia 9 grudnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 731/13; wyrok SO we Wrocławiu z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 205/13; postanowienie SO w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2017 r., sygn. akt II Ca 1142/16

[36] Postanowienie SN z dnia 17 maja 2019 r., sygn. akt IV CSK 69/18

[37] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0010/42013/postanowienie-SN-IV-CSK-69_18.pdf, (dostęp: 1 marca 2020 r.)

ono rzeczywistą kontrolę orzeczenia wydanego w postępowaniu odwoławczym i w pełni realizuje zasadę prawa do sądu w ramach systemu środków ochrony prawnej. Niedopuszczalne jest bowiem, aby podmiot biorący udział w postępowaniu sądowym został pozbawiony ochrony prawnej wskutek działań od niego niezależnych, na które nie ma wpływu. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy skarżącym jest odwołujący, a umowa w sprawie zamówienia publicznego – zawarta między zamawiającym a interwenientem – zostanie wykonana do czasu rozpoznania skargi przez sąd. Wówczas zakończenie postępowania skargowego o charakterze formalnym poprzez umorzenie z powodu wykonania umowy pozbawia skarżącego weryfikacji merytorycznej zaskarżonego orzeczenia i w efekcie czyni skargę środkiem ochrony prawnej o charakterze pozornym.

Pogląd ten ma istotne znaczenie zwłaszcza w kontekście braku zakazu zawarcia umowy po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (zob. komentarz do art. 577 Pzp).

Art. 589.

1. Strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

2. Określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

1. Zasada odpowiedzialności za wynik postępowania. Art. 589 ust. 1 Pzp ustanawia zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania jako zasadę ponoszenia kosztów na gruncie postępowania skargowego. Rozstrzygając skargę, sąd wydaje postanowienie określające wysokość kosztów ponoszonych przez strony. W zależności od wyniku sprawy sąd może również zmienić postanowienie w sprawie kosztów, zawarte w orzeczeniu KIO.

Zasada ponoszenia kosztów dotyczy wyłącznie stron postępowania skargowego, a nie interwenienta – uczestnika postępowania odwoławczego, który jest związany z jedną lub drugą stroną tego postępowania (zgłasza przystąpienie po stronie zamawiającego albo odwołującego). Przepis art. 589 ust. 1 Pzp w samodzielny sposób reguluje kwestie ponoszenia kosztów postępowania skargowego, ograniczając je wyłącznie do stron tego postępowania i jest regulacją odmienną od regulacji dotyczącej kosztów interwenienta na gruncie procedury cywilnej (zob. art. 107 Kpc), dlatego też ma pierwszeństwo zastosowania na zasadzie *lex specialis*[38]. W postępowaniu skargowym brak jest zatem podstaw do zasądzenia kosztów na rzecz albo od interwenienta.

2. Koszty zastępstwa procesowego. W dotychczas wydanych orzeczeniach sądów rozpoznających skargi na orzeczenia KIO dostrzegalna była rozbieżność dotycząca zasądzanych kosztów zastępstwa procesowego od strony przegrywającej, co wynika z braku unormowania wysokości wynagrodzenia w postępowaniu skargowym w rozporządzeniach regulujących wysokość wynagrodzenia pełnomocników procesowych[39].

3. Zażalenie. Na postanowienie sądu zamówień publicznych w przedmiocie kosztów postępowania skargowego przysługuje zażalenie do innego składu sądu zamówień publicznych, o ile nie wniesiono skargi kasacyjnej (art. 394^2 § 1^1 pkt 3 Kpc).

---

[38] Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1635/17

[39] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.)

Art. 590.

1. Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

2. Skargę kasacyjną może wnieść strona oraz Prezes Urzędu. Przepisy części pierwszej księgi pierwszej tytułu VI działu Va ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego stosuje się.

3. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy o Prokuratorze Generalnym, określone w części pierwszej w księdze pierwszej w tytule VI w dziale Va ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.

1. Legitymacja czynna do wniesienia skargi kasacyjnej. W Pzp dostęp do skargi kasacyjnej uległ poszerzeniu – uprawnienie do wniesienia skargi kasacyjnej przyznano również stronom postępowania skargowego. Interwenient jest uprawniony do wniesienia skargi kasacyjnej na takich samych zasadach, jakie wyrażono na gruncie Kpc[40], co oznacza, że wnosząc skargę kasacyjną, nie może działać w sprzeczności z czynnościami strony, do której przystąpił w postępowaniu odwoławczym. Skargę kasacyjną może wnieść także Prezes UZP. Do czynności podejmowanych przez Prezesa UZP stosuje się odpowiednio przepisy o Prokuratorze Generalnym, określone w części pierwszej księgi pierwszej tytułu VI działu Va Kpc.

2. Orzeczenia, od których przysługuje skarga kasacyjna. Art. 590 ust. 1 Pzp dopuszcza wniesienie skargi kasacyjnej od dwóch rodzajów orzeczeń wydawanych przez sąd zamówień publicznych, tj. wyroków oraz postanowień kończących postępowanie w sprawie.

[40] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, s. 122, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 1 marca 2020 r.)

Wyrokiem sąd merytorycznie rozstrzyga sprawę ze skargi, skarga kasacyjna przysługuje więc zarówno od wyroku sądu oddalającego skargę, jak i orzeczeń wydanych wskutek jej uwzględnienia (zob. komentarz do art. 588 Pzp).

Do kategorii postanowień kończących postępowanie w sprawie należą postanowienia, których uprawomocnienie się zamyka drogę do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty przez sąd danej instancji, jeżeli w chwili ich wydania sąd jest zwolniony z obowiązku dalszego rozpoznawania sprawy[41].

Na gruncie Pzp do kategorii orzeczeń kończących postępowanie w sprawie należy zaliczyć postanowienia sądu zamówień publicznych w przedmiocie odrzucenia odwołania oraz postanowienie o umorzeniu postępowania (zob. art. 398^1 § Kpc)

3. Wymagania procesowe skargi kasacyjnej. Do skargi kasacyjnej z zamówień publicznych stosuje się przepisy części pierwszej księgi pierwszej tytułu VI działu Va Kpc.

Skarga kasacyjna powinna zawierać:

1) oznaczenie orzeczenia, od którego jest wniesiona, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części,
2) przytoczenie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie,
3) wniosek o uchylenie lub uchylenie i zmianę orzeczenia z oznaczeniem zakresu żądanego uchylenia i zmiany,
4) wniosek o przyjęcie do rozpoznania i jego uzasadnienie.

Skarga kasacyjna powinna również czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie wartości przedmiotu zaskarżenia (art. 398^4 Kpc).

---

[41] A. Góra-Błaszczykowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz do art. 1-424(12),* 2019, komentarz do art. 398(1) Kpc, Legalis

Wniosek o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania musi spełniać wymogi wynikające z przesłanek jej przyjęcia do rozpoznania przez Sąd Najwyższy, o których mowa w art. 398^9 § 1 Kpc. Skarżący kasacyjnie musi zatem wykazać, że:

1) w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne,
2) istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów,
3) zachodzi nieważność postępowania lub
4) skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona.

Skargę kasacyjną można oprzeć na podstawie naruszenia prawa materialnego (art. 398^3 § 1 pkt 1 Kpc) lub na podstawie naruszenia przepisów postępowania (art. 398^3 § 1 pkt 2 Kpc), przy czym jej podstawy nie mogą stanowić zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów (art. 398^3 § 3 Kpc).

4. Termin na wniesienie skargi kasacyjnej. Skargę kasacyjną wnosi się do sądu zamówień publicznych w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem (zob. art. 398^5 Kpc). Z kolei Prezes UZP może wnieść skargę kasacyjną w terminie 6 miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, a jeżeli strona zażądała doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem – od chwili doręczenia uzasadnienia stronie (art. 398^5 § 2 Kpc w zw. z art. 590 ust. 3 Pzp).

5. Przymus adwokacko-radcowski. W postępowaniu ze skargi kasacyjnej obowiązuje przymus adwokacko-radcowski. Zgodnie z treścią art. 87^1 § 1 Kpc w postępowaniu przed Sądem Najwyższym obowiązuje zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych. Zastępstwo to dotyczy także czynności procesowych związanych z postępowaniem przed SN, podejmowanych przed sądem niższej instancji.

DZIAŁ X
Pozasądowe rozwiązywanie sporów

Art. 591.

1. W sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu.

2. Umowa lub umowa ramowa może zawierać postanowienia o mediacji lub innym polubownym rozwiązaniu sporu. Umowa o mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu może być zawarta także przez wyrażenie przez stronę zgody na mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu, gdy druga strona złożyła wniosek, o którym mowa w ust. 1.

1. Uwagi ogólne. Intencją tej nowej w Pzp instytucji, jak również pozostałych podobnych rozwiązań, takich jak obowiązek współpracy przy realizacji umowy (art. 431 Pzp) czy rozwiązania w zakresie trybów negocjacyjnych, jest położenie nacisku na wagę współpracy stron umowy o zamówienie publiczne – współpracy zarówno na etapie przygotowania i prowadzenia zamówienia (wstępne konsultacje rynkowe, negocjowanie ofert w celu ich ulepszenia, tryby negocjacyjne), realizacji zamówienia (zasada współpracy stron), jak i w fazie sporu związanego z realizacją

zamówienia. Ustawodawca wprowadził te rozwiązania z uwagi na korzyści związane z alternatywnymi metodami rozwiązywania sporów[1] – korzyści związane z odblokowaniem i terminową realizacją umowy, uzyskaniem korzyści finansowej przez wykonawców, brakiem eskalacji konfliktów, minimalizowaniem kosztów społecznych.

2. Zakres przedmiotowy Zakresem przedmiotowym objęto sprawy majątkowe wynikające z realizacji umowy o zamówienie publiczne, a więc sprawy, których wartość da się określić w pieniądzu. Sprawa ma charakter majątkowy, gdy zgłoszone w niej żądanie zmierza do realizacji prawa lub uprawnienia mającego bezpośredni wpływ na stosunki majątkowe stron. Sprawami majątkowymi mogą być przy tym nie tylko sprawy o świadczenie, lecz także sprawy o ustalenie albo o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa, ponieważ także w tych sprawach orzeczenie może wywierać wpływ na stosunki majątkowe stron[2]. Zakresem pozasądowych metod rozwiązywania sporów z mocy ustawy nie są objęte inne roszczenia stron, przykładowo o zniesławienie lub pomówienie związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, o naruszenie dóbr osobistych czy o ustalenie autorstwa projektu. Dodatkowo zakresem ugody mogą być objęte tylko takie sprawy majątkowe, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, a więc takie, które mają zdolność ugodową. Przykładowo zdolności ugodowej nie będą miały sprawy niezgodne z prawem, w szczególności niezgodne z określonymi w art. 592 Pzp granicami ugody. Podobnie czynności zmierzające do obejścia prawa (art. 5 Kc i art. 58 Kc). Warto w tym miejscu

---

[1] Pozasądowe metody rozwiązywania sporów w piśmiennictwie niekiedy określane są jako ADR – *Alternative Dispute Resolution* – Alternatywne metody rozwiązywania sporów

[2] Postanowienie SN z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt I CZ 8/16

przytoczyć stanowisko SN – Izby Cywilnej[3], zgodnie z którym powaga rzeczy osądzonej wyklucza nie tylko wytoczenie ponownego powództwa pomiędzy tymi samymi stronami o to samo roszczenie, ale sprzeciwia się również wszczęciu w tym zakresie postępowania pojednawczego.

3. Efekt skorzystania z pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Efektem wykorzystania polubownych mechanizmów rozwiązania sporów może być zarówno ugoda, a więc poczynione wzajemnie ustępstwa stron, jak i brak ugody w sytuacji, gdy strony nie są w stanie osiągnąć konsensusu. W ramach braku ugody można wyróżnić również sytuację, gdy strony wyjaśnią stan faktyczny na tyle dostatecznie, by jedna ze stron zrezygnowała ze swoich roszczeń jako niezasadnych.

4. Legitymacja czynna. Uprawnionym do skorzystania z tej instytucji jest każda ze stron umowy o zamówienie publiczne, niezależnie od statusu prawnego. Ze strony zamawiającego mogą to być wszystkie podmioty mające przymiot zamawiającego w rozumieniu Pzp. Natomiast ze strony wykonawcy mogą to być wszystkie podmioty mające przymiot wykonawcy w rozumieniu Pzp, w szczególności spółki kapitałowe, spółki osobowe czy osoby fizyczne. Legitymacji czynnej o wezwanie do skorzystania z tej instytucji nie mają natomiast inne podmioty, niebędące zamawiającymi czy wykonawcami, w szczególności takiej legitymacji nie będą mieli tj. np. podwykonawcy.

5. Spór. Warunkiem skorzystania z tego rozwiązania jest zaistnienie sporu, który związany jest z realizacją zamówienia. Spór może dotyczyć zarówno samej zasadności żądania strony, jak i wysokości/rozmiaru tego żądania. Strony mogą bowiem co do zasady zgadzać się co do zasadności

---

[3] Postanowienie SN z dnia 30 sierpnia 1966 r., sygn. akt I CR 485/66, Legalis nr 12776

danego roszczenia, natomiast mogą mieć rozbieżne zdanie w zakresie jego wysokości, wpływu etc..

6. Zakres dostępnych alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Ustawodawca nie ograniczył dostępnych stronom metod rozwiązywania sporów. Jako podpowiedź wskazano, że strony mogą poddać spór mediacji lub innemu polubownemu rozwiązaniu czy to przez Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora, czy to osobę prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu. Zatem w zależności od rodzaju realizowanego zamówienia czy rodzaju sporu strony mogą dosyć elastycznie skorzystać z alternatywnych metod rozwiązywania sporów odpowiednich do rodzaju sporu lub przedmiotu sporu. Taką metodą może być mediacja polegająca na próbie doprowadzenia do ugodowego rozwiązania sporu w drodze negocjacji prowadzonych przy udziale bezstronnego mediatora, pomagającego stronom w dojściu do porozumienia. Może to być również koncyliacja, która polega na zaproponowaniu stronom rozstrzygnięcia akceptowalnego przez strony. Takim mechanizmem może być również specjalistyczny sąd polubowny. Wymienione wyżej przykładowe metody mogą być realizowane zarówno przez stałe organy, instytucje (jak np. Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej), jak i jednorazowe, powołane doraźnie (*ad hoc*). W zależności od charakteru sporu czy ilości materiału dowodowego sprawy takie mogą być powierzane organom kolegialnym lub pojedynczym osobom. Istotna jest również elastyczność tych metod i brak ograniczeń w ich prowadzeniu do katalogu sformalizowanych podmiotów lub osób przynależących do określonych grup zawodowych. Ważne jest, by osoby prowadzące alternatywne metody rozwiązywania sporów dawały gwarancje merytoryczne i procesowe oraz nie były w konflikcie interesów (art. 595 Pzp).

7. Zapis na pozasądowe metody rozwiązywania sporów lub wniosek o nie. Ustawodawca przewidział dwie możliwości skorzystania z alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Pierwsza, pierwotna, polega na tym, że w samej umowie o zamówienie publiczne lub w umowie ramowej przewidziano taką możliwość. Przewidzenie tej możliwości może być bardziej konkretne z odwołaniem do zindywidualizowanego podmiotu czy procedury lub też bardziej ogólne. Druga możliwość jest wtórna (następcza), a jej realizacja następuje w przypadku zaistnienia konkretnego sporu i złożenia wniosku przez zainteresowaną stronę.

Art. 592.

Zawarcie ugody nie może prowadzić do naruszenia przepisów działu VII rozdziału 3.

Granice korzystania z pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Art. 592 Pzp stanowi bardzo istotną wskazówkę dla ram skorzystania z pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Ugody, zmiany, aneksy zawarte w ich wyniku w istocie będą stanowiły zmianę umowy i wobec tego nie mogą prowadzić do naruszenia lub obejścia przepisów dotyczących zasad zmiany umów określonych w dziale VII rozdziału 3 Pzp. Ugoda musi więc albo dotyczyć zmiany nieistotnej, albo zmiany przewidzianej w umowie (strony na przykład spierają się o wartość tej zmiany) albo mieścić się w przesłankach ustawowych zmiany umowy (art. 455 ust. 1 pkt 3–4 oraz art. 455 ust. 2 Pzp).

Art. 593.

1. Pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego zawiera informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego

rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia.

2. Jeżeli pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego nie zawiera informacji, o której mowa w ust. 1, w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia została ustalona jako równa lub przekraczająca w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych oraz wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 000 złotych, sąd kieruje strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu do Sądu Polubownego przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, chyba że strony wskazały mediatora albo osobę prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu.

3. W przypadku odmowy przeprowadzenia mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu przez Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, sąd kieruje strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu:

1) **do mediatora albo do osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu, zgodnie z wyborem stron albo**
2) **jeżeli strony nie dokonały wyboru mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu, odpowiednio sąd wyznacza:**
   a) **mediatora zgodnie z art. 183^9 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego albo**
   b) **postanowieniem, osobę mającą odpowiednią wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia innego polubownego rozwiązania sporu w sprawach cywilnych i zamówień.**

1. Obowiązek informacyjny zamawiającego. Dla wzmocnienia instytucji polubownego rozwiązywania sporów wprowadzono obowiązek zamawiającego poinformowania w pozwie albo w odpowiedzi na pozew, czy strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu. W przypadku gdy takich prób nie podjęto, obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Takim wyjaśnieniem może być np. duży poziom polaryzacji stanowisk stron, wyrażone wcześniej stanowiska stron czy działania faktyczne stojące w sprzeczności z możliwością polubownego rozwiązania sporu bądź niedopuszczalność zawarcia ugody (np. sprzeczność z zasadami zmian umów).

2. Skierowanie do pozasądowych metod rozwiązywania sporów przez sąd. W art. 593 ust. 2 Pzp wprowadzono obowiązek wykorzystania alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sytuacji, gdy spełnione zostaną łącznie następujące przesłanki:

1) pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego nie będą zawierały informacji, o której mowa w ust. 1 niniejszego przepisu,
2) szacunkowa wartość zamówienia została ustalona jako równa lub przekraczająca w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych,
3) wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 000 złotych.

W przypadku łącznego zaistnienia powyższych przesłanek sąd zobowiązany jest skierować strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu. W pierwszym rzędzie sąd kieruje strony do Sądu Polubownego przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, a jeżeli strony wskazały mediatora albo osobę prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu – do takiego mediatora lub takiej osoby. Jeśli chodzi o wartość zamówienia, jest ona znana i wynika z protokołu

postępowania, natomiast do ustalenia wartości przedmiotu sporu zastosowanie znajdują zasady określone w Kpc.

3. Zastąpienie Sądu Polubownego przy Prokuratorii Generalnej.

Ustawodawca przewidział możliwość odmowy przeprowadzenia mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu przez Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. W takiej sytuacji sąd powinien skierować strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, w pierwszej kolejności do mediatora albo do osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu, którego wybrały strony. Jeżeli strony takiego wyboru nie dokonały, sąd wyznacza albo mediatora zgodnie z art. 183^9 Kpc, albo osobę mającą odpowiednią wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia innego polubownego rozwiązania sporu w sprawach cywilnych i zamówień publicznych. W przypadku wyznaczania przez sąd mediatora zgodnie z art. 183^9 § 1 Kpc mediator ten powinien dysponować odpowiednią wiedzą i umiejętnościami w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach danego rodzaju. Sąd, zgodnie z tym przepisem Kpc, powinien wziąć pod uwagę w pierwszej kolejności stałych mediatorów. Warunkiem takiego wskazania jest, by osoba mediatora miała odpowiednią wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia innego polubownego rozwiązania sporu w sprawach cywilnych i zamówień. Bardzo istotne jest zatem podkreślenie przez ustawodawcę dysponowania wiedzą i umiejętnościami w obszarze spraw z zakresu zamówień publicznych, co jest skorelowane z obowiązkiem przestrzegania zakazu z art. 592 Pzp.

Art. 594.

1. Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej prowadzi mediację lub inne polubowne rozwiązanie

sporu na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 762 i 2320).

2. W sprawach nieuregulowanych w niniejszym dziale do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu stosuje się odpowiednio przepisy części pierwszej księgi pierwszej tytułu VI działu II rozdziału 1 oddziału 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.

3. Przepis art. 54a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych stosuje się.

1. Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Art 594 ust. 1 Pzp wskazuje, że Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej działa na podstawie przepisów ustawy o Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołanie to dotyczy w szczególności art. 26–27 tej ustawy, zgodnie z którymi Sąd ten jest tworzony przez Prezesa Prokuratorii Generalnej. Prezes Prokuratorii określa również w drodze zarządzenia regulamin Sądu, natomiast obsługę Sądu zapewnia Urząd Prokuratorii Generalnej.

2. Odpowiednie stosowanie przepisów o mediacji z Kpc. Ustawodawca wskazał, że w sprawach nieuregulowanych w dziale Pozasądowe rozwiązywanie sporów w Pzp do prowadzonych mediacji czy innych polubownych form rozwiązywania sporów należy odpowiednio stosować przepisy art. 183^1 – 183^{15} Kpc, tj. przepisy dotyczące mediacji. Podkreślenie przez ustawodawcę odpowiedniego stosowania, zapewnia niezbędną elastyczność, zgodnie z którą część przepisów powinna być stosowana wprost, część nie może być zastosowana, a niektóre przepisy będą mogły być zastosowane po koniecznych lub niezbędnych

modyfikacjach. Ze znajdujących bezpośrednie zastosowanie rozwiązań należy przywołać zasadę bezstronności osób prowadzących pozasądowe metody rozwiązywania sporów (art. 183^3 Kpc) czy gwarancję niejawności postępowania statuowaną w art. 183^4 Kpc. Zgodnie z tym przepisem w przypadku niedojścia przez strony do porozumienia bezskuteczne będzie powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugody, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w trakcie realizacji tych metod. Dodatkowo warto również podkreślić, iż ustawodawca przesądził także zakres odpowiedniego stosowania Kpc, ograniczając go tylko do mediacji, a nie np. rozszerzając ten zakres również do odpowiedniego stosowania postępowania pojednawczego.

3. Bezpośrednie stosowanie przepisów dotyczących ugody z art. 54a ustawy o finansach publicznych. Art. 54a ustawy o finansach publicznych został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. z 2017 r. poz. 933). W uzasadnieniu do jego wprowadzenia wskazano, że „celem projektowanej regulacji jest racjonalizacja działań podmiotów publicznych na wzór podmiotów prywatnych, które dysponują faktyczną możliwością wyboru sposobu zakończenia sporu (rozstrzygnięcie sądu, ugoda) po uwzględnieniu wszystkich możliwych skutków, nie tylko prawnych, ale i ekonomicznych. Projektowana regulacja stworzy wyraźną podstawę prawną, w oparciu o którą podmioty publiczne będą miały możliwość rozważenia, czy z punktu widzenia zasad racjonalnego działania i gospodarowania środkami finansowymi, zasadne jest zakończenie sporu ugodą. Dzięki ugodzie może dojść np. do skrócenia czasu otrzymania zapłaty przez podmiot prywatny od dłużnika będącego jednostką sektora finansów publicznych,

z drugiej strony poniesienia przez jednostkę niższych kosztów – nie tylko kosztów związanych z należnością główną i odsetkami, ale także wydatków związanych z prowadzeniem postępowania (własnych jak i strony przeciwnej). Projektowana regulacja stworzy możliwość działania podmiotom publicznym bardziej elastycznie i adekwatnie do okoliczności danej sprawy. Pozwoli uniknąć sytuacji, w których z analizy sprawy wynika, że korzystniejsza jest ugoda, a jedynym argumentem przeciw jest proste stwierdzenie, że organ z powodu wątpliwości natury formalnej nie może jej zawrzeć"[4]. Cele wprowadzenia regulacji z art. 54a ustawy o finansach publicznych są zbieżne z celami rozwiązań zawartych w dziale X Pzp Pozasądowe rozwiązywanie sporów. Biorąc pod uwagę treść i usytuowanie odwołania do art. 54a ustawy o finansach publicznych, należy zatem podkreślić, iż do pozasądowego rozwiązywania sporów będzie miał zastosowanie generalny zakaz zmian umowy wynikający z art. 454–455 Pzp w zw art. 592 Pzp, a w przypadku gdy stroną sporu jest jednostka sektora finansów publicznych i spór dotyczy należności cywilnoprawnej, również obowiązki z art. 54a ustawy o finansach publicznych. Jednostka sektora finansów publicznych będzie zobowiązana dokonać oceny, czy skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego, korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Zgodnie z przywołanym przepisem ocena taka powinna nastąpić w formie pisemnej i powinna uwzględniać okoliczności sprawy. W szczególności ocena powinna uwzględniać:

1) zasadność spornych żądań,

---

[4] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, druk 1185, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1185 (dostęp: 31 marca 2021 r.), s. 57

2) możliwość ich zaspokojenia,
3) przewidywany czas trwania postępowania sądowego albo arbitrażowego,
4) przewidywane koszty postepowania sądowego albo arbitrażowego.

W uzasadnieniu do ustawy wprowadzającej art. 54a ustawy o finansach publicznych można znaleźć pewne wytyczne dla jednostki sektora finansów publicznych w zakresie tej oceny. Zgodnie z tym uzasadnieniem na stronie będącej jednostką sektora finansów publicznych będzie spoczywał obowiązek uwzględnienia m.in. zasadności spornych roszczeń, np. w drodze analizy rozstrzygnięć sądowych w analogicznych stanach faktycznych i prawnych. Podobne wytyczne można znaleźć w zakresie interpretacji korzyści z zawarcia ugody, która to korzyść powinna być badana w odniesieniu do korzyści samej jednostki lub odpowiednio (w zależności od tego, jakiego podmiotu dana sporna należność dotyczy) Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Może bowiem dojść do sytuacji, gdy jednostka zawierająca ugodę nie odniesie bezpośrednich korzyści, ale powstaną one po stronie Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Jest to także zbieżne z występującą w finansach publicznych przesłanką interesu publicznego[5]. Dodatkowo w uzasadnieniu tej regulacji wskazuje się, że ocena powinna odnosić się kompleksowo do wszystkich okoliczności, stanu sprawy itp. znanych i aktualnych w dacie jej dokonywania. Uzasadnia to tym samym dokonanie ponownej oceny, w przypadku gdy doszło do zmiany okoliczności, a wcześniejsza ocena wskazywała na niezasadność zawarcia ugody[6].

[5] Uzasadnienie …, s. 56
[6] Uzasadnienie …, s. 56–57

Powyższe wskazówki ustawodawcy nie wyczerpują okoliczności, które mogą być uwzględnione w ocenie.

Art. 595.

Mediator i osoba prowadząca inne polubowne rozwiązanie sporu nie mogą być pełnomocnikami przed sądem w postępowaniu dotyczącym sporu objętego mediacją lub innym polubownym rozwiązaniem sporu, jak również w żaden inny sposób uczestniczyć w tym postępowaniu sądowym.

1. Zakaz uczestnictwa w postępowaniu sądowym. W art. 595 Pzp ustawodawca rozwija zagwarantowaną w art. 183^3 i 183^4 Kpc zasadę zaufania do alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Ponad przywołane zasady bezstronności w trakcie prowadzonego postępowania pozasądowego czy niejawności (w trakcie postepowania i po jego zakończeniu) zagwarantowano stronom, że mediator lub osoba prowadząca inne polubowne rozwiązanie sporu nie będzie następnie pełnomocnikiem przed sądem w postępowaniu dotyczącym sporu objętego polubownym rozwiązaniem sporu, jak również że w żaden inny sposób nie będzie uczestniczyć w tym postępowaniu sądowym. Przykładowo można wskazać, że zakaz dotyczy występowania w roli biegłych czy świadków.

Realizacji zasady zaufania do mediacji lub innych alternatywnych metod rozwiązywania sporów sprzyja fakt, że informacje przekazywane w ich trakcie mają charakter poufny.

DZIAŁ XI
Kontrola udzielania zamówień

Rozdział 1
Przepisy ogólne

Art. 596.

1. Do kontroli udzielania zamówień, w zakresie zgodności z przepisami ustawy, zwanej dalej „kontrolą”, przeprowadzanej przez organy kontroli, stosuje się przepisy ustawy oraz przepisy odrębne, właściwe ze względu na organ upoważniony do przeprowadzenia kontroli.

2. Ilekroć w ustawie jest mowa o organach kontroli, należy przez to rozumieć:

1) Prezesa Urzędu,

2) organy, o których mowa w art. 6 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej, z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów,

3) regionalne izby obrachunkowe,

4) instytucję audytową oraz instytucję zarządzającą w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz funduszy wspierających sektory morski lub rybacki

– prowadzące kontrole w zakresie udzielania zamówień publicznych.

3. W przypadku sprzeczności między przepisami niniejszego rozdziału a przepisami odrębnymi, o których mowa w ust. 1, stosuje się przepisy niniejszego rozdziału.

1. Wprowadzenie. Kontrola udzielania zamówień została zaprojektowana w Pzp w odpowiedzi na jeden z kluczowych problemów zdefiniowanych w dziedzinie zamówień publicznych – rozproszony i nieefektywny system kontroli[1]. Przepisy Pzp przewidują liczne mechanizmy wspierające jego racjonalność oraz jednolitość, dzięki czemu konstytuują uporządkowany system kontroli zamówień. Dla jego efektywnego działania konieczne stało się podjęcie współpracy przez organy dysponujące uprawnieniami kontrolnymi w obszarze zamówień publicznych oraz ujednolicenie sposobu prowadzenia przez nie działań w tym zakresie.

2. Cel przepisu. Urzeczywistnieniem postulatów dotyczących zreformowania systemu kontroli jest regulacja przepisu art. 596 ust. 1 Pzp, który wprowadza ramy procedur kontrolnych zarówno dla Prezesa Urzędu, jak również dla innych organów kontroli wskazanych w katalogu zawartym w art. 596 ust. 1 Pzp. Już umiejscowienie tej normy prawnej otwierającej dział XI Pzp wskazuje, że ma ona charakter generalny i określa ramy prowadzenia kontroli udzielania zamówień właściwe dla wszystkich uprawnionych do jej prowadzenia organów.

3. Stosowanie przepisów. Zgodnie z brzmieniem art. 596 ust. 1 Pzp do kontroli udzielania zamówień publicznych przeprowadzanej

[1] Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.). Postulaty w zakresie zharmonizowania działań organów kontroli powracały wraz z kolejnymi nowelizacjami regulacji w obszarze zamówień publicznych – por. P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?* [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 39 i n.

przez organy kontroli stosuje się przepisy Pzp – zawarte w dziale XI – oraz przepisy odrębne właściwe ze względu na organ upoważniony do przeprowadzenia kontroli. Przepis art. 596 ust. 1 Pzp ogranicza stosowanie przepisów zawartych w dziale XI wyłącznie do kontroli udzielania zamówień prowadzonej w zakresie zgodności z przepisami Pzp. W tym miejscu należy zaznaczyć, że o ile zakres uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu ustawodawca ograniczył do przeprowadzania kontroli procesu udzielania zamówień publicznych pod kątem zgodności z przepisami Pzp (co oznacza, że Prezes Urzędu nie może stosować innych kryteriów poza kryterium legalności), to już inne organy wymienione w art. 596 ust. 2 Pzp w ramach przyznanych im uprawnień mogą kontrolować proces udzielania zamówień także w oparciu o inne kryteria[2] – w takim przypadku do kontroli prowadzonej przez te organy w zakresie wykraczającym poza kryterium legalności nie mają zastosowania przepisy działu XI Pzp, ale przepisy odrębne właściwe ze względu na organ upoważniony do przeprowadzania kontroli. Ujednolicenie sposobu przeprowadzania kontroli udzielania zamówień dla wszystkich organów do tego upoważnionych i uregulowanie go w dziale XI Pzp nie oznacza wyłączenia stosowania przepisów odrębnych właściwych dla organów kontroli wskazanych w art. 596 ust. 2 pkt 2–4 Pzp – innych niż Prezes Urzędu, lecz przeciwnie – ustawodawca przewidział jednoczesne stosowanie w tym zakresie przepisów Pzp oraz przepisów odrębnych właściwych ze względu na organ upoważniony do przeprowadzania kontroli.

---

[2] Np. regionalne izby obrachunkowe, działające na podstawie ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, na podstawie art. 1 ust. 2 tej ustawy prowadzą kontrolę w zakresie zamówień publicznych w oparciu o kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym.

4. Katalog organów kontroli. Ustawodawca w art. 596 ust. 2 Pzp zawarł zamknięty katalog organów kontroli udzielania zamówień, do których adresowany jest dział XI Pzp. Są to:

1) Prezes Urzędu – Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej przeprowadza kontrolę udzielania zamówień na podstawie art. 603 ust. 1 i 2 Pzp. Kontrola procesu udzielania zamówień została w art. 469 pkt 1 Pzp ustanowiona zadaniem Prezesa Urzędu;
2) organy, o których mowa w art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej, z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów – art. 596 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi odesłanie do normy nadającej uprawnienia kontrolne w określonym zakresie następującym organom:
   a. Szefowi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów,
   b. ministrowi, kierownikowi urzędu centralnego lub przewodniczącemu komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów,
   c. wojewodzie,
   d. organom administracji zespolonej i niezespolonej;

5. regionalne izby obrachunkowe – działające na podstawie ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. Przepis art. 1 ust. 2 tej ustawy nadaje izbom kompetencję do dokonywania kontroli zamówień publicznych udzielanych przez określonych zamawiających. Zakres prowadzonej kontroli wyznacza przepis art. 5 tej ustawy, wskazujący, że izby kontrolują zamówienia publiczne podmiotów, o których mowa w art. 1 ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych (jednostek samorządu terytorialnego, związków metropolitalnych, związków międzygminnych, stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów, związków powiatów, związków powiatowo-gminnych, stowarzyszeń powiatów, samorządowych jednostek organizacyjnych,

w tym samorządowych osób prawnych oraz innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego) na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym;

4) instytucja audytowa oraz instytucje zarządzające w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz funduszy wspierających sektory morski lub rybacki – instytucja audytowa, o której mowa w art. 127 rozporządzenia ogólnego[3] lub w art. 25 rozporządzenia EWT[4] oraz instytucja zarządzająca, o której mowa w art. 125 rozporządzenia ogólnego lub w art. 23 rozporządzenia EWT, uzyskały kompetencje kontrolne w drodze przepisów o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w określonej perspektywie finansowej.

---

[3] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2008 z dnia 17 grudnia 2013 r. (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 320)

[4] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1299/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie przepisów szczegółowych dotyczących wsparcia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach celu „Europejska współpraca terytorialna" (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 259).

Ustawowy katalog organów kontroli upoważnionych i zobowiązanych do przeprowadzania kontroli udzielania zamówień w sposób przewidziany w dziale XI Pzp nie obejmuje takich podmiotów, jak Najwyższa Izba Kontroli oraz Prezes Rady Ministrów, które – jak wskazano w treści uzasadnienia do projektu Pzp – ze względu na swoją pozycję ustrojową zostały wyłączone z obowiązku stosowania zasad uregulowanych w dziale XI Pzp w toku prowadzonej kontroli[5]. Zasad tych nie stosuje także w szczególności Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z uwagi na fakt, że przedmiotem wykonywanej przez niego kontroli nie jest w istocie udzielanie zamówień, lecz praktyki ograniczające konkurencję.

5. Norma kolizyjna. Ustawodawca w art. 596 ust. 3 Pzp ustanowił normę kolizyjną konieczną do zastosowania w przypadku zaistnienia sprzeczności między zasadami przeprowadzania kontroli udzielania zamówień uregulowanymi w dziale XI Pzp a zasadami wynikającymi z przepisów odrębnych właściwych ze względu na organ upoważniony do przeprowadzenia kontroli – w takim przypadku ustawodawca pierwszeństwo nadał przepisom Pzp.

Art. 597.

1. Organy kontroli, w związku z przeprowadzaną kontrolą, współpracują ze sobą, wymieniając informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach.

2. W przypadku powzięcia przez organ kontroli informacji o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli, organ ten:

---

[5] Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

1) zwraca się z wnioskiem o udostępnienie informacji o jej wyniku, w tym dokumentu kończącego kontrolę, do organu, który tę kontrolę przeprowadził, chyba że uzyskał tę informację w inny sposób;

2) uwzględnia wyniki przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu kontroli.

3. Organ kontroli udostępnia informację, o której mowa w ust. 2, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku o jej udostępnienie.

4. Zamawiający niezwłocznie po wszczęciu kontroli informuje organ kontroli o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli i udostępnia jej wyniki.

1. Zasada współpracy. Art. 597 Pzp nakłada na określone w tej ustawie organy kontroli obowiązek podjęcia współpracy mającej na celu wymianę informacji zarówno o przeprowadzonych u zamawiających kontrolach, jak również o ich wynikach. Zasada współpracy nie ingeruje w indywidualne kompetencje kontrolne poszczególnych organów kontroli przyznane im na mocy przepisów odrębnych, ale wprowadza dodatkowe standardy prowadzenia kontroli służące skoordynowaniu i ujednoliceniu tego systemu. Podjęcie współpracy ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że organy kontroli są zobowiązane do wzajemnego udostępniania informacji oraz wyników przeprowadzonych kontroli. Ustawodawca, nakładając na organy kontroli taki obowiązek, przewidział również forum prowadzenia tej współpracy oraz wymiany poglądów – tą płaszczyzną jest powołany na mocy art. 493 Pzp Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych. Komitet ten nie tylko monitoruje i analizuje działalność wskazanych w Pzp organów kontroli, ale również

urzeczywistnia wyrażoną w przepisie art. 597 ust. 1 Pzp zasadę współpracy poprzez zapewnienie możliwości prowadzenia współpracy i stworzenie forum dla wszystkich instytucji kontrolujących zamówienia.

2. Udostępnianie wyniku kontroli. Kolejnym narzędziem służącym ujednoliceniu sposobu przeprowadzania kontroli udzielania zamówień jest – po pierwsze – udostępnianie informacji o wyniku przeprowadzonej kontroli oraz – po drugie – uwzględnienie wyniku przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu kontroli. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku ustawodawca nałożył na organ kontroli obowiązek ustawowy. Oznacza to, że w przypadku powzięcia informacji o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia po stronie organu kontroli istnieje obowiązek zwrócenia się z wnioskiem o udostępnienie informacji o wyniku przeprowadzonej kontroli z uwzględnieniem dokumentu kończącego kontrolę. Jedynymi sytuacjami wyłączającymi obligatoryjność wystąpienia z wnioskiem o udostępnienie wyniku kontroli jest uzyskanie tej informacji w inny sposób lub brak wiedzy o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego postępowania przez inny organ kontroli. W dalszej kolejności organ kontroli jest zobowiązany uzyskaną w powyższy sposób informację o wyniku kontroli uwzględnić. W tym miejscu należy podkreślić, że dyspozycje zawarte w art. 597 ust. 2 Pzp są skierowane i dotyczą wyłącznie organów kontroli wymienionych w katalogu zawartym w przepisie art. 596 ust. 2 Pzp oraz odnoszą się wyłącznie do kontroli prowadzonej w zakresie kryterium legalności. Niezależnie od obowiązku udostępnienia wyników kontroli przez organy kontroli ustawodawca zobowiązał również zamawiającego do niezwłocznego poinformowania organu, który wszczął kontrolę, o przeprowadzeniu wcześniej kontroli danego zamówienia, a także do udostępnienia jej wyniku.

3. Termin. Informację o wyniku kontroli, w tym dokument kończący kontrolę, organ kontroli udostępnia w odpowiedzi na złożony wniosek niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku o jej udostępnienie. Termin ten ma charakter instrukcyjny.

4. Uwzględnienie wyników kontroli. Zasada współpracy i uwzględniania wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP lub inne organy kontroli ma na celu ograniczenie przypadków odmiennych interpretacji przepisów lub dublowania postępowań kontrolnych u tych samych zamawiających. Zasadniczym założeniem tej regulacji było stworzenie organom kontroli formalnej podstawy współpracy, w tym przypadku poprzez wymianę informacji o zakończonych kontrolach, a tym samym ograniczenie odrębnych interpretacji przepisów w formułowanych przez organy kontroli wnioskach dotyczących tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie oznacza to jednak harmonizacji przepisów dotyczących kontroli prowadzonych przez różne organy, w tym przede wszystkim celu kontroli, który może zostać formułowany odmiennie dla poszczególnych organów kontroli. Oznacza to, że kontrola zamówień publicznych powinna być dokonywana w zgodzie z przepisami zawartymi w Pzp, a także przepisami odrębnymi właściwymi dla poszczególnych organów. Zatem sposób i zakres uwzględnienia wyników kontroli innego organu kontroli jest uzależniony od regulacji dotyczących prowadzenia kontroli przez organ rozważający takie uwzględnienie, a tym samym nie oznacza to automatyzmu w działaniu organu kontroli. Z tym wiąże się uprawnienie organu kontroli do zwrócenia się do Prezesa Urzędu na podstawie art. 469 pkt 23 Pzp o wydanie opinii w przypadku wystąpienia wątpliwości interpretacyjnych co do przepisu Pzp pomiędzy organami kontroli.

Ustalenia formy i sposobu uwzględnienia wyników kontroli, to jest, czy możliwe jest odstąpienie od kontroli danego, kontrolowanego wcześniej postępowania lub przyjęcie za własne wyników kontroli prowadzonej przez inny organ kontroli, czy też konieczne jest przeprowadzenie czynności kontrolnych – należy dokonać w oparciu o przepisy właściwe dla konkretnego organu kontroli w określonej sytuacji faktycznej. Zasadą jest jednak ekonomika postępowania kontrolnego, a zatem unikanie powtarzania kontroli tego samego postępowania, a jeśli nie jest to możliwe – formułowania odmiennych ocen.

5. Opinia Prezesa Urzędu. W przypadku gdy wystąpią rozbieżne interpretacje przepisów Pzp przez organy kontroli, na przykład w procesie uwzględniania wyników kontroli przez organy kontroli, pożądane jest, aby ograniczyć rozbieżności we wnioskach formułowanych przez różne organy w wyniku kontroli tego samego postępowania. W tym kontekście rola Prezesa Urzędu sprowadza się do wydawania stanowisk (opinii) na wniosek organów kontroli w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi dotyczącymi stosowania przepisów Pzp. Mając na uwadze, że Prezes Urzędu nie został wyposażony w narzędzia prawne, które przyznawałyby mu przesądzający wpływ na sposób, zakres i rezultaty kontroli dokonywanej przez poszczególne organy, rozstrzygnięcia te nie będą wiążące dla organów kontroli.

Art. 598.

1. Organy kontroli planują i przeprowadzają kontrolę po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia.

2. Analiza obejmuje identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia prawa jest największe.

3. Sposób przeprowadzenia analizy określa organ kontroli lub organ nad nim nadrzędny.

4. Analizy nie przeprowadza się w przypadku kontroli wszczynanej na wniosek.

5. Organ kontroli dokonuje analizy przed opracowaniem programu kontroli, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej, o ile do opracowania takiego programu jest obowiązany na podstawie tej ustawy.

1. Analiza prawdopodobieństwa naruszenia prawa. Planowanie i przeprowadzenie kontroli udzielania zamówień jest możliwe po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa przy udzielaniu zamówienia. Zasada nakazująca organom kontroli przeprowadzenie identyfikacji prawdopodobieństwa naruszenia prawa to narzędzie powstałe z uwagi na ekonomikę procesu kontroli – już na etapie poprzedzającym wszczęcie kontroli ma zapewnić efektywność działań kontrolnych oraz zoptymalizować ich przebieg. Każdy organ kontroli odrębnie jest zobowiązany do opracowania analizy ryzyka celem ustalenia zasadności przeprowadzenia danej kontroli. Natomiast sposób, w jaki zostanie przeprowadzona analiza ryzyka, powinien zostać określony przez organ kontroli lub też przez organ nad nim nadrzędny. Opracowując taką analizę, organy kontroli powinny, w szczególności, uwzględnić specyfikę kontroli, jaką prowadzi dany organ oraz kryteria, według jakich przeprowadza kontrolę zamówień publicznych, zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi kontroli prowadzonej przez poszczególne organy kontroli.

2. Zakres analizy ryzyka. Intencją ustawodawcy było, by analiza ryzyka obejmowała identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych,

w których ryzyko naruszenia prawa jest największe. Poprzez obszar podmiotowy, o jakim mowa w art. 598 ust. 2 Pzp, należy rozumieć odpowiednio dobór zamawiających, którzy poddani zostaną kontroli. Natomiast przedmiot kontroli, tj. obszar przedmiotowy, w szczególności oznacza dobór próby kontrolnej. Metodyka sporządzenia takiej analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa musi uwzględniać specyfikę kontroli poszczególnych organów kontroli, w szczególności w zakresie granic i podstaw prawa do przeprowadzenia kontroli. Na wysokie prawdopodobieństwo naruszenia przepisów Pzp przy udzielaniu zamówienia mogą wskazywać takie okoliczności, jak np.: kwestionowanie przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia zapisów SWZ lub sposobu opisania przedmiotu zamówienia, liczba złożonych ofert niezapewniająca konkurencji czy też stwierdzone istotne naruszenia prawa w jednostce objętej wcześniej kontrolą[6].

3. Sposób przeprowadzania analizy. Art. 598 ust. 3 Pzp ustanawia kompetencje do określenia sposobu przeprowadzania analizy ryzyka dla organu kontroli lub organu nad nim nadrzędnego. Zatem to sam organ kontroli – lub organ nad nim nadrzędny – w drodze wewnętrznych regulacji ustanawia zasady przeprowadzania analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa przy udzielaniu zamówienia, które może zostać objęte kontrolą.

4. Odstąpienie od analizy. Analizy nie przeprowadza się w przypadku kontroli wszczynanej na wniosek. Przyjęte rozwiązanie pozwala uniknąć dublowania etapu poprzedzającego wszczęcie kontroli – w przypadku otrzymania wniosku o wszczęcie kontroli organ, rozpoznając jego treść,

---

[6] Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624, (dostęp: 28 lutego 2020 r.).

jest już bowiem zobligowany do zajęcia stanowiska w sprawie, co w istocie oznacza konieczność przeprowadzenia analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w zakresie zarzutów wskazanych we wniosku o kontrolę. Poprzez wniosek o kontrolę należy zatem rozumieć formalne wezwanie organu kontroli do podjęcia działań kontrolnych. Obowiązek przeprowadzenia kontroli na wniosek wynika z przepisów właściwych dla danego organu kontroli, podobnie jak poszczególne regulacje odnoszące się do właściwych organów mogą zawierać szczególne wymagania co do treści takiego wniosku o kontrolę. Jednakże przepis ten będzie bezprzedmiotowy, jeżeli podstawy prawne funkcjonowania organu kontroli nie przewidują możliwości przeprowadzenia kontroli w oparciu o wniosek zewnętrznego podmiotu.

5. Analiza ryzyka a program kontroli. W przypadku gdy organ kontroli jest zobowiązany do opracowania programu kontroli, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o kontroli w administracji rządowej, wówczas analizę ryzyka przeprowadza się na etapie poprzedzającym opracowanie programu kontroli.

6. Analiza ryzyka a obowiązek kontroli. Analiza, o jakiej mowa w art. 598 ust. 1 Pzp poprzedzająca kontrolę zamówień, dotyczy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia publicznego. Dlatego też organy kontroli muszą uwzględnić zarówno specyfikę własnych zadań kontrolnych, jak również zakres i metodologię prowadzonych kontroli. Analiza ryzyka nie może służyć do doboru podmiotów do przeprowadzenia kontroli kompleksowych, ponieważ dopiero w ramach kontroli kompleksowej organ kontroli podejmuje decyzję co do objęcia kontrolą poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia. Analiza ta powinna zostać przeprowadzona dopiero na etapie planowania i przygotowania kontroli zamówień w ramach

konkretnej kontroli kompleksowej – podmiot kontrolujący zobowiązany będzie do przeprowadzenia analizy prawdopodobieństwa wystąpienia naruszeń w każdym postępowaniu w ramach kontroli kompleksowej.

Art. 599.

1. Organ kontroli określa wzór kwestionariusza kontroli zawierający szczegółowy opis zagadnień, które podlegają sprawdzeniu w toku kontroli, zakres dokumentów, których organ kontroli może żądać od zamawiającego w toku kontroli, oraz miejsce na przedstawienie przez zamawiającego informacji o przeprowadzonej kontroli udzielenia zamówienia przez Prezesa Urzędu lub inny organ kontroli.

2. Wzór kwestionariusza kontroli podlega udostępnieniu na stronie podmiotowej organu kontroli w Biuletynie Informacji Publicznej.

1. Sposób przeprowadzania kontroli. Pzp w art. 599 ustanawia kontrolę opartą na **kwestionariuszu kontroli**. Podmiotem uprawnionym do wydania obowiązującego kwestionariusza kontroli jest właściwy organ kontroli, zaś jego wzór nie podlega zatwierdzeniu przez inny organ. Uprawnienia organów kontroli w zakresie przeprowadzania kontroli nie zostały zmodyfikowane przez przepisy działu XI rozdziału 1 Pzp, w szczególności w odniesieniu do założeń kontroli, kryteriów kontroli, wymaganych dokumentów, na podstawie których przeprowadzana będzie kontrola, czy też sposobów jej przeprowadzenia. Oznacza to, że zarówno aspekty proceduralne oraz kompetencje związane z przygotowaniem wzoru kwestionariusza, jak i zatwierdzeniem wzoru kwestionariusza należy ustalić w oparciu o przepisy właściwe dla konkretnego organu kontroli.

2. Elementy kwestionariusza kontroli. Art. 599 ust. 1 Pzp wylicza obligatoryjne elementy, jakie musi zawierać każdy wzór kwestionariusza kontroli. Po pierwsze to szczegółowy opis zagadnień, które podlegają

sprawdzeniu w toku kontroli. Niezwykle istotnym jest wymienienie wszystkich zagadnień, gdyż zgodnie z art. 600 ust. 2 Pzp organ kontroli jest zobowiązany do niewykraczania poza kwestie z góry określone we wzorze kwestionariusza kontroli. Po drugie we wzorze kwestionariusza jednostka sprawdzająca musi wskazać zakres dokumentów, których może żądać od zamawiającego w toku kontroli.

Ostatnim elementem kwestionariusza, o którym mowa w art. 599 ust. 1 Pzp, jest miejsce na przedstawienie przez zamawiającego informacji o przeprowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania przez Prezesa Urzędu lub inny organ kontroli.

Kwestionariusz kontroli, o jakim mowa w art. 599 Pzp, dotyczy wyłącznie kontroli w zakresie zamówień publicznych a zatem inne aspekty kontroli, które są specyficzne dla konkretnego organu kontroli, znajdują się poza zakresem tego przepisu. Organ kontroli może natomiast podjąć decyzję o rozszerzeniu zakresu kwestionariusza o aspekty inne niż zamówienia publiczne, jeśli nie stoją temu na przeszkodzie odrębne przepisy.

Jednak także i w takiej sytuacji regulacja art. 599 Pzp nie będzie miała zastosowania do kontroli innych aspektów zamówienia publicznego.

3. Zasada współpracy organów kontroli. Pzp zobowiązuje organy kontroli do wzajemnej współpracy w zakresie kontroli udzielania zamówień publicznych. W przypadku gdy organ kontroli poweźmie informację o przeprowadzonej kontroli danego zamawiającego przez inną jednostkę kontrolującą, zobowiązany jest do nawiązania z nią współpracy poprzez wystąpienie o udostępnienie wyniku tejże kontroli oraz uwzględnienie rezultatu w swoich czynnościach sprawdzających.

4. Opiniowanie kwestionariusza kontroli przez Prezesa Urzędu. Wśród nowych kompetencji Prezesa Urzędu określonych w art. 469 Pzp wprowadzono możliwość wydawania opinii dotyczących kwestionariuszy

kontroli przygotowywanych przez organy kontroli (art. 469 pkt 24 Pzp). Wydanie takiej opinii przez Prezesa UZP następuje na wniosek organu kontroli. Nowa kompetencja Prezesa Urzędu sprzyja ujednoliceniu interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych przez organy kontroli.

5. Jawność kwestionariuszy kontroli. W uzupełnieniu zasady współpracy i uwzględniania wyników kontroli nałożono na organy kontroli obowiązek opublikowania wzorów kwestionariuszy kontroli na stronie podmiotowej w Biuletynie Informacji Publicznej. Kwestionariusze kontroli będą zatem jawne jednocześnie dla zamawiających, wykonawców i organów kontrolnych. Pzp nie określa terminu na opublikowanie wzoru kwestionariusza kontroli. Jednak wzór kwestionariusza powinien być udostępniony na stronie internetowej przed rozpoczęciem planowanych kontroli przez organ kontroli. Istotą opublikowania takiego wzoru jest zapoznanie podmiotów kontrolowanych zarówno z przedmiotem kontroli prowadzonych przez organ, jak i zakresem dokumentów, których może zażądać podmiot kontrolujący w trakcie trwania kontroli.

Art. 600.

1. Organ kontroli przekazuje zamawiającemu, który ma być kontrolowany, kwestionariusz kontroli lub informację o miejscu udostępnienia kwestionariusza kontroli wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli, o ile takie zawiadomienie jest przekazywane.

2. W toku kontroli organ kontroli nie może wykraczać poza opis zagadnień zawarty w kwestionariuszu kontroli.

1. Przekazanie kwestionariusza kontroli zamawiającemu. Zamawiający, w stosunku do którego organ kontroli zamierza przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia, może otrzymać kwestionariusz kontroli

na dwa sposoby. Po pierwsze jednostka kontrolująca może przekazać kwestionariusz kontroli zamawiającemu. Inną możliwością jest poinformowanie przez jednostkę kontrolującą zamawiającego o miejscu, w którym udostępniono kwestionariusz kontroli. Zgodnie z brzmieniem art. 600 ust. 1 Pzp organ kontroli przekazuje zamawiającemu, który ma być kontrolowany, kwestionariusz kontroli lub informację o miejscu udostepnienia kwestionariusza kontroli wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli, o ile takie zawiadomienie jest przekazywane.

2. Zakres kontroli. Czynności kontrolne nie mogą wykraczać poza ramy określone w kwestionariuszu kontroli. Kompetencje organów kontroli ograniczone są do skontrolowania wyłącznie w zakresie zagadnień, które wskazane zostały w danym kwestionariuszu kontroli. Wprowadzone tym samym z góry określone ramy kontroli mają przeciwdziałać przewlekłości postępowań kontrolnych.

Art. 601.

1. Podstawę stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą, stanowi naruszenie przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

2. Przepisu, o którym mowa w ust. 1, nie stosuje się w przypadku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej.

1. Podstawa stwierdzenia naruszenia. W przypadku, kiedy organ kontroli jest zobowiązany lub uprawniony do stwierdzenia (sformułowania oceny), czy postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z Pzp, ocena ta uzależniona jest od tego, czy stwierdzono naruszenie przepisu Pzp, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zatem aby organ kontroli mógł stwierdzić, iż kontrolowany zamawiający

przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z Pzp, potrzebne jest ustalenie takiego naruszenia przepisu Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie każde naruszenie przepisu Pzp przez zamawiającego stanowi zatem podstawę do stwierdzenia, iż postępowanie przeprowadzono niezgodnie z ustawą. Tym samym drobne uchybienia, w szczególności formalne, w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie będą w ocenie organu kontroli kwalifikowane negatywnie, o ile nie będą miały wpływu na wynik tego postępowania.

2. Wyłączenie. Zasada, o której mowa w art. 601 ust. 1 Pzp, nie ma zastosowania w odniesieniu do czynności kontrolnych postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Art. 602.

Organy kontroli zamieszczają informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach, w tym dokument kończący kontrolę, w Biuletynie Informacji Publicznej na swojej stronie podmiotowej, w terminie 30 dni od dnia zakończenia kontroli.

1. Dokument kończący kontrolę. Dokumentem kończącym kontrolę jest dokument zawierający ostateczne rozstrzygnięcie organu kontrolującego w przedmiocie przeprowadzonej kontroli w zakresie dotyczącym zamówień. Jeżeli przepisy odrębne dotyczące kontroli przeprowadzonej przez konkretny organ kontroli przewidują możliwość złożenia zastrzeżeń przez jednostkę kontrolowaną, wówczas będzie to dokument zawierający ostateczne rozstrzygnięcie organu kontrolującego w przedmiocie przeprowadzonej kontroli w zakresie dotyczącym zamówień z uwzględnieniem ewentualnych zastrzeżeń jednostki kontrolowanej do ustaleń kontroli w przedmiocie zamówień publicznych.

2. Obowiązek publikacji. W celu wzmocnienia przejrzystości i prawidłowości działań kontrolnych podejmowanych przez organy kontroli przepis art. 602 Pzp nakłada na organy kontroli obowiązek zamieszczenia informacji o przeprowadzonych kontrolach wśród zamawiających oraz ich wynikach na swojej stronie podmiotowej w Biuletynie Informacji Publicznej. Publikacja informacji o przeprowadzonych kontrolach pozwoli również na zminimalizowanie przypadków przyjmowania odmiennych wykładni przepisów prawa zamówień publicznych przez organy kontroli czy zapobiegnie powielaniu postępowań kontrolnych u tych samych zamawiających.

3. Ochrona danych. Dane zawarte w informacji o wyniku kontroli podlegają pseudonimizacji zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o ochronie informacji niejawnych, ustawy znk.

4. Termin. Organ kontroli zobowiązany jest opublikować wynik kontroli w ciągu 30 dni od dnia zakończenia kontroli.

Rozdział 2
Kontrola Prezesa Urzędu

Oddział 1
Przepisy ogólne

Art. 603.

1. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego.

2. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio do kontroli

postępowania o zawarcie umowy ramowej, dynamicznego systemu zakupów, systemu kwalifikowania wykonawców lub konkursu oraz zawarcia lub zmiany umowy ramowej.

3. Kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu, z tym że kontrolę dotyczącą dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne" albo „ściśle tajne", można przeprowadzić w siedzibie zamawiającego.

4. W przypadku braku podstaw do wszczęcia kontroli, Prezes Urzędu informuje wnioskodawcę o odmowie wszczęcia kontroli.

1. Zakres uprawnień. Kompetencje Prezesa Urzędu, z których wynika zakres jego działania, zostały enumeratywnie wyliczone w art. 469 Pzp. W szczególności Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień publicznych i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym Pzp. Podstawowe rodzaje kontroli to kontrola doraźna (art. 607–612 Pzp) oraz kontrola uprzednia (art. 613–617 Pzp).

2. Cel kontroli. Zgodnie z art. 603 ust. 1 Pzp celem kontroli jest sprawdzenie zgodności z przepisami Pzp zarówno działań, jak i zaniechań zamawiającego odnoszących się do postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy. Jednocześnie ustawodawca wskazuje w art. 603 ust. 2, że przepisy rozdziału 2 Pzp stosuje się odpowiednio do kontroli postępowania o zawarcie umowy ramowej, dynamicznego systemu zakupów, systemu kwalifikacji wykonawców lub konkursu oraz zawarcia lub zmiany umowy ramowej. Oznacza to, że kompetencje kontrolne Prezesa Urzędu ograniczone są zarówno pod względem kryterium kontroli, jak i jej przedmiotu. W wyniku prowadzonych przez Prezesa Urzędu czynności kontrolnych dokonuje

się weryfikacji wyłącznie pod względem zgodności z przepisami Pzp, tj. kryterium legalności. Kolejne ograniczenie odnosi się do przedmiotu kontroli. Prezes Urzędu nie ma możliwości zweryfikowania zgodności z przepisami Pzp realizacji takich praw i obowiązków zamawiającego, które nie dotyczą konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Miejsce przeprowadzania kontroli. Co do zasady kontrolę przeprowadza się w siedzibie UZP. Wyjątek od tej reguły może stanowić przypadek, gdy dokumentacja kontrolowanego postępowania objęta jest klauzulą „tajne" albo „ściśle tajne". Wtedy kontrolę można przeprowadzić w siedzibie zamawiającego

4. Odmowa wszczęcia kontroli. Prezes Urzędu po otrzymaniu wniosku o kontrolę, o którym mowa w art. 607 ust. 1 Pzp, przeprowadza analizę zarzutów zawartych we wniosku. Odmowa wszczęcia kontroli może nastąpić m.in. w przypadku, gdy wniosek dotyczy sprawy niepodlegającej kontroli Prezesa UZP, w szczególności gdy nie dotyczy zamówień publicznych uregulowanych, do udzielania których mają zastosowanie przepisy Pzp. Weryfikacja informacji zawartych we wniosku służy również ustaleniu, czy na ich podstawie lub na podstawie przesłanych wraz z wnioskiem dokumentów w konkretnym postępowaniu zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Prezes Urzędu ma obowiązek poinformowania wnioskodawcy o odmowie wszczęcia kontroli.

Art. 604.

1. Pracownik Urzędu podlega wyłączeniu z udziału w kontroli, jeżeli:

1) uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;

2) pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy, jego zastępcą prawnym lub członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;

3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;

4) pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

2. Pracownik Urzędu informuje Prezesa Urzędu o przyczynach powodujących jego wyłączenie z udziału w kontroli.

3. Prezes Urzędu rozstrzyga o wyłączeniu pracownika w drodze postanowienia.

1. Cel przepisu. Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzana powinna być przez osoby zapewniające obiektywizm i bezstronność. W związku z powyższym art. 604 Pzp odnosi się do wyłączenia pracowników UZP (czynności wynikające z kompetencji kontrolnych Prezesa Urzędu przeprowadza Departament Kontroli

Zamówień Publicznych), których bezstronność i obiektywizm mogłyby budzić wątpliwości.

2. Przesłanki wyłączenia. Katalog przesłanek określony w niniejszym przepisie jest niemal tożsamy z okolicznościami przywołanymi w treści art. 56 ust. 2 Pzp stanowiącymi o występowaniu konfliktu interesów. Pracownicy Urzędu, których dotyczy którakolwiek z wymienionych okoliczności, nie mogą dokonywać czynności kontrolnych. Należy zauważyć, że w pkt 1–3 ust. 1 komentowanego przepisu ustawodawca wskazał jednoznaczne przyczyny wyłączające od udziału w kontroli, natomiast w pkt 4 odniósł się do wszelkich innych (nieujętych w poprzednich punktach) powiązań pracowników UZP z osobami występującymi zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie wykonawcy w kontrolowanym postępowaniu.

3. Obowiązek kontrolera. Pracownicy zaangażowani w postępowanie kontrolne składają w toku każdej kontroli oświadczenia o braku zaistnienia okoliczności określonych w Pzp, wyłączających ich udział w czynnościach kontrolnych. Osoby biorące udział w czynnościach kontrolnych zobowiązane są do poinformowania Prezesa Urzędu o przyczynach uzasadniających wyłączenie z udziału w tych czynnościach bezpośrednio po powzięciu informacji o ich zaistnieniu.

4. Rozstrzygnięcie o wyłączeniu. Prezes Urzędu dokonuje oceny przesłanek wyłączenia w drodze postanowienia. Przepisy Pzp nie przewidują środków zaskarżania w zakresie wydanego rozstrzygnięcia.

Art. 605.

1. Prowadząc kontrolę, Prezes Urzędu może:

1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie

zamówienia, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, w formie pisemnej albo w formie elektronicznej;

2) żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli, w formie pisemnej albo w formie elektronicznej;

3) zasięgnąć opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych.

2. Biegłemu przysługuje wynagrodzenie, które pokrywa Prezes Urzędu, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami tytułu III działu 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

3. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów.

4. Dokumenty i wyjaśnienia wnoszone w formie elektronicznej oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej formie przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na informatycznym nośniku danych.

1. Uprawnienia Prezesa Urzędu. Art. 605 ust. 1 Pzp określa katalog uprawnień Prezesa Urzędu w trakcie kontroli. Prezes UZP może żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii

dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wzywać o wyjaśnienia w sprawie dotyczącej przedmiotu kontroli, a także zasięgać opinii biegłych. Otrzymywane dokumenty, wyjaśnienia i opinie stanowią środki dowodowe, które są niezbędne w celu wyjaśnienia sprawy.

2. Forma dokumentacji. Dokumenty do kontroli powinny zostać przekazane w postaci elektronicznych oryginałów lub kopii w postaci papierowej, które zostały potwierdzone za zgodność przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną – w formie papierowej z podpisem odręcznym lub elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym. Dokumentacja w postaci elektronicznej powinna zostać przekazana na informatycznym nośniku danych lub przesłana na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Wszelkiego rodzaju udostępnienie dokumentacji on-line w jakiejkolwiek formie, np. poprzez wirtualne nośniki danych na chmurze publicznej lub prywatnej, serwisy składowania danych, tj. DropBox, GoogleDrive, Cloud Storage jest niedopuszczalne z uwagi na brak przymiotu przekazania. Należy pamiętać, że dokumenty, nawet te składane w postaci elektronicznej, muszą być potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego poprzez opatrzenie ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Opatrzenie tych plików kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona przez kierownika zamawiającego (wymagane jest wówczas stosowne pełnomocnictwo) zaświadcza, iż graficzne odwzorowanie dokumentów w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadaną przez zamawiającego dokumentacją pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej lub elektronicznej. Jednocześnie należy zauważyć, że wyjaśnienia składane przez zamawiającego w formie elektronicznej także powinny być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W art. 605 ust. 4 Pzp ustawodawca uregulował sposób przekazywania wszelkich środków dowodowych wnoszonych w formie elektronicznej.

3. Dokumenty związane z postępowaniem. Dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia to przede wszystkim dokumentacja postępowania, która została określona w dziale I Przepisy ogólne, rozdziale 8 Dokumentowanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże należy zauważyć, że Prezes Urzędu jest uprawniony do żądania wszelkich dokumentów, które są niezbędne do oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy.

4. Żądanie wyjaśnień. Art. 605 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje na uprawnienie Prezesa Urzędu do żądania wyjaśnień od kierownika zamawiającego i jego pracowników oraz od innych podmiotów. Wezwanie o złożenie wyjaśnień zawiera przede wszystkim oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, pytania do zagadnień, które mają podlegać wyjaśnieniu, oraz termin, w jakim należy udzielić odpowiedzi.

5. Opinia biegłego. W przypadku zaistnienia konieczności skorzystania ze specjalistycznej wiedzy Prezes Urzędu ma prawo uzyskać odpowiednią opinię biegłego. Podkreślić należy, iż jest to jego prawo, a nie obowiązek. Ze względu na fakt, że Pzp nie określa, kto może pełnić funkcję biegłego, biegłym może zostać każdy podmiot, który posiada wiadomości specjalne w stopniu wystarczającym do wydania kompetentnej opinii. Ponadto należy wskazać, że opinia biegłego może dotyczyć m.in. przedmiotu zamówienia, lecz nigdy oceny zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami Pzp. Zgodnie z art. 605 ust. 2 Pzp biegłemu przysługuje wynagrodzenie, które pokrywa Prezes Urzędu, w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami tytułu III działu 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

6. Stan faktyczny sprawy. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem czy też wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego. Tym samym podkreślić należy, że badając występujący w sprawie stan faktyczny, kontrolujący bierze pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w toku przeprowadzanej kontroli.

Art. 606.

1. Z kontroli sporządza się protokół.

2. Protokół kontroli zawiera w szczególności:

1) nazwę i adres zamawiającego;

2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;

3) imiona i nazwiska kontrolujących;

4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;

5) informację o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy lub ich braku.

1. Forma sporządzenia protokołu. Przed zakończeniem postępowania kontrolnego (art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp) sporządza się protokół kontroli. Należy zaznaczyć, iż osoby zobowiązane do sporządzenia protokołu kontroli dokonują tej czynności z należytą starannością, w oparciu o pełen stan faktyczny ustalony na podstawie kopii dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez kierownika zamawiającego, pracowników zamawiającego i innych podmiotów w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli oraz na podstawie opinii biegłych wydanych w oparciu o art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp.

2. Charakter i skutki. Sporządzenie protokołu kontroli należy do czynności o charakterze materialno-technicznym, jednakże stwierdzone w nim naruszenia przepisów Pzp wywierają skutek w sferze formalno-prawnej, gdyż stanowią podstawę do podjęcia przez Prezesa Urzędu dalszych czynności, o których mowa w art. 611 Pzp, tj. nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w dziale XII, oraz wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub części. Natomiast w przypadku gdy stwierdzone w protokole kontroli naruszenie przepisów Pzp wypełnia jednocześnie znamiona czynu wymienionego w art. 17 ustawy o odpowiedzialności, to zgodnie z art. 612 Pzp Prezes Urzędu jest zobowiązany do zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

3. Treść protokołu. Ustawodawca wskazał w art. 606 ust. 2 Pzp obligatoryjne elementy treści protokołu kontroli, tj.:

1) nazwę i adres zamawiającego,
2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli,
3) imiona i nazwiska kontrolujących,
4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli,
5) informację o stwierdzeniu naruszenia przepisów Pzp lub ich braku.

Określone wymogi nie stanowią katalogu zamkniętego, co oznacza, że w zależności od potrzeby występującej w konkretnym postepowaniu kontrolnym można uwzględnić w treści protokołu również inne elementy, jak np. wyciąg z treści dokumentów postępowania, opis wybranych czynności podejmowanych przez zamawiającego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opinie biegłych powołanych przez Prezesa Urzędu, wyjaśnienia złożone przez kierownika zamawiającego, pracowników zamawiającego i innych podmiotów

w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli czy też zalecenia pokontrolne w przypadku przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

4. Obowiązek informacyjny. Protokół kontroli jest dokumentem wewnętrznym, który nie jest przekazywany po zakończeniu postępowania kontrolnego zamawiającemu ani wnioskodawcy (w przypadku kontroli doraźnej wszczynanej na wniosek). Jednocześnie należy zaznaczyć, iż doręczana zamawiającemu informacja o wyniku kontroli zawierająca jako obligatoryjne elementy: oznaczenie postępowania, które było przedmiotem kontroli, oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku zawiera informacje tożsame z zawartymi w treści protokołu.

5. Brak środków zaskarżenia. Wobec treści protokołu kontroli nie przysługują środki zaskarżenia. Ustawodawca przewidział w art. 610 Pzp możliwość wniesienia umotywowanych zastrzeżeń jedynie od informacji o wyniku kontroli przekazywanej zamawiającemu na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oddział 2
Kontrola doraźna

Art. 607.

1. Prezes Urzędu może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy.

2. Kontrola doraźna wszczęta na wniosek prowadzona jest wyłącznie w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli. W przypadku ujawnienia, że doszło do innego naruszenia przepisów ustawy niewskazanego we wniosku o wszczęcie

kontroli, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarcia lub zmiany umowy lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów ustawy, Prezes Urzędu może rozszerzyć zakres kontroli z urzędu.

3. (*uchylony*)

4. Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku wszczęcia tej kontroli przed zawarciem umowy mają zastosowanie przepisy art. 613 ust. 4, art. 615 ust. 2 oraz art. 616 ust. 1, 3 i 5.

5. Prezes Urzędu informuje zamawiającego, a w przypadku kontroli wszczynanej na wniosek, wnioskodawcę oraz zamawiającego, o wszczęciu kontroli doraźnej.

6. Prezes Urzędu wszczyna kontrolę doraźną na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. z 2019 r. poz. 1465 i 2020), ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2019 r. poz. 1295 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 1378 i 2327), ustawie z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818), ustawie z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007–2013 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1371), ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów

Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (Dz. U. z 2021 r. poz. 182) lub w ustawie z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, zwanej dalej „instytucją zarządzającą", lub na wniosek agencji płatniczej, o której mowa w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020, jeżeli z uzasadnienia wniosku instytucji zarządzającej lub agencji płatniczej wynika, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy.

1. Wszczęcie kontroli doraźnej. Wszczęcie kontroli doraźnej postępowania lub konkursu poprzedzone jest przeprowadzeniem analizy stanu faktycznego sprawy, gdyż dopiero uzasadnione przypuszczenie o naruszeniu przez zamawiającego przepisów Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jest przesłanką wszczęcia postępowania kontrolnego przez Prezesa Urzędu. Wszczęcie kontroli doraźnej możliwe jest również, gdy zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp. Należy podkreślić, iż kompetencje Prezesa Urzędu do przeprowadzenia kontroli doraźnej dotyczą każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursu, do których zastosowanie mają przepisy Pzp. Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić w nieprzekraczalnym terminie 4 lat liczonym od dnia udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy, lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Prezes Urzędu informuje zamawiającego o wszczęciu kontroli doraźnej, gdy została wszczęta zarówno na wniosek, jak i z urzędu, natomiast wnioskodawca jest

informowany o wszczęciu kontroli doraźnej wyłącznie, gdy została wszczęta na jego wniosek.

2. Kontrola doraźna przed zawarciem umowy. Prezes Urzędu może na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub zawarcia umowy ramowej wszcząć kontrolę doraźną z urzędu. W przypadku gdy wszczęcie tej kontroli następuje przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej, uznaje się, że doręczenie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania rozpoczyna kontrolę postępowania (art. 613 ust. 4 Pzp), a tym samym również bieg 14-dniowego terminu na zakończenie kontroli liczonego od dnia doręczenia Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania, przy czym w przypadku kontroli szczególnie skomplikowanej termin ten ulega wydłużeniu do 30 dni. Zakończeniem kontroli doraźnej prowadzonej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, zawierającej w szczególności: określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli, informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku oraz zalecenie pokontrolne, jeżeli w toku prowadzonej kontroli stwierdzono, że zasadne jest unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń Pzp. Kierownik zamawiającego ma obowiązek udzielenia pisemnych informacji o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych w przypadku wystąpienia z takim wnioskiem przez Prezesa Urzędu.

3. Wniosek o wszczęcie kontroli. Prezes Urzędu może wszcząć na wniosek kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu, a także gdy zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp. Przepisy Pzp nie uzależniają rozpatrzenia wniosku o kontrolę doraźną od wykazania przez

wnioskodawcę interesu prawnego w rozstrzygnięciu sprawy, zatem każdy podmiot może złożyć do Prezesa Urzędu taki wniosek. W celu możliwości ustalenia zasadności wszczęcia kontroli doraźnej wniosek powinien zawierać co najmniej: dane zamawiającego, nazwę postępowania, informację o nieprawidłowościach, do których według wnioskodawcy doszło, wraz z uzasadnieniem. Do wniosku o kontrolę doraźną można załączyć również dowody uprawdopodabniające naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp, np. karty techniczne produktów, korespondencję prowadzoną w danej sprawie z zamawiającym lub podmiotami trzecimi.

4. Rozpatrzenie wniosku o wszczęcie kontroli. Zakończeniem analizy sprawy dokonywanej w oparciu o złożony wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej jest poinformowanie wnioskodawcy o wszczęciu kontroli, której pierwszym etapem jest postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 608 ust. 1 Pzp, lub odmowa jej wszczęcia w przypadku braku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Przepisy Pzp nie zobowiązują Prezesa Urzędu do uzasadnienia odmowy wszczęcia kontroli, o której mowa w art. 603 ust. 4 Pzp. Należy również zauważyć, iż przepisy Pzp nie regulują kwestii terminu zakończenia analizy sprawy, jednakże nie ulega wątpliwości, iż wszelkie czynności związane z ustaleniem, czy występują podstawy do wszczęcia kontroli, powinny być podejmowane bez zbędnej zwłoki.

5. Zakres prowadzonej kontroli doraźnej. Należy podkreślić, iż kontrola doraźna wszczęta na wniosek prowadzona jest w zakresie zarzutów zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli. Jednocześnie

Prezes Urzędu może w zakresie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu objętego stosowaniem przepisów Pzp rozszerzyć zakres kontroli, jeżeli w toku czynności podejmowanych przez Urząd dojdzie do ujawnienia innych naruszeń Pzp, mogących mieć wpływ na wynik postępowania, niż te ujęte we wniosku o kontrolę doraźną. W takim przypadku stosuje się przepisy Pzp odnoszące się do prowadzenia kontroli z urzędu.

6. Wniosek złożony przez instytucje zarządzające i agencje płatnicze. W przypadku złożenia wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej przez instytucje zarządzające wymienione w art. 607 ust. 6 Pzp lub agencję płatniczą, o której mowa w ustawie o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich na lata 2014–2020, Prezes Urzędu jest zobowiązany do wszczęcia kontroli, jeżeli z uzasadnienia wniosku wynika, iż zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów Pzp, niezależnie od tego, czy to naruszenie mogło mieć wpływ na jego wynik.

Art. 608.

1. Postępowanie wyjaśniające stanowi wstępny etap kontroli doraźnej i ma na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy.

2. W przypadku niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, o którym mowa w ust. 1, postępowanie wyjaśniające kończy się informacją o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli. Do postępowania wyjaśniającego przepisów art. 606, art. 609 ust. 1 pkt 2 oraz art. 610 nie stosuje się.

3. Postępowanie wyjaśniające musi zostać zakończone bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy od dnia wszczęcia kontroli doraźnej.

1. Istota postępowania wyjaśniającego. Przepisy Pzp nie traktują postępowania wyjaśniającego jako odrębnego postępowania poprzedzającego wszczęcie kontroli doraźnej, tylko wprost wskazują, iż postępowanie wyjaśniające stanowi pierwszy etap tej kontroli. Należy zauważyć, iż warunkiem wszczęcia kontroli doraźnej, a tym samym postępowania wyjaśniającego, jest wystąpienie uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp. Natomiast na etapie trwania postępowania wyjaśniającego dochodzi do analizy sprawy w oparciu o przekazane przez zamawiającego wyjaśnienia i dokumenty, a także wyjaśnienia innych podmiotów. Celem tej analizy jest rozstrzygnięcie, czy w oparciu o uzyskane oświadczenia i dokumenty można uznać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp. W przypadku niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp, kontrola kończy się na etapie postępowania wyjaśniającego informacją o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli. Natomiast w przypadku potwierdzenia, że ustalony stan faktyczny sprawy daje podstawy do uzasadnionych

przypuszczeń, iż w postępowaniu lub konkursie doszło do naruszeń przepisów Pzp, które to naruszenia mogły mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp, rozpoczyna się kolejny etap kontroli doraźnej.

2. Wyłączenia stosowania przepisów. Protokołu kontroli, o którym mowa w art. 606 Pzp, nie sporządza się w trakcie trwania postępowania wyjaśniającego. Zgodnie z art. 609 ust. 1 Pzp postępowanie wyjaśniające kończy się przekazaniem informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli, a nie informacją o wyniku kontroli, która jest przekazywana zamawiającemu po zakończeniu postępowania kontrolnego. Tym samym przepisy Pzp regulujące kwestie wnoszenia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej nie znajdują zastosowania wobec postępowania wyjaśniającego.

3. Termin. Ustawodawca przewidział maksymalny 6-miesięczny termin na zakończenie postępowania wyjaśniającego liczony od dnia wszczęcia kontroli doraźnej. Należy podkreślić, iż powyższy termin dotyczy jedynie pierwszego etapu kontroli, czyli postępowania wyjaśniającego. Zatem przepisy Pzp nie regulują kwestii terminu zakończenia postępowania kontrolnego kończącego się, zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp, doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku kontroli.

Art. 609.

1. Zakończenie kontroli doraźnej następuje po przeprowadzeniu:

1) postępowania wyjaśniającego, w sytuacji niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy,

poprzez przekazanie do wnioskodawcy i zamawiającego informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli;

2) postępowania kontrolnego, przez doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności:

a) określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli,

b) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

2. W przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których mowa w art. 610 ust. 1, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń.

1. Informacja o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli.
W Pzp2004 kontrola doraźna kończyła się doręczeniem zamawiającemu informacji o jej wyniku po zakończeniu czynności kontrolnych lub informacją o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Pzp wprowadziła zmiany w sposobie zakończenia kontroli doraźnej. Jeżeli w toku postępowania wyjaśniającego, stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej (art. 608 ust. 1 Pzp), nie zostało potwierdzone uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów Pzp, zakończenie kontroli doraźnej następuje poprzez przekazanie informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli. Pzp nie zobowiązuje Prezesa Urzędu do sformułowania uzasadnienia braku podstaw do dalszego jej prowadzenia. Informacja o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli powinna zostać przekazana zamawiającemu i wnioskodawcy (w przypadku kontroli doraźnej wszczętej na wniosek) nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia wszczęcia kontroli doraźnej (art. 608 ust. 3 Pzp).

2. Informacja o wyniku kontroli. Po zakończeniu postępowania kontrolnego, w przypadku stwierdzenia naruszeń Pzp lub ich braku, obowiązkiem Prezesa jest sporządzenie informacji o wyniku kontroli. Zakończenie kontroli następuje poprzez doręczenie zamawiającemu informacji o jej wyniku lub informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń (art. 609 ust. 2 Pzp). Art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp przesądza o treści informacji o wyniku postępowania kontrolnego. Po pierwsze, zgodnie z przywołanym przepisem informacja o wyniku kontroli musi zawierać określone elementy, które pozwolą zidentyfikować kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Sporządzane przez Prezesa Urzędu informacje o wyniku kontroli zawierają takie dane, jak: określenie zamawiającego, nazwę przedmiotu zamówienia, rodzaj zamówienia, tryb, w jakim prowadzono postępowanie, wartość zamówienia, datę wszczęcia postępowania przetargowego oraz informację, czy dane postępowanie było współfinansowane ze środków UE. Po drugie, informacja o wyniku kontroli musi zawierać stwierdzenie, czy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów Pzp, czy też do naruszenia nie doszło. Jeżeli podczas postępowania kontrolnego zostaną stwierdzone naruszenia Pzp w informacji o wyniku kontroli, Prezes Urzędu wskazuje podstawy prawne oraz faktyczne naruszeń uzasadniających ich stwierdzenie. Zauważyć należy, iż stwierdzenie naruszeń Pzp poprzedzone jest analizą stanu faktycznego sprawy ustalonego na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie ustanowił żadnych ograniczeń dotyczących czasu trwania postępowania kontrolnego, o którym mowa w art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem może ono trwać tyle czasu, ile będzie to niezbędne dla ustalenia z należytą starannością, czy w postępowaniu lub konkursie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ na jego wynik.

3. Informacja o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Zakończeniem postępowania kontrolnego, w przypadku wniesienia przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń (szerzej zob. komentarz do art. 610 Pzp).

Art. 610.

1. Od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

2. Prezes Urzędu rozpatruje zastrzeżenia w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes Urzędu przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

3. Izba wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania.

4. Opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

5. Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń.

1. Wniesienie zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zamawiającemu, który nie zgadza się ze stwierdzonymi w informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeniami przepisów Pzp przysługuje uprawnienie do zgłoszenia Prezesowi Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od jej doręczenia.

2. Rozpatrzenie zastrzeżeń. Prezes Urzędu rozpatruje zastrzeżenia w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Zastrzeżenia mogą zostać uwzględnione, uwzględnione w części lub nieuwzględnione przez Prezesa Urzędu. Natomiast gdy zastrzeżenia zostaną uwzględnione w części lub

nieuwzględnione, Prezes Urzędu przekazuje zastrzeżenia zamawiającego do zaopiniowania przez KIO.

3. Uchwała KIO. Nieuwzględnione przez Prezesa Urzędu zastrzeżenia opiniuje KIO w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Opinia Izby podejmowana jest w składzie trzyosobowym i wydawana w formie uchwały (art. 487 ust. 3 Pzp). Opinia Izby ma charakter wiążący dla Prezesa Urzędu. Wyznaczenie członków KIO do składu biorącego udział w podjęciu uchwały dokonywane jest na tych samych zasadach, co przy wyznaczaniu składu orzekającego do rozpatrzenia odwołania, określonych w art. 488 i art. 489 Pzp. Nadmienić należy, że jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające wyłączenie, o których mowa w art. 490
ust. 1 Pzp, członkowie składu biorącego udział w podjęciu uchwały na własny wniosek lub wniosek strony podlegają wyłączeniu ze sprawy. O wyłączeniu członka KIO albo odmowie jego wyłączenia rozstrzyga Prezes KIO w drodze postanowienia, na które nie przysługuje skarga do sądu. Uchwała KIO nie podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego[7].

4. Zawiadomienie kierownika zamawiającego. W przypadku uwzględnienia zastrzeżeń lub po podjęciu uchwały przez KIO Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń, co jest jednoznaczne z zakończeniem kontroli. Nadmienić należy, iż informacja o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń nie podlega kontroli sądowoadministracyjnej.

Art. 611.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:

[7] Por. postanowienie NSA w Warszawie z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt II GSK 1576/13

1) **nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale XII;**
2) **wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części.**

1. Rodzaje sankcji za naruszenie Pzp. W przypadku stwierdzenia w toku kontroli naruszeń Pzp Prezes Urzędu może podjąć czynności zmierzające do nałożenia sankcji wobec zamawiającego. Prezes Urzędu ma prawo do nałożenia kary pieniężnej oraz wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Należy podkreślić, że nałożenie sankcji z art. 611 Pzp nie jest obowiązkiem Prezesa Urzędu w każdym przypadku ujawnienia naruszeń przepisów Pzp.
2. Kara pieniężna. Przepisy odnoszące się do kary pieniężnej określone zostały w przepisach działu XII Pzp i w znacznej mierze przenoszą rozwiązania zawarte w Pzp2004. Kara pieniężna nakładana jest w drodze decyzji administracyjnej, a dalsze postępowanie w sprawie nałożenia kary toczy się na podstawie przepisów KPA. W art. 619 Pzp określony został katalog naruszeń Pzp, w przypadku stwierdzenia których może zostać nałożona kara pieniężna. Podkreślić należy, iż kara pieniężna może być nałożona wyłącznie w sytuacji, jeżeli naruszenie Pzp miało wpływ na wynik postępowania (art. 619 ust. 2 Pzp).
3. Unieważnienie umowy lub jej części. Prezes Urzędu może wystąpić o unieważnienie umowy lub jej części w sytuacjach określonych w przepisach art. 459 ust. 1 (zob. komentarz do art. 459 Pzp), przy czym uprawnienie to wygasa po upływie 4 lat od dnia zawarcia umowy lub dokonania jej zmiany (art. 459 ust. 2 Pzp).

Art. 612.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes Urzędu

zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

1. Zawiadomienie rzecznika. Sankcją za naruszenie przepisów Pzp, które jednocześnie stanowią czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych, jest odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszona przez osoby, które dopuściły się określonego naruszenia. Prezes Urzędu jest zobowiązany do zawiadomienia rzecznika dyscypliny finansów publicznych w przypadku stwierdzenia naruszeń kwalifikowanych przez ustawę o odpowiedzialności jako czyny stanowiące naruszenie tej dyscypliny.

Oddział 3
Kontrola uprzednia

Art. 613.

1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień, w tym współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

2. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia) współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia dla:

1) robót budowlanych – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro;

2) dostaw lub usług – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro.

3. W przypadku udzielania zamówień w częściach, kontroli, o której mowa w ust. 2, podlegają zamówienia, których wartość określona

dla danej części jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro.

4. Wszczęciem kontroli uprzedniej jest doręczenie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

5. Na wniosek instytucji zarządzającej Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie tej instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy. Informację o odstąpieniu od kontroli uprzedniej Prezes Urzędu przekazuje niezwłocznie zamawiającemu i wnioskodawcy.

1. Kontrola uprzednia. Na podstawie art. 613 ust. 1 Pzp kontrola uprzednia jako obligatoryjna prowadzona jest tylko wobec zamówień objętych współfinansowaniem ze środków europejskich. Ustawodawca wprowadził do zakresu kompetencji Prezesa Urzędu możliwość przeprowadzenia kontroli uprzedniej dokumentów zamówienia, zgodnie z art. 614 Pzp, wskazując, że jest to ważna zmiana w stosunku do Pzp2004[8]. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że jest to jedyna zmiana rozszerzająca kompetencje Prezesa Urzędu w obszarze kontroli uprzedniej.

2. Uprzedni charakter kontroli. Obowiązkowa kontrola uprzednia prowadzona jest przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia wobec zamówień spełniających kryteria wskazane w Pzp. Wszczęcie kontroli uprzedniej wywołuje dla zamawiających skutek polegający na zakazie zawarcia umowy do czasu doręczenia ostatecznej informacji o wyniku kontroli. Jednocześnie brak jest prawnej możliwości zwolnienia

[8] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

zamawiającego z zakazu zawarcia umowy. Wskazany powyżej zakaz odnosi się wprost do prewencyjnego charakteru kontroli uprzedniej, mającej na celu wykrycie ewentualnych nieprawidłowości wpływających na utratę środków europejskich.

3. Przesłanki kontroli uprzedniej. Kontrolę uprzednią o charakterze obligatoryjnym Prezes Urzędu przeprowadza, jeżeli wartość zamówienia dla:

1) robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro;
2) dostaw lub usług jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro.

4. Współfinansowanie ze środków europejskich. Za zamówienie objęte współfinansowaniem ze środków europejskich należy uznać takie, które spełnia przynajmniej jedno z poniższych kryteriów:

1) zamówienie objęte jest projektem, dla którego została zawarta umowa o dofinansowanie projektu;
2) zamówienie objęte jest projektem wpisanym na listę indykatywną (listę projektów kluczowych), nawet jeśli nie została zawarta umowa o dofinansowanie projektu;
3) zamówienie objęte jest projektem, dla którego wniosek o dofinansowanie został pozytywnie oceniony formalnie i merytorycznie, nawet jeżeli nie została zawarta umowa o dofinansowanie projektu.

5. Wartość zamówienia. Kontrola uprzednia będzie miała zatem zastosowanie do zamówień o najwyższej wartości i jednocześnie współfinansowanych ze środków europejskich. Wartością decydującą o zakwalifikowaniu zamówienia do przeprowadzenia kontroli uprzedniej będzie wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania

o udzielenie zamówienia, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w przepisach art. 28–36 Pzp. Co do zasady nie ma też znaczenia poziom dofinansowania ze środków UE (z zastrzeżeniem art. 6 Pzp).

6. Zamówienia udzielane w częściach. W przypadku gdy zamówienia lub umowy ramowe spełniają wartościową przesłankę do przeprowadzenia kontroli uprzedniej i są udzielane w częściach, wówczas kontroli uprzedniej podlegają zamówienia, których wartość określona dla danej części jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro. Obowiązek kontroli uprzedniej nie dotyczy zatem części zamówienia, których wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro.

7. Wszczęcie kontroli uprzedniej. Dniem wszczęcia kontroli uprzedniej obligatoryjnej jest dzień doręczenia Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, poświadczonej za zgodność z oryginałem, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Powyższe oznacza, że ten rodzaj kontroli wszczynany jest z inicjatywy zamawiającego, a nie Prezesa Urzędu. Zamawiający w przypadku wypełnienia przesłanek do przeprowadzenia kontroli, o których mowa w art. 613 ust. 2 Pzp, jest zobowiązany do przekazania dokumentacji takiego postępowania do Prezesa Urzędu.

8. Odstąpienie od kontroli. Odstąpienie od przeprowadzenia kontroli, o którym mowa w komentowanym przepisie, możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy z wnioskiem o odstąpienie od przeprowadzenia kontroli uprzedniej wystąpi do Prezesa Urzędu instytucja zarządzająca. Jednocześnie nie może to być wniosek którejkolwiek instytucji zarządzającej, ale tej, która zarządza danym programem operacyjnym, w ramach którego zostało bądź zostanie, zgodnie z warunkami współfinansowania, przyznane finansowanie ze środków europejskich na dane zamówienie lub umowę

ramową. Instytucja zarządzająca może zwrócić się z takim wnioskiem do Prezesa Urzędu, gdy w jej ocenie postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami Pzp. Ustawodawca nie rozstrzyga, jakie powinny być przesłanki uznania, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami Pzp. Po rozpatrzeniu wniosku Prezes Urzędu może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Wniosek taki nie jest dla Prezesa wiążący. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że z przepisu tego nie wynika możliwość złożenia wniosku o odstąpienie od przeprowadzenia kontroli uprzedniej przez samego zamawiającego. W przypadku podjęcia przez Prezesa Urzędu decyzji o odstąpieniu od przeprowadzenia kontroli uprzedniej niezwłocznie zawiadamia się zamawiającego, jeśli przedłożył dokumentację do kontroli, oraz wnioskodawcę, czyli właściwą instytucję zarządzającą.

Art. 614.

1. W przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, które obejmują aspekty związane z innowacyjnością lub których przedmiotem jest produkt innowacyjny, innych niż zamówienia, o których mowa w art. 613 ust. 2, Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę uprzednią dokumentów zamówienia na wniosek zamawiającego.

2. Kontrola, o której mowa w ust. 1, nie obejmuje części technicznej dokumentów zamówienia.

3. Kontrola uprzednia dokumentów zamówienia może obejmować swoim zakresem całość postępowania lub etap zaproszenia do składania wniosków lub ofert, etap negocjacji lub etap oceny ofert.

4. Do kontroli, o której mowa w ust. 1, odpowiednio stosuje się przepisy art. 615 i art. 616 ust. 1. W przypadku gdy kontrola

uprzednia dokumentów zamówienia obejmuje swoim zakresem całość postępowania, odpowiednio stosuje się przepisy art. 616 ust. 2–5 i art. 617.

1. Kontrola uprzednia dokumentów zamówienia. Ustawodawca wprowadził do Pzp nowy rodzaj kontroli uprzedniej, tj. kontrolę uprzednią dokumentów zamówienia. Jest to zupełnie nowa kompetencja Prezesa Urzędu w obszarze kontroli. Ustawodawca określił kryteria, które mają być spełnione, aby Prezes Urzędu miał kompetencje do przeprowadzenia tego rodzaju kontroli. W pierwszej kolejności ustanowiono kryterium wartościowe, tzn. wartość zamówienia musi być co najmniej równa lub przekraczająca progi unijne. Dalej wskazuje się na przesłankę przedmiotową, tj. zamówienie ma obejmować aspekty związane z innowacyjnością lub jego przedmiotem ma być produkt innowacyjny. Kontroli w rozumieniu art. 614 ust. 1 Pzp nie podlegają zamówienia spełniające przesłanki kontroli uprzedniej obligatoryjnej z art. 613 ust. 2 Pzp. Momentem wszczęcia kontroli, podobnie jak kontroli uprzedniej obligatoryjnej, jest data przekazania Prezesowi dokumentacji zamówienia.

2. Przedmiot i zakres kontroli. Kontrola uprzednia dokumentów zamówienia może obejmować, stosownie do decyzji zamawiającego, następujące etapy:

1) całość postępowania,
2) etap do składania wniosków lub ofert,
3) etap negocjacji,
4) etap oceny ofert.

Należy przy tym podkreślić, że w przypadku złożenia wniosku o kontrolę całości postępowania, aby został spełniony cel kontroli

uprzedniej, powinna ona zostać przeprowadzona przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia. Kontrola nie obejmuje swym zakresem dokumentacji technicznej, co wynika przede wszystkim z ekonomiki jej prowadzenia i umożliwienia jak najszybszego wdrożenia ewentualnych rekomendacji wydanych zmawiającemu po przeprowadzonej kontroli. Ekonomika działania jest szczególnie istotna w przypadku zamówień, które obejmują aspekty związane z innowacyjnością lub których przedmiotem jest produkt innowacyjny.

Należy podkreślić, że rozwiązanie to ma umożliwić zamawiającym sprawdzenie prawidłowości przygotowanego postępowania jeszcze na etapie, który pozwala na wprowadzenie zmian i uniknięcie konsekwencji związanych z przeprowadzeniem i wykonaniem zamówienia publicznego niezgodnie z przepisami Pzp[9].

3. Odpowiednie stosowanie przepisów. Do kontroli uprzedniej dokumentów zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy art. 615–617 Pzp, tj. przepisy dotyczące zakresu, sposobu i formy przekazania dokumentów, a także przepisy odnoszące się do momentu zakończenia postępowania i przysługującego zamawiającemu uprawnienia wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli. W przypadku kontroli obejmującej zakresem całość postępowania, zamawiającemu doręczana jest zgodnie z art. 616 ust. 1 Pzp informacja o wyniku kontroli uprzedniej. Wówczas zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli, o których mowa w art. 617 Pzp. W pozostałych przypadkach kontroli uprzedniej dokumentów postępowania doręczona zamawiającemu informacja o wyniku kontroli uprzedniej stanowi jej

[9] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

zakończenie, ponieważ ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli tych etapów postępowania.

Art. 615.

1. Zamawiający, niezwłocznie po wydaniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, albo po upływie terminu do wniesienia odwołania, a przed zawarciem umowy, przekazuje Prezesowi Urzędu, w formie pisemnej, kopię dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, własnoręcznym podpisem, albo w formie elektronicznej, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

2. Zamawiający niezwłocznie informuje Prezesa Urzędu o wniesieniu odwołania lub skargi po przekazaniu dokumentacji do kontroli uprzedniej. Prezes Urzędu wstrzymuje wykonanie kontroli uprzedniej do czasu wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, z uwzględnieniem art. 578 ust. 2.

3. Z uwzględnieniem art. 613 ust. 3, w przypadku udzielania zamówień w częściach, jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty, o których mowa w art. 613 ust. 2, Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji, o której mowa w ust. 1.

1. Obowiązek przekazania dokumentacji do kontroli uprzedniej.

Art. 615 Pzp określa obowiązek przekazania przez zamawiającego Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza

kwoty, o których mowa w art. 613 ust. 2 i 3 Pzp, przed zawarciem umowy z wykonawcą wyłonionym w wyniku jego przeprowadzenia. Obowiązek ten powstaje wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania dotyczącego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a w przypadku wniesienia takiego odwołania wraz z wydaniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Obowiązek przekazania dokumentacji do kontroli uprzedniej nie dotyczy postępowań, w których nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc przykładowo postępowania, które podlegały unieważnieniu. Obowiązek przekazania dokumentacji nie dotyczy zamówień obejmujących aspekty związane z innowacyjnością lub których przedmiotem jest produkt innowacyjny, o których stanowi art. 614 Pzp.

2. Forma przekazywanej dokumentacji. Datą wszczęcia kontroli uprzedniej jest dzień przekazania Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub przez osobę do tego upoważnioną. Zamawiający przekazuje kopię dokumentacji w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej, zachowując oryginał. Zgodnie z art. 603 ust. 3 Pzp Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w siedzibie Urzędu, z tym że kontrolę dotyczącą dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne" albo „ściśle tajne", można przeprowadzić w siedzibie zamawiającego.

Dokumentacja postępowania może zostać przekazana przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych lub przesłana na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Dokumenty do kontroli powinny zostać przekazane w postaci elektronicznych oryginałów lub kopii w postaci papierowej, które zostały potwierdzone za zgodność przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną – w formie papierowej

z podpisem odręcznym lub w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym.

Wszelkiego rodzaju udostępnienie dokumentacji on-line w jakiejkolwiek formie, np. poprzez wirtualne nośniki danych na chmurze publicznej lub prywatnej, serwisy składowania danych, tj. DropBox, GoogleDrive Cloud Storage jest niedopuszczalne z uwagi na brak przymiotu przekazania.

3. Zakres dokumentacji. Zgodnie z art. 71 ust. 1 Pzp zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania. Treść art. 73 ust. 1 Pzp wskazuje, że załączniki do protokołu postępowania stanowią oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia UPUE, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z art. 73 ust. 3 Pzp załącznik do protokołu postępowania stanowi informacja o zwrocie wykonawcom złożonych przez nich planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych i innych podobnych materiałów. Dokumentację postępowania stanowi zatem protokół postępowania wraz z wszystkimi załącznikami.

Z uwagi na fakt, iż na podstawie art. 605 ust. 3 Pzp Prezes Urzędu dokonuje ustalenia stanu faktycznego sprawy na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów, należy podkreślić, że przekazywana do kontroli dokumentacja postępowania powinna być kompletna, bowiem jedynie w oparciu o wszystkie dokumenty i niezbędne wyjaśnienia przekazane przez

zamawiającego Prezes Urzędu jest w stanie przeprowadzić kontrolę pod kątem zgodności z przepisami Pzp. Od momentu otrzymania przez Prezesa Urzędu kompletnej dokumentacji rozpoczyna się bieg określonych w art. 616 ust. 3 Pzp terminów na doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

4. Brak zawieszenia terminu związania ofertą. W porównaniu do art. 170 ust. 4 Pzp2004 Pzp nie zawiera przepisu stanowiącego, że wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą, co jest wynikiem wprowadzenia w Pzp możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą na podstawie art. 252 ust. 2 Pzp, tj. po wyrażeniu przez wykonawcę, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

5. Wstrzymanie kontroli uprzedniej. Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania Prezesa Urzędu o wniesieniu odwołania lub skargi na orzeczenie KIO po przekazaniu kopii dokumentacji postępowania w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku, kiedy zamawiający przekazuje kopię dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej po wyborze oferty najkorzystniejszej, zanim Izba wyda orzeczenie kończące postępowanie odwoławcze dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty lub przed upływem terminu do wniesienia odwołania, lub też w przypadku gdy odwołania dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wpłynęły pomimo upływu terminu do ich wniesienia. Po otrzymaniu informacji o wniesieniu odwołania Prezes Urzędu wstrzymuje wykonanie kontroli uprzedniej do czasu wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, przy czym należy uwzględnić przepis art. 578 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym KIO może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Wznowienie kontroli uprzedniej przez Prezesa Urzędu następuje po wydaniu przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający ma obowiązek uzupełnienia dokumentacji postępowania będącego przedmiotem kontroli uprzedniej o kopię dokumentów i informacji dotyczących rozstrzygnięć zapadłych w wyniku rozpatrywania wniesionych przez wykonawców środków ochrony prawnej. Podkreślić należy, że pomimo obowiązku poinformowania Prezesa Urzędu zarówno o wpływie odwołania, jak również skargi na orzeczenie KIO, wstrzymanie wykonania kontroli uprzedniej nie następuje w wyniku wniesienia skargi na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa Izby do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

6. Odstąpienie od kontroli uprzedniej. Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia obligatoryjnej kontroli uprzedniej na podstawie art. 613 ust. 5 Pzp, tj. na wniosek instytucji zarządzającej, ale również w sytuacji, gdy zamówienie udzielane jest w częściach, a wartość części nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 euro dla dostaw lub usług. Treść art. 615 ust. 3 Pzp uwzględnia przepis art. 613 ust. 3 Pzp, co oznacza, że Prezes nie prowadzi kontroli, jeżeli wartość

określona dla danej części jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro.
Przewidziana możliwość odstąpienia od przeprowadzenia kontroli uprzedniej nie zwalnia zamawiającego z określonego w art. 615 ust. 1 Pzp obowiązku przekazania Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji.
Prezes Urzędu może odstąpić od podjęcia kontroli uprzedniej, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji.
Z uwagi na to, że postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu nie jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy Kpa, odstąpienie od kontroli nie ma formy decyzji administracyjnej ani postanowienia.

Art. 616.

1. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zawierającej w szczególności:

1) określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli uprzedniej;

2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku;

3) zalecenia pokontrolne, jeżeli w toku kontroli uprzedniej stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń.

2. W przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których mowa w art. 617, zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń.

3. Doręczenie informacji o wyniku kontroli uprzedniej następuje nie później niż w terminie 14 dni od dnia doręczenia materiałów, o których mowa w art. 605 ust. 1, a w przypadku kontroli uprzedniej szczególnie

skomplikowanej nie później niż w terminie 30 dni od dnia doręczenia materiałów, o których mowa w art. 605 ust. 1.

4. Do czasu doręczenia informacji, o której mowa w ust. 1, nie można zawrzeć umowy.

5. Kierownik zamawiającego, na wniosek Prezesa Urzędu, pisemnie informuje o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych.

1. Rola informacji o wyniku kontroli. Informacja o wyniku kontroli sporządzana jest przez Prezesa Urzędu po przeprowadzeniu wszelkich czynności związanych z kontrolą uprzednią. Wynik kontroli jest zatem oceną działań zamawiającego ze wskazaniem naruszeń przepisów Pzp i oczekiwanych działaniach zamawiającego zmierzających do wyeliminowania stwierdzonych naruszeń prawa[10]. Należy również mieć na uwadze, że kontroli podlega nie tylko działanie zamawiającego, ale również zaniechanie działania, które oceniane jest przez pryzmat zgodności z przepisami Pzp.

2. Termin i charakter kontroli uprzedniej. Zgodnie z art. 616 ust. 3 Pzp kontrola uprzednia nie może trwać dłużej niż 14 dni od dnia przekazania materiałów określonych w art. 605 ust. 1 Pzp, a w przypadku kontroli szczególnie skomplikowanej termin kontroli upływa nie później niż w przeciągu 30 dni od dnia doręczenia materiałów wyszczególnionych w art. 605 ust. 1 Pzp. W art. 605 ust. 1 Pzp jest mowa o wszelkich instrumentach możliwych do wykorzystania w celu możliwie najwierniejszego ustalenia stanu faktycznego i dokonania oceny zgodności kontrolowanych czynności z przepisami Pzp, tj. o dokumentacji

[10] H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,* [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy [red.], *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 221

postępowania, wyjaśnieniach oraz opiniach biegłych. Terminy zakończenia kontroli posiadają charakter instrukcyjny, w związku z tym ich przekroczenie nie wywiera ujemnych konsekwencji. W toku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu decyduje, czy dana kontrola posiada charakter szczególnie skomplikowany. Opierając się na treści art. 605 ust. 3 Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności opinii biegłych, w związku z tym na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp Prezes Urzędu, prowadząc kontrolę, może zasięgnąć opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Mając na uwadze powyższe regulacje, Prezes Urzędu może uznać charakter kontroli za szczególnie skomplikowany, w szczególności w przypadku gdy w toku kontroli stwierdzi, iż konieczne jest uzyskanie wiadomości specjalnych. Ponadto kontrola uprzednia może przybrać charakter szczególnie skomplikowany również wówczas, gdy dokumentacja przedłożona do kontroli jest obszerna. Prezes Urzędu zobligowany jest w terminie 14 dni od doręczenia dokumentacji postępowania zawiadomić zamawiającego o szczególnie skomplikowanym charakterze kontroli. Jednocześnie podkreślić trzeba, że sporządzona w toku kontroli uprzedniej opinia biegłego nie stanowi załącznika do informacji o wyniku kontroli, jest natomiast wykorzystywana do jej sporządzenia, w praktyce najczęściej jest cytowana w treści dokumentu kończącego postępowanie kontrolne w zakresie niezbędnym dla uzasadnienia podejmowanego stanowiska.

3. Elementy informacji o wyniku kontroli. Informacja o wyniku kontroli zawiera następujące elementy: nazwę i adres zamawiającego, rodzaj zamówienia, określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli, tryb postępowania, datę wszczęcia postępowania, numer ogłoszenia

o zamówieniu, wartość zamówienia, program europejski, z którego został dofinansowany przedmiot zamówienia, informację o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku, zalecenia pokontrolne. W zależności od ustaleń podjętych w toku postępowania kontrolnego w informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdza, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów Pzp albo że zamawiający naruszył przepisy Pzp, z tym jednak, że w tym przypadku określa się, czy naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania. Jeżeli taki wpływ miał miejsce, formułuje się zalecenia pokontrolne.

4. Zalecenia pokontrolne. Zasadne wydaje się przyjęcie, że zalecenia pokontrolne nie posiadają władczego charakteru[11]. W zależności od stanu faktycznego sprawy istota zaleceń pokontrolnych sprowadza się do zobowiązania zamawiającego do usunięcia stwierdzonych niezgodności z Pzp. W skrajnych przypadkach, gdy usunięcie skutków naruszeń nie jest wykonalne w toku kontrolowanego postępowania, zalecenie pokontrolne obejmuje unieważnienie części bądź całego postępowania. Prezes Urzędu wydaje zalecenie unieważnienia postępowania w szczególności w przypadku, gdy naruszenie przepisów Pzp skutkuje zawarciem podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a ich usunięcie przed zawarciem umowy jest niemożliwe.

5. Informacja o wykonaniu zaleceń. Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego pisemnej informacji o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych. Kierownik zamawiającego do pisemnej odpowiedzi na taki wniosek zobowiązany jest dołączyć wszelkie dokumenty zamówienia powstałe w wyniku wykonania tych zaleceń i dowody na ich zrealizowanie. Prezes Urzędu po przeprowadzeniu

[11] H. Nowicki, op. cit., s. 222

analizy czynności dokonanych przez zamawiającego w wyniku wykonania zaleceń sporządza protokół z wykonania zaleceń pokontrolnych przez zamawiającego i przekazuje informację o wyniku wykonania przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych. W przypadku nieprawidłowości związanych z wykonaniem zaleceń pokontrolnych Prezes Urzędu może wskazać te nieprawidłowości zamawiającemu.

6. Zakończenie kontroli uprzedniej. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli.

W przypadku wniesienia przez zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie informacji o ostatecznym rozpatrzeniu tych zastrzeżeń zamawiającemu (art. 616 ust. 2 Pzp; szerzej patrz: komentarz do art. 617 Pzp).

7. Zakaz zawarcia umowy. Ustawodawca w art. 616 ust. 4 Pzp wskazał, iż do czasu doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej zamawiający nie może zawrzeć umowy. Zakaz ten sprzyja realizacji podstawowego celu kontroli uprzedniej, to jest usunięciu wszelkich istotnych nieprawidłowości przed udzieleniem zamówienia.

Art. 617.

Od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Przepisy art. 610 ust. 2–5 stosuje się.

1. Prawo do wniesienia zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej. Art. 617 Pzp konstytuuje uprawnienie zamawiającego do zgłoszenia Prezesowi Urzędu pisemnych umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej zawartego w informacji o wyniku kontroli, która zawiera informację o stwierdzonych naruszeniach przepisów Pzp. Prawo to dotyczy

zarówno uchybień mających wpływ, jak również pozostających bez wpływu na wynik przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiającemu przysługuje prawo do wniesienia zastrzeżeń zarówno wobec wszystkich, jak również wobec niektórych stwierdzonych przez Prezesa Urzędu naruszeń. Prezes Urzędu, rozpatrując zastrzeżenia, w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania, może je uwzględnić lub nie uwzględnić w całości albo w części. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes Urzędu na podstawie art. 617 Pzp w związku z art. 610 ust. 1 Pzp przekazuje zastrzeżenia do KIO celem zaopiniowania. KIO w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń wyraża – w formie uchwały – opinię w sprawie zastrzeżeń. Opinia ta jest wiążąca dla Prezesa Urzędu. Zamawiającemu nie przysługuje środek zaskarżenia uchwały KIO. O ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego.

Zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń jest jedynym środkiem odwoławczym przysługującym zamawiającemu.

2. Obowiązek uzasadnienia zastrzeżeń. Zamawiający jest uprawniony do wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń. Uprawnienie to nie materializuje się przez podanie jakichkolwiek informacji, lecz przez umotywowane, czyli uzasadnione stanowisko zamawiającego bezpośrednio powiązane z wykazanymi przez Prezesa Urzędu naruszeniami[12]. Tym samym lakonicznie i ogólnikowo stwierdzony brak aprobaty co do wyników kontroli nie czyni zadość wymogowi przedstawienia przez zamawiającego umotywowanych zastrzeżeń.

3. Termin na wniesienie zastrzeżeń. Warunkiem skuteczności zastrzeżeń jest zgłoszenie ich w terminie określonym w Pzp. Kierownik

[12] Uchwała KIO z dnia 18 października 2016 r., sygn. akt KIO/KD 64/16

zamawiającego może zgłosić do Prezesa Urzędu umotywowane zastrzeżenia w terminie zawitym 7 dni od dnia otrzymania informacji o wyniku kontroli. Termin ten zaczyna biec z momentem doręczenia zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Od terminu tego Pzp nie przewiduje żadnych wyjątków. Termin na zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli jest terminem o charakterze ustawowym, wynika i opiera się na regulacjach znajdujących się jedynie w Pzp, co oznacza, że nie może on być skracany ani przedłużany, gdyż ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Kwestii związanych z tym terminem, poza sposobem liczenia tego terminu, do którego na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp stosuje się przepisy Kc, nie regulują żadne inne przepisy. Uchybienie ustawowemu terminowi na wniesienie zastrzeżeń powodować musi negatywne konsekwencje dla strony postępowania kontrolnego w postaci „ostateczności" ustaleń i stwierdzonych naruszeń. Termin zawity oznacza bowiem, że jego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do zgłoszenia zastrzeżeń[13]. Termin na zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń od wyników kontroli jest terminem prawa materialnego, który nie podlega przywróceniu. Merytorycznemu rozpoznaniu zarówno przez Prezesa Urzędu, a w konsekwencji również zaopiniowaniu przez Izbę mogą zostać poddane jedynie zastrzeżenia zgłoszone w ustawowym terminie. Za wniesienie zastrzeżeń w terminie uważa się nadanie ich w placówce pocztowej do upływu 7 dnia od dnia otrzymania informacji o wyniku kontroli. Uchybienie 7-dniowemu terminowi wskazanemu w art. 617 Pzp skutkuje nieuwzględnieniem zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu ze względów formalnych i zostaje poddane pod ocenę Izby. W ocenie Izby zastrzeżenia wniesione po upływie powyższego terminu

[13] Uchwała KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 41/17

traktowane są jako wniesione bezskutecznie, w konsekwencji czego Izba nie może dokonać ich oceny. Utrata uprawnienia do wniesienia zastrzeżeń po upływie zakreślonego terminu powoduje, że należy je traktować jako niewniesione, co powoduje, że Izba nie podejmuje w zakresie ich rozpatrzenia merytorycznego rozstrzygnięcia[14].

[14] Ibidem

DZIAŁ XII
Przepisy o karach pieniężnych

Art. 618.

Przepisy niniejszego działu stosuje się do zamawiających, o których mowa w art. 4 pkt 3, w tym wykonujących działalność sektorową, oraz, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3.

1. Zakres podmiotowy przepisów o karach pieniężnych. W art. 618 Pzp został określony zakres podmiotowy stosowania przepisów o karach pieniężnych nakładanych na zamawiających przez Prezesa UZP. Dział XII Pzp, do którego odwołuje się art. 618 Pzp, przewiduje administracyjny reżim odpowiedzialności określonej kategorii zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych za naruszenie przepisów Pzp.

Kary pieniężne przewidziane w Pzp stanowią administracyjny środek prawny stosowany przez Prezesa UZP, polegający na obciążeniu określonej kategorii zamawiających dolegliwością finansową w związku z naruszeniem przepisów Pzp. Wymierzane są jako konsekwencja zachowania uznanego za delikt administracyjny. Stanowią instrument, za pomocą którego organ administracji publicznej właściwy w sprawach zamówień – Prezes Urzędu – realizuje władztwo administracyjne.

Zakres podmiotowy stosowania przepisów o karze pieniężnej został określony w sposób pozytywny – poprzez wskazanie rodzajów zamawiających, do których przepisy tego działu znajdują zastosowanie,

odmiennie niż w art. 199 Pzp2004, który zakres podmiotowy określał negatywnie – poprzez wskazanie, do jakiego rodzaju zamawiających przepisy o karze pieniężnej nie znajdowały zastosowania.

Karze pieniężnej na podstawie działu XII Pzp podlegają zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 3 Pzp, to znaczy osoby prawne (inne niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych), utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

1) finansują je w ponad 50% lub
2) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
3) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
4) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Zamawiający ci podlegają karze pieniężnej zarówno w zakresie zamówień klasycznych, jak i sektorowych.

Sankcja w postaci kary pieniężnej może zostać zastosowana również w stosunku do zamawiających sektorowych innych niż zamawiający publiczni wykonujący działalność sektorową, to jest zamawiających, którzy wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:

1) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
2) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
3) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Ponadto zamawiającymi sektorowymi, na których może zostać nałożona kara pieniężna, są również inne niż określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Art. 619.

1. Zamawiający, który:

1) udziela zamówienia:
   a) z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia,
   b) bez wymaganego ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert,
   c) bez zastosowania ustawy,
2) dokonuje zmian w zawartej umowie lub umowie ramowej z naruszeniem art. 454 lub art. 455

– podlega karze pieniężnej.

2. Karze pieniężnej podlega również zamawiający, który:

1) określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji,

2) opisuje przedmiot zamówienia lub przedmiot konkursu w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji,
3) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 18,
4) nie przestrzega terminów określonych w ustawie,
5) odrzuca ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty lub tych wniosków,
6) dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy w sposób inny niż określony w ust. 1 pkt 1 lub pkt 1–5

– jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Przesłanki nałożenia kary pieniężnej. Przepis art. 619 Pzp określa zakres przedmiotowy stosowania przepisów Pzp o karze pieniężnej. Nałożenie przez Prezesa Urzędu kary pieniężnej może wynikać zarówno z działań, jak i zaniechań zamawiającego. Pierwsza grupa deliktów – wyrażona w ust. 1 – charakteryzuje się tym, że już samo ich popełnienie może skutkować nałożeniem kary pieniężnej, bez żadnych dodatkowych obostrzeń ustawowych. Można wśród nich wyróżnić zachowania pozostające w związku z udzieleniem zamówienia (art. 619 ust. 1 lit. a – lit. c), a także mające miejsce po jego udzieleniu, przejawiające się niezgodnymi z Pzp zmianami umów (art. 619 ust. 1 pkt 2 Pzp).
Z kolei druga grupa deliktów administracyjnych jest warunkowana wpływem naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 619 ust. 2 pkt 1–6 Pzp). Na podstawie art. 619 ust. 2 Pzp

na zamawiającego nakładana jest kara jedynie wówczas, gdy naruszenie przez niego przepisów Pzp ma wpływ na wynik postępowania.
W porównaniu do deliktów z ustępu 1 nie wystarczy zatem samo stwierdzenie przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów Pzp ani nawet potencjalnego wpływu na wynik postępowania – kluczowe znaczenie będzie miało ustalenie, że stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie.

2. Naruszenia Pzp związane z udzieleniem zamówienia. Cechą wspólną naruszeń z art. 619 ust. 1 pkt 1 Pzp jest ich związek z udzieleniem zamówienia publicznego. Prezes Urzędu będzie mógł nałożyć na zamawiającego karę pieniężną, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone z naruszeniem przesłanek określających tryb z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia czy też bez wymaganego ogłoszenia o zamówieniu zakończyło się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika z definicji legalnej udzielenia zamówienia z art. 7 pkt 25 Pzp. Tym samym naruszenie Pzp określone w art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp nie będzie skutkować nałożeniem kary pieniężnej, gdy postępowanie zakończy się unieważnieniem postępowania.
Z kolei w odniesieniu do przesłanki udzielenia zamówienia bez zastosowania przepisów Pzp, podstawa do nałożenia kar pieniężnej zaistnieje w przypadku ustalenia przez Prezesa UZP, że bez zastosowania ustawy doszło do zawarcia umowy odpłatnej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (art. 7 pkt 32 Pzp).

2.1. Udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia.

W art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wskazano, że kara pieniężna może być nałożona na zamawiającego, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia, takich jak zamówienie z wolnej ręki lub negocjacje bez ogłoszenia.

Prezes Urzędu nałoży na zamawiającego karę pieniężną na podstawie tego przepisu, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie zakończone zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zostało przeprowadzone w trybie z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia bez zaistnienia ustawowo określonej przesłanki.

Przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki zostały określone w art. 214 Pzp (dla postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne), w art. 305 Pzp (dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne) oraz w art. 388 Pzp (dla zamówień sektorowych).

Przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia zostały wskazane w art. 209 Pzp (dla postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne), w art. 301 ust. 1 Pzp (dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne) oraz w art. 386 ust. 2 Pzp (dla zamówień sektorowych).

2.2. Udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia. Zgodnie z art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który udziela zamówienia bez wymaganego ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Penalizowanie udzielenia zamówienia bez wskazanych w tym

przepisie ogłoszeń ma na celu podkreślenie znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp. Prezes Urzędu nałoży na zamawiającego karę pieniężną na podstawie tego przepisu, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie zakończone zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne wymaganym ogłoszeniem wszczynającym postępowanie jest ogłoszenie o zamówieniu w każdym z trzech wariantów (art. 275 Pzp) oraz ogłoszenie o zamówieniu w trybie partnerstwa innowacyjnego. Ogłoszenie to podlega zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 267 ust. 2 pkt 1 Pzp).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, w związku z art. 130 Pzp, ogłoszeniem o zamówieniu jest ogłoszenie przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem (z zastrzeżeniem art. 153 pkt 5 Pzp w zw. z art. 154 ust.1 Pzp), dialogu konkurencyjnego (z zastrzeżeniem art. 153 pkt 5 w zw. z art. 170 Pzp) albo partnerstwa innowacyjnego (art. 130 ust. 1 pkt 1 Pzp).

W zamówieniach sektorowych ogłoszenie o zamówieniu stanowi jedną z form przekazania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego (art. 377 ust. 1 pkt 1 Pzp).

W odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w którym penalizowane było udzielenie zamówienia „bez wymaganego ogłoszenia", ustawodawca zawęził kategorie wymaganych ogłoszeń do ich dwóch rodzajów: ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz ogłoszenia

o zmianie tego ogłoszenia. Zmiana ta w sposób jednoznaczny przesądziła, że karze pieniężnej nie podlega zamawiający, który nie zamieścił ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, co budziło wątpliwości na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego.

Procedura zmiany ogłoszenia dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne została uregulowana w art. 90 Pzp, z kolei dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne – w art. 271 Pzp. Z treści tych regulacji wynika, że gdy zamawiający zadecyduje o zmianie ogłoszenia, musi zmianę upublicznić poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w odpowiednim publikatorze zależnym od wartości zamówienia – w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo w Biuletynie Zamówień Publicznych. Przy czym w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zmianą ogłoszenia – w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp – jest sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji.

Karze pieniężnej podlega zamawiający, gdy udziela zamówienia bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. W ramach tej przesłanki dla nałożenia kary pieniężnej nie jest wystarczające stwierdzenie zaniechania publikacji ogłoszenia o zmianie; konieczne jest również ustalenie wpływu, jakie dokonana zmiana wywarła na sporządzenie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

2.3. Udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy. Art. 619 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp przewiduje karę dla zamawiającego, który udziela zamówienia bez zastosowania ustawy. Kara dla zamawiającego z powodu

takiego zaniechania stanowi przejaw zasady powszechności zamówień publicznych, która oznacza, że obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dotyczy szerokiego kręgu podmiotów, wymienionych enumeratywnie w Pzp, a wszelkie odstępstwa od tej zasady winny być interpretowane zawężająco. Jest również związana z nakazem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, o czym stanowi art. 17 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp należy rozumieć w ten sposób, że karze podlega zamawiający, który udzielił zamówienia, w ogóle nie przeprowadzając jakiejkolwiek procedury przewidzianej w Pzp, mimo ciążącego na nim w tym zakresie obowiązku.

Regulacja ta znajdzie zastosowanie na przykład wówczas, gdy zamawiający niezasadnie przyjął, że nie kwalifikuje się do kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy czy też w wyniku błędów związanych z szacowaniem wartości zamówienia, powodujących, że wartość ta nie przekroczyła progu stosowania Pzp, a także w wyniku nieprawidłowego wyłączenia stosowania Pzp.

3. Dokonanie niedozwolonych zmian w umowie lub umowie ramowej. Zgodnie z art. 619 ust. 1 pkt 2 Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który dokonuje zmian w zawartej umowie lub umowie ramowej z naruszeniem art. 454 lub art. 455 Pzp.

4. Naruszenia zależne od wpływu na wynik postępowania. W art. 619 ust. 2 Pzp został zawarty zamknięty katalog naruszeń Pzp skutkujących nałożeniem kary pieniężnej jedynie w przypadku, gdy miały one wpływ na wynik postępowania.

Naruszenia wskazane w art. 619 ust. 2 pkt 1–6 Pzp dotyczą różnych etapów postępowania, jednak ich cechą wspólną jest to, że wskutek ich

wystąpienia wynik postępowania był inny niż w przypadku, gdyby do tych naruszeń nie doszło.

Przez wynik postępowania należy rozumieć jego efekt, którym w świetle definicji legalnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z art. 7 pkt 18 Pzp jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również jego unieważnienie.

4.1. Warunki udziału w postępowaniu utrudniające uczciwą konkurencję. Zgodnie z art. 619 ust. 2 pkt 1 Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania.

Przepis ten nawiązuje do fundamentalnej zasady przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp. Przepis ten należy również interpretować w kontekście zakazu sztucznego zawężania konkurencji, tj. organizacji zamówienia z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców, o którym mowa w art. 18 ust. 1 akapit 2 dyrektywy klasycznej.

Warunki udziału w postępowaniu winny być określone przez zamawiającego w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia[1].

[1] Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt II GSK 1127/15, Legalis nr 1577360

Dla nałożenia kary pieniężnej na podstawie ust. 2 pkt 1 Pzp konieczne jest jednak ustalenie, że utrudniające zachowanie uczciwej konkurencji określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia miało wpływ na wynik postępowania.

4.2. Opis przedmiotu zamówienia lub przedmiotu konkursu utrudniający uczciwą konkurencję. Karze pieniężnej podlega również zamawiający, który opisuje przedmiot zamówienia lub przedmiot konkursu w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wynika z art. 99 ust. 4 Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez 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. Regulacja ta znajduje zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia niezależnie od ich wartości.

Zakaz opisu przedmiotu konkursu w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji stanowi uzupełnienie zasad opisu przedmiotu konkursu określonych w art. 331 Pzp, zgodnie z którymi przedmiot konkursu opisuje się w sposób jednoznaczny i zrozumiały, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pracy konkursowej.

Dla nałożenia kary pieniężnej z powodu opisu przedmiotu zamówienia lub przedmiotu konkursu utrudniającego zachowanie uczciwej konkurencji

konieczne jest jednak ustalenie, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

4.3. Prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady jawności i gwarancji poufności informacji. Stosownie do treści art. 619 ust. 2 pkt 3 Pzp karze pieniężnej podlega również zamawiający, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 18 Pzp, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp, jest jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych.

Przejawem realizacji zasady jawności na gruncie Pzp jest m.in. obowiązek upublicznienia ogłoszeń o zamówieniu, zapewnienia dostępu do specyfikacji warunków zamówienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, obowiązek udostępnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na takiej stronie internetowej. Jednocześnie w prowadzonym postępowaniu zamawiający jest gwarantem zachowania poufności informacji, czego wyrazem są regulacje z art. 18 ust. 2–5 Pzp. Zamawiający może zatem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w przypadkach określonych w ustawie, jak również obowiązany jest do ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający może określić – w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu – wymaganie dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zasada jawności może również doznać ograniczenia, gdy jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym w dwóch przypadkach wskazanych w Pzp, tj.

1) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp;

2) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2 Pzp – w zakresie dostaw lub usług z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane (zob. komentarz do art. 18 Pzp).

Zamawiający jest również zobligowany do udostępniania danych osobowych z poszanowaniem wymagań w zakresie ochrony danych osobowych wynikających z RODO, co zostało wyrażone w art. 18 ust. 6 Pzp. Podkreślenia wymaga jednak, że nie każde naruszenie przez zamawiającego zasad jawności i gwarancji poufności danych będzie stanowiło podstawę nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UZP. Kara taka będzie nałożona na zamawiającego wyłącznie w wypadku, gdy naruszenie w tym zakresie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

4.4. Nieprzestrzeganie terminów określonych w Pzp. Zgodnie z art. 619 ust. 2 pkt 4 Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który nie przestrzega terminów określonych w ustawie, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Aby można było na zamawiającego nałożyć karę pieniężną na podstawie omawianej przesłanki, niedopełnienie wymagań ustawowych w zakresie

terminów musi mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

4.5. Odrzucenie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

Stosownie do art. 619 ust. 2 pkt 5 Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który odrzuca ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki odrzucenia oferty lub tych wniosków, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1) została złożona po terminie składania ofert;
2) została złożona przez wykonawcę:
   a. podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
   b. warunków udziału w postępowaniu, lub
   c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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 znk;
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 omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3;
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 wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;
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 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.

Szczególna przesłanka odrzucenia oferty została również przewidziana w zamówieniach sektorowych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, 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 sektorowej, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu – w SWZ.

Z instytucją odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mamy do czynienia w trybie przetargu ograniczonego (art. 146 ust. 1 Pzp, art. 379 ust. 1 Pzp), negocjacji z ogłoszeniem (art. 158 ust. 2 Pzp), sektorowych negocjacji z ogłoszeniem (art. 381 ust. 1 Pzp), dialogu konkurencyjnego (art. 176 ust. 2 Pzp), partnerstwa innowacyjnego (art. 194 ust. 2 Pzp).

Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp, mającym zastosowanie w przetargu ograniczonym, ale również z mocy odesłania w pozostałych trybach zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

1) został złożony po terminie;
2) został złożony przez wykonawcę:

a. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
b. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
c. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń;

3) jest niezgodny z przepisami ustawy;
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

W konkursie zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału, jeżeli:

1) został złożony po upływie terminu składania wniosków;
2) został złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu;
3) jest niezgodny z przepisami ustawy;
4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;
5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego (art. 343 ust. 3 Pzp).

Naruszenie przepisów dotyczących podstaw odrzucenia ofert i wniosków będzie stanowiło podstawę do nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej wyłącznie w przypadku, gdy wywarło wpływ na wynik postępowania.

4.6. Wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem innych przepisów. Stosownie do art. 619 ust. 2 pkt 6 Pzp karze pieniężnej podlega zamawiający, który dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy w sposób inny niż określony w tym artykule w ustępie 1 lub pkt 1–5 Pzp, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania.

Przesłanka ta ma charakter otwarty, co oznacza, że mogą pod nią podpadać różne czyny zamawiającego niezgodne z Pzp, zarówno działania, jak i zaniechania.

Art. 620.

1. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 619, ustala się w zależności od wartości zamówienia.

2. Jeżeli wartość zamówienia:

1) jest mniejsza niż progi unijne – kara pieniężna wynosi 3000 złotych;

2) jest równa lub przekracza progi unijne, a jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 30 000 złotych;

3) jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 150 000 złotych.

1. Wysokość kary pieniężnej. Art. 620 Pzp jednoznacznie określa trzy wysokości kary pieniężnej – 3000 zł, 30 000 zł oraz 150 000 zł, a także sposób ustalania jej wysokości.

Punktem wyjścia dla ustalenia wysokości kary pieniężnej jest określenie przez zamawiającego wartości zamówienia. Wartość zamówienia jest jedynym miernikiem, od którego ustawodawca uzależnił kwotę nakładanej na zamawiającego kary pieniężnej. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością (zob. komentarz do art. 28 Pzp).

Przepis ustępu 2, określający wysokość kar pieniężnych, odnosi się do pojęcia progów unijnych. Termin progów unijnych został zdefiniowany w art. 3 Pzp. Przez progi unijne należy rozumieć kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w:

1) art. 4 i art. 13 dyrektywy klasycznej,
2) art. 15 dyrektywy sektorowej,
3) art. 8 dyrektywy obronnej

– aktualizowane w rozporządzeniach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy klasycznej, art. 17 ust. 4 dyrektywy sektorowej i art. 68 dyrektywy obronnej.

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, kara pieniężna wynosi 3000 zł.

Jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, a jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych, kara pieniężna wynosi 30 000 zł.

Kara pieniężna wynosi 150 000 złotych, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych.

Art. 621.

1. Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.

2. Prezes Urzędu nie nakłada kary pieniężnej, jeżeli w związku z naruszeniem przepisu ustawy Izba lub sąd nałożyły karę finansową.

3. Decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie można nadać klauzuli natychmiastowej wykonalności.

1. Decyzja administracyjna o nałożeniu kary pieniężnej. Przepis art. 621 Pzp nawiązuje do kompetencji Prezesa Urzędu, wyrażonej w art. 611 pkt 1 Pzp, który stanowi, że w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy może on nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale XII Pzp. Koreluje on również z wyrażoną w art. 469 pkt 2 Pzp kompetencją Prezesa Urzędu do podejmowania rozstrzygnięcia w indywidulanych sprawach przewidzianych ustawą.

Art. 621 Pzp ustanawia administracyjny tryb nakładania przez Prezesa UZP kary pieniężnej, określa, kiedy takiej kary Prezes Urzędu nie nakłada, jak również przesądza o braku natychmiastowej wykonalności decyzji o nałożeniu kary pieniężnej.

Prezes Urzędu może nałożyć karę po przeprowadzeniu kontroli udzielania zamówień, jak również na podstawie informacji pozyskanych od innych organów czy instytucji (np. wskutek zawiadomienia skierowanego przez Najwyższą Izbę Kontroli na podstawie art. 63 ust. 3 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli).

Kara pieniężna jest nakładana przez Prezesa Urzędu – organ administracji rządowej właściwy w sprawie zamówień publicznych – w drodze decyzji administracyjnej, co oznacza, że wydając taką decyzję, Prezes Urzędu stosuje przepisy Kpa.

Prowadząc postępowanie administracyjne w przedmiocie kary pieniężnej z tytułu naruszenia Pzp, Prezes Urzędu stosuje przepisy Kpa m.in. w zakresie zasad ogólnych, terminów załatwiania spraw, doręczeń, wszczęcia postępowania, udostępniania akt sprawy administracyjnej, dopuszczania i przeprowadzania dowodów, administracyjnych kar pieniężnych, decyzji i postanowień. Przy czym należy podkreślić, że w dziale XII Pzp została szczegółowo uregulowana wysokość kary pieniężnej, a także przesłanki jej nałożenia, w związku z powyższym przepisy działu IVa Kpa o administracyjnych karach pieniężnych w tym zakresie nie będą miały zastosowania (art. 189a § 2 pkt 1 Kpa). Nie jest zatem możliwe miarkowanie wysokości kary pieniężnej.

Prezes UZP, będący kierownikiem centralnego urzędu administracji rządowej nadzorowanym przez ministra właściwego do spraw gospodarki, jest ministrem w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 4 Kpa, a więc od wydanej przez niego decyzji nie przysługuje odwołanie, lecz wniosek o ponowne rozpatrzenie przez niego sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy składa się do Prezesa UZP w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia (zob. art. 127 § 3 Kpa).

Ponadto zamawiający, na którego została nałożona kara pieniężna, może zrezygnować z prawa do złożenia do Prezesa Urzędu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy i od decyzji nakładającej na niego karę pieniężną wnieść skargę do WSA w Warszawie – jako właściwego w sprawie (art. 13 § 2 Ppsa) – za pośrednictwem Prezesa Urzędu (zob. art. 52 § 3 Ppsa). Skarga taka podlega wpisowi stosunkowemu,

zależnemu od wysokości nałożonej kary pieniężnej, ustalanemu w oparciu o przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Skarżący może złożyć do sądu wniosek o przyznanie mu prawa pomocy, które obejmuje zwolnienie od kosztów sądowych oraz ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub rzecznika patentowego (zob. art. 244 Ppsa).

W sytuacji gdy zamawiający wniesie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, Prezes UZP wydaje po jego rozpoznaniu decyzję, w której utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję albo uchyla zaskarżoną decyzję i umarza postępowanie pierwszej instancji w całości, albo umarza postępowanie odwoławcze (zob. art. 138 Kpa w zw. z art. 127 § 3 Kpa).

2. Kara pieniężna a kara finansowa nakładana przez KIO lub sąd.

Zgodnie z art. 621 ust. 2 Pzp Prezes Urzędu nie nakłada kary pieniężnej, jeżeli w związku z naruszeniem przepisu ustawy Izba lub sąd nałożyły karę finansową.

Przepis ten nawiązuje do instytucji kary finansowej, którą na zamawiającego może nałożyć KIO w wyniku uwzględnienia odwołania, jak również sąd zamówień publicznych w postępowaniu skargowym. Jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek unieważnienia umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp, KIO może m.in. unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu (art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp) albo nałożyć karę finansową (art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp). Tożsame rozstrzygnięcia mogą zostać zastosowane przez

sąd zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia skargi (zob. art. 588 ust. 2 zd. 2 Pzp).

Wyłączenie możliwości nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UZP, w sytuacji gdy na zamawiającego została już uprzednio nałożona kara finansowa w postępowaniu przez KIO lub w postępowaniu skargowym przez sąd, ma na celu zapobieżenie podwójnej odpowiedzialności finansowej zamawiającego za ten sam czyn stanowiący naruszenie Pzp.

3. Brak rygoru natychmiastowej wykonalności. Zgodnie z art. 621 ust. 3 Pzp decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie można nadać klauzuli natychmiastowej wykonalności.

Przepis ten wprowadza zakaz nadawania decyzjom Prezesa Urzędu o nałożeniu kary pieniężnej rygoru natychmiastowej wykonalności. Oznacza to, że nieostatecznej decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności, a zatem nie może ona stać się wykonalna przed upływem terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Art. 622.

1. Wpływy z tytułu kar pieniężnych stanowią dochód budżetu państwa.

2. Kary pieniężne podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

1. Wpływy z tytułu kar. Przepis art. 622 ust. 1 Pzp stanowi, że wpływy z tytułu kar pieniężnych stanowią dochód budżetu państwa. Zgodnie z art. 111 pkt 12 ustawy o finansach publicznych do dochodów budżetu państwa zalicza się grzywny, mandaty i inne kary pieniężne, o ile odrębne ustawy nie stanowią inaczej.

Z kolei w art. 622 ust. 2 Pzp przesądzono, że w przypadku braku uiszczenia przez zamawiającego kwoty odpowiadającej wysokości wymierzonej kary jej ściągnięcie następuje na podstawie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.
W świetle przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji organem egzekucyjnym, uprawnionym do stosowania wszystkich środków egzekucyjnych w egzekucji administracyjnej należności pieniężnych, jest naczelnik urzędu skarbowego. Egzekucja administracyjna może być wszczęta, jeżeli Prezes UZP po upływie terminu do wykonania przez zamawiającego obowiązku zapłaty kary pieniężnej przesłał mu pisemne upomnienie, zawierające wezwanie do wykonania obowiązku z zagrożeniem skierowania sprawy na drogę postępowania egzekucyjnego. Egzekucja należności pieniężnych została uregulowana w dziale II ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

DZIAŁ XIII
Przepis końcowy

Art. 623.

Ustawa wchodzi w życie w terminie określonym w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020).

1. Termin wejścia w życie Pzp. Pzp zostało ogłoszone w Dz. U. w dniu 24 października 2019 r. wraz z ustawą PwPzp. Zgodnie z art. 1 PwPzp – Pzp weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r., po upływie ponad roku od dnia jej ogłoszenia.

2. Utrata mocy obowiązującej Pzp2004. Stosownie do art. 89 PwPzp z dniem wejścia w życie Pzp traci moc Pzp2004. Biorąc pod uwagę regulacje intertemporalne zawarte w rozdziale 3 PwPzp, należy stwierdzić, że w praktyce Pzp2004 będzie jeszcze przez jakiś czas stosowana, w szczególności do:

1) postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w Pzp2004, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. (na podstawie art. 90 ust. 1 PwPzp);
2) konkursów, o których mowa w Pzp2004, rozpoczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. (na podstawie art. 90 ust. 2 PwPzp);
3) umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w Pzp2004, zawartych przed dniem 1 stycznia

2021 r. lub po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. (na podstawie art. 91 ust. 1 PwPzp);

4) postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w Pzp2004, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. (na podstawie art. 92 ust. 1 PwPzp);
5) kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie Pzp2004 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. (na podstawie art. 94 ust. 1 PwPzp).

BIBLIOGRAFIA

1. Literatura

1) S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, VOL. 1, Third Edition, 2014 Thomson Reuters (Professional) UK Limited trading as Sweet &Maxwell
2) B. Banaszak [red.], *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2012
3) B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2012
4) M. Bańko, *Inny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000
5) J. Barta, R. Markiewicz, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, t. 11, Warszawa 2017
6) M. Białkowski, *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, Palestra 2014, nr 3–4
7) F. Błahuta [oprac.], Z. Resich [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972
8) A. Brown, *EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives*, (2010) 19 P.P.L.R.
9) J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarz [red.], *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011

10) G. Domański, *Umowa ramowa (na tle prawa niektórych państwa EWG i Polski)*, Warszawa 1989
11) W. Doroszewski [red.], *Słownik języka polskiego*, https://sjp.pwn.pl/doroszewski/odpowiedzialność
12) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2107
13) H. Dzwonkowski [red.], *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020
14) T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Komentarz do ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002
15) E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019
16) A. Góra-Błaszczykowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I A, Warszawa 2019
17) M. Górski [red.], *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2019
18) M. Grzymisławska-Cybulska, *Krajowa Izba jako niezawisły organ sądowy „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu"* 2017, nr 497 „Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce"
19) M. Gutowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2019
20) B. Heuninckx, *Lurking at the Boundaries: Applicability of EU Law to Defence and Security Procurement*, (2010) 19 PPLR
21) A. Hrycaj, P. Filipiak [red.], *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017
22) M. Kempisty, *Ustrój sądów. Komentarz*, Warszawa 1966

23) A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. T. II, Kraków 2007
24) J. Panowicz-Lipska [red.], *System Prawa Prywatnego*, t. 8, Warszawa 2011
25) W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004
26) A. Kowalski, *Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa* [w:] B. Brańko, J. Sadowy [red.], *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy,* Warszawa 2013,
27) J.R. Kubiak, J. Kubiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, PS 1994, nr 4
28) J. Kukiełka, D. Poniewierka, *Ubezpieczenia finansowe*, Warszawa-Bydgoszcz 2003
29) J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 4
30) F. Łapecki, G. Wicik, *Zamówienia publiczne po nowemu – poradnik dla małych i średnich przedsiębiorców*, Warszawa 2016
31) G. Ławnikowicz, S. Pilipiec, *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych,* Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius), 2016, Nr LXIII, 2
32) E. Łętowska [red.], *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006
33) E. Gniewek, P. Machnikowski [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019
34) M. Mincer, Uznanie administracyjne, Toruń 1983
35) M. Jakubek, J. Mojak [oprac.], *Prawo papierów wartościowych. Wprowadzenie. Zbiór przepisów*, Lublin 1977

36) M. Müller-Wrede [red.], *GWB Vergaberecht Kommentar,* Köln 2016
37) J. Niklewicz, *Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne*, [w:] B. Brańko, J. Sadowy (red.], *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, Warszawa 2013,
38) J. Nowacki, *Analogia legis,* Warszawa 1966
39) H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy [red.], *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk – Warszawa 2012
40) A. Olejniczak [red.], *System prawa prywatnego*, t. 6, Warszawa 2018
41) K. Osajda [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 24, Legalis, 2020
42) Z. Petersen, *Below-threshold Contract Awards under EU Primary Law: Federal Republic of Germany v Commission* (T-258/06), (2010) 19 P.P.L.R.
43) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, wyd. 8, Warszawa 2015
44) E. Plebanek, *Z problematyki przestępnego wyłudzenia zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2020, nr 1
45) Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995
46) Z. Radwański [red.], *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź 1981
47) J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo kontraktów handlowych*, Warszawa 2007
48) J. Roliński [red.], *Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki*, Warszawa 2020

49) M. Romańska, *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska [red.], *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017
50) J. Sadowy [red.], *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013
51) P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015
52) M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019
53) G. Sikorski [red.], *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2015
54) *Słownik Pojęć Ekonomicznych PWN*, Warszawa 2007
55) R. Stefański [red.], *Kodeks Karny. Komentarz*, wyd. 24, Legalis
56) A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984
57) M. Stręciwilk, M. Olejarz [red.], *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2017
58) J. Strzępka, *Umowy ramowe w typologii umów*, „Studia Prawa Prywatnego" 2010, nr 3
59) R. Szostak, *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r.*, III CZP 87/08, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, nr 1
60) R. Szostak, *O niektórych warunkach ubiegania się o zamówienie publiczne po nowelizacji ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 3
61) R. Szostak, *Umowy o zamówienie publiczne w zarysie,* Warszawa 2018 r.

62) A. Szpunar, *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent" 1998, nr 5(85)
63) P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?* [w:] T. Kocowski, J. Sadowy [red.], *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław-Warszawa 2013
64) UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013 r.
65) G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2007
66) M. Winiarz, *Osoba wykonująca czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a komisja przetargowa*, „Finanse Komunalne" 2018, nr 4
67) M. Winiarz, *Podmiotowe ograniczenia zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] M. Smaga, M. Winiarz [red.], *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzie prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, Kraków 2013
68) M. Winiarz, *Proceduralne aspekty zamówień publicznych na książki*, „Finanse Komunalne" 2021, nr 1
69) M. Wnuk, A. Sawicki, *Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik*, Warszawa 2017
70) Wróbel [red.], *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, tom III, Warszawa 2012

2. Orzecznictwo

1) Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 28 stycznia 2013 r., sygn. akt III CZP 107/12
2) Uchwała SN z dnia 14 czerwca 1974 r., sygn. akt III CZP 32/74

3) Uchwała SN z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt III CZP 109/05
4) Uchwała SN z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13
5) Uchwała SN z dnia 7 grudnia 2007 r., sygn. akt III CZP 123/07
6) Uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995 r., sygn. akt III CZP 164/94
7) Uchwała SN z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt I KZP 20/15
8) Uchwała SN z dnia 23 sierpnia 2006 r., sygn. akt III CZP 56/06
9) Uchwała SN z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17
10) Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17
11) Uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17
12) Uchwała SN z dnia 15 września 1995 r., sygn. akt III CZP 110/95
13) Uchwała SN z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III CZP 73/05
14) Wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., sygn. K 41/97
15) Wyrok TK z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. akt K1/98
16) Wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13
17) Wyrok TK z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt P 38/08
18) Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 26/01
19) Wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r., sygn. akt IV CKN 302/2001
20) Wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt V CSK 213/10
21) Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16
22) Wyrok SN z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 180/10
23) Wyrok SN z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt III CSK 304/11
24) Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2011 r., III CSK 119/10
25) Wyrok SN z dnia 5 lutego 2000 r., sygn. akt II CKN 894/99
26) Wyrok SN z dnia 28 marca 2008 r., III KK 484/07
27) Wyrok SN z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12
28) Wyrok SN z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. akt V CK 381/05
29) Wyrok SN z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. akt I UK 68/05
30) Wyrok SN z dnia 23 marca 2000 r., II CKN 803/98

31) Wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r., sygn. akt V CK 474/02
32) Wyrok SN z dnia 20 września 2018 r., sygn. akt IV CSK 457/17
33) Wyrok SN z dnia 20 maja 2003 r., sygn. akt I PK 415/02
34) Wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. akt ICSK 349/8
35) Wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., sygn. akt I PKN 482/01
36) Wyrok SN z dnia 2 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 496/07
37) Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2001 r., sygn. akt V CKN 193/00
38) Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. akt WA 10/14
39) Wyrok SN z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09
40) Wyrok SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17
41) Wyrok SN z dnia 15 lutego 2008 r., sygn. akt I CSK 357/07
42) Wyrok SN z dnia 15 listopada 1990 r., sygn. akt II CR 184/90
43) Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt V CK 97/03
44) Wyrok SN z dnia 13 października 2000 r., sygn. akt II CKN 298/00
45) Wyrok SN z dnia 12 maja 2000 r., sygn. akt II UKN 540/99
46) Wyrok SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00
47) Wyrok SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17
48) Wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. akt II CSK 388/15
49) Wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. akt V CSK 233/09
50) Wyrok SA w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt I ACa 582/12
51) Wyrok SA w Łodzi z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt I ACa 250/11
52) Wyrok SA w Warszawie z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt I ACa 13/11
53) Wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt VI ACa 879/16
54) Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt I ACa 858/14
55) Wyrok SA w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 189/08

56) Wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 lutego 2013 r.,
sygn. akt III AUa 1068/12
57) Wyrok SA w Krakowie z dnia 14 września 2018 r.,
sygn. akt I AGa 196/18
58) Wyrok SA w Katowicach z dnia 24 września 2013 r.,
sygn. akt I ACa 549/13
59) Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 grudnia 2017 r.,
sygn. akt V ACa 472/16
60) Wyrok SA w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r.,
sygn. akt III AUa 490/16
61) Wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 marca 2018 r.,
sygn. akt V ACa 823/16
62) Wyrok SA w Białymstoku z dnia 7 sierpnia 2013 r.,
sygn. akt I ACa 311/3
63) Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 4 lipca 2013 r.,
sygn. akt X Ga 205/13
64) Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r.,
sygn. akt V Ca 3065/13
65) Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r.,
sygn. akt XXIII Ga 1635/17
66) Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r.,
sygn. akt XXIII Ga 849/18
67) Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2018 r.,
sygn. akt XXIII Ga 1278/18
68) Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2017 r.,
sygn. akt XXIII Ga 699/16
69) Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r.,
sygn. akt V Ca 3836/1

70) Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt V Ca 3836/13
71) Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 502/16
72) Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt VIII Ga 65/12
73) Wyrok SO w Szczecinie z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt VIII Ga 432/13
74) Wyrok SO w Poznaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt X Ga 85/15
75) Wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r., sygn. akt III Ca 262/05
76) Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 lipca 2016 r., sygn. akt XIX Ga 398/16
77) Wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18
78) Wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt I OSK 2318/13
79) Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt II GSK 1127/15
80) Wyrok NSA z dnia 2 października 2018 r., sygn. akt I OSK 581/17
81) Wyrok WSA we Wrocławiu z 26 lutego 2015 r., III SA/Wr 886/14
82) Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15
83) Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 97/16
84) Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1506/14
85) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2287/11, KIO 2339/11
86) Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2565/18
87) Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1553/10
88) Wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., sygn. KIO 1960/17

89) Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 96/19
90) Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11
91) Wyrok KIO z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt KIO 248/16
92) Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19
93) Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1129/19
94) Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1186/18
95) Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 554/17
96) Wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17
97) Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 88/11
98) Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1585/19
99) Wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12
100) Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1484/15
101) Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1097/14 i 1104/14
102) Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14
103) Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19
104) Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2676/15
105) Wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 413/17
106) Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 216/14
107) Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13
108) Wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO 358/19
109) Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1945/15
110) Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2433/19
111) Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1578/18
112) Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2038/16
113) Wyrok KIO z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt KIO 1670/19
114) Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1214/19
115) Wyrok KIO z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1905/19

116) Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1476/17
117) Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1342/19
118) Wyrok KIO z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1816/19
119) Uchwała KIO z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO/KD 58/15
120) Uchwała KIO z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KU 31/15
121) Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO/KU 109/11
122) Uchwała KIO z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt KIO/KD 54/11
123) Uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO/KD 98/12
124) Uchwała KIO z dnia 18 października 2016 r., sygn. akt KIO/KD 64/16
125) Uchwała KIO z dnia 12 lipca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 44/16
126) Uchwała KIO z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 25/19
127) Uchwała KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 41/17
128) Uchwała KIO z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 48/19
129) Postanowienie TK z 9 maja 2012 r., sygn. akt P 47/11
130) Postanowienie SN z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt I CZ 8/16
131) Postanowienie SN z dnia 30 sierpnia 1966 r., sygn. akt I CR 485/66
132) Postanowienie SN z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. akt III CZP 76/16
133) Postanowienie SN z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. akt IV Cz 153/11
134) Postanowienie SN z dnia 17 maja 2019 r., sygn. akt IV CSK 69/18
135) Postanowienie SN z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt II CZ 108/09
136) Postanowienie SN z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt V CZ 71/18
137) Postanowienie SN z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt V CZ 90/15
138) Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt V Ca 1209/11
139) Postanowienie SO w Warszawie z dnia 22 marca 2016 r., sygn. akt XXXIII Ga 21/16

140) Postanowienie SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 622/15
141) Postanowienie SO w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., sygn. akt IX Ca 196/05
142) Postanowienie SO w Katowicach z dnia 9 grudnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 731/13
143) Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt XII Ga 200/11
144) Postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08
145) Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2017 r., sygn. akt II Ca 1142/16
146) Postanowienie NSA w Warszawie z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt II GSK 1576/13
147) Postanowienie KIO z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W/16/20
148) Postanowienie KIO z dnia 1 września 2020 r., sygn. akt KIO/W 73/20

3. Wyroki TSUE

1) Wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, ECLI:EU:C:2018:78
2) Wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2008:20
3) Wyrok z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ECLI:EU:C:2016:634

4) Wyrok z dnia 7 kwietnia.2016 r. w sprawie C-324/14 Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, ECLI:EU:C:2016:214
5) Wyrok z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 Insinööritoimisto InsTiimi Oy, ECLI:EU:C:2012:324
6) Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2000:543
7) Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2000:541
8) Wyrok z dnia 5 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulio Radiotileorasis (C-149/08), ECLI:UE:C:2010:247
9) Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 UAB „Borta" przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija, ECLI:EU:C:2017:266
10) Wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:1989:606
11) Wyrok z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-367/89 Postępowanie karne przeciwko Aimé Richardt i Les Accessoires Scientifiques SNC, ECLI:EU:C:1991:376
12) Wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, ECLI:EU:C:2017:338

13) Wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, ECLI:EU:C:2009:338
14) Wyrok z dnia 31 marca 1971 r. w sprawie 22/70 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Radzie Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1971:32
15) Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 Fiocchi munizioni SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:T:2003:248
16) Wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:826
17) Wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529
18) Wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu, ECLI:EU:C:2005:127
19) Wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2009:664
20) Wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2010:230

21) Wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECLI:EU:C:2004:236
22) Wyrok z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie C-101/18 Idi Srl przeciwko Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo, ECLI:EU:C:2019:267
23) Wyrok z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 The Queen przeciwko Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd i Macfarlan Smith Ltd, ECLI:EU:C:1995:84
24) Wyrok z dnia 28 lutego 2019 r. w sprawie C-388/17 Konkurrensverket przeciwko SJ AB, ECLI:EU:C:2019:161
25) Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl i Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), uprzednio Instituto Nacional de la Salud (Insalud), ECLI:EU:C:2005:644
26) Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2005:652
27) Wyrok z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board i Secretary of State for Defence, ECLI:EU:C:1999:523
28) Wyrok z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie C-306/08 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Hiszpanii, ECLI:UE:C:2011:347
29) Wyrok z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA, ECLI:EU:C:2019:787
30) Wyrok z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-413/17 Roche Lietuva, ECLI:EU:C:2018:865

31) Wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianiakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis i innym, ECLI:EU:C:2008:40
32) Wyrok z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH, ECLI:EU:C:2018:855
33) Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche, ECLI:EU:C:2009:807
34) Wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki, ECLI:EU:C:2010:807
35) Wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2010:214
36) Wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2008:530
37) Wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management, ECLI:EU:C:1999:593
38) Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl, ECLI:EU:C:2016:404
39) Wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, ECLI:EU:C:2009:317

40) Wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 Meca Srl przeciwko Comune di Napoli, ECLI:EU:C:2019:507
41) Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, ECLI:EU:C:2008:351
42) Wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, ECLI:EU:C:2007:31
43) Wyrok z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Éduköviźig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI:EU:C:2012:643
44) Wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens AG Österreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, ECLI:EU:C:2004:159
45) Wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-252/01 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii, ECLI:EU:C:2003:547
46) Wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECLI:EU:C:1998:4
47) Wyrok z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie C-222/84 Marguerite Johnston przeciwko Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, ECLI:EU:C:1986:206

48) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-461/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Danii, ECLI:EU:C:2009:783
49) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-409/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Grecji, ECLI:EU:C:2009:782
50) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-387/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2009:781
51) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-372/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2009:780
52) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-294/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Szwecji, ECLI:EU:C:2009:779
53) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-284/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Finlandii, ECLI:EU:C:2009:778
54) Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-239/06 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, ECLI:EU:C:2009:784
55) Wyrok z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S., ECLI:EU:C:2017:685

56) Wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank, ECLI:EU:C:2002:660
57) Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju, ECLI:EU:C:2016:562
58) Wyrok z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgische Staat, ECLI:EU:C:1994:133
59) Wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182
60) Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, ECLI:EU:C:2012:801
61) Wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen przeciwko GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, ECLI:EU:C:2007:786
62) Wyrok z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, ECLI:EU:C:2015:166
63) Wyrok z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 VAR Srl i Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA, ECLI:EU:C:2018:568

64) Wyrok z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2000:2
65) Wyrok z dnia 11 marca 2003 r. w sprawie C-186/01 Alexander Dory przeciwko Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2003:146
66) Wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., ECLI:EU:C:2017:358
67) Wyrok z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA), ECLI:EU:C:2019:599
68) Wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-219/19 Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti i Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ECLI:EU:C:2020:470
69) Wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg, ECLI:EU:C:2009:358
70) Wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów, ECLI:EU:C:2012:284
71) Wyrok z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà Srl i Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. przeciwko Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano i Ciftat Soc. coop. arl, ECLI:EU:C:2001:259
72) Wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV, ECLI:EU:C:1998:525

73) Wyrok z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 Campus Oil Limited i inni przeciwko ministre pour l'Industrie et l'Energie i in., ECLI:EU:C:1984:256
74) Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH, ECLI:EU:C:2008:213
75) Wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2001:70

4. Strony internetowe

1) https://ec.europa.eu
2) https://ezamowienia.gov.pl
3) https://ted.europa.eu
4) https://www.uzp.gov.pl

5. Inne

1) Opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:393
2) Opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, ECLI:EU:C:2016:899
3) Opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 17 września 2020 r. w sprawie C-387/19 RTS infra BVBA

i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest, ECLI:EU:C:2020:728
4) Stanowisko Ministerstwa Finansów z dnia 10 lutego 2021 r., sygn. FG5.413.2.2021.ORB
5) Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624
6) Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, druk 1185, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1185
7) Uzasadnienie projektu rozporządzenia w sprawie ogłoszeń w BZP, https://uzp.bip.gov.pl/projekty-rozporzadzen/projekt-rozporzadzenia-ministra-rozwoju-w-sprawie-ogloszen-zamieszczanych-w-bzp.html
8) Komisja Europejska, Explanatory Note on Framework Agreements, 14.07.2005, CC/2005/03_rev1
9) Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące zamówień publicznych na innowacje, 15.5.2018, C(2018)3051 final
10) Podręcznik Oslo: Zasady i gromadzenia i interpretacji danych dotyczących innowacji, wydanie trzecie, wspólna publikacja Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju oraz Urzędu Statystycznego Wspólnot Europejskich, Warszawa 2008 (dostępny w oryginale w języku angielskim i francuskim: Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Edition Manuel d'Oslo: principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation, 3e édition, OECD/European Communities 2005), https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5889925/OSLO-EN.PDF/60a5a2f5-577a-4091-9e09-9fa9e741dcf1?version=1.0

11) BIM Standard PL. Projekt zasad przygotowania i realizacji inwestycji kubaturowych w Polsce zgodny z normą PN-EN ISO 19650 i krajowym prawem budowlanym. Wersja dokumentu nr 2.0, Warszawa, wrzesień 2020 r., https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/43449/BIM-Standard-wersja-opublikowana-2.0.pdf
12) Gids Proportionaliteit (Przewodnik po zasadzie proporcjonalności), wyd. 3, Haga, luty 2021, https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/01/bijlage-3-gids-proportionaliteit

ISBN: 978-83-88686-88-7