

**Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski,
Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski**

**ANALIZA WYROKÓW
SĄDÓW OKRĘGOWYCH
ORAZ
ANALIZA ORZECZEŃ
ZESPOŁÓW ARBITRÓW**

**WYDANYCH NA PODSTAWIE
PRZEPISÓW USTAWY
PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**



PHARE 2003/004-379.01.02.01

„Doskonalenie praktyk i mechanizmów kontrolnych
dotyczących zamówień publicznych”

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Publikacja sfinansowana ze środków Unii Europejskiej

**Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski
Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski**

**ANALIZA WYROKÓW
SĄDÓW OKRĘGOWYCH
ORAZ
ANALIZA ORZECZEŃ
ZESPOŁÓW ARBITRÓW**

**WYDANYCH NA PODSTAWIE PRZEPISÓW
USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

PHARE 2003/004-379.01.02.01
„Doskonalenie praktyk i mechanizmów kontrolnych
dotyczących zamówień publicznych”

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warszawa 2006

© Copyright – Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006

© Copyright – Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik,
Piotr Wiśniewski

Spis treści

WSTĘP	5
DZIAŁ 1.	
ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ.....	6
I. Przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej	6
1) Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej	7
2) Pojęcie „interesu prawnego”	9
3) Upoważnienie do reprezentowania strony w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu	16
II. Protest	23
1) Termin do wniesienia protestu oraz forma jego wniesienia	24
2) Zawartość protestu	31
3) Skutki wniesienia protestu	32
4) Rozstrzygnięcie protestu	35
III. Odwołanie	37
1) Instytucja arbitrażu	38
2) Termin do wniesienia odwołania	39
3) Zawartość i forma odwołania	40
4) Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed Zespołami Arbitrów	42
5) Orzeczenia zespołów arbitrów.....	44
IV. Skarga	47
1) Termin do wniesienia skargi	47
2) Forma i zawartość skargi.....	48
3) Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed Sądem Okręgowym.....	51
4) Orzeczenia Sądów Okręgowych	52
DZIAŁ 2.	
POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W ŚWIETLE PRAKTYKI ORZECZNICZEJ SĄDÓW OKRĘGOWYCH I ZESPOŁÓW ARBITRÓW	57
ROZDZIAŁ 1.	
ZASADY OGÓLNE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	57
I. Jawność udzielanych zamówień publicznych	57
II. Zasada równości w zamówieniach publicznych	66
III. Zasada uczciwej konkurencji.....	70
IV. Zasada pisemności.....	75
ROZDZIAŁ 2.	
OKREŚLANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA	79

ROZDZIAŁ 3.	
TERMINY W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	85
I. Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.....	85
II. Sposoby obliczania terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu protestacyjno- odwoławczym	86
ROZDZIAŁ 4.	
WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU	91
I. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	91
II. Oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu	110
ROZDZIAŁ 5.	
WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA	124
ROZDZIAŁ 6.	
SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA	137
I. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia	137
II. Opis przedmiotu zamówienia.....	140
1) Jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia.....	140
2) Neutralny opis przedmiotu zamówienia.....	144
III. Wyjaśnienia i modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia	147
ROZDZIAŁ 7.	
WSTĘPNE BADANIE OFERT	151
I. Złożenie oferty w terminie	152
II. Oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.....	152
III. Zabezpieczenie oferty wadium.....	152
IV. Oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów	156
ROZDZIAŁ 8.	
FORMALNA OCENA OFERT	160
I. Niezgodność oferty z ustawą	160
II. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.....	163
III. Rażąco niska cena	168
IV. Czyn nieuczciwej konkurencji	171
V. Omyłki rachunkowe oraz błąd w obliczeniu ceny	173
VI. Wyjaśnienie treści ofert oraz oczywiste omyłki pisarskie	175
ROZDZIAŁ 9.	
WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY	178
I. Kryteria oceny ofert.....	178
II. Wybór oferty	181
III. Zawarcie umowy	181
ROZDZIAŁ 10. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA	184
DZIAŁ 3. MATERIAŁY DODATKOWE.....	192
ROZDZIAŁ 1.	
ZESTAWIENIE WYBRANYCH ORZECZEŃ SĄDÓW OKRĘGOWYCH I ZESPOŁÓW ARBITRÓW WRAZ Z TEZAMI.....	192
ROZDZIAŁ 2.	
SZCZEGÓŁOWY INDEKS TEMATYCZNY ORZECZEŃ	199
BIBLIOGRAFIA	222

Wstęp

Niniejsza publikacja ma charakter jedynie zarysu najważniejszych problemów pojawiających się w toku udzielania zamówienia publicznego w świetle dotychczasowego orzecznictwa sądów okręgowych oraz zespołów arbitrów. Pierwsza część poświęcona jest ogólnej charakterystyce systemu środków ochrony prawnej, w szczególności zaś omówieniu przesłanek korzystania z poszczególnych środków (protestu, odwołania i skargi). Główny nacisk położono na omówienie praktycznych kwestii związanych z wnoszeniem tych środków, tj. ich treści, formy oraz terminów wnoszenia. Druga część jest poświęcona analizie najistotniejszych kwestii związanych z tokiem udzielania zamówienia, tj. zasad udzielenia zamówienia, ogłoszeniom, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunkom udziału w postępowaniu, czynnościom oceny ofert, w tym czynności wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, w końcu zaś kwestiom związanym z unieważnieniem postępowania.

Obie części opracowania zostały pomyślane w ten sposób, by w sposób możliwie najbardziej przystępny przedstawić Państwu problemy związane z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo sądów okręgowych i zespołów arbitrów.

DZIAŁ 1.

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

I. Przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niejednokrotnie zdarza się, że wykonawca, bądź inny podmiot uprawniony na mocy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zmuszony jest, dla obrony własnych interesów, do kwestionowania decyzji zamawiającego. Aby jednak móc uczynić to skutecznie, musi spełnić wiele wymogów, zarówno merytorycznych, jak i formalnych. Częstokroć korzystanie ze środków ochrony prawnej łączyć się będzie dla zainteresowanego wykonawcy z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, jednakże coraz częściej – jak wynika ze statystyk prowadzonych przez Urząd Zamówień Publicznych – wykonawcy decydują się na korzystanie z możliwości przysługujących im w tym zakresie, zgodnie z przepisami ustawy. Podkreślić należy, iż taka praktyka z całą pewnością musi być postrzegana jako zjawisko pozytywne, gdyż mechanizmy kontrolne, których realizacja uzależniona jest od działania samych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są z całą pewnością najbardziej skutecznymi metodami realizacji ustawowych celów zamówień publicznych, a mianowicie udzielenia zamówienia w sposób celowy, oszczędny i przejrzysty. Ustawodawca stworzył warunki dla osiągnięcia tych celów poprzez wprowadzenie w treści ustawy środków ochrony prawnej, których wykorzystanie – w większości wypadków – powierzył samym podmiotom zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Tym samym stworzone zostały ramy, w których zainteresowane podmioty mogą z tych środków korzystać jak najbardziej efektywnie, nie powodując przy tym zbytejnej przewlekłości postępowania.

Należy podkreślić, iż wszelkie przewidziane treścią ustawy środki ochrony prawnej, posiadając w zasadzie ten sam cel, tj. zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia oraz wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty, wymagają dla swej realizacji ziszczenia się pewnych podstawowych przesłanek, warunkujących możliwość korzystania z nich w toku postępowania. Przesłankami tymi są: naruszenie przez zamawiającego swoim postępowaniem przepisów ustawy, powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwości powstania uszczerbku w takim intere-

się oraz zaistnienie związku przyczynowego między wskazanym uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy (lub możliwością powstania takiego uszczerbku) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odnosnie do naruszenia przez zamawiającego swoim zachowaniem przepisów ustawy należy zauważyć, iż chodzi tu o wszystkie sytuacje, w których zamawiający poprzez swoje działanie (albo zaniechanie) narusza określone przepisy ustawy. Kwestia powstania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy zostanie szerzej omówiona poniżej, w związku z tym w tym miejscu można ograniczyć się do stwierdzenia, iż chodzi tu o obiektywne powstanie szkody w interesie prawnym wykonawcy (por. poniżej rozważania na temat rozumienia zakresu interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia). W końcu co do zaistnienia związku przyczynowego należy stwierdzić, iż pomiędzy dwiema powyżej wskazanymi kategoriami powinien występować normalny związek przyczynowo-skutkowy, co oznacza, iż uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy musi powstać w wyniku naruszenia przez zamawiającego jego obowiązków wynikających z treści przepisów ustawy.

1) Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej

Podstawowe pytanie dotyczące możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wiąże się z określeniem kręgu podmiotów legitymowanych do ich wnoszenia. Kwestie te rozstrzyga treść art. 179 ustawy, wskazując w ust. 1, iż „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

Zawarta w ustawie legalna definicja wykonawcy wskazuje, iż za wykonawcę należy uważać osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Najczęściej będą to zatem prywatni przedsiębiorcy albo spółki prawa handlowego. Jeśli chodzi o te ostatnie, to – jak wskazuje orzecznictwo Zespołu Arbitrów – ewentualne uchybienia formalne związane z rejestracją ich władz nie mają wpływu na stosunki zewnętrzne tychże spółek, a co za tym idzie, również na możliwość korzystania z przysługujących im w toku postępowania środków ochrony prawnej¹.

Nie ma również wątpliwości co do znaczenia określenia „uczestnik konkursu”, do którego odpowiednio można zastosować definicję wykonawcy z odrębnościami wynikającymi z istoty konkursu (uregulowań przewidzianych w Rozdziale I Działu III ustawy), a więc przede wszystkim będzie to podmiot, który odpowiednio ubiega się o otrzymanie przyrzeczonej nagrody, złożył wniosek o dopuszczenie do

¹ Tak: postanowienie ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-57/05.

udziału w konkursie, pracę konkursową albo otrzymał nagrodę. Jednakże odnośnie do tej kategorii podmiotów uprawnionych nowelizacja ustawy wprowadza dosyć istotne ograniczenie – środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych, co wiązać należy przede wszystkim z niewymiernym charakterem dokonywanej oceny.

Najwięcej wątpliwości budzi trzeci krąg podmiotów legitymowanych do korzystania ze środków ochrony prawnej, definiowany jako „inne osoby”. Niedookreśloność tego sformułowania powoduje poważne problemy we właściwym określeniu jego znaczenia. Jak zauważa się w literaturze przedmiotu: „Nie chodzi zatem o wszelkie osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (względnie uczestnicy konkursu), lecz tylko takie, których uprawnienie do udziału w procedurze, mające źródło w normie prawnej, zostaje bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Przykładem takiej osoby jest wykonawca, który nie został zaproszony do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia, mimo tego że złożył ofertę w unieważnionym poprzednio przetargu nieograniczonym lub ograniczonym. Ciężar dowodu na istnieniu interesu prawnego oraz powstaniu w nim uszczerbku ciąży na osobie trzeciej”².

Inną zupełnie kategorią podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej i to tylko na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie przed upływem terminu składania ofert, są organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa UZP. Uprawnienie tych podmiotów ma charakter formalnoprawny, gdyż korzystanie z ww. uprawnień nie jest uzależnione od powstania uszczerbku w ich interesie prawnym, zaś wnoszone środki służą w istocie ochronie interesów nie organizacji składającej protest, odwołanie czy skargę, ale zrzeszonych w nich potencjalnych wykonawców. Wpis organizacji na listę następuje na podstawie decyzji administracyjnej Prezesa Urzędu, publikowanej w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W końcu dla zamknięcia grona podmiotów legitymowanych do korzystania ze środków ochrony prawnej zauważyć należy, iż w zakresie skargi na orzeczenie zespołu arbitrów prócz ww. kategorii podmiotów legitymację posiadają Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz zamawiający.

Legitymację Prezesa Urzędu w zakresie możliwości wnoszenia skarg do sądu okręgowego rozpatrywać należy w kategoriach uprawnień do występowania w charakterze strony ze względu na ochronę interesu publicznego. Dlatego też do czynności Prezesa UZP w powyższym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy k. p. c.

² M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze 2005, str. 598.

o prokuratorze. Uprawnienie to dotyczy w szczególności sytuacji, w których zapadające orzeczenie ZA w sposób rażąco sprzeczne jest z przepisami prawa oraz przyjętą w podobnych sytuacjach faktycznych linią orzeczniczą. Niemniej jednak uprawnienie to jest przez Prezesa Urzędu wykorzystywane nadzwyczaj rzadko. Należy bowiem zauważyć, iż z punktu widzenia stanowiska UZP to uczestnikom postępowania w pierwszym rzędzie przysługuje prawo do ochrony naruszonych w toku postępowania interesów, działanie Prezesa Urzędu ma natomiast charakter wyjątkowy. Zwrócić też trzeba uwagę na to, iż ze względów pozamerytorycznych często zdarza się, iż z wnioskiem o wniesienie skargi na orzeczenie zespołu arbitrów zwracają się uczestnicy postępowania, którzy bądź nie chcą ponosić kosztów postępowania skargowego, bądź też którym upłynął już termin na wniesienie skargi, a którzy ze względu na dłuższy termin wniesienia skargi przez Prezesa Urzędu (21 dni od daty wydania orzeczenia, przy siedmiu dniach od daty otrzymania odpisu orzeczenia przez uczestnika postępowania) mają nadzieję na „przywrócenie” sobie w ten sposób możliwości kwestionowania niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Do złożenia skargi na wyrok Zespołu Arbitrów legitymowany jest również zamawiający. Należy zauważyć, iż uchwały Sądu Najwyższego³ wydane jeszcze przed nowelizacją Prawa zamówień publicznych wprost wskazują na możliwość wnoszenia tego środka ochrony prawnej przez zamawiającego. Jak wynika z treści uzasadnień tychże uchwał: „Zamawiający może protest oddalić lub odrzucić, na co służy odwołanie (art. 184 ust. 1 ustawy), o czym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje zamawiającego (art. 184 ust. 2 ustawy), nadając mu tym samym status przeciwnika wnoszącego odwołanie i zarazem strony w postępowaniu odwoławczym. Ustawa nie różnicuje uprawnień zamawiającego i wnoszącego odwołanie w toku postępowania odwoławczego, a wynik tego postępowania w równym stopniu dotyka każdego z nich. Stąd też przewidziane w postępowaniu odwoławczym czynności przypisane zostały nie wnoszącemu odwołanie, a «stronie» (art. 186 ust. 4, 187 ust. 3, 188 ust. 1–3). W konsekwencji skargę na wyrok Zespołu Arbitrów, podobnie jak i na postanowienie tego zespołu, może wnieść strona, czyli zarówno wnoszący odwołanie do Zespołu Arbitrów, jak i jego przeciwnik (zamawiający). Ostatecznie wątpliwości w tym względzie usuwa brzmienie art. 197 ust. 1 i 2 ustawy, który instytucję skargi także łączy z pojęciem strony”. Znowelizowana treść ustawy w przepisie art. 179 ust. 1a) w sposób jednoznaczny usunęła wątpliwości pojawiające się poprzednio w tym zakresie.

2) Pojęcie „interesu prawnego”

Jednym z najważniejszych zagadnień związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej jest pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w którym to doznanie lub możliwość doznania uszczerbku warunkuje możliwość sku-

³ Uchwały Sądu Najwyższego z 14.01.2005 r., sygn. akt III CZP 71/04 oraz z 10.03.2005 r., sygn. akt III CZP 94/04 i III CZP 100/04.

tecznego wnoszenia protestu i innych środków ochrony przewidzianych w Dziale VI ustawy. Należy podkreślić, iż zaistnienie uszczerbku w interesie prawnym protestującego, czy też samą możliwość zaistnienia takiego uszczerbku, dotychczasowe orzecznictwo oraz większość doktryny łączy z utratą możliwości ubiegania się o zamówienie (na etapie poprzedzającym złożenie oferty) bądź jego uzyskania (po otwarciu ofert)⁴. Warto również podkreślić, iż interesu prawnego nie można mylić z istnieniem interesu faktycznego, który często ma charakter subiektywny, a co za tym idzie, nie może stanowić podstawy żądania protestującego.

Takie „klasyczne” rozumienie interesu prawnego znajduje odzwierciedlenie w licznych orzeczeniach nie tylko Sądów Okręgowych, ale i Zespołów Arbitrów. Zgodnie z nimi interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą, przy czym interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty⁵.

Interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma tylko ten na którego sferę prawną może oddziaływać bezpośrednio lub pośrednio wynik danego postępowania⁶. Istnienie interesu prawnego powinno być nadto udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione⁷.

Warto również zauważyć, iż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Wobec tego niewskazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka, nie zaś, jak niekiedy błędnie kwalifikują to zamawiający, jego odrzuceniem⁸.

Podkreślić należy, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy wskazuje nie tylko na sytuację, w której następuje doznanie uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy, lecz również na sytuację, w której taki interes obiektywnie może dopiero tego uszczerbku doznać. Z sytuacją taką najczęściej będziemy mieli do czynienia przed upływem terminu do składania ofert (środki ochrony prawnej składane na czynności treści ogłoszenia, treści specyfikacji czy modyfikacji specyfikacji)⁹.

⁴ Por. wyrok SO w Warszawie z 10.04.2003 r., sygn. akt V Ca 165/03, wyrok SO w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. akt V Ca 1136/05.

⁵ Jw. oraz wyroki ZA z 18. 01.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-6/05, z 10.03.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-408/05 oraz postanowienie ZA z 14.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-429/05.

⁶ Wyrok ZA z 15.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-697/05.

⁷ Wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05.

⁸ Wyrok SO w Warszawie z 21.02.2005 r., sygn. akt V Ca 3072/04, wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005r., sygn. akt II Ca 327/05, wyroki ZA z dnia 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-6/05, z 15.04.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-697/05.

⁹ Wyrok ZA z 9.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1886/04.

Jak wskazuje orzeczenie Sądu Okręgowego dla Warszawy Pragi – wykonawca posiada interes prawny w sytuacji, gdy składa środki ochrony prawnej na warunek uniemożliwiający mu ubieganie się o dopuszczenie do przetargu¹⁰. Stanowisko takie potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Zespołu Arbitrów¹¹.

Wykonawca nie ma jednak interesu prawnego, by wymagać od zamawiającego usunięcia z SIWZ zapisu, który de facto dopuszcza do zamówienia podmioty niedziałające zgodnie z prawem¹². Należy jednak podkreślić, iż teza Sądu Okręgowego nie znalazła dotychczas szerszego oddźwięku ani w literaturze przedmiotu, ani też w orzecznictwie.

Zwrócić należy uwagę, iż w sytuacji, gdy przed upływem terminu otwarcia ofert wykonawca posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o tyle po upływie tego terminu w przypadku niezłożenia oferty, interesu takiego podmiot składający środki ochrony prawnej już nie posiada¹³. Wiąże się to w sposób oczywisty z faktem zaistnienia braku możliwości uzyskania zamówienia, gdy wykonawca nie uczestniczy już dalej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co ciekawe, podobne założenie przyjął Sąd Okręgowy w Warszawie w sytuacji, gdy wykonawca składający protest, a następnie odwołanie i skargę, ubiega się nadal o udzielenie zamówienia, jednakże nie samodzielnie, a w konsorcjum z innym wykonawcą (złożył ofertę wspólną z innym Wykonawcą). W tej sytuacji w ocenie Sądu przystąpienie do konsorcjum i złożenie oferty pod postacią konsorcjum świadczy o akceptacji warunków specyfikacji i zamiarze dostosowania się do jej wymogów nawet wtedy, gdy jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie uzyskał satysfakcjonującej go zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w toku prowadzonego postępowania protestacyjno-odwoławczego¹⁴. Podkreślić przy tym należy, iż najnowsze orzecznictwo w coraz większym stopniu zaczyna odchodzić od tego rygorystycznego stanowiska, przyjmując koncepcję „szerokiego” zakresu pojęcia interesu prawnego, o czym nieco obszerniej w dalszej części niniejszego opracowania.

Ponadto, jak wskazuje orzecznictwo Zespołu Arbitrów, odwołujący się nie ma interesu prawnego w przypadku wniesienia środka odwoławczego odnośnie do części zamówienia (w przypadku dopuszczalności w SIWZ składania ofert częściowych), na wykonanie którego odwołujący się nie złożył oferty¹⁵.

Najczęstszymi jednakże sytuacjami prowadzącymi do skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej są czynności dokonywane już po otwarciu ofert, w szczególności zaś czynności wykluczenia wykonawców, od-

¹⁰ Wyrok SO Warszawa – Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05.

¹¹ Wyroki ZA z 24.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-492/06 oraz z 9.03.2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-654/06.

¹² Wyrok SO w Lublinie z 31.05.2005 r., sygn. akt II Ca 273/05.

¹³ Wyrok SO w Siedlcach z 22.09.2005 r., sygn. akt II Ca 376/05.

¹⁴ Postanowienie SO w Warszawie z 4.10.2004 r., sygn. akt V Ca 1470/04.

¹⁵ Wyrok ZA z 15.03. 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-434/05.

rzucenia ich ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji istnienie interesu prawnego uwarunkowane będzie przede wszystkim tym, czy wykonawca nadal jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz czy składane środki ochrony prawnej zapewnią mu możliwość uzyskania zamówienia.

Istnienie interesu prawnego wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej uzależnione jest od podjęcia przez zamawiającego konkretnych czynności, do których był on zobowiązany, albo też ich zaniechania. Podkreślić trzeba, iż w przypadku zaniechania tych czynności interes prawny zostanie naruszony dopiero wówczas, jeśli dla zamawiającego upłynie już termin na dokonanie tych czynności albo też z innych dokonanych czynności wynika, że zaniechano czynności, do których dokonania zamawiający był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy. Ilustracją tego problemu może być orzeczenie Zespołu Arbitrów, w którym stwierdzono, iż jeżeli zamawiający nie zakończył jeszcze postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca, którego oferta nie została odrzucona, nie ma interesu prawnego do wnoszenia protestu na zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrżuceniu innych ofert¹⁶.

Jeżeli chodzi o dokonane przez zamawiającego czynności, to na uwagę zasługuje m.in. orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie, z którego wynika, iż wykonawca, który w terminie nie oprotestuje czynności wykluczenia go z postępowania, przestaje być jego uczestnikiem. W tej sytuacji nie ma on interesu prawnego w kwestionowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej¹⁷. To samo dotyczy sytuacji, gdy oferta wykonawcy zostanie prawomocnie odrzucona¹⁸. Interes prawny oferenta, którego dalszy udział w przetargu jest niemożliwy, nie może być oceniany bowiem przez pryzmat jego ewentualnego i niepewnego udziału w następnym przetargu¹⁹.

Brakiem spełnienia warunku możliwości uzyskania zamówienia tłumaczyć należy też brak interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej przez wykonawcę domagającego się własnego wykluczenia. Jeżeli bowiem odwołujący wskazuje na nieprawidłowe działanie zamawiającego polegające na niewykluczeniu go z postępowania o zamówienie publiczne, to wskazuje, że nie dąży w niniejszym postępowaniu do realizacji swojego interesu prawnego polegającego na uzyskaniu tego zamówienia, a jedynie do unieważnienia postępowania²⁰.

¹⁶ Wyrok ZA z 6.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-610/05.

¹⁷ Wyrok SO w Warszawie z 21.02.2005 r., sygn. akt V Ca 3072/04, wyrok SO w Warszawie z 16.08.2004 r., sygn. akt V Ca 1567/04, wyrok ZA z 28.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-536/06.

¹⁸ Wyroki ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-537/05, z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/636/05, z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-657/05 oraz z 14.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-362/06.

¹⁹ Wyrok SO w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. akt V Ca 1136/05), wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/6/05.

²⁰ Wyrok ZA z 21.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-735/05.

O braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia możemy mówić również – jak wskazuje orzecznictwo Zespołu Arbitrów – w sytuacji, gdy wykonawca zajmujący w rankingu ofert trzecie miejsce bądź nie kwestionuje prawidłowości wszystkich ofert znajdujących się przed nim w rankingu, bądź też, gdy pomimo jego zarzutów co do treści tych ofert w ocenie organu orzekającego nie potwierdzą się one²¹. W tej sytuacji jasnym wydaje się być fakt, iż protestujący (odwołujący się) wykonawca nie będzie posiadał interesu prawnego, gdyż nawet w przypadku uwzględnienia pozostałych jego zarzutów nie będzie on miał możliwości uzyskania zamówienia w ramach prowadzonego postępowania. Oczywiście jest też, iż z brakiem interesu prawnego mamy do czynienia w sytuacji, gdy protest i odwołanie zawierają żądanie odrzucenia ofert mniej korzystnych niż oferta protestującego (odwołującego się)²².

Niekiedy dochodzi do sytuacji, w której wykluczony wykonawca domaga się wykluczenia innych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert po to, by korzystając z zapisu art. 26 ust. 3 ustawy, doprowadzić do dalszego swego uczestnictwa w postępowaniu. Jednakże – co wyraźnie podkreśla treść wyroku SO w Warszawie – zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych byłoby uzależnione od odrzucenia wszystkich ofert lub wykluczenia wszystkich pozostałych uczestników postępowania. Musiałoby zatem dojść do przypuszczenia graniczącego z pewnością, iż podniesione zarzuty są na tyle uzasadnione, a oferty posiadały wady na tyle istotne, że zachodziły przesłanki do ich dyskwalifikacji. Samo podniesienie zarzutów w tym zakresie przez skarżącego stwarza jedynie czysto hipotetyczną możliwość zaistnienia stanu objętego normą zawartą w art. 26 ust. 3 ustawy. Sytuacja taka, z uwagi na swój czysto probabilistyczny charakter, nie może przemawiać za istnieniem interesu prawnego wymaganego przez art. 179 ust. 1 ustawy²³, a nawet za istnieniem legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej²⁴.

Spotkać się też można z sytuacją, gdy wykonawca kwestionuje dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nawet wtedy, gdy cena jego oferty przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (w tej sytuacji zamawiający formułują tezę, iż brak interesu prawnego wykonawcy winien być tłumaczony tym, iż w takim przypadku postępowanie zostałoby unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy). Jednakże, powtarzając za Sądem Okręgowym w Opolu, stwierdzić trzeba, że czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty,

²¹ Wyroki ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2/05 oraz z 18.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-705/05.

²² Wyrok ZA z 5.10.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1611/04.

²³ Wyrok SO w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. akt V Ca 1136/05.

²⁴ Postanowienie ZA z 22.12.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2186/04.

a więc na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty skarżący ma interes prawny w domaganiu się ochrony prawnej, unieważnienie jest bowiem dalszym etapem postępowania, od której to czynności również przysługiwałyby środki prawne w postaci protestu, odwołania oraz ewentualnie skargi²⁵.

W toku postępowania protestacyjno-odwoławczego może też dojść do sytuacji, w której zamawiający, pomimo oddalenia protestu, dokonuje czynności tożsamych z żądaniami protestu. W tej sytuacji wykonawca nie ma interesu prawnego w popieraniu odwołania dotyczącego czynności, która została uchylona przez zamawiającego lub która została skonsumowana przez kolejną, choćby tożsamą w treści, czynność zamawiającego²⁶. Warto jednak zauważyć, iż w przypadku gdy odwołanie złożone przez wykonawcę nie zostanie w całości uwzględnione (część zarzutów odwołania nie zostanie uwzględniona przez Zespół Arbitrów), wykonawca będzie miał interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w nieuwzględnionym zakresie. W szczególności dotyczy to sytuacji, w których nieuwzględnione zarzuty prowadzą do konieczności uwzględnienia żądań dalej idących niż uwzględnione przez Zespół Arbitrów²⁷.

W końcu wskazać też trzeba, iż kwestia interesu prawnego może być uzależniona od stanu oraz rodzaju i wartości postępowania. Ma to miejsce w sytuacji, gdy wykonawcy wnoszą skargi na wyroki ZA w postępowaniach, w których rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego nie ma charakteru ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (postępowania o wartościach poniżej progów wskazanych w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. b) ustawy). Zdaniem Sądów Okręgowych w takich przypadkach skarga jest bezprzedmiotowa i, w efekcie, po stronie skarżącego brak jest interesu prawnego i praktycznego we wnoszeniu skargi, w sytuacji, gdy zamawiający zawarł już umowę w sprawie zamówienia publicznego, która została już wykonana²⁸. Stanowisko to dodatkowo zostało potwierdzone uchwałą Sądu Najwyższego²⁹, zgodnie z którą: „Zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana”.

Zauważyć przy tym należy, iż tradycyjne podejście do kwestii istnienia interesu prawnego oraz zaistnienia w nim uszczerbku jest w coraz większym stopniu kwestionowane, w szczególności w literaturze przedmiotu, która wskazuje, iż dotychczasowe rozumienie tego pojęcia w doktrynie i orzecznictwie jest

²⁵ Wyrok SO w Opolu z 8.11.2005 r., sygn. akt II Ca 752/05.

²⁶ Wyrok SO w Warszawie z 6.09.2004 r., sygn. akt V Ca 1846/04.

²⁷ Wyrok SO w Opolu z 8.11.2005 r., sygn. akt II Ca 752/05.

²⁸ Wyrok SO w Zielonej Górze z 04.08.2005 r., sygn. akt II Ca 291/05.

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z 14.10.2005 r., sygn. akt III CZP 73/05.

sprzeczne z treścią Dyrektyw³⁰. Zgodnie bowiem z tymi przepisami środki odwoławcze powinny przysługiwać każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Zgodnie z tymi poglądami³¹ interes prawny przysługiwałby również co najmniej wykonawcom skutecznie wykluczonym, wykonawcom, których oferty zostały skutecznie odrzucone oraz wykonawcom, którzy posiadając interes w uzyskaniu zamówienia, nie mogli uczestniczyć w postępowaniu wskutek nieprawidłowości w działaniach zamawiającego. Inną koncepcją jest również stanowisko, zgodnie z którym jedyną przesłanką dla uzyskania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej w stosunku do wykonawców i uczestników konkursu miałyby być naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, a tylko w odniesieniu do „innych podmiotów” konieczne byłoby wykazanie istnienia interesu prawnego³².

Nowe podejście do kwestii interesu prawnego (a jednocześnie do kwestii legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej) ma również odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych. Jak wynika bowiem z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu: „Nie sposób także uznać, że protest i odwołanie były oczywiście bezzasadne i podlegały odrzuceniu bądź oddaleniu. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie jest oczywiste w świetle tego przepisu, że wykonawca, którego ofertę odrzucono, traci automatycznie status wykonawcy i pozbawiony jest możliwości składania protestów i odwołań, jeśli nie zakwestionuje skutecznie rozstrzygnięcia odrzucającego jego ofertę. Możliwy jest do przyjęcia pogląd przeciwny, że wykonawcom, którzy złożyli ofertę, przysługują środki ochrony prawnej bez względu na fakt odrzucenia ich oferty i to bez konieczności wykazania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia³³”.

³⁰ Dyrektywa Rady nr 89/655/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane oraz dyrektywa Rady nr 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

³¹ Por. P. Wierzbicki „Trzeba zmienić przepisy”, Prawo Zamówień Publicznych, nr 1 z 2005 r., podobnie K. Brodaczewski „Interes prawny”, Przetargi publiczne, nr 3 z 2006 r.

³² Por. P. Wiśniewski, K. Mikoda: „Trzeba inaczej czytać przepisy”, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2 z 2005 r. oraz Wyrok SO w Poznaniu z 26.08.2005 r. sygn. akt II Ca 1398/05.

³³ Postanowienie SO w Poznaniu z 26.08.2005 r. sygn. akt II Ca 1398/05.

3) Upoważnienie do reprezentowania strony w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu

Jednym z najbardziej istotnych warunków dotyczących skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej (który nierzadko powoduje, pomimo nawet najlepszych intencji i argumentów wskazywanych przez wykonawców dla obrony słuszności zajmowanego stanowiska, brak merytorycznego orzeczenia właściwego organu) jest odpowiedni sposób reprezentacji wykonawcy w toku postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu. Ważny przy tym jest również fakt, iż odpowiednia reprezentacja dotyczy wszystkich wnoszonych środków odwoławczych. Zauważyć należy, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają prawo składania środków ochrony prawnej poprzez osoby upoważnione do ich reprezentowania wobec osób trzecich. Istotne znaczenie w kontekście przez nas omawianym ma zatem odpowiedź na pytanie, kto jest uprawniony do reprezentowania wykonawcy, ale również jaki jest ewentualny zakres umocowania tych osób do podejmowania czynności związanych z koniecznością składania protestów, odwołań i skarg. W związku z tym, iż zazwyczaj w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystawiane jest pełnomocnictwo upoważniające osobę umocowaną do podejmowania czynności dotyczących wszystkich środków ochrony prawnej, przeto kwestie związane z pełnomocnictwami zostaną omówione w niniejszej części łącznie dla wszystkich środków ochrony prawnej.

Na początku należy stwierdzić, iż dotychczasowe bogate orzecznictwo zarówno Sądów Okręgowych, jak i Zespołu Arbitrów wykształciło pewnego rodzaju wzorce, zgodnie z którymi należy dokonywać ewentualnej weryfikacji prawidłowości udzielonych pełnomocnictw. W szczególności trzeba zauważyć, iż co do zasady przyjmuje się, że czynności dotyczące zamówienia publicznego polegające na wnoszeniu środków ochrony prawnej są czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu. Do ich dokonania, zgodnie z art. 98 k. c., konieczne jest co najmniej pełnomocnictwo rodzajowe³⁴. To samo dotyczy udziału pełnomocników w posiedzeniach i rozprawach przed Zespołami Arbitrów, gdyż czynności podejmowane przed ZA mają szczególny charakter, wymagają specjalnych kompetencji, dlatego umocowanie do ich podejmowania winno czynić zadość warunkom wymaganym dla pełnomocnictw rodzajowych, o ściśle określonym zakresie umocowania³⁵.

Bardzo częstym uchybieniem, skutkującym oczywiście odrzuceniem odwołania, jest brak umocowania pełnomocnika wynikający z niewłaściwej reprezentacji przy udzielaniu pełnomocnictw. Warto zwrócić uwagę, iż podpisanie pełnomoc-

³⁴ Wyrok SO w Warszawie z 13.12.2002 r., sygn. akt V Ca 1820/02), postanowienie SO w Legnicy z 3.11.2004 r., sygn. akt II Ca 570/04, postanowienia ZA z 29.06.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-948/04, z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-531/05 oraz z 7.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-293/06. Odmienne: postanowienie SO w Białymstoku z 24.05.2005 r., sygn. akt II Ca 239/05.

³⁵ Wyrok SO w Łomży z 26.08.2004 r., sygn. akt I Ca 155/04.

nictwa w sposób sprzeczny ze sposobem reprezentacji wynikającym z KRS powoduje zawsze brak właściwego umocowania pełnomocnika. Najczęstsze tego rodzaju błędy wynikają bądź z podpisywania pełnomocnictw jednoosobowo, gdy reprezentacja podmiotu wynikająca z KRS jest reprezentacją łączną, albo też gdy podpisujące pełnomocnictwo osoby nie są legitymowane w imieniu wykonawcy do udzielania pełnomocnictw³⁶. Częstym uchybieniem jest również ustanawianie pełnomocnikiem jednego z członków zarządu spółki prawa handlowego i to w sytuacji, gdy pełnomocnictwo to podpisuje przyszły pełnomocnik jako członek zarządu spółki. W ocenie dotychczasowego orzecznictwa takie działanie, jako sprzeczne z art. 205 k. s. h., jest nieważne, po myśli art. 58 § 1 k. c.³⁷

Odnosnie do osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy będącego spółką prawa handlowego istotne znaczenie ma również określenie możliwości udzielania prawa do reprezentacji spółki przez ustanowionego prokurenta. Zgodnie z rozważaniami poczynionymi w tej kwestii przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu art. 205 § 3 k. s. h. w pewnym stopniu daje priorytet prokurze jednoosobowej, gdy jest ustanowiona reprezentacja łączna w spółce. Wówczas to zarząd musi respektować reguły reprezentacji łącznej, natomiast prokurent może wystąpić samodzielnie. Ustanowieni prokurenci jednoosobowi nie niweczą zasady reprezentacji łącznej przez członków zarządu. Dlatego, jeżeli ustanowiona jest reprezentacja łączna członków zarządu czy też zarządu z prokurentem, to w każdym przypadku prokurent, gdy ma prokurę samoistną, może reprezentować spółkę samodzielnie³⁸. Dodatkowo, jak stwierdza w jednym ze swoich orzeczeń Zespół Arbitrów, wewnętrzne uchybienia związane z rejestracją władz spółki nie mają wpływu na stosunki zewnętrzne tejże spółki, co powoduje, że protest i odwołanie w takiej sytuacji wnosi osoba posiadająca stosowną legitymację prawną³⁹.

Ciekawym orzeczeniem w kwestii legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej przez aplikantów działających z substytucji jest postanowienie SO w Legnicy. W stanie faktycznym sprawy pełnomocnictwo substytucyjne udzielone zostało przez radcę prawnego aplikantowi radcowskiemu do zastępowania go w sprawie postępowania odwoławczego przed UZP w Warszawie. Art. 351 ustawy o radcach prawnych stanowi, że po upływie sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądami rejonowymi i organami administracji pierwszej instancji. Po dwóch latach aplikacji aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed innymi sądami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Do postępowania odwoławczego od oddalenia lub odrzucenia protestu stosuje się

³⁶ Por. np. postanowienia ZA z 29.06.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-957/04, z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-96/05, z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-108/05.

³⁷ Wyrok ZA z 7.06.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1632/06.

³⁸ Postanowienie SO we Wrocławiu z 2.12.2005 r., sygn. akt II Ca 1049/05.

³⁹ Wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-103/05.

przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (art. 184 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Z powyższego wynika zatem, że aplikant radcowski może jedynie zastępować radcę prawnego przed sądem, natomiast nie ma uprawnień do „prowadzenia postępowania odwoławczego”, co obejmowałoby również upoważnienie do sporządzenia środków odwoławczych. W konsekwencji uznać należało, że substytut radcy prawnego – aplikant radcowski – miał upoważnienie do reprezentowania odwołującego przed ZA, ale nie był osobą uprawnioną do sporządzenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego⁴⁰.

Oczywistym jest chyba także, iż nieprawidłowa reprezentacja może również zachodzić w odniesieniu do zamawiającego, w szczególności w odniesieniu do skargi. Tytułem przykładu można wskazać problem, przed którym stanął Sąd Okręgowy w Warszawie. Zgodnie z opisem stanu faktycznego sprawy osobą upoważnioną do składania oświadczeń w imieniu zamawiającego, w tym złożenia skargi, był Prezydent m. st. Warszawy. Zastępca Prezydenta, upoważniający osobę wnoszącą skargę, może podejmować konkretne działania w imieniu skarżącego jedynie w oparciu o stosowne upoważnienie udzielone przez Prezydenta i jedynie w jego zakresie (art. 33 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym). Złożone przez skarżącego oświadczenie Prezydenta m. st. Warszawy z 1.04.2005 r. nie jest dokumentem wystarczającym dla wykazania umocowania dla osoby, która podpisała skargę. Nie stanowi bowiem wypełnienia przesłanek z omawianego wyżej przepisu prawa i tym samym nie może wywołać skutków w postaci uzupełnienia braków formalnych skargi⁴¹.

Niezależnie od kwestii prawidłowości samego umocowania pełnomocnika należy oceniać zakres jego pełnomocnictwa. Oczywiście najbardziej pożądanym pełnomocnictwem jest pełnomocnictwo zawierające wyszczególnienie czynności, do których umocowany jest pełnomocnik. W praktyce nie zawsze jednak tego typu pełnomocnictwa funkcjonują. Kwestię sporną stanowią pełnomocnictwa określające jego zakres w sposób bardziej ogólny. Często zdarza się, że pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do „zastępowania spółki w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego przed Zespołem Arbitrów” albo też do „zastępowania wykonawcy w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego”. Część orzecznictwa Zespołu Arbitrów w tym zakresie opowiada się za niedopuszczalnością wnoszenia odwołań w oparciu o tak sformułowane pełnomocnictwa, podkreślając, iż zgodnie z art. 92 Kodeksu postępowania cywilnego zakres umocowania do dokonywania poszczególnych czynności ocenia się zgodnie z treścią pełnomocnictwa i przepisami prawa cywilnego⁴². Przeciwnie stanowisko prezentuje orzecznictwo

⁴⁰ Postanowienie SO w Legnicy z 3.11.2004 r., sygn. akt II Ca 570/04.

⁴¹ Postanowienie SO w Warszawie z 8.08.2005 r., sygn. akt V Ca 683/05.

⁴² Tak m.in. postanowienia ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-512/05, z 5.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-566/05 oraz z 7.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-618/05.

Sądu Okręgowego w Warszawie, zgodnie z którym pełnomocnictwo do podejmowania wszelkich czynności w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia spełnia wymogi pełnomocnictwa rodzajowego, bowiem wskazuje – choć szeroko – rodzaj czynności, a występowanie ze środkami odwoławczymi jest jednym z elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴³.

Od upoważnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej należy odróżnić możliwość ich popierania przed właściwymi organami (Zespołem Arbitrów oraz Sądem Okręgowym). O ile nie budzi żadnych kontrowersji kwestia upoważnienia do występowania przed sądem, o tyle często kwestionowane są pełnomocnictwa błędnie formułujące możliwość reprezentowania wykonawcy przez pełnomocnika w toku posiedzenia i rozprawy przed Zespołem Arbitrów. Ugruntowany w tej mierze pogląd wskazuje, iż pełnomocnictwa zawierające możliwość działania pełnomocnika przed organami administracji publicznej i sądami nie upoważniają pełnomocnika do uczestnictwa w postępowaniu przed ZA. Dlatego też pełnomocnictwo do występowania przed ZA powinno wyraźnie zawierać umocowanie do występowania przed ZA⁴⁴.

Krótkiego omówienia wymaga też problem związany z ewentualną możliwością uzupełniania pełnomocnictw. Pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli o charakterze materialnoprawnym. Tym samym niedopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictwa „z mocą wsteczną”, które miałyby upoważniać pełnomocnika do dokonania czynności, która nie mieściła się w zakresie jego dotychczasowego umocowania, a której dokonał. W związku z powyższym złożenie środka odwoławczego przez osobę nieuprawnioną nie może być konwalidowane przez uzupełnienie pełnomocnictwa z mocą wsteczną. Takie zachowanie nadal stanowi przesłankę do odrzucenia środka odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy⁴⁵.

Inna nieco sytuacja rysuje się nam wtedy, gdy pełnomocnictwo zostało wprawdzie udzielone, ale nie zostało doręczone razem z wnoszonym środkiem ochrony prawnej. Jak wskazuje w takim przypadku Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, czym innym jest bowiem brak legitymacji czynnej do wniesienia środka odwoławczego, a czym innym brak pełnomocnictwa udzielonego pełnomocnikowi przez podmiot uprawniony. Niedopełnienie obowiązku złożenia wraz ze środkiem odwoławczym pełnomocnictwa nie skutkuje odrzuceniem środka odwoławczego. W myśl bowiem przepisu art.

⁴³ Wyrok SO w Warszawie z 27.01.2003 r., sygn. akt V Ca 30/03 oraz z 8.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1403/05. Podobnie: wyrok ZA z 1.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-968/04, z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05 oraz z 8.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-310/06.

⁴⁴ Wyrok ZA z 22.12.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2185/04, postanowienie ZA z 19.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-398/05 oraz postanowienie ZA z 7.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3089/05.

⁴⁵ Postanowienie ZA z 7.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1014/04, z 12.08.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1253/04, z 30.12.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2266/04 oraz z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-599/05.

187 ust. 4 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Zespół Arbitrów odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast brak jest przeszkód, by brak formalny środka odwoławczego, polegający na nieprzedłożeniu pełnomocnictwa, nie mógł być uzupełniony w toku postępowania odwoławczego. W tym zakresie bowiem w myśl art. 184 ust. 3 ustawy znajduje zastosowanie przepis k. p. c. o sędzie polubownym⁴⁶. Przeciwnie stanowisko w tym względzie prezentuje dotychczasowe orzecznictwo Zespołów Arbitrów, zgodnie z którym w przypadku wnoszenia protestów i odwołań konieczne jest ich wniesienie razem z pełnomocnictwem dla osoby, która je podpisała⁴⁷.

Odrębnego omówienia wymagają kwestie związane z pełnomocnictwami udzielanymi przez wykonawców występujących wspólnie (art. 23 ustawy). Oczywiście rzeczą w tym właśnie przypadku jest chyba dla wszystkich, iż pełnomocnictwo dla pełnomocnika konsorcjum (ustanawianego zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy) musi zostać udzielone przez wszystkich członków konsorcjum. Jak wskazuje w swoim orzeczeniu Sąd Okręgowy w Gliwicach – zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy wykonawcą jest jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej i to temu wykonawcy, działającemu w sposób opisany w art. 23 ust. 2, służą środki ochrony prawnej, w tym skarga do sądu. W sprawie odwołanie w związku z nierozpoznanieniem protestu złożyło konsorcjum, ono także zostało wskazane jako strona w postępowaniu przed ZA oraz w zaskarżonym postanowieniu. Skarga o uchylenie postanowienia została natomiast wniesiona jedynie przez jednego z wykonawców, którzy ubiegali się wspólnie o udzielenie zamówienia oraz wnieśli odwołanie, a zatem nie przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 i art. 23 ustawy⁴⁸.

Należy przy tym zauważyć, że pełnomocnictwo udzielone przez jednego uczestnika konsorcjum drugiemu uczestnikowi konsorcjum, z którego treści wynika upoważnienie do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest pełnomocnictwem ogólnym. Do wniesienia odwołania w imieniu uczestników konsorcjum niezbędne jest natomiast udzielenie pełnomocnictwa rodzajowego (art. 98 KC)⁴⁹, które powinno określać rodzaj czynności prawnych, których pełnomocnik może dokonać. Nie wystarczy natomiast podanie przedmiotu objętego umocowaniem. Tym samym pełnomocnictwo upoważniające pełnomocnika do „podpisywania w imieniu konsorcjum oferty przetargowej, brania na siebie odpowiedzialności, podejmowania zobowiązań, a także do podpisania umowy na realizację zadania w razie wygrania przetargu” nie upoważnia pełnomocnika do wnoszenia środków ochrony prawnej⁵⁰.

⁴⁶ Wyrok SO w Bydgoszczy z 23.11.2005 r., sygn. akt II Ca 586/05.

⁴⁷ Postanowienia ZA z 8.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1029/04 oraz z 7.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3089/05.

⁴⁸ Postanowienie SO w Gliwicach z 24.11.2004 r., sygn. akt X Ga 220/04.

⁴⁹ Wyrok ZA z 18.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-471/05.

⁵⁰ Postanowienie ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-527/05.

Dodać należy, iż jeżeli w umowie konsorcjum brak jest pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum „do wnoszenia środków odwoławczych”, to protest lub też odwołanie złożone przez lidera konsorcjum należy uznać za wniesione przez podmiot nieuprawniony⁵¹.

W kwestii zakresu pełnomocnictwa odmienne nieco stanowisko formułuje orzecznictwo Sądów Okręgowych. Przykładowo, w ocenie SO pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego obejmuje umocowanie do wnoszenia środków ochrony prawnej – protestów, odwołań i skarg. Wniosek taki należy wyprowadzić z następujących przesłanek: Prawo zamówień publicznych w sposób kompleksowy reguluje postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, łącznie ze środkami ochrony prawnej. Fakt, iż z systematyki ustawy wynika, że postępowanie o udzielenie publicznego uregulowane jest w dziale II, a środki ochrony prawnej w dziale VI, nie świadczy bynajmniej o tym, że czym innym jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a czym innym korzystanie ze środków ochrony prawnej – przeciwnie, to właśnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaistnieć sytuacje uzasadniające skorzystanie przez uczestnika przetargu ze środków ochrony prawnej. Tak więc, skoro postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może wiązać się też z koniecznością korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przez ustawę, to pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w braku odmiennych uregulowań (np. wyłączających umocowanie do wnoszenia środków ochrony prawnej), obejmuje też umocowanie do składania protestów, odwołań i skarg⁵².

Podobnie Sąd Okręgowy w Krakowie w jednym ze swych orzeczeń stwierdza m.in.: „w pełnomocnictwie dopuszczono możliwość składania niezbędnych oświadczeń wymaganych przez SIWZ oraz przepisy polskiego prawa”. To uprawnienie nie może być interpretowane w oderwaniu od pozostałej treści umowy konsorcjum oraz jej celu, jakim był przecież udział w analizowanym postępowaniu przetargowym oraz realizacja ostatecznie zawartej w jego wyniku umowy. Takie sformułowanie umowy upoważniało więc jednego z członków konsorcjum do składania wszystkich oświadczeń koniecznych do pozytywnego dla konsorcjum rozstrzygnięcia przetargu, w tym również złożenia protestu⁵³.

Interesujące z punktu widzenia zagadnień proceduralnych jest orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczące rozważań na temat pełnomocnictw udzielanych pełnomocnikom procesowym reprezentującym konsorcjum przed sądami przez lidera konsorcjum. Jak wynika z tego orzeczenia: „Należy podzielić pogląd zaprezentowany w skardze, że z umowy konsorcjum (...) poza upoważnieniem reprezentanta lidera konsorcjum do wykonywania w ich imieniu szeregu czynności

⁵¹ Wyrok ZA z 07.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-626/05, przeciwko wyrok ZA z 23.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-488/06.

⁵² Postanowienie SO w Białymstoku z 24.05.2005 r., sygn. akt II Ca 239/05.

⁵³ Wyrok SO w Warszawie z dnia 5.10.2004 r., sygn. akt V Ca 1881/04.

o charakterze procesowym wynika również upoważnienie go do ochrony interesów członków konsorcjum w toczącym się postępowaniu przetargowym. Jednak tego rodzaju upoważnienie nie było pełnomocnictwem procesowym, o jakim jest mowa w art. 86 k. p. c., które z mocy samego prawa obejmuje umocowanie do udzielania dalszego pełnomocnictwa procesowego adwokatowi lub radcy prawnemu na podstawie art. 91 pkt 3 k. p. c. Zgodnie bowiem z treścią art. 87 k. p. c. pełnomocnictwo procesowe uregulowane przepisami kodeksu postępowania cywilnego może być udzielone wyłącznie ściśle określonej osobie. Pan (...) nie był osobą fizyczną wymienioną w art. 87 § 1 k. p. c., której można udzielić pełnomocnictwa procesowego. Wobec faktu, że przepisy procesowe są przepisami o charakterze «ius cogens», nie może ich treść być zmieniana porozumieniem stron. Wobec powyższego – gdyby przyjmować nawet najbardziej korzystną dla strony skarżącej interpretację porozumienia o ustanowieniu konsorcjum w postaci udzielenia pełnomocnictwa procesowego – to z uwagi na ustanowienie pełnomocnikiem osoby spoza kręgu osób wymienionych w tym przepisie pełnomocnictwo takie było bezskuteczne. Sąd nie podzielił przy tym argumentacji zawartej w skardze, że pełnomocnictwo dla spółki (...) wynikało z faktu bycia uczestnikiem sporu, która to okoliczność uzasadnia udzielenie pełnomocnictwa procesowego. Należy bowiem zauważyć, że w chwili zawierania porozumienia o utworzeniu konsorcjum podmioty je tworzące nie prowadziły żadnego postępowania sądowego, w którym występowałyby w charakterze stron. Nie zachodziła zatem sytuacja wymagana przez przepis art. 87 § 1 k. p. c., który uzależnia skuteczność udzielenia pełnomocnictwa na tej podstawie od faktu rzeczywistego istnienia w chwili udzielenia pełnomocnictwa sporu, w którym mocodawca i jego pełnomocnik występują w charakterze stron. Nie można było zatem, powołując się na art. 91 pkt 3 k. p. c., ustanowić dalszego pełnomocnika, który w jej imieniu podejmowałby czynności procesowe w postępowaniu przetargowym. Nie doszło zatem do naruszenia przez ZA art. 91 k. p. c., który nie mógł być zastosowany w sprawie. Prawo procesowe nie przewiduje możliwości potwierdzania czynności procesowych dokonywanych przez osobę niebędącą pełnomocnikiem, a tym samym wykluczone jest posłużenie się w tym zakresie konstrukcją czynności niezupełnych (negotium claudicans) przewidzianych przez przepis art. 103 k. c.”⁵⁴.

Od konstrukcji konsorcjum należy odróżnić kwestie związane z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców działających w formie spółki cywilnej. Pomimo iż spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej, ani nawet statusu przedsiębiorcy, gdyż oparta jest na stosunku zobowiązaniowym łączącym wspólników, to jednak ma ona charakter trwałej formy organizacyjnej, wynikający choćby z wniesienia wkładów (art. 860 § 1 k. c.) i powstania wspólnego majątku wspólników (art. 863 § 1 k. c.). Cecha ta odróżnia spółkę cywilną od konsorcjum, które może zostać zawiązane tylko w celu złożenia oferty w konkretnym przetargu, pozyskania zamówienia publicznego i jego wykonania, po czym ulega rozwiązaniu.

⁵⁴ Wyrok SO w Warszawie z 15.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1540/05.

Konsorcjum jest więc bytem czasowym, powołanym na okres warunkowany podjęciem poszczególnych czynności związanych z pozyskaniem zamówienia, a następnie wykonaniem umowy zawartej w wyniku wygrania przetargu. Oferta wspólników spółki cywilnej nie jest ofertą wspólną odrębnych podmiotów, lecz ofertą wspólników spółki cywilnej – trwałego bytu organizacyjnego, którego reprezentacja została określona w umowie spółki, w oparciu o regulacje przewidziane w kodeksie cywilnym (art. 865 i 866 k. c.). Wspólnicy spółki cywilnej nie muszą przedstawiać osobnego dokumentu zawierającego pełnomocnictwo, gdyż uprawnienie do reprezentowania spółki przysługujące każdemu ze wspólników wynika już z samej umowy spółki cywilnej. Należy w tym miejscu zauważyć, że źródła uprawnienia do reprezentacji spółki cywilnej, jakie przysługuje każdemu ze wspólników tej spółki w braku odmiennych postanowień w umowie należy upatrywać nie w instytucji pełnomocnictwa, lecz przedstawicielstwa ustawowego. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 13 października 2000 r. w sprawie II CKN 298/00 (LEX nr 52570), stwierdzając, iż „każdy wspólnik spółki cywilnej jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw (art. 866 k. c.). Umocowanie to opiera się na przepisie ustawy, a więc mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, a nie pełnomocnictwem (art. 96 k. c.). W miejsce zatem regulacji wynikającej z art. 107 k. c. ma zastosowanie art. 865 k. c.”⁵⁵

W kontekście postanowień art. 866 w zw. z art. 865 § 1 i 2, a nawet § 3 k. c., nie może bowiem ulegać wątpliwości, że każdy ze wspólników spółki cywilnej jest umocowany do jej reprezentowania w takiej sprawie, jak złożenie protestu dotyczącego procedur związanych z przetargiem na wykonanie zamówienia publicznego, w którym spółka cywilna wzięła udział, składając ofertę podpisaną przez wszystkich wspólników. Złożenie protestu w sprawie dotyczącej takiego przetargu należy bowiem uznać za prowadzenie sprawy nieprzekraczającej zakresu zwykłych czynności spółki, co oznacza, że w takiej sprawie umocowanym do reprezentowania spółki jest każdy z jej wspólników, tym bardziej że konieczność złożenia protestu w sprawie zamówień publicznych można również zakwalifikować jako wykonanie czynności nagłej, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty⁵⁶. Niekiedy jednak można spotkać się z koncepcją, zgodnie z którą do spółki cywilnej należy odpowiednio stosować przepisy dotyczące konsorcjum, a co za tym idzie, konieczne jest udzielenie pełnomocnictwa jednemu ze wspólników⁵⁷.

II. Protest

Pierwszym ze środków ochrony prawnej wnoszonym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest protest. Zgodnie z przepisem art. 180 ustawy protest wnosi się wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podję-

⁵⁵ Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

⁵⁶ Wyrok ZA z 9.01.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2241/03.

⁵⁷ Wyrok ZA z 8.03.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-632/06.

tych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Protest wnosi się do zamawiającego. W chwili obecnej protest przysługuje we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, bez względu na wartość zamówienia⁵⁸ i we wszystkich trybach określonych w treści ustawy⁵⁹. Postępowanie protestacyjne rozpoczyna się z chwilą wniesienia protestu, kończy je zaś rozstrzygnięcie protestu dokonywane przez zamawiającego albo w sposób faktyczny, albo dorozumiany, zgodnie z treścią art. 183 ust. 3 ustawy.

1) Termin do wniesienia protestu oraz forma jego wniesienia

Protest, jak wspomniano wyżej, jest środkiem ochrony wnoszonym bezpośrednio do zamawiającego w terminach określonych przepisami ustawy. Ostatnia jej nowelizacja wprowadziła nowe regulacje w zakresie terminów do wniesienia protestu. Podkreślić należy, iż termin do wniesienia protestu ma charakter terminu zawitego, a co za tym idzie, uchybienie mu skutkuje niemożnością jego przywrócenia. Upływ terminu do wniesienia protestu pozbawia wykonawcę skutecznego podniesienia zarzutów wobec czynności zamawiającego⁶⁰. W chwili obecnej terminy te są następujące:

- **siedem dni** od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, przy czym protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią (art. 180 ust. 2 ustawy).

Termin siedmiodniowy jest terminem standardowym, funkcjonującym w systemie zamówień publicznych odnośnie do wniesienia protestu od początku istnienia systemu zamówień publicznych. Nie budzi w zasadzie wątpliwości, iż określenie oznaczające początek biegu tego terminu, a mianowicie: „powzięto lub można było powziąć wiadomość”, odnosi się do okoliczności faktycznych, w których do adresata (wykonawcy) dociera informacja od zamawiającego o dokonaniu czynności, która stanowić będzie podstawę do wniesienia protestu albo też o dokonaniu innych czynności, z których wynika zaniechanie przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy. Do czynności takich należeć może, w zakresie pierwszej grupy czynności, np. informacja o dokonaniu odrzucenia oferty wykonawcy, do drugiej zaś grupy informacja o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania. Sposób liczenia siedmiodniowego terminu, tak jak i innych terminów określonych w przepisach ustawy, jest zgodny ze sposobem ich liczenia wynikającym z przepisów kodeksu cywilnego (art. 111 § 1 i 2 oraz 115 k. c. w zw.

⁵⁸ Oczywiście chodzi tu o wszystkie zamówienia podlegające rygorowi ustawy, tj. o wartości szacunkowej przekraczającej równowartość 6000 euro.

⁵⁹ Ograniczenie w tym zakresie zostało wprowadzone treścią art. 179 ust. 1b) ustawy odnośnie do konkursu.

⁶⁰ Postanowienie ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-88/05.

z art. 14 ustawy), a zatem przy obliczaniu tego terminu do jego biegu nie wlicza się dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach skutkujących wniesieniem protestu, zaś w przypadku gdy upływ terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego. Co istotne dla wykonawców z praktycznego punktu widzenia **sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy** zgodnie z treścią obowiązujących przepisów prawa⁶¹.

Siedmiodniowy termin na wniesienie protestu otwiera bieg od daty zawiadomienia uczestnika o odrzuceniu jego oferty i o wyborze oferty innego wykonawcy co jest równoznaczne z uzyskaniem przez niego możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu⁶². Termin do wniesienia protestu należy liczyć w przypadku protestów dotyczących zaniechania czynności wykluczenia wykonawców albo też odrzucenia ich ofert dopiero od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, dopiero bowiem ta czynność zamawiającego w sposób jednoznaczny wskazuje, iż wszystkie czynności, które poprzedzały wybór oferty najkorzystniejszej, zostały już w ocenie zamawiającego dokonane. Wniesienie protestu wcześniej (np. po otwarciu ofert, ale przed otrzymaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej) należy uznać za przedwczesne⁶³. Co więcej – zdaniem ZA – ponowna ocena ofert powinna być dokonana jednocześnie w stosunku do wszystkich ofert, a nie tylko oferty odwołującego się i zakończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej. W przeciwnym razie odwołujący się traci bowiem prawo do składania środków ochrony prawnej dotyczącej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty⁶⁴.

Protest na zaniechanie zamawiającego polegające na braku powiadomienia wykonawcy o treści i zarzutach zawartych w protestach innych wykonawców może być wniesiony w terminie liczonym od dnia zawiadomienia wykonawcy o protestach⁶⁵.

- w sytuacji, gdy protest dotyczy treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się go w terminie:
 - 1) **siedmiu dni** od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego Urzędu – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

⁶¹ Por. przepisy ustawy z 18.01.1951 r., o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 z późn. zm.) oraz dodatkowo postanowienie Sądu Njwyższego z 28.11.1997 r., sygn. akt I CZ 144/97, OSNC 1998 z. 6 poz. 85 oraz postanowienie ZA z 30.06.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/-950/04.

⁶² Postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 29.11.2005r. sygn. akt II Ca 616/05.

⁶³ Wyroki ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-610/05 oraz z 16.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-446/05.

⁶⁴ Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-558/05.

⁶⁵ Jw.

- 2) **14 dni** od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 180 ust. 3 ustawy).

Termin na wniesienie protestu na treść ogłoszenia we wszystkich trybach, w których konieczne jest opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu, albo też dotyczących treści specyfikacji w trybie przetargu nieograniczonego został uzależniony od szacunkowej wartości zamówienia. Dla postępowań, w których ogłoszenie winno być publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, termin ten wynosi 14 dni, dla ogłoszeń publikowanych w BZP – siedmiu dni. Warto również wspomnieć, iż terminy te odnoszą się też do protestów na postanowienia SIWZ w trybie przetargu nieograniczonego, co może w pewnych sytuacjach prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której po upływie terminów określonych powyżej zamawiający dokonuje modyfikacji treści specyfikacji. W tej sytuacji – w opinii autora – konieczne będzie, dla wniesienia protestu, odniesienie się (pomimo ograniczenia stosowania w tym wypadku treści art. 180 ust. 2 zdanie pierwsze) do tego właśnie przepisu. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż ust. 3 dotyczy tylko treści „pierwotnych” postanowień SIWZ, natomiast ewentualna ich modyfikacja ma charakter następnej czynności zamawiającego, która jako taka może być oprotestowana przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Nierzadko istnieją jednak trudności interpretacyjne w kwestii uznania, czy wyjaśnienia treści specyfikacji mają charakter modyfikacji SIWZ, czy też nie, gdyż od tego będzie zależało określenie początku terminu, od którego należy liczyć termin do wniesienia protestu. W jednym ze swych orzeczeń Zespół Arbitrów wskazał, iż w przypadku złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ w przypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do jej treści termin na wniesienie protestu winien być liczony od momentu otrzymania wyjaśnień, nie zaś od chwili pobrania SIWZ od zamawiającego⁶⁶. Jeżeli jednak treść argumentów przytaczanych przez wykonawcę na poparcie wnoszonych środków odwoławczych nie pozostawia wątpliwości, że co najmniej mógł on powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu już w dniu zapoznania się z treścią SIWZ, termin do wniesienia protestu winien być liczony od chwili opublikowania ogłoszenia. W sytuacji, gdy postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia, termin ten powinien być liczony od chwili otrzymania wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach⁶⁷.

Powaznym problemem jest również odpowiedź na pytanie, czy w przypadku dokonania modyfikacji treści SIWZ w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego np. na siedem dni przed otwarciem ofert wykonawca

⁶⁶ Wyrok ZA z dnia 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-547/05, podobnie postanowienie ZA z 8.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1869/05 oraz wyrok ZA z 10.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1907/04.

⁶⁷ Wyrok SO w Warszawie z 27.10.2004 r., sygn. akt V Ca 1920/04.

jest ograniczony co do terminu złożenia protestu jedynie terminem siedmiodniowym wynikającym z treści ust. 2, czy też obligują go inne terminy, np. terminy określone w treści art. 180 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy. Podkreślić należy, że istnieją argumenty przemawiające za każdą z tych koncepcji. Za przyjęciem interpretacji dopuszczającej wniesienie protestu nawet w dniu otwarcia ofert przemawia wykładnia prowszpólnotowa oraz literalne brzmienie przepisów ust. 2 i 3, z których nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie terminowe w powyżej opisanej sytuacji, odnoszące się jedynie do treści ust. 4 (a więc niedotyczące trybu przetargu nieograniczonego). Za drugą koncepcją przemawia wykładnia celowościowa całości brzmienia art. 180, z której wynika, iż ratio legis unormowań w tym zakresie było jednak ograniczenie terminu, w którym dopuszczalne jest oprotestowanie zapisów specyfikacji (nawet jej modyfikacji) w ten sposób, by możliwe było zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania, co znajdowało dotychczas oparcie w przepisach ustawy sprzed nowelizacji⁶⁸.

W związku z brakiem obowiązku pobierania treści specyfikacji u zamawiającego, niekiedy zdarza się, iż uczestnikami postępowania stają się podmioty, które wchodzi w posiadanie informacji dotyczących jej treści w odmienny sposób (np. otrzymują SIWZ od innych wykonawców). W tej sytuacji dla tych podmiotów ewentualny termin na wniesienie protestu na postanowienia specyfikacji będzie liczony od chwili jej otrzymania od innego podmiotu, nawet wówczas, gdy później wykonawca ten odbierze SIWZ od zamawiającego⁶⁹.

- w sytuacji, gdy postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie **siedmiu dni** od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie później niż:
 - 1) **trzy dni przed upływem terminu składania ofert** – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
 - 2) **sześć dni przed upływem terminu składania ofert** – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 180 ust. 4 ustawy).

Termin na wniesienie protestu na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku innych trybów udzielenia zamówienia wynosi siedem dni od dnia doręczenia SIWZ. Termin ten jest jednak ograniczony w zależności od wartości zamówienia w ten sposób, iż niedopuszczalne jest jego wniesienie później niż trzy lub sześć dni przed upływem terminu składania ofert. Skutkiem tego jest oczywiście ewentualne skrócenie terminu do wniesienia protestu w tej sytuacji, tak by nie przekroczyć terminów określonych powyżej.

⁶⁸ Przepis art. 180 ust. 3 ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji nie różnicował tego ograniczenia w zależności od trybu postępowania o udzielenie zamówienia.

⁶⁹ Postanowienie ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-549/05.

Zdarza się niekiedy, iż w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego, w którym kwestionowane są czynności zamawiającego dotyczące czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej de facto dochodzi do zakwestionowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sposób jednoznaczny stwierdzić w takiej sytuacji należy, iż termin na wniesienie protestu dotyczącego treści SIWZ w takich sytuacjach już dawno upłynął, wobec czego samowolne interpretowanie zapisów SIWZ przez wykonawców po upływie terminu do składania ofert jest niedopuszczalne⁷⁰.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 6 ustawy termin do wniesienia protestu został ograniczony w jeszcze jeden sposób. Na mocy tego przepisu niedopuszczalne jest bowiem wniesienie protestu po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym kontekście istotne znaczenie ma przepis art. 94 ust. 1 ustawy stanowiący, iż zawarcie umowy może nastąpić w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zamawiającemu zawiadomienia o wyborze oferty. Wykładnia gramatyczna tego przepisu nakazuje uznać, iż bieg owego terminu rozpoczyna się od dnia w którym przekazanie nastąpiło w taki sposób, że wykonawca mógł zapoznać się z jego treścią. W sytuacji, gdy termin określony w art. 94 ust. 1 ustawy nie został przez zamawiającego dotrzymany, w przypadku potwierdzenia się merytorycznych zarzutów wykonawcy ewentualny protest albo odwołanie winno zostać uwzględnione⁷¹.

Przeciwnie stanowisko w tym względzie⁷² sprowadza się do stwierdzenia, iż nawet w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 94 ust. 1 ustawy, albo też w przypadku braku świadomości zamawiającego o kontynuacji przez wykonawcę drogi odwoławczej (np. ze względu na niepoinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania), Zespół Arbitrów nie ma uprawnienia do kwestionowania ważności zawartej umowy, co prowadzi do oddalenia odwołania.

Warto zauważyć, iż w dotychczasowym orzecznictwie termin do wniesienia protestu w sposób ścisły wiąże się z jego formą. Treść art. 180 ust. 1 sprzed nowelizacji wskazywał bowiem, iż protest wnosi się w formie pisemnej. Zgodnie z poglądami części doktryny zapis ten oznaczał, iż termin do wniesienia protestu był dotrzymany tylko i wyłącznie wówczas, gdy pismo zawierające treść protestu zostało doręczone zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia⁷³. Za taką interpretacją przemawiać miał fakt, iż regulacja ta została wprowadzona tylko i wyłącznie w stosunku do protestu, a nadto, iż niemożliwym jest przyjęcie rozwiązania, według którego, w zależności od wartości przedmiotu zamówienia, do protestu miałyby zastosowanie odmienne regulacje prawne

⁷⁰ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-18/05.

⁷¹ Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-112/05.

⁷² Wyrok ZA z 20.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1060/04.

⁷³ Por. W. Łysakowski, „Środki ochrony prawnej. Poradnik”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r., str. 25.

(zawarte w art. 27 i 28 ustawy). Należy podkreślić, iż stanowisko to sprzeczne było w swej treści z treścią uchwały podjętej w tej kwestii jeszcze na mocy poprzedniej ustawy przez Sąd Najwyższy⁷⁴.

Na tle tego poglądu doszło do poważnych rozbieżności również w orzecznictwie.

Za purystycznym stanowiskiem domagającym się uznania protestu wnoszonego np. faksem za niespełniający wymagań ustawowych, a co za tym idzie, za przyjęciem konieczności odrzucenia takiego protestu nawet wtedy, gdy zostanie on potwierdzony pismem niezwłocznie (ale już po upływie ustawowego terminu), opowiadała się część doktryny, na czele z W. Łysakowskim, oraz orzecznictwa. W uzasadnieniu tych orzeczeń podkreślano niedopuszczalność odpowiedniego zastosowania przepisów art. 27 i 28 ustawy⁷⁵.

Tym niemniej jednak większość dotychczasowego orzecznictwa stanęła na stanowisku przeciwnym, zgodnie z którym dopuszczalne jest (czyli zapewniające dochowanie terminu złożenia protestu) wniesienie protestu w formie innej niż pisemna (np. w postaci faksu lub drogą elektroniczną). W orzeczeniach tych podkreśla się przede wszystkim, iż przepisy ustawy kładą nacisk nie na moment dojścia do zamawiającego oryginału pisma z protestem, lecz na możliwość zapoznania się z treścią protestu. Protest jest oświadczeniem o charakterze materialnoprawnym, do którego należy stosować reguły Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli (art. 61 k. c.), a skutki tych oświadczeń występują z chwilą, gdy adresat mógł zapoznać się z ich treścią⁷⁶. Równocześnie złożenie oryginału pisma z protestem w urzędzie pocztowym oraz nadanie tego pisma faksem w ostatnim dniu terminu powoduje, że zamawiający ma możliwość zapoznania się z jego treścią. W związku z tym, iż termin do wniesienia protestu jest krótki, przy czym, co warto podkreślić, ma charakter terminu zawitego – a zatem niepodlegającego przywróceniu w razie jego uchybienia – wniesienie protestu w formie np. faksu i potwierdzenie go następnym pismem jest wystarczające do zachowania terminu⁷⁷.

Należy wskazać, iż w sytuacji, gdy przyjmiemy dopuszczalność wniesienia protestu w formie faksu (co po nowelizacji treści art. 180 ust. 1 ustawy wydaje się przesądzone), będzie to w praktyce rodziło kolejne problemy związane z terminem jego wniesienia. Po pierwsze trzeba zauważyć, iż protest jest wniesiony w terminie, jeżeli dotrze on do zamawiającego w taki sposób, by mógł on zapoznać się z jego treścią. Wobec powyższego istotne jest, aby faks zawierający treść protestu został doręczony zamawiającemu (najlepiej zaś, by fakt otrzymania go przez zamawiającego był jeszcze przez niego potwierdzony) w godzinach jego urzędowania albo w godzinach wyznaczonych do tego w treści SIWZ. Doręczenie faksu

⁷⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 11.04.2003 r., sygn. akt III CZP 3/03.

⁷⁵ Tak: wyrok SO w Poznaniu z 21.10.2005 r., sygn. akt II Ca 1199/05, wyrok SO w Koninie z 20.01.2006 r., sygn. akt I Ca 610/05 oraz wyroki ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05), z 25.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1052/05 oraz z 13.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1273/05.

⁷⁶ Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-54/05, Wyrok ZA z 20.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-56/05, postanowienie ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-57/05.

⁷⁷ Wyrok SO w Koszalinie z 25.11.2005 r., sygn. akt VII Ca 825/05.

z protestem po godzinach pracy zamawiającego nie może być uznane za jego doręczenie w przewidzianym terminie⁷⁸. Protest nadany faksem należy bowiem uznać za wniesiony z chwilą określoną przez – upoważnionego przez zamawiającego – pracownika i adnotacji o wpływie pisma do zamawiającego⁷⁹. Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach, na skarżącym spoczywa obowiązek wykazania, że protest nadany faksem wpłynął do zamawiającego w godzinach jego urzędowania wskazanych w SIWZ, w sytuacji, gdy jego wpływ do zamawiającego nie został potwierdzony przez upoważnionego pracownika. Nie można podzielić poglądu, że godziny pracy zamawiającego odpowiadają całej dobie, a zatem godzinom pracy całego dyżurującego personelu medycznego. Personel medyczny dyżurujący w szpitalu po godzinach pracy zamawiającego wskazanych w SIWZ nie był upoważniony do odbioru protestu nadanego faksem⁸⁰.

Pogląd ten nie jest jednak powszechnie przyjęty. Odmiennie stanowisko zajął SO w Warszawie⁸¹. Odnosnie do protestu złożonego za pośrednictwem faksu wskazał, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego termin określony w dniach (a takim właśnie jest termin do wniesienia protestu) kończy się z upływem ostatniego dnia terminu. Zamawiający nie może skutecznie skrócić tego terminu np. poprzez wskazanie ograniczonych godzin pracy biura uprawnionego do korespondencji w imieniu zamawiającego.

Istotne znaczenie ma również to, czy w przypadku złożenia treści protestu za pomocą faksu treść protestu będzie czytelna. W tym kontekście trzeba jednak zaznaczyć, iż jeżeli wykonawca będzie posiadał dowód nadania faksu do zamawiającego, to kwestia związana z udowodnieniem, iż dotarł on w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z jego treścią będzie obciążała zamawiającego. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, zastosowanie art. 6 k. c. daje podstawę do przyjęcia, iż w sytuacji, gdy protest został dostarczony w sposób przewidziany prawem, to jest m.in. drogą faksową, to zamawiający winien wykazać, iż nie mógł zapoznać się z jego treścią, bo z tego faktu (nieczytelności dokumentu) wywodzi korzystny dla siebie skutek w postaci odrzucenia protestu. Obciążanie wykonawcy obowiązkiem udowodnienia, w jakim stanie przesyłka dotarła do adresata, jest stawianiem stronie wymagania w istocie niewykonalnego. Osoba składająca oświadczenie woli za pomocą faksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, iż powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego oraz odebrane przez aparat odbiorczy. Uzyskanie tego wydruku stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Ciężar obalenia tego domniemania ciąży na odbiorcy oświadczenia⁸².

⁷⁸ Postanowienie ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-86/05.

⁷⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 29.01.2003 r., sygn. akt I CZ 192/02, OSNC 2004/4/64.

⁸⁰ Postanowienie SO w Kielcach z 10.10.2005 r., sygn. akt II Ca 809/05.

⁸¹ Wyrok SO w Warszawie z 21.10.2005 r., sygn. akt V Ca 1768/05.

⁸² Postanowienie SO we Wrocławiu z 21.12.2005 r., sygn. akt: II Ca 680/05.

2) Zawartość protestu

Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 8 ustawy protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Zauważyć zatem należy, iż protest stanowi pierwszy ze środków ochrony prawnej będący instrumentem służącym do kwestionowania czynności dokonywanych przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wychodząc z tego założenia, warto przypomnieć, iż w przypadku wątpliwości zamawiającego co do tego, czy otrzymane przez niego pismo jest protestem, czy też nie (najczęściej sytuacja ta ma miejsce wtedy, gdy pismo to nie zostało nazwane „protestem”), decydujące znaczenie ma jego treść, a nie forma. Jak wskazuje w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Okręgowy w Poznaniu należy się zgodzić, iż nie jest wymogiem formalnym protestu, aby jego oznaczenie było prawidłowe, tj. aby zawierał on w nagłówku słowo „protest”. Brak oznaczenia lub oznaczenie błędne nie może zatem skutkować przyjęciem, iż pismo zawierające wskazanie oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu takim protestem nie jest. Nie może też mieć decydującego znaczenia okoliczność, że protest niewłaściwie wskazuje adresata, tym bardziej że w niniejszej sprawie szereg korespondencji związanej z przetargiem kierowany był błędnie do burmistrza W., a nie do gminy W., z czego zamawiający nie wyprowadzał wniosku, iż korespondencja ta nie jest związana z przedmiotowym przetargiem⁸³. Jeżeli zatem w takiej sytuacji zamawiający w odpowiedzi na ww. pismo oświadczy, że nie zgadza się z zawartymi tam twierdzeniami, stanowi to rozstrzygnięcie protestu i tym samym od tego momentu otrzymania tego pisma biegnie termin do wniesienia odwołania⁸⁴.

Sporne natomiast są zasady zachowania zamawiającego, który otrzyma protest niespełniający wymagań określonych w przepisie art. 180 ust. 8 ustawy. Dotychczasowe orzecznictwo w tym temacie jest zróżnicowane. Jedno ze spornych stanowisk sprowadza się do tego, iż brak w ustawie prawnych konsekwencji co do uchybienia wymaganiom określonym obecnie w art. 180 ust. 8 ustawy powoduje konieczność traktowania go mimo wszystko tak samo, jakby został on złożony z zachowaniem wszystkich wymagań ustawowych w tej materii⁸⁵. Natomiast drugie z zajmowanych stanowisk wskazuje, iż pismo stanowiące protest w rozumieniu przepisów ustawy musi zawierać wszystkie elementy wymienione obecnie w art. 180 ust. 8 ustawy. Jeżeli zatem z analizy pisma wykonawcy wynika, iż nie spełnia ono wymogów protestu, niezależnie od tego,

⁸³ Wyrok SO w Poznaniu z 8.11.2005 r., sygn. akt II Ca 1425/05.

⁸⁴ Postanowienie ZA z 14.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-666/05.

⁸⁵ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-13/05.

iż nie zostało ono jako protest oznaczone, to należy przyjąć, że nie mamy do czynienia z protestem⁸⁶. Najczęstszym przykładem będzie tu pismo wykonawcy zawierające wskazanie oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz zarzuty wykonawcy w zakresie tych czynności bez wskazania żądania, które dotyczyłoby tejeż zaskarżonej czynności. W tej sytuacji wniesienie odwołania od nieuwzględnienia takiego protestu będzie skutkowało odrzuceniem odwołania⁸⁷.

Różnorodność sytuacji warunkujących konieczność wnoszenia protestu skutkuje niemożnością jednoznacznego określenia, jak powinien wyglądać poprawnie napisany protest, gdyż każdorazowo jego skuteczność uwarunkowana zostanie tym, jakich czynności zamawiającego będzie on dotyczył oraz okoliczności faktycznych, w jakich dojdzie do jego wniesienia. Niemniej jednak z pewnością można wskazać, iż oprócz elementów wskazanych w treści art. 180 ust. 8 ustawy warto w treści protestu wskazać również okoliczności przemawiające za istnieniem interesu prawnego wykonawcy w jego wniesieniu, zachowanie terminu do wniesienia protestu oraz krótkie uzasadnienie słuszności stawianych zarzutów.

3) Skutki wniesienia protestu

Najistotniejszym skutkiem dla losów postępowania wynikającym z faktu wniesienia protestu jest zawieszenie terminu związania ofertą, w przypadku jeżeli protest został złożony po upływie terminu składania ofert. Oznacza to w istocie, że z chwilą złożenia protestu termin związania ofertą określony w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wynoszący odpowiednio 30, 60 albo 90 dni, w zależności od wartości zamówienia – a wynikający z art. 85 ust. 1 ustawy przestaje biec do chwili jego ostatecznego rozstrzygnięcia, za które zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 ustawy, uznaje się:

- jeżeli nie przysługuje odwołanie – wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
- jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania;
- w przypadku wniesienia odwołania:
 - z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Zespołu Arbitrówalbo
 - z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro.

⁸⁶ Wyrok ZA z 28.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3092/05.

⁸⁷ Postanowienie SO we Wrocławiu z 21.12.2005 r., sygn. akt II Ca 680/05.

Po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu termin związania ofertą nie biegnie na nowo, ale kontynuuje swój bieg. Kwestią najbardziej skomplikowaną w tym kontekście jest określenie, czy daty graniczne, tj. data wniesienia protestu oraz data jego ostatecznego rozstrzygnięcia, należy uwzględnić przy obliczaniu biegu terminu związania ofertą. Zdaniem autora w tej sytuacji dzień, w którym wniesiono protest do zamawiającego, winien być wliczany do terminu związania ofertą, natomiast dzień ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie. Dla przykładu: jeżeli protest wniesiono w dniu 1 września (stanowiącym 25 dzień terminu związania ofertą), natomiast ostatecznie rozstrzygnięto go w dniu 20 września, to do obliczenia terminu związania ofertą należy wliczyć dzień 1 września jako 25 dzień związania ofertą, natomiast 26 dniem związania ofertą będzie dzień 21 września. Wiąże się to z tym, iż zgodnie z przepisem art. 111 ust. 2 k. c. dnia dokonania czynności nie wlicza się do biegu terminu.

O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty. Ponadto musi on w dowolnym czasie, nie później jednak niż na siedmiu dni przed upływem ważności wadium, wezwać wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W sposób oczywisty powstaje więc trudność z dochowaniem tego obowiązku przez zamawiającego, któremu przecież trudno jest przewidzieć realny termin ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, szczególnie w postępowaniach o dużej wartości. Często zatem zdarza się, że obowiązek ten zamawiający przrzucają na wykonawców, wzywając ich do przedłużenia ważności wadium bez podania konkretnego terminu. W tym wypadku ryzyko nieprzedłużenia ważności wadium na niezbędny okres będzie obciążało wykonawcę. Istotne jest również określenie skutku niedotrzymania przez zamawiającego obowiązku wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium. Wydaje się, iż w tym przypadku, jeżeli skutkiem niedopełnienia tego obowiązku przez zamawiającego byłaby konieczność wykluczenia wykonawcy, którego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, będzie to powodowało konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Dyskusyjne jest natomiast uprawnienie zamawiającego do żądania potwierdzenia wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą w dowolnym, wyznaczonym przez niego terminie⁸⁸.

Wniesienie protestu łączy się również z innym jeszcze obowiązkiem zamawiającego, a mianowicie niezwłocznego przekazania kopii wniesionego protestu wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo też, gdy protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczenia jej również na stronie interneto-

⁸⁸ Por. wyrok ZA z 2.08.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1166/04.

wej, na której jest udostępniana specyfikacja oraz jednoczesnego wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Podkreślić należy, iż z tym obowiązkiem zamawiającego koresponduje ściśle uprawnienie innych wykonawców polegające na przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Uczestnikami postępowania protestacyjnego staną się zatem również wykonawcy, którzy:

- w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania,
- do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy, jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego wykonawca winien wskazać stronę, do której przystępuje, swój interes prawny w przystąpieniu do toczącego się postępowania oraz określić żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Podkreślić należy, iż w przypadku przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie jest konieczne popieranie go w całości. Przykładowo, w przypadku wniesienia protestu dotyczącego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przez wykonawcę sklasyfikowanego na trzecim miejscu, możliwe jest przystąpienie do postępowania protestacyjnego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy sklasyfikowanego na miejscu drugim, pomimo iż część zarzutów oraz żądań protestu jest skierowana przeciwko jego ofercie. W takim przypadku wykonawca ma możliwość przystąpienia jedynie do zarzutów dotyczących oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Czynność przystąpienia do postępowania protestacyjnego w ocenie autora ma charakter czynności samoistnej (de facto jest to wniesienie protestu o treści tożsamej z protestem już wniesionym, oczywiście w zakresie zarzutów, do których wykonawca się przyłącza) i polegającej na powtórzeniu zarzutów podniesionych w treści protestu złożonego przez innego wykonawcę⁸⁹. Na taką interpretację wskazuje bowiem dotychczasowe orzecznictwo Zespołu Arbitrów, zgodnie z którym przyłączenie się do protestu innego wykonawcy nie zmienia faktu, że jest to nadal protest wniesiony przez danego wykonawcę, a więc powinien być wniesiony z zachowaniem siedmiodniowego terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy. Poprzez przyłączenie się do postępowania protestacyjnego wykonawca nie może obejść ww. przepisu i w ten sposób doprowadzić do konwalidacji terminu, któremu wcześniej uchybił⁹⁰. Dodatkowo Zespół Arbitrów stwierdził, iż zarówno wykonawcy, który wniósł protest, jak i wykonawcy, który się do niego przyłączył, w tym samym momencie zaczyna biec termin do wniesienia odwołania, pomimo iż wykonawca, który się do protestu przyłączył, informację o jego rozstrzygnięciu otrzymał później⁹¹.

⁸⁹ Por. M. Sarnowski: „Przystąpienie do protestu”, Prawo Zamówień Publicznych, nr 1 z 2005 r.

⁹⁰ Wyrok ZA z 30.09.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1592/05.

⁹¹ Postanowienie ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-47/05.

Nowym obowiązkiem wynikającym ze znowelizowanych przepisów ustawy przy zgłoszeniu przystąpienia jest konieczność jednoczesnego przekazania jego kopii wykonawcy wnoszącemu protest. Należy zauważyć, iż z faktem wezwania wykonawców przez zamawiającego do przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu wiążą się istotne ograniczenia dla tych z nich, którzy z prawa tego nie skorzystają. Zgodnie bowiem z treścią art. 181 ust. 6 ustawy wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Ponadto wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. O ile to drugie unormowanie można uznać za utrwalone już w systemie polskich zamówień publicznych, o tyle pierwsze z nich jest zupełną nowością. Istotą tego przepisu jest konieczność ograniczenia możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy dotyczą one tych samych czynności zamawiającego i skumulowaniu ich w jednym postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia protestu. Ma to zapewnić realizację postulatu szybkości postępowania i ograniczyć sytuacje, w których w jednym postępowaniu różni wykonawcy oceniając te same okoliczności faktyczne, wyciągają z nich zgoła różne wnioski, co często powodowało serię postępowań odwoławczych np. na okoliczność konieczności odrzucenia oferty najkorzystniejszej, co w przypadku uwzględnienia takiego odwołania skutkowało kolejnym odwołaniem wnoszonym przez wykonawcę, którego oferta w ten sposób została odrzucona. Co istotne, zdarzało się nieraz, iż w tych samych okolicznościach faktycznych zapadały również zupełnie odmienne orzeczenia Zespołu Arbitrów – wprowadzenie nowej regulacji w tym zakresie ma zapewnić uniknięcie takich sytuacji w przyszłości.

4) Rozstrzygnięcie protestu

Czynność rozstrzygnięcia protestu w istocie polega na merytorycznym rozpoznaniu treści żądań protestu bądź na odmowie jego merytorycznego rozstrzygnięcia w przypadku zaistnienia braków formalnych. W związku z powyższym rozstrzygnięcie protestu może przybrać charakter oddalenia protestu albo jego uwzględnienia w przypadku merytorycznego rozstrzygnięcia o żądaniu protestu, ewentualnie jego odrzucenia w przypadku zaistnienia formalnoprawnych przesłanek określonych w przepisie art. 180 ust. 7 ustawy. Zarówno w przypadku uwzględnienia, jak i oddalenia wniesionego protestu zamawiający powinien wskazać uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanego rozstrzygnięcia. Oddalając protest, zamawiający zobligowany jest do wykazania bezzasadności przytoczonych zarzutów, a co za tym idzie – również żądań protestującego.

Zamawiający musi zamieścić w informacji o rodzaju rozstrzygnięcia pouczenie o sposobie i terminie wniesienia odwołania oraz równocześnie przekazać rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem protestującemu oraz wykonawcom,

k którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Jeśli zaś protest ten dotyczył treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – do zamieszczenia go również na stronie internetowej, na której udostępniona została specyfikacja. Należy zauważyć, iż uwzględniając protest, zamawiający zobowiązany został mocą przepisu art. 183 ust. 5 ustawy do powtórzenia oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej:

- niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie żądania,
- po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

O dokonaniu tych czynności, albo też ich powtórzeniu, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców.

Z treści przywołanych zapisów wynika również, iż zamawiający może uwzględnić tylko niektóre z żądań protestującego, przy założeniu oczywiście, że jest ich więcej niż jedno. Takie stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie Sądu Okręgowego⁹². Zdaniem Zespołu Arbitrów uznanie protestu w części jest w istocie oddaleniem go w całości⁹³. W tej sytuacji, w zakresie nieuwzględnionych żądań, protestującemu (albo wykonawcy, który przystąpił do postępowania toczącego się w związku z wniesieniem protestu) przysługuje prawo wniesienia odwołania. Jednakże wydaje się przy tym zasadne, aby przy merytorycznym rozstrzygnięciu treści protestu zamawiający, przy braku wyraźnych uregulowań ustawowych w tym zakresie, stosował zasady rozstrzygnięcia wynikające z treści art. 191 ust. 1 ustawy, tj. wniesiony protest bądź oddalił, bądź też uwzględnił (co do zasady). Co do treści poszczególnych żądań i zarzutów winien on ustosunkować się jedynie w treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu⁹⁴.

Zamawiający – zgodnie z przepisem art. 183 ust. 1 ustawy – rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące:

- treści ogłoszenia,
 - postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę,
 - wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego
- w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu.

⁹² Wyrok SO w Bydgoszczy z 1.06.2005 r., sygn. akt II Ca 139/05.

⁹³ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-25/05.

⁹⁴ Podobnie W. Łysakowski, „Środki ochrony prawnej”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r., str. 32.

Inne protesty zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia.

Dodatkowo stwierdzić należy, iż w przypadku gdyby zamawiający w przewidzianym prawem terminie nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, takie jego zachowanie należy zakwalifikować jako oddalenie protestu. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż obecnie obowiązujące przepisy w zakresie rozstrzygnięcia protestów prowadzą do kumulacji, w miarę możliwości, ewentualnych odwołań od tych rozstrzygnięć zamawiającego, jeśli nawet nie w jednym postępowaniu odwoławczym, to przynajmniej w jednym okresie.

Rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.

III. Odwołanie

Odwołanie jest drugim ze środków ochrony prawnej wykonawcom niezadowolonym ze sposobu rozstrzygnięcia przez zamawiającego wcześniej wniesionego protestu. Przysługuje ono od rozstrzygnięcia protestu, a zatem zarówno od oddalenia, odrzucenia, jak i jego uwzględnienia, z tym jednak zastrzeżeniem, iż bierzemy pod uwagę jedynie postępowania o szacunkowej wartości przekraczającej 60 000 euro. W postępowaniach poniżej tego progu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej została ograniczona jedynie do protestu. O sposobie jego wniesienia, treści, sposobie rozstrzygnięcia oraz organizacji organu do tego celu właściwego decydują nie tylko przepisy ustawy lecz również szeregu rozporządzeń, a w szczególności:

- rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 24 maja 2006 r. Nr 87, poz. 603),
- rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów (Dz. U. z 24 maja 2006 r. Nr 87, poz. 607),
- rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. z 24 maja 2006 r. Nr 87, poz. 608),
- rozporządzenia Rady Ministrów z 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu. (Dz. U. z 1 maja 2004 r. Nr 98, poz. 997).

1) Instytucja arbitrażu

Zgodnie z przepisami ustawy organem rozpoznającym odwołania wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa UZP z listy arbitrów. Zauważyć zatem należy, iż arbitrem może być osoba, która spełnia warunki określone w art. 173 ust. 1 ustawy oraz z najlepszym wynikiem zdała egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień. Nabór na listę prowadzony jest raz na trzy lata. Lista jest podzielona na trzy grupy:

- przewodniczących (radcowie prawni, adwokaci),
- prawo, administracja, zarządzanie,
- pozostali.

Wyznaczenie arbitrów do rozpoznania konkretnego odwołania następuje w drodze jawnego losowania komputerowego. W przypadku istnienia przeszkód uniemożliwiających arbitrowi stawiennictwo w wyznaczonym terminie Prezes Urzędu wyznacza innego arbitra – również w drodze losowania, z tym zastrzeżeniem, że arbiter dołosowany musi być z tej samej grupy, co arbiter poprzednio wyznaczony. Dołosowanie następuje również w przypadku zaistnienia okoliczności faktycznych mogących budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności arbitra – w tym zakresie rozstrzyga Prezes UZP w drodze postanowienia, na które nie przysługuje zażalenie.

Wszystkie czynności związane z obsługą posiedzeń Zespołu Arbitrów zapewnia Urząd, w szczególności zaś zapewnia on wykonywanie czynności protokołanta, salę rozpraw, pomieszczenie na archiwum oraz wykonywanie innych czynności niezbędnych do sprawnego przeprowadzenia posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie jest rozpatrywane, gdy odwołujący się uściwi wpis od odwołania, przy czym jego wysokość określa stosowne rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów. Jeżeli wpis nie zostanie wniesiony, Prezes Urzędu zwraca odwołanie, rozstrzygając w tej materii w drodze postanowienia. Uiszczenie wpisu musi nastąpić najpóźniej w dniu złożenia odwołania, nie zaś w terminie do złożenia odwołania⁹⁵.

Zespół Arbitrów rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od daty jego doręczenia Prezesowi UZP, z tym że w chwili obecnej Prezes Urzędu ma prawo zarządzić łączne rozpoznanie przez Zespół Arbitrów odwołań, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą tych samych czynności zamawiającego. Należy podkreślić, iż rozwiązanie to ma przyczynić się do uniknięcia częstej dotychczas sytuacji wydawania w toku prowadzonego postępowania kilku, czasami sprzecznych ze sobą, wyroków. Koncentracja postępowania odwoławczego ma więc na celu przede wszystkim

⁹⁵ Postanowienie ZA z 15.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-439/05.

zapewnienie jednoczesnego rozpoznania wszystkich zarzutów dotyczących danej czynności albo zaniechania zamawiającego, a przy tym prowadzi do przyspieszenia rozpoznawania wnoszonych odwołań oraz obniżenia kosztów postępowania odwoławczego.

Koszty związane ze stawiennictwem na rozprawie przewodniczącego oraz członków Zespołu Arbitrów oraz ich wynagrodzenie za wykonywane czynności wliczane są do kosztów postępowania odwoławczego, przy czym ich wysokość reguluje odpowiednie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów.

2) Termin do wniesienia odwołania

Na mocy przepisu art. 184 ust. 2 ustawy odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie pięciu dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu. W związku z tym, iż termin do wniesienia odwołania ma charakter terminu zawitego, jego niedochowanie wiąże się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia odwołania, bez możliwości jego merytorycznego rozpoznania. Toteż istotne w kontekście obliczenia terminu do wniesienia odwołania jest ustalenie daty, od której należy liczyć termin do wniesienia odwołania. Oczywiście nie budzi wątpliwości sytuacja, w której doręczenie rozstrzygnięcia protestu następuje w przewidzianym prawem terminie. W tej sytuacji bieg pięciodniowego terminu liczy się od dnia następnego po doręczeniu rozstrzygnięcia protestu. Gorzej wygląda sytuacja, kiedy protest nie został przez zamawiającego rozstrzygnięty w sposób wyraźny – w tym momencie bieg terminu do wniesienia odwołania rozpoczyna się od dnia następnego po upływie 10-dniowego terminu na rozstrzygnięcie protestu. W tym wypadku jednak protestujący pozostaje w stanie niepewności co do tego, czy rzeczywiście rozstrzygnięcie protestu nastąpiło (a tylko nie zostało mu doręczone, np. z winy poczty), czy też powinien on uznać, iż nie nastąpiło i zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy uznać, że został on oddalony.

W końcu najbardziej skomplikowana sytuacja – protest został przez zamawiającego rozstrzygnięty w terminie, natomiast doręczono go protestującemu już po upływie terminu przewidzianego na jego rozstrzygnięcie. W takiej sytuacji dotychczasowe orzecznictwo Zespołu Arbitrów stało na jednoznacznym raczej stanowisku, że w takim przypadku wykonawca może wnieść odwołanie wyłącznie od braku rozstrzygnięcia protestu z zachowaniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 ustawy⁹⁶.

⁹⁶ Postanowienia ZA z 12.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1028/04, z 30.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1169/04, z 1.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-124/05, z 1.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-129/05, z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-474/05 oraz z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-579/05.

Niestety, jednolitość tej linii orzeczniczej została zerwana. Stało się tak za sprawą uchwały Sądu Najwyższego⁹⁷, zgodnie z którą: „Wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) dowód doręczenia rozstrzygnięcia protestu jako określający początek pięciodniowego terminu do wniesienia odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu odnosi się także do sytuacji, w której protest został rozstrzygnięty w terminie z art. 183 ust. 1 ustawy, jednak doręczenie rozstrzygnięcia nastąpiło po jego upływie”. Oznacza to zatem, iż w przypadku doręczenia przez zamawiającego rozstrzygnięcia protestu po upływie terminu przewidzianego na jego rozstrzygnięcie termin do wniesienia odwołania winien być liczony od chwili otrzymania tego pisma przez protestującego, a nie od daty, w której upłynął termin na rozstrzygnięcie protestu. Podobne stanowisko wyraził również Sąd Okręgowy w Krakowie⁹⁸ oraz Zespół Arbitrów⁹⁹.

Co istotne, dla biegu terminu do wniesienia odwołania decydująca jest data wpływu rozstrzygnięcia protestu do siedziby protestującego. Bez znaczenia jest natomiast, kiedy ww. rozstrzygnięcie wpłynęło do sekretariatu protestującego¹⁰⁰.

W przypadku wniesienia odwołania przed upływem terminu do rozstrzygnięcia protestu odwołanie to, jako przedwczesne, podlega odrzuceniu¹⁰¹.

3) Zawartość i forma odwołania

Treść odwołania oraz jego formę regulują przepisy rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Zgodnie z jego treścią odwołanie powinno zawierać w szczególności:

- imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu odwołującego się;
- imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu zamawiającego;
- określenie przedmiotu zamówienia;
- wskazanie strony internetowej, na której została udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie;
- datę wniesienia protestu;
- zwięzłe przedstawienie zarzutów;
- wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania;
- faktyczne i prawne uzasadnienie odwołania;
- podpis odwołującego się lub jego przedstawiciela albo pełnomocnika;
- załączniki – kopię protestu, kopię rozstrzygnięcia protestu, jeżeli protest został rozpatrzony, dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, a także ewentualne pełnomocnictwo.

⁹⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 6.07.200 5r., sygn. akt III CZP 41/05.

⁹⁸ Wyrok SO w Krakowie z 27.01.2005 r., sygn. akt II Ca 1724/04.

⁹⁹ Postanowienie ZA z 13.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3/06.

¹⁰⁰ Wyrok ZA z 20.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-729/05).

¹⁰¹ Postanowienie ZA z 1.03.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-549/06.

Zauważyć należy, iż z chwilą wpłynięcia odwołania do Prezesa Urzędu zostają podjęte czynności dotyczące nadania mu dalszego biegu, tj. skierowanie go do Zespołu Arbitrów. Jest to możliwe – jak to wspomniano wyżej – jedynie wtedy, gdy najpóźniej w dacie złożenia odwołania został uiszczony wpis od odwołania. Dowód uiszczenia kwoty wpisu jest załącznikiem do odwołania. W przypadku jego braku Prezes Urzędu wzywa odwołującego się do doręczenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie trzech dni od daty otrzymania wezwania pod groźbą zwrotu odwołania. Wszystkie pozostałe elementy odwołania są weryfikowane już przez Zespół Arbitrów.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż w przypadku braku podpisu na odwołaniu osoby uprawnionej odwołanie to, jako nieistniejące, nie powinno być w ogóle rozpatrywane. Wydaje się jednak, iż w związku z luką prawną w tym zakresie należałoby dojść do wniosku, że odwołania takie są traktowane jako wniesione przez osobę nieuprawnioną¹⁰². To samo dotyczy sytuacji, w których załączone pełnomocnictwo nie będzie uprawniało osoby wnoszącej odwołanie do jego podpisania.

Natomiast problem powstaje w przypadku braku zawarcia w treści odwołania jego istotnych elementów w postaci zwięzłego przedstawienia zarzutów oraz wniosków co do rozstrzygnięcia odwołania. W tej materii należy stwierdzić, iż w przypadku braku tych elementów Zespół Arbitrów winien oddalić odwołanie. Trzeba mieć przy tym na względzie jeszcze jedną rzecz, a mianowicie fakt, iż zarzuty stawiane w treści odwołania powinny być tymi samymi, które zostały sformułowane w treści protestu. Jak wskazuje orzecznictwo Sądów Okręgowych i Zespołu Arbitrów, odwołanie jako kolejny po proteście środek ochrony prawnej jest kontynuacją zarzutów i żądań podniesionych w proteście i tylko w takim zakresie może być rozpatrywany przez ZA. Tym samym niedopuszczalne jest podnoszenie w odwołaniu zarzutów, których odwołujący nie wskazał w proteście¹⁰³, oczywiście o ile nie skutkują one unieważnieniem postępowania¹⁰⁴. Tym niemniej, jak wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie, art. 191 ust. 3 ustawy stanowi, że Zespół Arbitrów nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co nie powoduje, iż nie mogą być one dodatkowo w odwołaniu argumentowane¹⁰⁵. Kwestią sporną jest jednak stwierdzenie, czy wystarczającym dla spełnienia warunków formalnych odwołania jest stwierdzenie: „podtrzymuje zarzuty podniesione w proteście”. Jak wynika z treści uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, powołany przepis [rozporządzenia] stanowczo stwierdza, iż w odwołaniu musi być zawarte zwięzłe przedstawienie zarzutów i wniosków co do rozstrzygnięcia odwołania. Tym bardziej nie ma racji skarżący, iż załączenie do odwołania protestu jako załącznika spełnia wymogi wyżej wymienionego przepisu¹⁰⁶.

¹⁰² Wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-95/05.

¹⁰³ Wyrok ZA z 8.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1027/04, postanowienie ZA z 16.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-450/05.

¹⁰⁴ Wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05 oraz wyrok SO w Opolu z 8.11.2005 r., sygn. akt II Ca 752/05.

¹⁰⁵ Postanowienie SO w Rzeszowie z 26.11.2004 r., sygn. akt VI Ga 107/04.

¹⁰⁶ Wyrok SO w Warszawie z 8.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1377/05.

Wspomnieć należy również, iż w związku z wniesieniem odwołania wykonawca zobowiązany jest do przekazania jego kopii zamawiającemu i to pod groźbą odrzucenia odwołania. Kopię tego odwołania z kolei zamawiający zobowiązany jest przekazać jednocześnie pozostałym uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w terminie dwóch dni od dnia jej otrzymania od odwołującego się, wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

4) Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed Zespołami Arbitrów

Przebieg postępowania przed Zespołem Arbitrów został określony przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Przepisy rozporządzenia stosuje się w takim zakresie, w jakim nie zostało to uregulowane bezpośrednio przepisami ustawy. Przy ewentualnym braku uregulowań ustawowych zastosowanie znajdą również przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym.

Uczestnikami postępowania przed Zespołem Arbitrów są co do zasady zamawiający oraz odwołujący się, możliwy jest jednak również udział innych podmiotów. Sytuacja ta będzie miała miejsce w następujących przypadkach:

- W chwili, gdy po wezwaniu zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym do sprawy włączy się kolejny wykonawca, który zobowiązany jest do wskazania swojego interesu prawnego w przystąpieniu oraz stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, zaś kopię przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgłoszenie przystąpienia może nastąpić najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia Zespołu Arbitrów. Instytucja przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter niemalże identyczny z konstrukcją interwencji ubocznej uregulowanej przepisami k. p. c. Również w tym wypadku czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W tym przypadku uczestnikami postępowania odwoławczego będą zatem zamawiający, odwołujący się oraz wykonawca przystępujący do postępowania po jednej ze stron.
- W sytuacji, gdy zarządzeniem Prezesa UZP dwa (albo większa liczba) odwołania będą rozpoznawane łącznie na jednej rozprawie. W tym wypadku stronami postępowania odwoławczego będzie z reguły zamawiający i dwóch (kilku) odwołujących się.

Ze specyficzną sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy w wyniku wniesionego protestu uwzględnionego przez zamawiającego odwołanie złoży wykonawca, który wcześniej przyłączył się do zamawiającego na etapie postępowania protestacyjnego. W tym przypadku uczestnikami postępowania odwoławczego będą bowiem podmioty, które na poprzednim etapie stanowiły jedną stronę postępowania protestacyjnego¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Podobnie J. Jerzykowski „Nowelizacja Prawa zamówień publicznych”, Radca Prawny nr 3/2006.

Wbrew stanowisku części piśmiennictwa¹⁰⁸, zdaniem autora, nie ma również wątpliwości w kwestii uprawnienia do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym. Za uczestników tego postępowania można zatem uważać tych wykonawców, którzy na wcześniejszym etapie przyłączyli się do postępowania protestacyjnego. Nie da się bowiem obiektywnie obronić interpretacji, zgodnie z którą uprawnienie do uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym przysługuje wszystkim wykonawcom, w tym również nieuczestniczącym w postępowaniu toczącym się na skutek wniesionego protestu. Przemawiają za tym m.in. następujące argumenty: postępowanie toczące się na skutek wniesienia protestu jest podzielone na określone fazy, tj. protest, odwołanie i skargę. Specyfika tego postępowania wskazuje, że intencją ustawodawcy było niejako zmuszenie do aktywności w toku tego postępowania wszystkich podmiotów zainteresowanych. Fakt zaniechania przez nich podjęcia czynności na poprzednim etapie (przystąpienia do którejś ze stron postępowania protestacyjnego) nie może nie rodzić dla nich odpowiednich konsekwencji co do możliwości realizacji swojego interesu prawnego w następnych fazach tego postępowania. Wskazuje na to również treść art. 184 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamawiający przekazuje jedynie uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu. Jest zatem uprawnione twierdzenie, iż pomimo niejasnego sformułowania treści ust. 4 tego przepisu, należy przyjąć, iż wykonawcą w rozumieniu tego przepisu są jedynie uczestnicy postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu.

Postępowanie przed Zespołem Arbitrów przebiega niejako w dwóch odrębnych fazach. Pierwszą z nich stanowi niejawnie posiedzenie, w trakcie którego ZA weryfikuje istnienie ewentualnych przeszkód formalnych we wniesieniu odwołania skutkujących jego odrzuceniem, do których, zgodnie z art. 187 ust. 4 ustawy, należą następujące przypadki:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4¹⁰⁹;
- 3) protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 4) protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie;
- 5) odwołujący się powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Zespół Arbitrów w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu;
- 6) odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
- 7) odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2.

¹⁰⁸ P. Granecki, P. Kuźma, A. Olszewska „Zamówienia publiczne w praktyce po nowelizacji.” Warszawa 2006 r. str. 327.

¹⁰⁹ Postanowienie ZA z 10.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-339/06.

Merytoryczne rozpoznanie treści odwołania następuje na jawnej rozprawie, chyba że na wniosek strony albo z urzędu Zespół Arbitrów wyłączy jej jawność. W toku rozprawy, aż do jej zamknięcia, strony mają obowiązek przedstawiać dowody na obronę prezentowanych przez siebie argumentów, oczywiście z zastrzeżeniem, że to na dowodzącym spoczywa ciężar dowodu¹¹⁰. Dowodami tymi są w szczególności dokumenty, w mniejszym zaś zakresie wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron. Nową instytucją wprowadzoną nowelizacją ustawy jest możliwość powoływania biegłych sądowych spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, w sytuacji, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Wiarygodność i moc dowodów Zespół Arbitrów ocenia według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, z tym że, jak już wspomniano, poza zakresem merytorycznego rozpoznania odwołania pozostają zarzuty niepodniesione wcześniej w proteście¹¹¹.

Po zakończeniu rozprawy Zespół Arbitrów wydaje orzeczenie; że w sprawie zawiętej ma prawo odroczyć jego ogłoszenie, nie więcej jednak niż o pięć dni.

5) Orzeczenia Zespołów Arbitrów

Rozpoznanie odwołania przez Zespół Arbitrów kończy się wydaniem orzeczenia albo merytorycznego – ma ono wtedy postać wyroku, albo też formalnego – w tym wypadku przyjmuje formę postanowienia. Jeśli chodzi o formalne zakończenie postępowania, to wydawane postanowienia mają albo postać postanowienia o umorzeniu postępowania w sytuacji, w której odwołujący się wycofuje odwołanie (przy czym orzekając o kosztach postępowania, odwołującemu zwraca się połowę wpisu, jeżeli wycofanie nastąpiło przed otwarciem rozprawy), albo też postanowienia o odrzuceniu.

W przypadku merytorycznego rozpoznania odwołania Zespół Arbitrów orzeka wyrokiem. ZA w treści wyroku może odwołać albo oddalić, w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów odwołania, albo je uwzględnić. Jeżeli odwołanie zostaje uwzględnione, Zespół Arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić, przy czym nie ma prawa nakazać zawarcia umowy. Z treści art. 191 ust. 2 ustawy nie wynika, że nakazanie powtórzenia czynności oznaczać musi powtórzenie całego postępowania przetargowego. Przepisy ustawy pozwalają na powtórzenie zarówno wszystkich czynności zamawiającego, jak i powtórzenie kilku z nich, a także wreszcie na powtórzenie tylko jednej czynności. Zakres powtórzenia czynności wyznaczają te zarzuty odwołania i skargi, które są zasadne, a zatem zostały uwzględnione¹¹².

¹¹⁰ Wyroki ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2/05 oraz z 9.03.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-651/06.

¹¹¹ Wyrok ZA z 8.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-304/06.

¹¹² Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt II Ca 29/05.

Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy – Zespół Arbitrów bierze pod uwagę z urzędu¹¹³, kierując się w tym względzie oczywiście przesłankami określonymi w art. 93 ust. 1 ustawy. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż ZA wydając orzeczenie, w którym, w oparciu o przepis art. 191 ust. 3 ustawy, z urzędu nakazał zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien uprzednio uwzględnić odwołanie wykonawcy. Przepis ten obliuguje bowiem ZA nie tylko do brania pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, ale także do uwzględnienia odwołania, niezależnie od merytorycznej zasadności żądania odwołującego¹¹⁴. Co więcej – zdaniem Zespołu Arbitrów – niecelowe jest odnoszenie się w uzasadnieniu wyroku do zarzutów merytorycznych podniesionych w proteście i odwołaniu w sytuacji, kiedy ZA zobowiązany był wziąć pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania¹¹⁵. Zespół Arbitrów nie może postanowieniem orzec o unieważnieniu postępowania, bo powinien orzeczeniu nadać formę wyroku. Uprawnienie do unieważnienia postępowania przysługuje przede wszystkim zamawiającemu (art. 93 ust. 1 Pzp), a Zespołowi Arbitrów w drugiej kolejności – w wyniku wniesionego odwołania (art. 191 ust. 2 in fine)¹¹⁶. Jeśli zamawiający sam unieważnił postępowanie po wniesieniu odwołania przez wykonawcę, to rozstrzygnięcie ZA co do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zbędne (bezzprzedmiotowe). Zdaniem Sądu Okręgowego w Koszalinie – w takiej sytuacji Zespół Arbitrów powinien postanowieniem umorzyć postępowanie odwoławcze¹¹⁷.

W przypadku gdy Prezes Urzędu zarządził łączne rozpoznanie spraw, Zespół Arbitrów może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań. Warto przy tym zauważyć, iż gdyby okazało się jednak, że jedno ze złożonych odwołań przyjętych do wspólnego rozpoznania będzie podlegało odrzuceniu, ZA powinien wydać oddzielne postanowienie o odrzuceniu tego odwołania.

W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Zespół Arbitrów rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, które ponoszą strony, stosownie do jego wyniku. Do kosztów postępowania należy zaliczyć przede wszystkim koszty Urzędu związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych (w skład których wchodzi wydatki dotyczące wynagrodzenia arbitrów, tłumaczy i biegłych, wynajęcia sal rozpraw, pomieszczenia na archiwum oraz wynagrodzenie protokolanta) oraz uzasadnione koszty uczestników postępowania (w tym koszty związane z dojazdem na posiedzenie oraz wynagrodzenie pełnomoc-

¹¹³ Wyroki ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05, z 31.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-127/05.

¹¹⁴ Wyrok SO w Opolu z 13.04.2005 r., sygn. akt II Ca 183/05.

¹¹⁵ Wyrok ZA z 3.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-142/05.

¹¹⁶ Postanowienie SO w Koszalinie z 25.11.2005 r., sygn. akt VII Ca 825/05, wyrok ZA z 14.10.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1691/04.

¹¹⁷ Postanowienie SO w Koszalinie z 25.11.2005 r., sygn. akt VII Ca 881/05.

nika w kwocie nie wyższej niż 3600 zł). Jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo, do uzasadnionych kosztów postępowania należy również wynagrodzenie pełnomocnika strony, świadczącego pomoc prawną na podstawie umowy-zlecenia, niebędącego adwokatem lub radcą prawnym¹¹⁸, przy czym wniosek o zwrot kosztów zastępstwa procesowego przed ZA musi być poparty rachunkami¹¹⁹.

Zgodnie z treścią ustawy wydając wyrok albo postanowienie kończące postępowanie odwoławcze, Zespół Arbitrów z urzędu sporządza jego uzasadnienie. Powinno ono zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Zespół Arbitrów uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W zakresie formy wyroku zauważyć trzeba, że w przypadku gdy sentencja skarżonego wyroku ZA nie została podpisana przez skład orzekający, zaś podpisy arbitrów zostały złożone jedynie pod pouczeniem, w ocenie SO konsekwencją niepodpisania sentencji wyroku przez skład orzekający jest uznanie tego orzeczenia za nieistniejące. Skoro bowiem sentencja, jak i uzasadnienie, jako odrębne czynności procesowe, uzyskując postać dokumentu, powinny zostać, zgodnie z zasadami określonymi w art. 324 k. p. c. oraz art. 330 § 2 k. p. c. w związku z art. 13 § 2 k. p. c., opatrzone oddzielnymi podpisami, to złożenie podpisu pod uzasadnieniem nie służy braku podpisu pod jego sentencją¹²⁰. Przeciwnie jednak zdanie w tej kwestii zajęł w swoich uchwałach Sąd Najwyższy, wskazując, że wyrok podpisany zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań spełnia wymagania formalne¹²¹.

Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. W postępowaniu, w którym wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, na wniosek strony obecnej podczas ogłoszenia orzeczenie doręcza się w dniu ogłoszenia.

Ponadto warto zauważyć, że „skuteczny lub wykonalny jest wyrok Zespołu Arbitrów unieważniający wszystkie czynności zamawiającego, od którego wniesiono skargę do sądu, wydany w sprawie, w której wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza wartości wskazanych w art. 182 ust. 2 pkt 2 b) ustawy Prawa zamówień publicznych”¹²².

¹¹⁸ Wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05.

¹¹⁹ Wyrok SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 67/05, wyrok ZA z 14.10.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1700/04.

¹²⁰ Wyrok SO w Gdańsku z 18.08.2005 r., sygn. akt III Ca 469/05.

¹²¹ Uchwały Sądu Najwyższego z 14.01.2005 r., sygn. akt III CZP 71/04 oraz z 11.02.2005 r., sygn. akt III CZP 84/04.

¹²² Uchwała Sądu Najwyższego z 24.11.2005 r., sygn. akt III CZP 85/05.

IV. Skarga

Ostatnim ze środków ochrony prawnej przysługującym od wyroku Zespołu Arbitrów albo postanowienia Zespołu Arbitrów kończącego postępowanie odwoławcze jest skarga do sądu. Skargę wnosi się do Sądu Okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego (właściwość wyłączna) za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W postępowaniu skargowym stosuje się, w przypadku braku stosownych przepisów ustawy, odpowiednio przepisy k. p. c. o apelacji. Sąd rozpoznaje sprawę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie jednego miesiąca od dnia wpłynięcia skargi do sądu.

1) Termin do wniesienia skargi

Skargę do Sądu Okręgowego wnosi się w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia orzeczenia Zespołu Arbitrów za pośrednictwem Zespołu Arbitrów, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Termin ten jest terminem przysługującym uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (ewentualnie organizacji zrzeczającej wykonawców, wpisanej na listę Prezesa UZP). Organem osobno legitymowanym do wniesienia skargi jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dla którego termin na wniesienie skargi wynosi 21 dni od dnia wydania orzeczenia. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się przepisy k. p. c. o prokuratorze. Zauważyć należy, iż zróżnicowanie terminu na wniesienie skargi dla uczestników postępowania i dla Prezesa UZP, który korzysta ze swego uprawnienia jedynie w przypadkach rażącego naruszenia przez wydane orzeczenia przepisów ustawy, powoduje nierzadko składanie wniosków do Prezesa Urzędu o wszczęcie zgodnie z kompetencjami postępowania skargowego z urzędu. Wnioski te kierują najczęściej wykonawcy, którym termin na wniesienie odwołania już upłynął albo którzy w obawie przed powiększeniem się kosztów ich obciążających o koszty ewentualnego przegranego postępowania skargowego nie chcą albo nie mogą wnieść skargi samodzielnie. Stwierdzić zatem należy, iż Prezes Urzędu rozpatrując tego typu wnioski, podejmuje działania jedynie w wypadkach zupełnie wyjątkowych, w których, przez wzgląd na interes publiczny oraz dbałość o przestrzeganie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, jego działanie przyczynić się może do zapewnienia jednolitego i poprawnego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

W kontekście terminu do wniesienia skargi podkreślić należy, iż krótki termin ma zapewnić sprawność postępowania. Termin ten ma charakter terminu procesowego¹²³, a co za tym idzie, możliwe jest jego przywrócenie na wniosek zainteresowanego w przypadku jego uchybienia. Zgodnie z treścią art. 169 k. p. c. pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu, w którym czynność mia-

¹²³ Wyrok SO w Koszalinie z 25.11.2005 r., sygn. akt VII Ca 825/05.

ła być dokonana, w ciągu tygodnia od czasu ustania przyczyny uchybienia terminowi. W piśmie tym strona powinna uprawdopodobnić okoliczności uzasadniające wniosek, a równocześnie dokonać czynności procesowej. W kontekście ewentualnego przywrócenia terminu warto wspomnieć o orzeczeniu Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, który odrzucając skargę, stwierdził, iż „nie miał wpływu na powyższe rozstrzygnięcie wniosek skarżącego o przywrócenie terminu do wniesienia wpisu do skargi. Warunkiem przywrócenia terminu jest, aby niedokonanie czynności procesowej w terminie nastąpiło bez winy podmiotu składającego wniosek o jego przywrócenie. Brak winy w uchybieniu terminu powinien być oceniony z uwzględnieniem wszystkich okoliczności konkretnej sprawy, w sposób uwzględniający obiektywny miernik staranności, jakiej można wymagać od strony dbającej należycie o swoje interesy i przy braniu pod uwagę także uchybień spowodowanych nawet lekkim niedbalstwem. W wypadku gdy strona jest reprezentowana przez pełnomocnika, przy ustalaniu jej winy w niezachowaniu terminu należy mieć na uwadze działania pełnomocnika”¹²⁴.

2) Forma i zawartość skargi

Skarga w swej treści powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o zmianę orzeczenia w całości lub w części.

Zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego do wymagań stawianych pismu procesowemu należą:

- oznaczenie sądu, do którego jest kierowane pismo procesowe, imię i nazwisko lub nazwa stron, ich przedstawicieli ustawowych lub pełnomocników,
- oznaczenie rodzaju pisma,
- osnowa wniosku lub oświadczenia oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności,
- podpisy stron albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
- wymienienie załączników.

Dodatkowe elementy pisma procesowego (dotyczące apelacji) to w szczególności:

- oznaczenie wyroku, od którego jest wniesiona, ze wskazaniem, czy jest on zaskarżony w całości czy w części,
- zwięzłe przedstawienie zarzutów,
- powołanie, w razie potrzeby, nowych faktów i dowodów oraz wykazanie, że ich powołanie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie było możliwe albo że potrzeba powołania się na nie wynikła później,
- wniosek o zmianę lub o uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia.

¹²⁴ Postanowienie SO w Bydgoszczy z 29.12.2005 r., sygn. akt II Ca 733/05.

Za jedno z najczęściej powtarzających się uchybień co do kwestii związanych z wniesieniem skargi należy uznać kwestię doręczenia przeciwnikowi skargi jej odpisu. Utrwalone w tej mierze orzecznictwo Sądów Okręgowych wskazuje, że zgodnie z art. 195 ust. 2 ustawy skargę na orzeczenie ZA wnosi się do SO za pośrednictwem Prezesa UZP w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia orzeczenia Zespołu Arbitrów, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Natomiast zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Przepis ten ma zastosowanie w przypadku dochowania terminów z art. 195 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. O fakcie wniesienia skargi zamawiający powinien dowiedzieć się bezpośrednio od odwołującego się, który, zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami, ma obowiązek przesłać mu odpis skargi jednocześnie z wniesieniem jej do Prezesa UZP. W przypadku nieotrzymania odpisu skargi w odpowiednim terminie przez zamawiającego należy uznać, że skarga nie została złożona w terminie¹²⁵. Dodatkowo trzeba wskazać, iż badając tę kwestię, Sąd Okręgowy ma jedynie możliwość wezwać do uzupełnienia braku formalnego skargi w postaci dostarczenia dowodu doręczenia skargi przeciwnikowi. Niedopełnienie tego obowiązku na wezwanie Sądu będzie skutkowało odrzuceniem skargi¹²⁶. W końcu w tej kwestii wypowiedział się również Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż niedołączenie do skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów dowodu przesłania jej przeciwnikowi jest brakiem formalnym (art. 195 ust. 2 w zw. z art. 196 ust. 1 i art. 197 ust. 1 ustawy)¹²⁷.

Kolejnym często powtarzającym się uchybieniem, które może skutkować negatywnie dla skarżącego, jest kwestia dołączania do skargi załączników, w szczególności zaś odpisów z KRS w formie innej niż oryginał albo kopia poświadczona notarialnie. W szczególności chodzi tu o sytuację, w której załączniki te poświadczane są za zgodność przez ustanowionych pełnomocnikami procesowymi adwokatów bądź radców prawnych. Jak bowiem w tej kwestii zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie: „Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez SN w uchwale z 19 maja 2004 r. (sygn. III CZP 21/04, wokanda 2004/12/1 „(...) art. 89 § 1 zdanie drugie k. p. c. i art. 485 § 4 k. p. c. nie stanowią potwierdzenia przez ustawodawcę generalnego uprawnienia radców prawnych (adwokatów, rzeczników patentowych) do uwierzytelniania odpisów dokumentów, ponieważ osoby wykonujące te zawody takiego uprawnienia w ogóle nie mają (...)”. Z tych względów, wobec niezłożenia przez skarżącego prawidłowego odpisu

¹²⁵ Postanowienia SO w Gliwicach z 10.12.2004 r., sygn. akt X Ga 219/04/P2 oraz z 21.02.2005 r., sygn. akt X Ga 14/05/P4. Tak też: postanowienie SO w Ostrołęce z 1.12.2005 r., sygn. akt Ca 282/05, postanowienia SO w Radomiu z 10.05.2005r. sygn. akt IV Ca 226/05 oraz z 27.01.2005 r., sygn. akt IV Ca 27/05.

¹²⁶ Tak: postanowienie SO w Warszawie z 9.10.2005 r., sygn. akt Ca 1794/05, postanowienie SO w Warszawie z 15.10.2004 r., sygn. akt V Ca 1184/04, postanowienie SO w Warszawie z 24.10.2005 r., sygn. akt V Ca 1182/04 oraz postanowienie SO w Radomiu z 4.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 494/05.

¹²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 8.12.2005 r., sygn. akt III CZP 109/05.

z KRS, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji postanowienia¹²⁸. Podobny stan faktyczny zaistniał również w toku postępowania skargowego prowadzonego przez Sąd Okręgowy dla Warszawy Pragi. W tym przypadku pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Sądu do uzupełnienia braków formalnych skargi złożył odpis z KRS poświadczony za zgodność z oryginałem przez niego samego. W ocenie Sądu pełnomocnik nie wykonał zarządzenia prawidłowo, gdyż złożył odpis z KRS poświadczony za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego. Tego rodzaju kserokopia nie może być uznana za dokument w rozumieniu art. 244 i 245 k. p. c. Taki walor ma tylko oryginał lub kopia odpisu poświadczona za zgodność przez notariusza. W związku z powyższym uznać należy, iż pełnomocnik nie wykazał swojego umocowania do występowania w imieniu zamawiającego przed Sądem Okręgowym¹²⁹.

W końcu warto przypomnieć, że również nieopłacona skarga na wyrok Zespołu Arbitrów podlega odrzuceniu¹³⁰. Co do wysokości i zasad opłacenia wpisu od odwołania decydujące znaczenie będą miały przepisy ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398) oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 31 stycznia 2006 r. w sprawie sposobu uiszczania opłat sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 27, poz. 199). Zgodnie z nimi opłata od skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów ma charakter opłaty stałej w kwocie 3000 zł, którą uiszcza się na rachunek właściwego Sądu Okręgowego, zamieszczony na stronie internetowej www.ms.gov.pl.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, jeżeli skarga została sporządzona przez profesjonalnego pełnomocnika (np. radcę prawnego), skargę należało odrzucić bez wezwania o uiszczenie opłaty w wysokości stałej należnej od wniesionego środka zaskarżenia¹³¹. Dodatkowo – w sytuacji, gdy skarga sporządzona została i wniesiona do SO za pośrednictwem Prezesa UZP przez dwóch profesjonalistów – radcę prawnego i adwokata, natomiast kwota 3000 zł wpłacona została przez nich na konto SO w Warszawie, który nie był sądem właściwym do rozpoznania przedmiotowej skargi, brak było podstaw do uznania, że skarga została w sposób właściwy opłacona. Uiszczenie bowiem opłaty do wniesienia skargi na rachunek jakiegokolwiek innego sądu niż właściwy nie jest równoznaczne z uiszczeniem opłaty od środka zaskarżenia, do rozpoznania którego właściwy jest konkretny sąd¹³².

Od skargi na postanowienie Zespołu Arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się piątą część wpisu stosunkowego¹³³.

¹²⁸ Postanowienie SO w Warszawie z 1.12.2005 r., sygn. akt V Ca 2053/05.

¹²⁹ Postanowienie SO Warszawa – Praga z 12.09.2005 r., sygn. akt IV Ca 418/05.

¹³⁰ Postanowienie SO w Lublinie z 30.12.2005 r., sygn. akt II Ca 781/05.

¹³¹ Postanowienie SO w Opolu z 16.09.2005 r., sygn. akt II Ca 14/05 oraz postanowienie SO w Siedlcach z 3.02.2005 r., sygn. akt II Ca 690/04.

¹³² Postanowienie SO w Bydgoszczy z 29.12.2005 r., sygn. akt II Ca 733/05.

¹³³ Uchwała Sądu Najwyższego z 12.05.2005 r., sygn. akt III CZP 19/05.

Jeśli chodzi o zakres zarzutów podnoszonych w treści skargi, to wspomnieć trzeba, że niedopuszczalne jest domaganie się w skardze uznania oferty skarżącego za najkorzystniejszą, gdyż to zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 ustawy). Nie można też domagać się nakazania zamawiającemu podpisania umowy, gdyż zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą (art. 94 ust. 1 i art. 191 ust. 4 ustawy)¹³⁴.

W końcu należy jeszcze wspomnieć o uprawnieniu zamawiającego polegającym na wniesieniu do Sądu Okręgowego w skardze lub w odpowiedzi na skargę wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, 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. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu sąd rozpoznaje niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie siedmiu dni od dnia jego złożenia. Sąd Okręgowy na posiedzeniu niejawnym może uchylić zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli pozwala na to stan postępowania o udzielenie zamówienia, a zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie Zespołu Arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym.

3) Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed Sądem Okręgowym

Uczestnikami postępowania skargowego są zazwyczaj podmioty, które brały udział w postępowaniu odwoławczym. O ile zatem zawsze jedną ze stron postępowania sądowego będzie zamawiający, o tyle drugą stroną postępowania może być wykonawca nieuczestniczący wcześniej w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu. Oczywiście możliwa jest również sytuacja, w której zamawiający zostanie niejako wtórnie uczestnikiem postępowania skargowego, szczególnie w przypadku gdy wykonawca nieuczestniczący wcześniej w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym zgłasza interwencję uboczną po stronie zamawiającego, wnosząc jednocześnie skargę na wyrok Zespołu Arbitrów.

Zgodnie z treścią uchwały Sądu Najwyższego: „Wykonawca, którego oferta została przyjęta przez zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, niebiorący udziału w postępowaniu przed Zespołem Arbitrów wywołany odwołaniem innego oferenta, jest legitymowany do wniesienia do Sądu Okręgowego w Warszawie skargi na wyrok Zespołu Arbitrów po zgłoszeniu interwencji ubocznej po stronie zamawiającego i wykazaniu interesu prawnego w rozstrzygnięciu skargi na jego korzyść”¹³⁵. W tej sytuacji stronami postępowania skargowego będzie zatem skarżący-interwenient uboczny, zamawiający i przeciwnik skargi (wykonawca, którego odwołanie zostało uwzględnione).

¹³⁴ Wyrok SO w Zielonej Górze z 7.04.2005 r., sygn. akt II Ca 180/05.

¹³⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z 16.07.2003 r., sygn. akt III CZP 47/03.

W postępowaniu skargowym orzeczenie zapada po przeprowadzeniu rozprawy merytorycznej (o ile nie zaistnieją przesłanki do odrzucenia skargi). Do postępowania skargowego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, z uwzględnieniem zmian, jakie do tej procedury wprowadzają przepisy art. 159–198 ustawy (art. 194 ust. 2 ustawy). W kwestii postępowania dowodowego zastosowanie będzie miał zatem art. 381 k. p. c., bowiem przepisy Prawa zamówień publicznych nie zawierają regulacji dotyczącej przeprowadzania dowodów przed Sądem Okręgowym w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem skargi od Zespołu Arbitrów. Zgodnie z art. 381 k. p. c. Sąd może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona (np. uczestnik konkursu) mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (Zespołem Arbitrów), chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Strona (uczestnik konkursu) powołując w skardze od wyroku Zespołu Arbitrów nowe dowody, powinna jednocześnie odpowiednio usprawiedliwić ich powołanie dopiero przed Sądem Okręgowym¹³⁶.

4) Orzeczenia Sądów Okręgowych

W kwestii orzeczeń Sądów Okręgowych należy stwierdzić, iż mogą one przybrać formę postanowień albo wyroków. Co do postanowień, to mogą one zapadać na posiedzeniu albo na rozprawie. 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. Oczywiście jeżeli strona nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, Sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do Sądu w terminie siedmiu dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi.

Postanowieniem Sąd Okręgowy może również umorzyć postępowanie, uchylając wcześniej orzeczenie Zespołu Arbitrów. Ma to najczęściej miejsce w sytuacji, gdy zmieniają się okoliczności sprawy w związku z unieważnieniem przez zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne. W tym stanie rzeczy, skoro bezsprzecznie postępowanie staje się bezprzedmiotowe, wyrok ZA winien być uchylony, a postępowanie skargowe umorzone na zasadzie art. 198 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, pomocniczo posiłkując się po myśli art. 194 ust. 2 powyższej ustawy, odpowiednio przepisami k. p. c. o apelacji, tj. w szczególności podobnymi przesłankami wynikającymi z art. 386 § 3 k. p. c.¹³⁷

W przypadku wydania orzeczenia merytorycznego Sąd Okręgowy może skargę albo oddalić, albo uwzględnić, przy czym uwzględniając skargę, winien zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec co do istoty sprawy. Jak wskazuje w uzasadnieniu

¹³⁶ Wyrok SO w Lublinie z 17.02.2005 r., sygn. akt II Ca 663/04.

¹³⁷ Tak: postanowienie SO w Gliwicach z 30.06.2005 r., sygn. akt III Ca 1011/04, postanowienie SO w Gliwicach z 25.10.2005 r., sygn. akt III Ca 856/05, postanowienie SO w Opolu z 6.04.2005 r., sygn. akt II Ca 130/05, postanowienie SO w Opolu z 13.04.2005 r., sygn. akt II Ca 183/05 oraz postanowienie SO w Warszawie z 7.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1881/05.

swojego orzeczenia Sąd Okręgowy w Zielonej Górze: „W razie uwzględnienia skargi Sąd może zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy albo Sąd oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna (art. 198 ust. 2). Natomiast Sąd nie może uchylić wyroku ZA do ponownego rozpatrzenia ani uzupełnić takiego wyroku. Ocena wyroku ZA przez SO prowadzi do wniosku, że wyrok ten powinien być uchylony do ponownego rozpoznania, albowiem ZA ograniczył się do wybiórczej oceny argumentacji odwołującego się i zamawiającego, a więc nie rozpoznał istoty sprawy. (...) Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy ZA nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, zatem jego obowiązkiem było orzec o wszystkich zarzutach protestu, chyba że w toku postępowania część zarzutów wykonawca wycofał. Stwierdzenie trafności jednego z zarzutów wykonawcy nie może mieć decydującego znaczenia w sprawie, bowiem gdyby okazało się, że jeden z zarzutów wykonawcy objęty protestem nie jest trafny, to okoliczność ta z reguły będzie potwierdzać zasadność stanowiska zamawiającego”¹³⁸.

Jak wynika z treści uzasadnienia orzeczenia Sądu Okręgowego w Olsztynie, w formie postanowienia Sąd Okręgowy orzeka również w przypadku uchylecia postanowienia Zespołu Arbitrów, z uwagi na to, że nie jest to orzeczenie co do istoty sprawy (wyrok), ale postanowienie kończące postępowanie w sprawie. Wobec powyższego SO nie może wydać orzeczenia merytorycznego, ale jedynie uchylić błędne postanowienie o odrzuceniu odwołania, stosując odpowiednio przepisy k. p. c. w zakresie dotyczącym zażalenia. Przepisy art. 194–198 ustawy zawierają pewną lukę, ponieważ wprowadzając w art. 194 § 1 możliwość skargi na postanowienie ZA kończące postępowanie w sprawie, w kolejnych przepisach zawierają regulację co do orzekania przez SO jedynie w zakresie dotyczącym skargi na wyrok ZA. W ocenie SO w Olsztynie w takim wypadku należy odpowiednio stosować przepisy k. p. c. dotyczące zażalenia – zatem orzeczenie Sądu zapadło w formie postanowienia. Stosowanie przepisów o zażaleniu nie wyłącza rozpoznania sprawy po przeprowadzeniu rozprawy¹³⁹. W opinii autora trudno zgodzić się z takim poglądem. Skoro bowiem przyjęlibyśmy, iż możliwe jest jedynie uchylene błędnego postanowienia ZA kończącego postępowanie odwoławcze, bez merytorycznego rozpoznania odwołania w tej sytuacji przez Sąd Okręgowy, to skarżący, pomimo ewentualnej słuszności jego zarzutów, zostałyby pozbawiony prawa do merytorycznego rozpoznania jego odwołania. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują bowiem trybu ponownego rozpoznania odwołania po jego uchyleniu przez Sąd Okręgowy. W związku z tym, zgodnie z art. 198 ust. 2 ustawy, Sąd winien orzec co do istoty sprawy.

Sąd Okręgowy, w przypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności art. 93 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, uchyla orzeczenie Zespołu Arbitrów i unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia¹⁴⁰.

¹³⁸ Wyrok SO w Zielonej Górze z 9.09.2005 r., sygn. akt II Ca 364/05.

¹³⁹ Postanowienie SO w Olsztynie z 30.05.2005 r., sygn. akt IX Ca 196/05.

¹⁴⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z 27.01.2005 r., sygn. akt III CZP 78/04.

Rozpoznając sprawę merytorycznie, Sąd Okręgowy, podobnie jak Zespół Arbitrów, związany jest zakresem określonym w proteście i w odwołaniu, tj. nie może orzekać w przedmiocie innych zarzutów niż poprzednio podniesione. Takie też stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu, stwierdzając, iż w związku treścią uregulowania art. 191 ustawy nie jest możliwe orzekanie w postępowaniu skargowym o zarzutach zamawiającego w stosunku do wykonawcy, które nie były podstawą rozstrzygnięcia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie stosownej czynności zamawiającego i które to zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania w proteście i odwołaniu¹⁴¹. Podobne stanowisko zajął również Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim, stwierdzając ponadto, że gdy idzie o treść wyroku dotyczącego meritum sprawy, to Sąd orzeka jak Zespół Arbitrów, a więc stosuje art. 191 ustawy. Uwzględniając odwołanie, Sąd może więc, tak jak Zespół Arbitrów, nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić. Redakcja tego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że Sąd uwzględniając skargę, nie może przestać jedynie na przyznaniu racji skarżącemu. Musi bowiem dodatkowo wskazać dyspozycje dla zamawiającego. Ponadto z treści art. 191 ust. 2 ustawy nie wynika, że nakazanie powtórzenia czynności oznaczać musi powtórzenie całego postępowania przetargowego. Przepisy ustawy pozwalają na powtórzenie zarówno wszystkich czynności zamawiającego, jak i powtórzenie kilku z nich, a także wreszcie na powtórzenie tylko jednej czynności. Zakres powtórzenia czynności wyznaczają te zarzuty odwołania i skargi, które są zasadne, a zatem zostały uwzględnione, w tym przypadku przez Sąd¹⁴².

W toku postępowania skargowego Sąd Okręgowy związany jest zakresem skargi, a co za tym idzie, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów k. p. c. o apelacji, niedopuszczalne jest orzekanie na niekorzyść strony wnoszącej skargę (o ile oczywiście skargi na orzeczenie ZA nie złożył również przeciwnik skargi). Przykładem takiej sytuacji było postępowanie skargowe toczone przed Sądem Okręgowym w Warszawie, gdzie na rozprawie pełnomocnik wykonawcy podniósł, że przetarg podlega unieważnieniu, gdyż upłynął termin związania ofertami po jego jednokrotnym przedłużeniu. W ocenie SO brak podstaw do tego, by rozstrzygnąć o ważności przetargu. Trzeba bowiem pamiętać, że Sąd rozpoznaje skargę w granicach skargi. Skargę od wyroku ZA wniósł jedynie zamawiający, nie można więc rozpoznać jej na niekorzyść zamawiającego, którego celem nie było wszak doprowadzenie do unieważnienia przetargu. Takie działania Sądu naruszałoby zakaz *reformationis in peius*¹⁴³.

¹⁴¹ Postanowienie SO w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05.

¹⁴² Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt II Ca 29/05.

¹⁴³ Wyrok SO w Warszawie z 22.11.2005 r., sygn. akt V Ca 659/05.

Podkreślić również należy, że skarga, w której skarżący wnosi o zmianę wyroku ZA poprzez nakazanie powtórnej oceny ofert, podlega oddaleniu, jeżeli zamawiający, nie czkając na rozstrzygnięcie skargi, dokonał ponownej oceny ofert (w wyniku uwzględnia innego wyroku ZA), zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uległo zakończeniu¹⁴⁴.

Wyrok Sądu Okręgowego, podobnie jak orzeczenie ZA, winien zawierać również orzeczenie o kosztach. Rozstrzygnięcie sądu rozpoznającego skargę na wyrok Zespołu Arbitrów w przedmiocie kosztów postępowania zapada w formie postanowienia¹⁴⁵. W kwestii kosztów postępowania skargowego zastosowanie będą miały przepisy art. 98 – 108 k. p. c. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Opolu: W przypadku umorzenia postępowania skargowego ze względu na prawomocne unieważnienie postępowania dla rozstrzygnięcia o kosztach koniecznym jest ocena zasadności wniesionej skargi¹⁴⁶. W zakresie kosztów zastępstwa procesowego w dotychczasowym orzecznictwie Sądów Okręgowych przyjęło się, iż w sprawie wywołanej wniesieniem skargi na wyrok ZA należy zastosować § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych, przy uwzględnieniu, iż to właśnie stawki przyjęte w sprawach o uchylenie wyroku sądu polubownego należy zastosować do rozpatrywanej sprawy jako najbardziej zbliżone rodzajowo¹⁴⁷. W przypadku umorzenia postępowania w wyniku cofnięcia skargi wynagrodzenie pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi, będącego adwokatem, jest ustalane na podstawie § 11 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieodpłatnej pomocy prawnej udzielonej z urzędu¹⁴⁸. W kontekście kosztów postępowania skargowego warto jeszcze zwrócić uwagę na jedno orzeczenie, zgodnie z którym dokonanie przez zamawiającego czynności powtórnej oceny ofert pomimo nieuwzględnienia protestu, w połączeniu z trafnością zarzutów podniesionych w proteście, a następnie odwołaniu, przemawiają za odstąpieniem od obciążenia skarżącego kosztami postępowania na rzecz zamawiającego¹⁴⁹.

Oczywiście dopuszczalne jest – tak jak i w przypadku odwołania – cofnięcie skargi. W przypadku cofnięcia skargi, na podstawie art. 391 § 2 k. p. c. w zw. z art. 194 ust. 1 ustawy, postępowanie skargowe ulega umorzeniu¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Wyroki SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 419/04 i 425/04.

¹⁴⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z 8.12.2005 r., sygn. akt III CZP 109/05.

¹⁴⁶ Postanowienie SO w Opolu z 6.04.2005 r., sygn. akt II Ca 130/05.

¹⁴⁷ Wyrok SO w Opolu z 15.09.2004r., sygn. akt II Ca 529/04, podobnie: wyroki SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 67/05 oraz z 31.05.2005 r., sygn. akt II Ca 273/05.

¹⁴⁸ Postanowienie SO w Lublinie z 29.12.2005 r., sygn. akt II Ca 795/05.

¹⁴⁹ Wyrok SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 419/04.

¹⁵⁰ Postanowienie SO w Lublinie z 29.12.2005 r., sygn. akt II Ca 795/05.

I w końcu stwierdzić należy, że przepisy ustawy w odniesieniu do orzeczeń Sądu Okręgowego nie przewidują możliwości ich zaskarżenia. W szczególności zaś przepisy rozdziału dotyczącego skargi na wyrok ZA w kwestii zaskarżalności zawierają w art. 198 ust. 3 regulację wyłączającą możliwość wniesienia kasacji (obecnie skargi kasacyjnej) od wyroku ZA. Oznacza to, że orzeczenie Sądu Okręgowego uznawane jest za orzeczenie wydane w drugiej instancji, od którego jednak nie przysługuje skarga kasacyjna. Zażalenie od postanowienia SO oddalającego wniosek o zwolnienie od wpisu od skargi złożone w trybie art. 3941 k. p. c. jako niedopuszczalne podlega odrzuceniu¹⁵¹. Rozpoznając takie zażalenie, identyczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy¹⁵².

¹⁵¹ Postanowienie SO w Lublinie z 30.12.2005 r., sygn. akt II Ca 781/05.

¹⁵² Postanowienie Sądu Najwyższego z 19.05.2005 r., sygn. akt V CZ 48/05.

DZIAŁ 2.

POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W ŚWIETLE PRAKTYKI ORZECZNICZEJ SĄDÓW OKRĘGOWYCH I ZESPOŁÓW ARBITRÓW

Rozdział 1.

Zasady ogólne systemu zamówień publicznych

I. Jawność udzielanych zamówień publicznych

Jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych w Polsce jest **zasada jawności**, wyrażona w szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada jawności umożliwia m.in. informację o organizowanych postępowaniach przetargowych, dostęp wykonawców do dokumentacji przetargowej, jawność wyników przeprowadzonego postępowania, nakłada też obowiązek informowania wykonawców o wszelkich zmianach i wyjaśnieniach udzielonych w trakcie prowadzonej procedury przetargowej.

Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez **upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia** oraz w **jawności całej dokumentacji** w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zasadę jawności postępowania przetargowego wyraża artykuł 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. **Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne**, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do nieważnienia postępowania. Zasada jawności towarzyszy uczestnikom postępowań o udzielenie zamówienia publicznego od momentu jego wszczęcia. Interpretacja przepisów dotyczących wszczęcia postępowania pozwala przyjąć, iż przez „wszczęcie po-

stępowania” należy rozumieć uzewnętrznienie postępowania przez zamawiającego, np. polegające na opublikowaniu ogłoszenia o przetargu, rozesłaniu zaproszeń do negocjacji itp.¹⁵³. Ujawnienie na zewnątrz woli udzielenia zamówienia przez zamawiającego przez opublikowanie ogłoszenia jest formalnym rozpoczęciem postępowania. Ogłoszenia o zamówieniach publicznych powinny być publikowane na stronie internetowej oraz wywieszane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego¹⁵⁴.

Przepisy ustawy wprowadzają trzy obowiązkowe **miejsca zamieszczenia ogłoszenia** o zamówieniach publicznych: siedziba zamawiającego, strona internetowa oraz tzw. oficjalny publikator (portal Urzędu Zamówień Publicznych, Biuletyn Zamówień Publicznych lub Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich). Jeśli zamawiający zechce dodatkowo zamieścić ogłoszenie np. w prasie – to takie postępowanie nie będzie sprzeczne z przepisami ustawy. Ogłoszenie prasowe może bowiem zwiększyć dostęp do informacji na temat planowanego postępowania i w konsekwencji przyczynić się do wyboru najkorzystniejszej oferty. Skierowanie do prasy ogłoszenia o przetargu nie może jednak nastąpić przed publikacją w Biuletynie Zamówień Publicznych

Przez „miejsce publicznie dostępne w siedzibie zamawiającego” należy rozumieć takie miejsce, do którego każdy zainteresowany może dotrzeć bez przeszkód. Oczywiście trudno jest uznać za takie miejsce tablicę ogłoszeń znajdującą się np. na ostatnim piętrze w dziesięciopiętrowym budynku będącym siedzibą zamawiającego bądź też umieszczoną w miejscu, do którego dostęp ograniczony jest obowiązkiem uzyskiwania specjalnych przepustek.

Jeśli wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza 60 000 euro, wówczas zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie na własnej stronie internetowej. O ile takiej nie posiada, umieszcza ogłoszenie w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym, ponadto ogłoszenie takie musi być zamieszczone w portalu internetowym Urzędu Zamówień Publicznych – co najmniej na siedem dni przed terminem składania ofert.

Przetarg nieograniczony, ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem rozpoczynają się od upublicznienia przez zamawiającego informacji o tych postępowaniach w postaci ogłoszeń zamieszczanych zgodnie z wymogami ustawowymi. Cechą charakterystyczną tych postępowań jest ich **otwartość**, tzn. **dostępność dla praktycznie dowolnej liczby podmiotów**. Instrumentem wszczynającym postępowanie jest w tym

¹⁵³ Wyrok ZA z 8.01.1998 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 992/97.

¹⁵⁴ Wyrok ZA z 23.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-313/05. Jednocześnie Zespół Arbitrów zauważył, że treść ogłoszenia umieszczona na tablicy ogłoszeń zamawiającego w zakresie kryteriów przyjętych w tym postępowaniu była sprzeczna z zapisami SIWZ, co stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 oraz zasady jawności zapisanej w art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym Zespół Arbitrów uznał, że doszło do rażącego naruszenia ustawy skutkującego niemożnością zawarcia ważnej umowy i w związku z tym na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie drugie nakazał unieważnienie postępowania.

przypadku ogłoszenie, kierowane do bliżej nieokreślonego kręgu zainteresowanych. W przedziale wartości zamówień pomiędzy 60 000 euro i kwotami wartości progowych, określonych przepisami rozporządzenia wydanego na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wszczęcie postępowania przy procedurach konkurencyjnych otwartych nastąpi w momencie opublikowania ogłoszenia na stronie internetowej oraz w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Wszczynając postępowanie, zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego przekazania ogłoszenia do Biuletynu Zamówień Publicznych. W postępowaniach powyżej kwot progowych unijnych zamawiający wszczyna postępowanie, przekazując ogłoszenie do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, a następnie – nie wcześniej niż po przekazaniu – zamieszczając ogłoszenie na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie w miejscu powszechnie dostępnym.

Inaczej przedstawia się sytuacja rozpoczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku postępowań realizowanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę, a także zamówienia z wolnej ręki. Postępowania te rozpoczynają się nie od momentu zamieszczenia ogólnie dostępnego ogłoszenia, lecz **przez skierowanie do imiennie oznaczonych podmiotów**, np. w formie zaproszenia do negocjacji, zapytania o cenę lub przez zaproszenie do negocjacji – w przypadku zamówienia z wolnej ręki. W przypadku licytacji elektronicznej momentem wszczęcia postępowania będzie chwila ogłoszenia licytacji na stronie internetowej zamawiającego oraz zamieszczenia ogłoszenia na stronie, na której będzie prowadzona licytacja.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyróżniają, oprócz ogłoszeń o udzielanym zamówieniu publicznym, również ogłoszenia o wyniku postępowania (art. 95 ustawy). Dzięki ogłoszeniom zarówno o przetargu, jak i o wyniku postępowania mamy szeroki dostęp do informacji o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce. Informacja taka jest potrzebna wykonawcom chcącym brać czynny udział w organizowanych postępowaniach, jak i zamawiającym, aby należycie przygotować się do udzielanych zamówień.

Przepisy ustawy precyzują zawartość części ogłoszeń. W przetargu ograniczonym np., w świetle art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy, w ogłoszeniu zamawiający powinien określić, jakie dokumenty i oświadczenia mają złożyć wykonawcy, aby umożliwić zamawiającemu dokonanie ich selekcji w celu zaproszenia do składania ofert. Katalog oświadczeń i dokumentów określa art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający obowiązany jest do przedstawienia opisu warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Określa w ten sposób kryteria, jakimi się posłuży, ustalając kolejność wykonawców zapraszanych do składania ofert. Waga poszczególnych warunków

umożliwia sporządzenie listy rankingowej pozwalającej ustalić konkretnych wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełnienia warunków. Zamawiający może mieć uzasadnione obawy co do potencjału ekonomicznego wykonawców niezbędnego do wykonania zamówienia lub też obawy, że brak tego potencjału spowoduje, iż wykonawca znajdzie się w sytuacji niezapewniającej wykonanie zamówienia, dlatego też w przetargu ograniczonym ustawodawca umożliwia mu opracowanie mierników kwalifikacji wykonawców, których spełnienie pozwala wykonawcy na dalszy udział w postępowaniu. Kryteria spełnienia warunków nie mogą godzić w zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców¹⁵⁵. Wobec takiego brzmienia powyższych przepisów, biorąc jednocześnie pod uwagę treść art. 38 ust. 4 i 5 stanowiącego, że zamawiający może w każdym czasie (w szczególnie uzasadnionych przypadkach) przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w każdym zakresie, z wyjątkiem kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, można twierdzić, że zamawiający może w sposób nieco odmienny niż w ogłoszeniu określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Taki zakres zmian jest dopuszczany, jeśli chodzi o treść specyfikacji doręczonej już wykonawcom, więc tym bardziej możliwe jest doprecyzowanie zapisów specyfikacji w sposób nieco odmienny niż w ogłoszeniu przed doręczeniem jej wykonawcom zakwalifikowanym do udziału w postępowaniu¹⁵⁶.

Zasada jawności działania organów publicznych uważana jest za fundamentalną wartość prawa, warunek konieczny efektywnego funkcjonowania systemu demokratycznego. Realizowana jest ona poprzez wprowadzenie jawności i nieograniczonego, jak najszerszego dostępu do informacji o udzielanym zamówieniu. Pomimo to podstawowa zasada systemu zamówień publicznych jest w pewnym stopniu ograniczona. **Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.** Jednym z takich przypadków jest **ograniczenie jawności co do części ofert stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.** Z treści art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasada jawności protokołu, załączników do protokołu i ofert. Ograniczenie zasady jawności dotyczyć może wyłącznie **informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane (art. 8 ust. 3 ustawy). Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne

¹⁵⁵ Wyrok ZA z 11.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-225/05.

¹⁵⁶ Wyrok ZA z 31.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-139/05.

działania w celu zachowania ich poufności. Przesłanki określone w tym przepisie powinny być spełnione łącznie, aby dana informacja (wiadomość) mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa¹⁵⁷. Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należą zatem:

- uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji,
- doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy,
- podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności,
- brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy¹⁵⁸.

Jak wynika z powyższego – przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed ujawnieniem. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Chodzi tu o duże prawdopodobieństwo (gwarancję), a nie o pewność. Oznacza to, że dopóki sam przedsiębiorca, a częściej osoba przez niego wyznaczona, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁵⁹. W związku z powyższym zastrzeżone jako niejawne w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogą to być informacje wybrane przez wykonawcę jako niejawne dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł powziąć wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacja przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć na zwykłej i dozwolonej drodze¹⁶⁰. Tajemnicą przedsiębiorstwa firmy nie mogą być dane zawarte w wykazie wykonanych w ciągu ostatnich lat dostaw¹⁶¹, tym bardziej że informacje takie wynikają z referencji załączonych do oferty, których to referencji zamawiający może żądać od wykonawców. Wykaz zrealizowanych dostaw obejmuje nazwy odbiorców, przedmiot, wartość i termin dostaw, czyli istotne elementy umowy o dostawę. Zgodnie z art. 139 ust. 3 Prawa zamówień publicznych umowy w sprawie zamówienia publicznego są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. W tej sytuacji nie ma podstaw do utajniania wykazu zrealizowanych dostaw, skoro zawierające te same dane informacje można uzyskać poprzez wgląd w umowy zawierane przez wykonawców operujących w systemie zamówień publicznych.

¹⁵⁷ Problematyką tą zajął się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.10.2000r. sygn. akt ICKN 304/00.

¹⁵⁸ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-122/05.

¹⁵⁹ A. Barczak, „Prawnokarna ochrona tajemnicy gospodarczej. Próba analizy prawnoporównawczej”. Cz. PKiNP 2000/1/277, t. 7.

¹⁶⁰ Problematyka ta była poruszana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Patrz: wyrok SN z 3.04.2002 r., sygn. akt V KKN 223/2000, publ. w PiP z 2003 r. nr 11/113; wyrok SN z 5.09.2001 r., sygn. akt I CKN1159/00 publ. w OSNC z 2002 r. nr 5 poz. 67.

¹⁶¹ Por. wyrok ZA z 1.07.2002 r., sygn. akt UZP/ZO/0-706/02.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Zespołu Arbitrów jawność informacji co do rachunku zysku i strat, informacji określającej obroty, zysk oraz zobowiązanie i należności, dodatkowy formularz cenowy, dodatkowe kosztorysy ofertowe, a także wykaz personelu podwykonawców przewidzianych do realizacji zamówienia, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Inaczej na problematykę jawności kosztorysów ofertowych spojrzal Sąd Okręgowy w jednym ze swoich orzeczeń, stwierdzając, że kosztorysu ofertowego nie można uznać za informację powszechnie znaną lub taką, o której każdy zainteresowany mógł się legalnie dowiedzieć¹⁶². Podobnie nie spełniają przesłanek uznania za tajemnice przedsiębiorstwa informacje o obrotach i zyskach, wykaz podwykonawców, wykaz wykonanych w ostatnich trzech latach usług, dodatkowy formularz cenowy i dodatkowe kosztorysy, gdyż mieszczą się one w katalogu dokumentów i informacji, których może żądać zamawiający w celu wykazania spełniania warunków do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności. Informacje o obrotach i zyskach, zobowiązaniach i należnościach wynikają ze sprawozdania finansowego, które jest jawne i powszechnie dostępne w aktach rejestrowych. Dodatkowe formularze cenowe stanowią natomiast element wynagrodzenia, a zatem są to również informacje jawne¹⁶³. Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁶⁴.

Ponadto **zasada jawności występuje na każdym etapie prowadzonego postępowania przetargowego**. Przejawia się ona m.in. w **jawnym otwarciu ofert**, polegającym na ogłoszeniu osobom obecnym takich elementów, jak nazwa i adres wykonawcy oraz cena oferty. W braku możliwości uczestniczenia wykonawcy w otwarciu ofert wykonawca może złożyć wnioski o przesłanie powyższych informacji. Otwarcie ofert przed wyznaczonym w ogłoszeniu terminem stanowi poważne naruszenie ustawowych zasad postępowania przetargowego. Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie zawiadomić wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, wskazując firmę i siedzibę tego, którego ofertę wybrano, wraz z podaniem ceny. Treść oferty musi dojść do zamawiającego w określonej przez dokumentację przetargową chwili. Szczegółowo kwestię tę reguluje art. 86 Prawa zamówień publicznych, zakazując zapoznawania się z zawartością oferty przed upływem terminu otwarcia ofert. Otwarcie ofert musi nastąpić w sposób jawny i bezpośrednio po upływie terminu do ich składania. Do czasu publicznego otwarcia

¹⁶² Wyrok SO w Kaliszu z 25.02.2005 r., sygn. akt II Ca 706/04.

¹⁶³ Wyrok ZA z 23.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-302/05.

¹⁶⁴ Wyrok ZA z 25.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-312/05.

ofert winny one pozostać u zamawiającego w zamkniętych kopertach albo innych opakowaniach uniemożliwiających zapoznanie się z ich zawartością. Uniemożliwienie zapoznania się z treścią oferty to również obowiązek zamawiającego skuteczny erga omnes. Oznacza to, że otwarcie koperty zawierającej ofertę dokonane przez osobę nieuprawnioną stanowi czyn zagrożony karą. Jeżeli doszło do otwarcia zamkniętego pisma, to mamy do czynienia z przestępstwem z art. 267 § 1 kodeksu karnego. Zamawiający winien zatem podjąć właściwe działania, aby stwierdzić, czy oferta nie została złożona w warunkach przestępstwa przeciwko ochronie informacji lub po jej złożeniu, czy nie doszło do popełnienia takiegoż przestępstwa. Należy także wskazać, że art. 61 § 1 kodeksu cywilnego wskazuje, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, iż mogła zapoznać się z jego treścią. Ustawodawca nie wymaga, by druga strona rzeczywiście zapoznała się z treścią oświadczenia woli. Wystarczającą przesłanką jest możliwość zapoznania się z treścią np. oferty. To na zamawiającym ciąży obowiązek, takiej pieczy nad ofertami, by nie doszło do nawet przypadkowego otwarcia zawierających je kopert. Zamawiający musi ponosić konsekwencje swoich działań. Chodzi o wszystkie działania zamawiającego, co oznacza, że nie tylko członkowie komisji przetargowej są zobowiązani stosować się do reguł Prawa zamówień publicznych. Obowiązek ten dotyczy także innych pracowników zamawiającego oraz ewentualnie osób trzecich, którym zamawiający umożliwił dostęp do zdeponowanych kopert. Wskazać należy także, że to na pracowniku zamawiającego ciąży obowiązek sprawdzenia, czy w chwili składania koperta jest należycie zamknięta i zabezpieczona przed np. przypadkowym otwarciem¹⁶⁵.

Podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobowiązany do sporządzania protokołu z prowadzonych czynności. **Protokół z postępowania**, wraz ze złożonymi ofertami oraz wszelkimi oświadczeniami i zaświadczeniami składanymi w trakcie postępowania, **jest jawny** – z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jawność prowadzonego postępowania polega również na obowiązku przesyłania przez zamawiającego wszystkim wykonawcom, którym doręczono specyfikację istotnych warunków zamówienia, treści udzielanych przez niego wyjaśnień do zapisów tej specyfikacji. Zasada jawności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uległa znacznemu wzmocnieniu w przepisach prawa zamówień publicznych. Zamawiający niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, zobowiązany jest do przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – lub zamieszczania na własnej

¹⁶⁵ Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-524/05.

stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień – wstępnych ogłoszeń informacyjnych o planowanych w ciągu następnych 12 miesięcy zamówieniach, lub umowach ramowych, których wartość:

- dla robót budowlanych – jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- zsumowana dla dostaw o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach danej grupy określonej w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień CPV (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001-0562, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 3, ze zm.), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
- zsumowana dla usług o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w ramach kategorii 1-16 określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

Publikacja takich ogłoszeń ma dopomóc wykonawcom we właściwym przygotowaniu się do wzięcia udziału w przyszłych postępowaniach przetargowych. Konstrukcja taka ma zapewnić potencjalnym wykonawcom właściwe przygotowanie się do każdego zamówienia, bowiem każdy podmiot będzie w równym stopniu wiedział, jakie zamówienia są planowane w danym roku budżetowym. Elementem wzmacniającym zasadę jawności w toczących się postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość zamieszczania w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń, których publikacja nie jest obowiązkowa ze względu na wartość zamówienia. Zamawiający może jednak przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowa.

Ustawodawca położył duży nacisk również na jawność poszczególnych etapów prowadzonego postępowania. **Każda czynność toczącego się postępowania podejmowana przez zamawiającego musi być jawna.** Stanowisko takie podziela również bogate orzecznictwo arbitrażowe. Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sięga dość daleko, bowiem ustawodawca nakazuje zamawiającemu podawanie do publicznej wiadomości informacji na temat kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Należy pamiętać, że kwota ta nie powinna być wyższa od kwoty zatwierdzonej w planie finansowym, chyba że zamawiający przewiduje dofinansowanie zamówienia ze środków zewnętrznych. Natomiast na etapie badania i oceny złożonych ofert zamawiający zobowiązany jest do weryfikacji swoich aktualnych możliwości finansowych w odniesieniu do ceny najkorzystniejszej oferty¹⁶⁶. Mamy więc do czynienia ze zbiegiem dwóch pojęć, a mianowicie

¹⁶⁶ Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-111/05.

możliwości finansowych zamawiającego i zamiaru przeznaczenia środków finansowych na realizację konkretnego zamówienia. Zdaniem Zespołu Arbitrów istotą tej różnicy jest stworzenie możliwości reakcji zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu. Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych chroni autonomię Zamawiającego w przypadku konieczności reagowania m.in. na niekorzystne zmiany w zakresie bieżących wpływów i wydatków. Nie bez znaczenia dla interpretowania tego przepisu jest to, że chroni on również interesy podmiotów ubiegających się o zamówienie przed zawarciem umowy bez pokrycia finansowego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Zamawiający zawiadamia niezwłocznie wszystkich wykonawców o odrzuceniu ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”. W związku z treścią tegoż przepisu obowiązkiem zamawiającego jest zawiadomienie wszystkich wykonawców o każdym odrzuceniu oferty (czynność obligatoryjna). Treść zawiadomienia powinna zawierać uzasadnienie faktyczne (przytoczenie okoliczności faktycznych) i prawne (powołanie przepisów prawa). Zwrot „wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty” oznacza wykonawców, którzy w dacie czynności odrzucenia oferty byli uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to znaczy złożyli oferty¹⁶⁷.

Przepisy ustawy utrwalają dotychczasowe regulacje prawne w zakresie jawności i pisemności umów w sprawach zamówień publicznych. Niezbędne jest zawarcie umowy w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, o ile przepisy szczególne nie wymagają szczególnej formy umowy dla jej ważności. Ponadto **umowy są jawne** i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. **Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.** Jednym z takich przypadków jest ograniczenie jawności, wynikające z dyspozycji art. 139 ust. 3 ustawy, który stanowi, że umowy w sprawie zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Należy zauważyć, że niejasne jest pojęcie jawności umów. Jak się wydaje, należy przyjąć, że chodzi o jawność treści umów, a nie samego faktu ich istnienia. Wprowadzenie zasady jawności samej okoliczności zawarcia umowy prowadziłoby w istocie do ograniczenia swobody dostępu do informacji publicznej. Jeżeli informacją publiczną jest wszelka informacja o sprawach publicznych, w tym informacja o treści dokumentów urzędowych oraz o majątku publicznym, to w pojęciu tym mieści się również treść umów zawieranych na zasadach określonych w prawie zamówień publicznych. Umowy w sprawie zamówień publicznych nie zostały objęte obowiązkiem udostępniania ich treści w jakichkolwiek oficjalnych publikatorach, np. Biuletynie Informacji Publicznej, należy zatem przyjąć, że udostępniane są jedynie na wniosek, na zasadach określonych w art. 10 i 11 ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

¹⁶⁷ Wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-38/05.

II. Zasada równości w zamówieniach publicznych

Zamawiający obowiązany jest do **traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne** i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Powyższa regulacja wyraża kolejną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równości wszystkich podmiotów ubiegających się i biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, zgodnie z tą zasadą, **nie może w jakikolwiek sposób dyskryminować** podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a więc ze względu na ich formę organizacyjno prawną, udział oznaczonych osób fizycznych lub też strukturę własnościową tych podmiotów¹⁶⁸.

Obowiązek równego traktowania wykonawców odnosi się w tym samym stopniu do wykonawców krajowych i zagranicznych. Wymóg, by wykonawcy zagraniczni legitymowali się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych ograniczonych jedynie do terenu Polski, nie znajduje uzasadnienia prawnego. W stosunku do ww. podmiotów naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców jest również, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczenie możliwości wykazania swego doświadczenia technicznego i mocy przerobowych tylko do robót wykonywanych na terenie Polski.

Naruszeniem zasady równości obarczone będzie też postępowanie, w którym odrzucono oferty wykonawców, którzy nie przedstawili bilansu oraz rachunku zysków i strat za ostatni rok, o ile właśnie rozpoczęli prowadzenie działalności gospodarczej w trakcie ostatniego roku. Nie można bowiem żądać od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia spełnienia warunków niemożliwych. Zasada równości przejawia się również w **zakazie formułowania warunków postępowania przetargowego uniemożliwiających swobodny dostęp** do udziału w postępowaniu oraz złożenie pełnej oferty.

Zasadę równości w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wzmocnia regulacja prawna dotycząca **wykluczania pewnych kategorii wykonawców z udziału w organizowanym postępowaniu**. W myśl przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,

¹⁶⁸ Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-479/05: Postępowanie zamawiającego różnicujące te same rodzajowo stany faktyczne różnymi skutkami prawnymi w odniesieniu do dwóch innych wykonawców, jest naruszeniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Por. również wyrok ZA z 9.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2034/05.

o ile udział tych osób będzie utrudniał uczciwą konkurencję. Z brzmienia tego przepisu wynika, że skutek wykluczenia z postępowania odnosi się tylko i wyłącznie do uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, a więc określonych w rozdziale 2 działu II ustawy. Stosownie do wskazanych przepisów ustawy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania może zaliczyć te czynności, które dotyczą określenia przedmiotu zamówienia i wartości zamówienia oraz sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść tego przepisu wskazuje również, iż uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni i, jak się podnosi w doktrynie – rezultat prac podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym zostaje wykorzystywany przez zamawiającego – bez jego istotnej ingerencji – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powstanie wówczas, gdy rezultat prac przygotowawczych będzie bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu, a charakter czynności będzie mógł mieć wpływ na wynik skonkretyzowanego postępowania¹⁶⁹. Tylko takie postępowanie może w pełni zapewnić równy dostęp i równe szanse w organizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wyklucza wykonawców biorących udział w postępowaniu, o ile udział tych wykonawców nie utrudni uczciwej konkurencji.

Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość **wspólnego ubiegania się** wykonawców o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zamawiający powinien w taki sam sposób traktować zarówno wykonawców, którzy samodzielnie złożyli ofertę, jak i wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę w danym postępowaniu. Dyspozycja art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców tworzących m.in. konsorcjum. Przepis ten stanowi klauzulę interpretacyjną stanowiącą, iż spełnienie warunków z art. 22 ust. 1 ustawy przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie z którą **konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie** przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego. Postawienie przez zamawiającego w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie w formie konsorcjum warunku, iż jeden z jego uczestników (lider) musi wypełniać postawione warunki, co najmniej w 50% niewątpliwie utrudnia dostęp do zamówienia, czym godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 Prawa zamówień publicznych¹⁷⁰. Podobnie stawianie wymogu w dokumentacji przetargowej posiadania doświadczenia zawodowego przez każdego z uczestników konsorcjum stanowi

¹⁶⁹ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-23/05.

¹⁷⁰ Wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05.

naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji przy udzielaniu konkretnego zamówienia. Żądanie od każdego z członków konsorcjum spełnienia oddzielnego warunku dotyczącego wykazania się odpowiednim doświadczeniem i referencjami byłoby nieuprawnionym ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji. Oczywistym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni i spełnienie postawionego warunku przez jednego winno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum¹⁷¹.

Wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania¹⁷². W celu poszanowania zasady równego traktowania i przejrzystości ważne jest również, by wszystkie czynniki, które zamawiający bierze pod uwagę w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w miarę możliwości ich stosunkowa waga, były znane potencjalnym wykonawcom w chwili przygotowywania ich ofert¹⁷³. W szczególności jest to istotne w trakcie merytorycznej oceny treści złożonych ofert. Zamawiającemu przysługuje ocena merytoryczna treści złożonych dokumentów i – jako taka – nie może być kwestionowana¹⁷⁴. Wybiórcze stawianie wymagań jedynie w stosunku do niektórych wykonawców a poniechanie tego w stosunku do innych jest nierównym traktowaniem wykonawców¹⁷⁵. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby maksymalnie **ograniczyć subiektywne odczucia** i osobiste preferencje osób dokonujących merytorycznej oceny. Zamawiający powinien w dokumentacji przetargowej wymienić kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, które będą oceniane i określić ich znaczenie, przypisując każdemu z nich stosowną liczbę punktów. Bezsprzeczne jest, iż w chwili składania ofert wszyscy wykonawcy powinni znać zasady, zgodnie z którymi będą oceniane ich oferty. Komisja przetargowa nie może różnicować poszczególnych wykonawców na podstawie kryterium, które sama dookreśli dopiero w momencie przyznawania punktów¹⁷⁶. Kryteria oceny ofert oraz znaczenie, jakie zamawiający im nadaje, powinny być **sprecyzowane i dokładnie opisane w treści specyfikacji**¹⁷⁷. Zamawiający dokonując oceny ofert,

¹⁷¹ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-119/05.

¹⁷² Wyrok ZA z 3.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-153/05.

¹⁷³ Porusza wyrok ETS z 25.04.1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii i wyrok ETS z 12.12.2002 r. w sprawie C 470/99 Universale-Bau i in.

¹⁷⁴ Wyrok ETS z 18.10.2001 r. w sprawie C 19/00 SIAC Construction. Wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane.

¹⁷⁵ Stanowisko takie znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Zespołów Arbitrów (np. wyrok ZA z 2.02.1998r., sygn. akt UZP/ZO/0-037/98 w OZP, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1998 r.).

¹⁷⁶ Wyrok ZA z 10.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-207/05.

¹⁷⁷ Wyrok ETS z 24.11.2005 r. w sprawie C-331/04. Należy przypomnieć, że określone przez instytucję zamawiającą kryteria udzielenia zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą nadawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru, powinny być wyraźnie wymienione w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu oraz być zgodne w szczególności z podstawowymi zasadami równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości. Prawo wspólnotowe nie dopuszcza, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom danego kryterium oceny, rozdzielając pomiędzy nieokreśloną przez instytucję zamawiającą w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu liczbę punktów dla tego kryterium.

jest obowiązany ściśle przestrzegać tych kryteriów. Ponadto ma obowiązek przypisać wagę każdemu z kryteriów, tak aby móc określić, jakie znaczenie przy ocenie będzie miało dane kryterium. Ustala się to liczbą procentową dla każdego z kryteriów przy założeniu, że wszystkie kryteria łącznie stanowią 100%. Tylko taki sposób postępowania przy opisie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonywaniu oceny złożonych ofert może zabezpieczyć ściśle przestrzeganie zasady równości przy jednej z najistotniejszych czynności prowadzonego postępowania, czyli ocenie złożonych ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej¹⁷⁸.

Wszystkie powyższe elementy, mogące wpływać na naruszenie zasady równości przy udzielaniu zamówień publicznych, najczęściej występują przy nieprawidłowym przygotowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. SIWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobra lub usługę, które będą ściśle odpowiadać jego potrzebom. Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać – one winny wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar, który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia. Ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ich w sposób dowolny, ale tylko w taki sposób, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁷⁹.

Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 38 ustawy, ma możliwość modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Modyfikacja ta nie może jednak dotyczyć kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, jak i sposobu oceny ich spełnienia. Zmiana specyfikacji prowadząca do zmiany grupy podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, jest przejawem naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców¹⁸⁰.

Przy tym, brak informacji dotyczącej możliwości stosowania drogi odwoławczej w przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej, bądź też błędne pouczenie o przysługujących środkach odwoławczych, nie mają wpływu na naruszenie zasady równego traktowania uczestników postępowania, ponieważ nikt nie może zwolnić wykonawcy ze znajomości prawa, w myśl znanej od czasów prawa rzymskiego zasady „ignorantia iuris nocet”¹⁸¹.

¹⁷⁸ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-35/05. Porusza również wyrok ETS z 24.11.2005 r. w sprawie C-331/04. Należy przypomnieć, że wszystkie przyjęte kryteria muszą być wyraźnie wymienione w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu, w miarę możliwości w porządku malejącym stosownie do przyznanej im wagi, tak aby przedsiębiorcy mogli zapoznać się z nimi i poznać ich zakres.

¹⁷⁹ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05.

¹⁸⁰ Wyrok ZA z 31.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-155/05

¹⁸¹ Postanowienie ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-47/05.

III. Zasada uczciwej konkurencji

Kolejną zasadą określającą system zamówień publicznych jest zasada zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest **zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji**. Aby dokładnie zinterpretować zasadę uczciwej konkurencji, należy przeanalizować w szczególności przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) oraz ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (tj. Dz. U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nieuczciwą konkurencją jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest nią też takie oznaczenie przedsiębiorstwa, które może wprowadzić klientów w błąd co do jego tożsamości przez używanie firmy, nazwy, godła, skrótu literowego lub innego charakterystycznego symbolu używanego wcześniej, zgodnie z prawem, do oznaczenia innego przedsiębiorstwa. Jeżeli oznaczenie przedsiębiorstwa nazwiskiem przedsiębiorcy może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem, które wcześniej używało podobnego oznaczenia, przedsiębiorca ten powinien podjąć środki mające na celu usunięcie niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd osób trzecich. Stosowaniem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach. Ponadto jest nią także oznaczenie towarów lub usług, albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Nie stanowi go natomiast naśladowanie cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność. Jeżeli naśladowanie cech funkcjonalnych gotowego produktu wymaga uwzględnienia jego charakterystycznej formy, co może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, naśladowca jest zobowiązany odpowiednio oznaczyć produkt.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje swoje rozwinięcie m.in. w dalszym przepisie art. 29 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do jego zapisów zamawiającemu **nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które

mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę. Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu. Prawdą jest, że również rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, może stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa wymagania techniczne stawiane dostarczonym towarom zgodnie ze swoimi potrzebami i swoją wiedzą¹⁸². Zamawiający nie może dostosowywać specyfikacji do warunków technicznych wygodnych dla poszczególnych wykonawców, obniżając wymagania techniczne w odniesieniu do swoich potrzeb. Przyjęcie takiej tezy prowadziłoby do konieczności ciągłej zmiany wymagań i, w konsekwencji, dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy nie oferują usług lub dostaw odpowiedniej (wcześniej zaplanowanej) jakości. Próba ustalenia wymagań technicznych zawartych w specyfikacji przez wykonawców, a nie przez zamawiającego prowadzi bowiem do zachwiania równowagi pomiędzy poszczególnymi wykonawcami i w konsekwencji naruszenia przepisu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe ma znaczenie w szczególności w sytuacji, gdy przedmiotu zamówienia nie można opisać tylko i wyłącznie na podstawie norm przewidzianych prawem. Z kolei, z drugiej strony należy pamiętać, że na pewno dojdzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdy zamawiający ustali warunki podmiotowe bez ustawowo określonych przesłanek, ograniczając dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o nie, gdyby zamawiający nie wyznaczał zbyt wygórowanych kryteriów i warunków udziału w postępowaniu, np. ekonomicznych¹⁸³. Również postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym w trakcie jego trwania nastąpiłoby zmodyfikowanie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zmieniono grupę podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia, jest postępowaniem ułomnym, w którym naruszono zasadę uczciwej konkurencji¹⁸⁴.

Wskazać należy, że uznanie konkretnego czynu, w tym przypadku określenia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowo ujętego w ramach rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy¹⁸⁵. Jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy

¹⁸² Wyrok SO w Warszawie z 9.09.2003 r., sygn. akt V Ca 1477/03.

¹⁸³ Wyrok ZA z 11.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-225/05.

¹⁸⁴ Wyrok SO z 12.05.2005 r., sygn. akt Ca 430/05.

¹⁸⁵ Wyrok ZA z 3.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-153/05.

na podstawie przewidzianej w art. 3 tej ustawy klauzuli generalnej jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie¹⁸⁶. Postępowanie zamawiającego **nie może naruszać zasady dobrych obyczajów**, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań oferowanego przedmiotu zamówienia nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwego postępowania utrwalającego zasadę konkurencyjności¹⁸⁷. Zamawiający ma bowiem swobodę kształtowania warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, oczywiście, o ile te warunki pozostają **w ścisłym związku z samym zamówieniem** i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający¹⁸⁸. Jeśli więc postawiony przez zamawiającego warunek jest w stanie spełnić tylko określony wykonawca, a pozostali wykonawcy nie, nie oznacza to automatycznie, że zamawiający narusza zasady uczciwej konkurencji lub utrudnia uczciwą konkurencję. To, że faktycznie o zamówienie ubiega się wyłącznie dwóch wykonawców, z których tylko jeden spełnia określony warunek, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji, jak też nie utrudnia uczciwej konkurencji, o ile tylko w ten sposób zamawiający jest w stanie osiągnąć zamierzony efekt. Każdą bowiem sytuację należy oceniać indywidualnie w odniesieniu do postawionych warunków i charakteru zamówienia¹⁸⁹.

Znajomość przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest niezbędna zarówno zamawiającemu przygotowującemu dokumentację o udzielenie zamówienia publicznego, jak i wykonawcy składającemu swoją ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Zamawiający musi bowiem zapewnić przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zgodnie z dyspozycją art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachowanie uczciwej konkurencji. Wykonawca powinien przygotować ofertę w taki sposób, aby **jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji**. Ponadto, mając na uwadze uczciwą konkurencję, wykonawca winien zaoferować za wykonanie zamówienia cenę, która nie będzie ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie zmuszony, zgodnie z wymogiem wynikającym z art. 90 ust. 4 ustawy, zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji po raz pierwszy w prawie polskim zdefiniowano pojęcie „**tajemnica przedsiębiorstwa**” oraz ustalono w ramach czynów nieuczciwej konkurencji zasady ochrony przedsiębiorcy przed ujawnieniem, przekazywaniem albo wykorzystywaniem takiej tajemnicy bez zgody przedsiębiorcy.

¹⁸⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego, sygn. akt I ACr 308/95, OSA 1995/7-8/52.

¹⁸⁷ Wyrok ZA z 3.2.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-153/05

¹⁸⁸ Wyrok ZA z 11.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-225/05. Z łamaniem zasad uczciwej konkurencji mamy do czynienia, gdy zamawiający ustala warunki podmiotowe bez ustawowo określonych przesłanek, ograniczając dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o nie, gdyby zamawiający nie wyznaczał zbyt wygórowanych kryteriów.

¹⁸⁹ Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-547/05.

Również w prawie zamówień publicznych jednym z wyjątków ograniczających zasadę jawności jest tajemnica przedsiębiorstwa. Wzmocnieniem zasady jawności jest dyspozycja art. 8 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia jedynie w przypadkach określonych regulacjami ustawowymi.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeśli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i za pomocą środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. W ofercie wykonawca winien uwzględniać wszystkie koszty, które będzie musiał ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Przykładowo, wykonanie roboty budowlanej lub usługi jedynie po kosztach własnych nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Należy również zwrócić uwagę, że do czynienia z nieuczciwą konkurencją będziemy mieli również w sytuacji utrudniania małym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Utrudnieniem takim będzie emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary i usługi oferowane poniżej ich wartości nominalnej, jak również emitowanie i realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku. W przypadku organizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie więc można dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty przy użyciu elementu rabatowego (np. zakup bonów towarowych). Za rażąco niską cenę nie można uznać ceny jedynie na tej podstawie, że jest tańsza np. o więcej niż 10% od cen przyjętych przez innych wykonawców czy też od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Zgodnie z art. 90 ust. 1 zamawiający żąda przedstawienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający jest zobowiązany uwzględnić czynniki obiektywne mające wpływ na ustalenie wysokości ceny, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów¹⁹⁰. Przykładowo, oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygranania zamówienia.

¹⁹⁰ Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05.

Takie zachowanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu generalnej klauzuli określającej czyn nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁹¹.

Przy tym, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena”. Punktem odniesienia do określenia, czy cena jest rażąco niska, jest wartość przedmiotu zamówienia. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia¹⁹².

Z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji możemy spotkać się na każdym etapie prowadzonego postępowania. Bardzo często do naruszenia zasady uczciwej konkurencji dochodzi już na etapie badania i oceny złożonych ofert. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego, którą poprzedza badanie i ocena ofert. Do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Powyższe odnosi się przede wszystkim do jej **merytorycznej** zawartości. Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji oferty, należy więc na podstawie art. 14 ustawy Pzp stosować definicję wynikającą z art. 66 kodeksu cywilnego. Zgodnie z jego treścią oferta jest oświadczeniem woli złożonym drugiej stronie w celu zawarcia umowy, jeżeli określa ona istotne postanowienia tej umowy. Jeśli oferta zawiera wszystkie istotne postanowienia umowy, które określone zostały na podstawie postanowień specyfikacji, merytoryczna zawartość oferty jest więc zgodna z treścią specyfikacji. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w razie **niezgodności jej formy** z postanowieniami specyfikacji. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy zamawiający może określić w specyfikacji sposób przygotowania oferty, lecz określając ten sposób, musi uwzględnić przepis art. 82 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁹³.

Gwarantem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji jest przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych postępowanie protestacyjne i odwoław-

¹⁹¹ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-496/05.

¹⁹² Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05.

¹⁹³ Wyrok ZA z 3.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-176/05.

cze, pozwalające niezależnemu organowi pozostającemu poza danym postępowaniem na jego obiektywną weryfikację i ocenę czynności podejmowanych w toczącym się postępowaniu zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców.

IV. Zasada pisemności

W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych rozróżnia się dwa aspekty zasady pisemności. Po pierwsze: **pisemność prowadzonego postępowania**. Po drugie: **pisemną formę zawarcia umowy** z wybranym wykonawcą po przeprowadzeniu tegoż postępowania. Pisemność postępowania dotyczy w szczególności relacji pomiędzy uczestnikami postępowania a zamawiającym w zakresie wymiany informacji i sposobu porozumiewania. Zasada pisemności wyraża się w obowiązku składania w formie pisemnej przez zamawiających i wykonawców wszelkich oświadczeń i zawiadomień. Obowiązek ten dotyczy wszystkich czynności podejmowanych w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym każdy oficjalny „ruch” uczestników postępowania powinien być udokumentowany na piśmie. W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Pojęcie „niezwłocznie” należy interpretować jak najbardziej ściśle – oznacza ono tego samego dnia po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej dokonanie określonej czynności lub bezpośrednio dnia następnego. Interpretacja taka wynika ze specyfiki procedury udzielania zamówień publicznych. **Obowiązek zachowania formy pisemnej** dotyczy wszystkich czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także dokumentowania tych czynności. Do zachowania tej formy wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zgodnie z art. 78 k. c.

Nowością, wprowadzoną nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwość żądania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – przekazywane faksem lub drogą elektroniczną – były potwierdzane pisemnie lub, w drodze elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 27 ust. 4 ustawy).

Nadto informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej zamawiającemu (art. 27 ust. 5 ustawy).

Teoria prawa cywilnego wyróżnia dwa rodzaje oświadczeń: oświadczenie woli i oświadczenie wiedzy. Wydaje się, że oświadczenia i zawiadomienia, o których mowa w przepisach prawa zamówień publicznych, mogą odnosić się zarówno do oświadczeń woli, jak i oświadczeń wiedzy. Dla przykładu przytoczyć można oświadczenia wykonawców potwierdzające spełnienie wymaganych warunków bądź zawiadomienie wykonawców przez zamawiającego o unieważnieniu postępowania czy też o odrzuceniu oferty.

Przepisy nowelizujące kodeks cywilny¹⁹⁴ wprowadziły szereg zmian regulujących materię związaną ze sposobem dojścia do zawarcia umowy, charakterem umowy na roboty budowlane oraz formą i specyfiką składanych oświadczeń woli. Powyższa problematyka nierozzerwalnie związana jest z procesem udzielania zamówienia publicznego, a w szerszym ujęciu – z procesem dojścia do zawarcia umowy cywilnej. Bardzo istotną zmianą przepisów kodeksu cywilnego była zmiana dotycząca rozszerzenia sposobu składania oświadczenia woli. Jest to dość istotne w systemie zamówień publicznych, bowiem oferta składana w wyniku ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę na ręce zamawiającego, wyrażającym chęć zawarcia umowy na warunkach określonych w dokumentacji z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzono możliwość składania oświadczeń woli wyrażonych w postaci elektronicznej. Takie oświadczenie uznaje się za złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Wszelkie oświadczenia i zawiadomienia składane przez zamawiających i wykonawców za pomocą poczty elektronicznej będą złożone w terminie, jeżeli ich treść dotrze do adresata przed upływem przewidzianego terminu, z zastrzeżeniem zachowania właściwej formy wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej, umożliwiającej zapoznanie się adresata z treścią przekazywanego oświadczenia. Ponadto należy pamiętać, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzają obowiązek zachowania formy pisemnej składanych oświadczeń i zaświadczeń w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego strony porozumiewają się w innej formie niż pisemna, treść przekazanej informacji musi zostać **niewzłocznie potwierdzona na piśmie**.

Wykonawca, przedkładając swoją ofertę zamawiającemu, powinien sporządzić ją w języku polskim, o ile zamawiający nie wyraził zgody na sporządzenie oferty w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Pomimo niewyrażenia zgody przez zamawiającego na sporządzanie oferty w języku obcym wykonawcy mogą używać

¹⁹⁴ Ustawa z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408.

w składanych ofertach nazw w innych językach stanowiących oryginalny opis producenta, które to nazwy nie muszą być tłumaczone na język polski¹⁹⁵.

Oferta przedłożona w innej formie niż pisemna, np. przesłana w formie elektronicznej, jest nieważna, o ile zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Pod pojęciem nieważności oferty należy rozumieć niezgodność jej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem takiej oferty.

Oferta musi wyrażać **stanowczą wolę wykonawcy do zawarcia umowy określonej treści**, zdefiniowanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bądź w zaproszeniu do udziału w postępowaniu. Jeżeli w dokumencie przedstawionym przez wykonawcę nie ma zamiaru jego zobowiązania się do określonego rodzaju świadczenia, takiego dokumentu nie można uznać za ofertę. Przyjęcie oferty lub jej odrzucenie jest oświadczeniem woli jej adresata. Należy pamiętać, że oferta jest oświadczeniem woli odzwierciedlającym warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do udziału w postępowaniu. Dlatego zamawiający może ją tylko przyjąć w całości lub w całości odrzucić, o ile nie ma możliwości składania ofert częściowych. Natomiast w wypadku przyjęcia oferty z zastrzeżeniem zmian lub uzupełnień pocytuje się, że została złożona nowa oferta.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każda czynność powinna być odpowiednio **udokumentowana**. Z każdego przetargu sporządza się protokół, który stanowi potwierdzenie dopełnienia przez osoby uczestniczące w przetargu trybu i zasad jego przeprowadzenia. Protokół potwierdza prawidłowość przebiegu i ważność przetargu. Protokół z przeprowadzonego przetargu, niekwestionowany w swojej treści, stanowi zatem formalną podstawę zawarcia umowy sprzedaży z wykonawcą proponującym najkorzystniejsze warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹⁹⁶.

Zgodnie z regułami Prawa zamówień publicznych w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zawierający co najmniej:

- opis przedmiotu zamówienia;
- informację o trybie udzielenia zamówienia;
- informacje o wykonawcach;
- cenę i inne istotne elementy ofert;
- wskazanie wybranej oferty.

Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje ze zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonaw-

¹⁹⁵ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-71/05. Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 Prawa zamówień publicznych stwierdził, że treść ofert firm wymienionych w proteście nie narusza zasady określonej w tym przepisie, gdyż użyte w ofertach nazwy w języku angielskim stanowią oryginalny opis producenta i nie muszą być tłumaczone na język polski. Wyrok SO w Poznaniu z 30.12.2005 r., sygn. akt II Ca 1950/05.

¹⁹⁶ Por. uchwała Sądu Najwyższego z 2.08.1994 r., sygn. akt III CZP 96/94, OSNIC z 1/95, poz. 11.

ców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu zamawiający jest zobowiązany udostępnić po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia. Przepisy prawa zamówień publicznych przewidują, że każde oświadczenie składane w trakcie prowadzonego postępowania przez zamawiającego, jak i wykonawców powinno mieć formę pisemną, chyba że ustawa stanowi inaczej. W chwili zawarcia umowy dochodzi do złożenia oświadczeń woli przez zamawiającego i wybranego wykonawcę. Zgodnie zaś ze szczególnymi regulacjami dotyczącymi umów w sprawie zamówień publicznych, umowy w sprawach zamówień publicznych wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają innej formy szczególnej.

Przepisy kodeksu cywilnego w art. 73 ustanowiły podstawową regułę określającą wybór formy czynności prawnej. Zgodnie z tą regułą, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej **formę pisemną**, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje **rygor nieważności**. Jeżeli zaś ustawa zastrzega dla czynności prawnej inną formę szczególną, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna. Nie dotyczy to jednak wypadków, gdy zachowanie formy szczególnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych określają szczególną formę, jaką powinna mieć umowa o zamówienie publiczne – formę pisemną. Umowy w sprawach zamówień publicznych wymagają zachowania formy pisemnej. Jeżeli nie zostanie zachowana forma pisemna na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli oraz przepisy odrębne nie zawierają odrębnych regulacji, wówczas takie oświadczenie woli jest nieważne. Zgodnie z art. 78 k. c. do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza **złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli**. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Niezachowanie formy czynności prawnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej, która w konsekwencji nie może wywoływać skutków prawnych. Skutki takie może wywołać dopiero złożenie oświadczeń woli w przepisanej formie. Zawarcie umowy w innej formie niż forma pisemna przewidziana przepisami prawa zamówień publicznych spowoduje jej **bezwzględną nieważność**. Jeżeli również inne przepisy wymagałyby formy szczególnej, to niedochowanie przy zawieraniu umowy o zamówienie publiczne tej formy szczególnej spowoduje nieważność umowy. Przyjęcie takiej regulacji stanowi wyrażenie zasady swobody formy umowy. Znalazło to wyraz w art. 60 k. c., który stanowi, że, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

Jak wynika z powyższego, umowy o zamówienie publiczne są zawierane w formie pisemnej. Zatem każde uzupełnienie, zmiana, rozwiązanie, jak również odstąpienie od umowy powinno zostać stwierdzone na piśmie (art. 77 k. c.). Niedochowanie formy pisemnej przy tych czynnościach prawnych będzie powodowało ich nieważność.

Rozdział 2.

Określanie przedmiotu zamówienia

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia należy opisać w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można też opisywać go przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”¹⁹⁷. Pomocną wskazówką dla zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia jest określenie sposobu opisu przedmiotu zamówienia¹⁹⁸. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących normy europejskie. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie uwzględnia się:

- europejskie aprobaty techniczne;
- wspólne specyfikacje techniczne;
- Polskie Normy przenoszące normy europejskie;
- normy państw członkowskich Unii Europejskiej przenoszące normy europejskie;
- Polskie Normy wprowadzające normy międzynarodowe;
- Polskie Normy;
- polskie aprobaty techniczne.

Zamawiający może również odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie, europejskich aprobat technicznych lub wspólnych specyfikacji technicznych, jeżeli:

- nie zawierają one żadnych wymagań dotyczących zapewnienia zgodności z wymaganiami zasadniczymi;
- ich stosowanie nakładałoby na zamawiającego obowiązek używania wyrobów niewspółdziałających z już stosowanymi urządzeniami lub
- ich stosowanie nie byłoby właściwe ze względu na innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia.

¹⁹⁷ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-72/05.

¹⁹⁸ Wyrok ZA z 31.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-137/05.

Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Użyte przez ustawodawcę wyrażenie „z zachowaniem” sugeruje pomocniczy charakter ww. norm, pewne warunki minimalne lub maksymalne, którym przedmiot zamówienia powinien odpowiadać. Pojęcia tego nie można natomiast utożsamiać z dokonywaniem opisu przedmiotu ściśle za pomocą tych norm. Przyjęcie tego ostatniego poglądu prowadziłoby bowiem do tego, iż przepisy regulujące zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, zawarte w art. 29 ust. 1-2 Prawa zamówień publicznych, należałoby uznać za bezprzedmiotowe i zbędne, co podważałoby tezę o racjonalności ustawodawcy. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu ww. norm nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. W świetle powyższego postawienie przez zamawiającego wymagań co do przedmiotu zamówienia nieprzewidzianych przez normę, o ile nie godzi w zasadę uczciwej konkurencji, jest dopuszczalne. Podobnie brak doprecyzowania w specyfikacji wszystkich elementów zamawianego produktu, które są regulowane odpowiednią normą, nie może być traktowane w kategorii uchybienia przepisowi art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowa regulacja nie pozwala natomiast na określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwą normą lub normami¹⁹⁹. Sformułowania specyfikacji odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia stwarzają możliwości zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, bowiem poszczególne parametry techniczne mogą być przyporządkowane konkretnym urządzeniom produkowanych przez konkretnych producentów. Zamawiający winien zatem unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta. Trudno mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określane są tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden konkretny produkt²⁰⁰. Zgodnie zaś z jednym z wyroków Zespołu Arbitrów, jeżeli zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia trudne do spełnienia dla innego oferenta, to takie postępowanie zamawiającego nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji²⁰¹. Ustawodawca pozostawił bowiem zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes²⁰².

Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem norm, aprobat, specyfikacji, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie **wymagań funkcjonalnych**. Wymaga-

¹⁹⁹ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-494/05.

²⁰⁰ Wyrok ZA z 22.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1810/05.

²⁰¹ Wyrok ZA z 28.06.2000 r., sygn. akt UZP/ZO/0-602/00.

²⁰² Wyrok ZA z 4.04.2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03.

nia te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko. Bardzo ważnym krokiem naprzód w opisie przedmiotu zamówienia, było wprowadzenie możliwości odstąpienia przez zamawiającego od konieczności opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obowiązujących norm i aprobat, a dokonanie jedynie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, w tym m.in. wymagań obejmujących opis oddziaływania na środowisko.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, musi mieć na względzie, iż w wyniku przeprowadzanej następnie oceny oferty weryfikującej zgodność oferty z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia ma wybrać ofertę, która będzie faktycznie najkorzystniejsza, tzn. najlepiej zabezpieczy potrzeby zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Okręgowego w Warszawie przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów²⁰³.

Nowym rozwiązaniem prawnym, wprowadzonym w związku z regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych w Unii Europejskiej, jest konieczność stosowania do opisu przedmiotu zamówienia **nazw i kodów** określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Zamawiający może określić przedmiot zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, Istotnym dodatkowym elementem jest zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku dopuszczającego składanie ofert równoważnych. Dla przykładu, jeżeli zamawiający posiada cały tabor samochodów określonej marki wraz z zapleczem technicznym, wówczas zachodzi przesłanka przedmiotowego przepisu, ale pod warunkiem że zostaną dopuszczone oferty równoważne. Przez ofertę równoważną możemy rozumieć taką, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach lub zbliżonych do tych, jakie zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz oznaczoną innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

Przez „znak towarowy” rozumiemy znak zarejestrowany i mający dostateczne znamiona odróżniające w zwykłych warunkach obrotu gospodarczego (art. 7 ustawy o znakach towarowych – Dz. U. z 1985 r. Nr 5, poz. 17). Nie ma dostatecznych znamion odróżniających znak, który stanowi tylko nazwę rodzajową towaru lub informuje jedynie o właściwości, jakości, liczbie, ilości, masie, cenie, przeznaczeniu, sposobie, czasie lub miejscu wytworzenia, składzie, funkcji lub przydatności towaru, bądź inne podobne oznaczenie niedające wystarczających podstaw odróżniających pochodzenie towaru. Prawo do znaku towarowego jest prawem o podwójnym, tj. mieszanym – majątkowym i niemajątkowym – charakterze. Naruszenie praw osobistych osób prawnych musi być poddane pełnej obiektywizacji, czyli nie może wiązać się z ujemnym przeżyciem psychicznym²⁰⁴ – jak to ma miejsce w relacjach osób fizycznych. Zagadnienia

²⁰³ Wyrok SO w Warszawie z 16.06.2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02.

²⁰⁴ Szerzej B. Sołtys, „Charakter i konstrukcja prawa do znaku towarowego”, Rejent 1993/3 – 4/68.

dotyczące patentu regulują przepisy ustawy z 19 października 1972 r. o wynalazczości (tj. Dz. U. z 1993 r. Nr 26, poz. 117). Zgodnie z art. 10 ww. ustawy wynalazkiem podlegającym opatentowaniu jest nowe rozwiązanie o charakterze technicznym, niewynikające w sposób oczywisty ze stanu techniki i mogące się nadawać do stosowania.

Roboty budowlane należy opisywać z godnie z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych, co zostało uregulowane szczegółowo rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Celem powyższych uregulowań jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o tym, czy są w stanie wykonać daną robotę budowlaną, a co za tym idzie – czy są w stanie spełnić wszelkie wymogi postawione przez zamawiającego w SIWZ (w szczególności warunki podmiotowe). Brak właściwego opisu przedmiotu zamówienia zgodnego z przepisami ustawy uniemożliwia złożenie ofert, które mogłyby być porównywane, albowiem wykonawcy, z powodu niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, różnie podejmują decyzje np. co do zakresu zakwalifikowania tych robót czy też wykazania pracowników, którzy będą odpowiedzialni za określony front robót oraz niezbędnych dla nich kwalifikacji zawodowych²⁰⁵.

W przypadku robót budowlanych ich opis dokonywany jest przez **opracowanie dokumentacji projektowej**. Zakres dokumentacji projektowej opisującej roboty budowlane powinien umożliwiać potencjalnym wykonawcom pozyskanie informacji o tym, co jest do zrobienia. Prawo budowlane pozostawia zakres dokumentacji projektowej do uzgodnień zamawiającego z projektantem.

Przy robotach budowlanych dokumentacja projektowa powinna składać się z projektu budowlanego obejmującego projekt zagospodarowania działki lub terenu, projekty architektoniczno-budowlane obiektów, pozwolenie na budowę. Dodatkowo dokumentacja projektowa powinna być uzupełniona o rysunki wykonawcze lub projekty szczegółowe stanowiące uszczegółowienie rozwiązań w projekcie budowlanym, przedmiar robót (czyli zestawienia rodzaju i ilości robót do wykonania) w poszczególnych rodzajach robót, obejmujący wszystkie roboty budowlane związane z obiektem wraz z wykazem dodatkowych usług lub świadczeń, jakich oczekuje zamawiający od wykonawcy w ramach kompleksowej oceny ofert. Dodatkowo do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane stosuje się **specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych**. Stanowią je 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. Specyfikacje techniczne wy-

²⁰⁵ Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-476/05.

konania i odbioru robót budowlanych, w zależności od stopnia skomplikowania robót budowlanych, składają się ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót podstawowych, rodzajów robót według przyjętej systematyki lub grup robót. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dla budowy w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, należy opracować z uwzględnieniem podziału szczegółowego według Wspólnego Słownika Zamówień, określając w nich co najmniej:

- roboty budowlane w zakresie przygotowania terenu pod budowę;
- roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej;
- roboty w zakresie instalacji budowlanych;
- roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych.

Jeżeli przedmiotem zamówienia będzie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, musi przygotować **program funkcjonalno-użytkowy**. Program ten obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Zamawiający zobowiązany jest do zawarcia umowy, której przedmiot jest tożsamy z określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie może również wykraczać poza zakres określony w dokumentacji przetargowej. Każda umowa, której zakres przedmiotowy wykracza poza zakres określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będzie skutkowałą nieważnością²⁰⁶. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem złożoną ofertę wykraczającą poza zakres przedmiotu zamówienia opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy odrzucić na etapie badania i oceny złożonych ofert²⁰⁷.

²⁰⁶ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-495/05.

²⁰⁷ Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-54/05.

Jednym z poważniejszych problemów przy prawidłowym opisie przedmiotu zamówienia jest kwestia naśladownictwa. Generalną zasadą w tym zakresie jest zasada wolności naśladownictwa, której nie należy jednak rozumieć bezwzględnie. Oznacza to, że istotną sferą wyłączającą swobodę naśladownictwa są prawa własności intelektualnej, w szczególności określone w ustawie z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 49, poz. 508 ze zm.) regulującej m.in. ochronę wynalazków, wzorów użytkowych, wzorów przemysłowych i topografii układów scalonych oraz w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Obok praw wyłącznych granicę naśladownictwa wytycza ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rozdział 3.

Terminy w systemie zamówień publicznych

I. Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

System zamówień publicznych w Polsce funkcjonuje na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, które określają procedury należytego udzielania zamówień publicznych. W trakcie prowadzonych postępowań należy **bezwzględnie przestrzegać terminów** o charakterze materialnym, uregulowanych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również terminów procesowych odnoszących się z jednej strony do procedury protestacyjno-odwoławczej, a z drugiej – do postępowania administracyjnego, z którym uczestnicy postępowań mogą mieć również do czynienia.

Podstawowym terminem, z którym wiąże się uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest **termin składania ofert**. Po tym terminie mamy już w zasadzie ukształtowaną grupę uczestników biorących udział w danym postępowaniu. Nie jest to, co prawda, grupa zamknięta, ponieważ zawsze istnieje możliwość dokonania dowolnych zmian we wcześniejszych etapach postępowania na skutek wniesienia protestu, zwłaszcza w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasadą w postępowaniach przetargowych jest wyznaczanie przez zamawiającego terminu składania ofert nie krótszego niż terminy dla konkretnego trybu w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, z tym że w wyjątkowych sytuacjach zamawiający może wyznaczyć skrócone terminy przewidziane przepisami ustawy.

Nieco odrębności zawiera tryb przetargu ograniczonego. W postępowaniu tym należy wyróżnić terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminy składania ofert. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 prawa zamówień publicznych, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 prawa zamówień publicznych, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż:

- 30 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną;
- 37 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w inny sposób.

Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może również wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż 10 lub 15 dni, w zależności od formy przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia i trybu zapytania o cenę ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje obligatoryjnych trybów dla składania ofert. Obowiązuje tu jednak podstawowa zasada udzielania zamówień publicznych – zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Poza terminami do składania ofert w postępowaniu może pojawić się wiele terminów wyznaczonych przez zamawiającego, a związanych np. ze składaniem dodatkowych wyjaśnień i uzupełnień. Oprócz stosowania się do ww. terminów należy ponadto pamiętać o **terminie związania ofertą** czy też o terminie, w jakim możemy zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego.

II. Sposoby obliczania terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym

Procedury udzielania zamówień publicznych mają charakter cywilno prawny. W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się bowiem, zgodnie z odesłaniem z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przepisy Kodeksu cywilnego, o ile sama ustawa nie stanowi inaczej²⁰⁸.

Obliczenia terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się zarówno za pomocą reguł określonych w kodeksie postępowania administracyjnego (sposób obliczania terminów w postępowaniu administracyjnym odwoławczym), jak i reguł określonych w przepisach Kodeksu cywilnego odnośnie do obliczania pozostałych terminów, w tym również terminu na wniesienie środków ochrony prawnej. Wobec powyższego do czynności ustalania terminów na składanie ofert, oświadczeń, wyjaśnień oraz środków ochrony prawnej stosuje się zasady ogólne określone w przepisach Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu państwowego albo czynność prawna oznacza termin, nie określając sposobu obliczania.

²⁰⁸ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-11/05

Należy zatem pamiętać, że **termin oznaczony w dniach** kończy się z upływem dnia ostatniego. Jeżeli jednak początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, np. odrzucenie oferty, wówczas dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu. Jeśli ostatni dzień danego terminu przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy – termin ten upływa dnia następnego. Z tego też względu, jeżeli ostatni dzień terminu na wniesienie odwołania przypadałby na niedzielę lub dzień świąteczny ustawowo wolny od pracy, termin na dokonanie przedmiotowej czynności upływałby w poniedziałek lub w pierwszy dzień powszedni po święcie. Treść tego przepisu nie oznacza jednak, że niedziele i dni ustawowo wolne od pracy mogą być pomijane przy liczeniu i wyznaczaniu terminu. Termin ma charakter ciągły i wlicza się do niego wszystkie dni następujące po sobie jedynie w przypadku, gdy koniec terminu przypada na niedzielę lub inny dzień ustawowo wolny od pracy – termin ten upływa pierwszego dnia po dniu wolnym od pracy. Szczególnie istotną zasadą przy terminach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada, według której termin uważa się za zachowany, jeżeli zamawiający miał **możliwość zapoznania się z treścią dokumentu** zawierającego oświadczenie wiedzy lub woli uczestnika postępowania.

Wiele kontrowersji budził swego czasu sposób liczenia terminu związania ofertą, a w szczególności określenie jego początku. Przepis art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że „bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Z kolei art. 85 ust. 1 ustawy wskazuje, że „wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Określenie „termin” użyte w przepisie art. 85 ust. 1 ustawy oznacza okres, w którym wykonawca jest związany ofertą. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Przepis art. 85 ust. 5 ustawy odmiennie od postanowień kodeksu cywilnego reguluje kwestie obliczania terminu związania wykonawcy ofertą. Wyraźne wskazanie, iż bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, powoduje, że nie znajduje w tej sytuacji zastosowanie przepisu art. 111 ust. 2 kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjęcie, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się dopiero w następnym dniu od upływu terminu składania ofert, jest błędne i sprzeczne z zapisem przepisów prawa zamówień publicznych.

Wraz z terminem związania ofertą nierozłącznie należy przeanalizować termin, w jakim złożona oferta powinna być zabezpieczona wadium. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem arbitrażowym **wniesienie wadium** stanowi zabezpieczenie ciążącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą. Dlatego też upływ terminu ważności złożonego wadium nie może być krótszy od terminu związania ofertą wskazanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wniosek ten wysunąć można a contrario z przepisu art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że wa-

dium zwraca się niezwłocznie po upływie terminu związania ofertą. Tym samym wadium nie może być złożone na okres krótszy niż termin związania ofertą²⁰⁹.

Z terminem związania ofertą łączy się zagadnienie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie pojawiły się różne poglądy dotyczące możliwości zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą. Z uwagi na charakter i specyfikę tego problemu został on szerzej omówiony w Rozdziale 9. pkt III niniejszego opracowania.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – po nowelizacji w kwietniu 2006 r. – **terminy na wnoszenie protestów** zostały ustalone odrębnie dla różnych „grup” protestów. I tak – protest na treść ogłoszenia o zamówieniu wnosi się:

- w terminie siedmiu dni od dnia publikacji ogłoszenia w BZP, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Podobnie jest w sytuacji wnoszenia protestu na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Protest na treść SIWZ wnosi się:

- w terminie siedmiu dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej/portalu UZP, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W pozostałych trybach protest na treść SIWZ może zostać wniesiony:

- w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia SIWZ, przy tym
- nie później niż:
 - trzy dni przed upływem terminu składania ofert – gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
 - sześć dni przed upływem terminu składania ofert – gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Protest na pozostałe czynności oraz zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wnosi się w terminie siedmiu dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że ten mógł zapoznać się z jego treścią. W przypadku protestu, jeżeli protest jest oddany w polskim urzędzie pocztowym, termin przewidziany w ustawie Pra-

²⁰⁹ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-11/05.

wo o zamówieniach publicznych do wniesienia protestu jest zachowany tylko wtedy, gdy zamawiający mógł przed upływem tego terminu zapoznać się z jego treścią²¹⁰. W sytuacji gdyby wykonawca wniósł protest faksem w ostatnim, siódmym dniu upływu ustawowego terminu, a następnie przesłał potwierdzenie pisemne wniesienia protestu, które wpłynęłoby po upływie siedmiodniowego terminu, uważa się, że taki protest został wniesiony z zachowaniem terminu do jego wniesienia.

Przepis art. 180 ust. 2 zdanie drugie ustawy stanowi, iż protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że ten mógł zapoznać się z jego treścią. Przepis ten posługuje się tą samą terminologią co kodeks cywilny w art. 61. Zdanie pierwsze art. 61 § 1 k. c. stanowi, iż „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”.

Art. 61 k. c. oparty jest na teorii doręczenia. W świetle tego przepisu to nie zapoznanie się adresata z treścią przekazanego mu oświadczenia woli jest istotnym zdarzeniem prawnym (ustalonym w drodze domniemania prawnego), lecz samo już tylko jego dojście do adresata **w taki sposób, żeby mógł zapoznać się z jego treścią.**²¹¹

W odniesieniu do wniesienia protestu istotna będzie zatem ocena występowania łącznego dwóch elementów: po pierwsze, skuteczności doręczenia – czy oświadczenie woli (treść protestu) dotarło do zamawiającego, po drugie – w sytuacji skutecznego dostarczenia oświadczenia – odpowiedni sposób doręczenia, stwarzający zamawiającemu **możliwość, sposobność** zapoznania się z treścią doręzonego oświadczenia. Obojętne jest dla skuteczności wniesienia protestu, czy zamawiający faktycznie zapoznał się z jego treścią. Ważne jest natomiast, by miał taką możliwość **stworzoną przez odpowiedni sposób** doręczenia tego protestu.

Zgodnie z dyspozycją art. 27 ustawy, w postępowaniach o udzielenie zamówienia, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie musi **potwierdzić fakt ich otrzymania**. Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Zamawiający może żądać w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzane pisemnie lub, w drodze elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wnioski przekazane za pomocą faksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem

²¹⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 11.04.2003 r., sygn. akt III CZP 3/03.

²¹¹ Patrz: Z. Radwański (red.) „System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna”, Supplement, Wydawnictwo CH BECK, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2004

terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie²¹². Przepis ten ma zastosowanie również do wnoszenia protestu, albowiem protest jest oświadczeniem o charakterze materialno prawnym, do którego należy stosować reguły prawa materialnego dotyczące oświadczeń woli. Zgodnie z przepisem art. 61 kodeksu cywilnego skutki tych oświadczeń występują z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z ich treścią²¹³.

Takim oświadczeniem jest również zawiadomienie o rozstrzygnięciu protestu, które zamawiający może również złożyć za pomocą faksu lub drogą elektroniczną²¹⁴. Możliwość składania oświadczeń i zawiadomień w tej formie dotyczy zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, co gwarantuje zasada zachowania uczciwej konkurencji i równości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 7 ustawy. Oświadczenia lub zawiadomienia przekazane za pomocą faksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie przez przekazującego, jeśli druga strona tego wymaga. Przepis powyższy wymaga dla skuteczności oświadczenia, aby oświadczenie dotarło do adresata w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Rozwiązanie powyższe uzasadnione jest specyfiką postępowania w sprawie zamówień publicznych, koniecznością zapewnienia jego szybkości i sprawnego rozpoznawania protestów, skarg i odwołań²¹⁵. Interpretacja, że protest na piśmie musi być doręczony do zamawiającego w siódmym dniu od dnia otrzymania informacji o okoliczności stanowiącej podstawę jego wniesienia, nie da się pogodzić z zasadą składania oświadczeń woli w stosunkach cywilnoprawnych, zasadą szybkości postępowania, rozwojem technik komunikacji, podpisem elektronicznym i trybem aukcji elektronicznej.

Należy również pamiętać, że powzięcie przez uczestnika postępowania o zamówienie publiczne w drodze przetargu wiadomości o uchybieniach skutkujących wykluczeniem z postępowania innego uczestnika lub odrzuceniem jego oferty nie stanowi podstawy do wniesienia protestu. Protest może zostać skutecznie wniesiony w ciągu siedmiu dni od dnia powzięcia wiadomości o złożeniu przez zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty. W razie zaniechania przez zamawiającego złożenia takiego oświadczenia woli, siedmiodniowy termin do złożenia protestu liczy się od dnia zawiadomienia uczestnika o wyborze oferty²¹⁶.

²¹² Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-54/05.

²¹³ Uchwała Sądu Najwyższego z 11.04.2003 r., sygn. akt IIICZP 3/03, wyrok SO w Warszawie z 23.04.2003 r., sygn. akt VCa 762/03.

²¹⁴ Wyrok SO w Warszawie z 24.01.2003 r., sygn. akt V Ca 1952/02.

²¹⁵ Wyrok SO w Warszawie z 13.11.2002 r., sygn. akt V Ca 1408/02.

²¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 17.07.2003 r., sygn. akt III CZP 44/03, w pełni aktualna pod rządem obecnego Prawa zamówień publicznych, wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-122/05.

Rozdział 4.

Warunki udziału w postępowaniu

I. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, tj. posiadają wymagane uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, mają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego, znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego i nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Cel regulacji

Celem przepisu art. 22 ust. 1 ustawy jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom niepodlegającym wykluczeniu z postępowania, posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania. Podyktowane to jest zarówno nakazem wydatkowania środków finansowych, najczęściej publicznych, w sposób celowy, oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów²¹⁷, jak i interesem zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego²¹⁸.

1) Dwie koncepcje warunków udziału w postępowaniu

W piśmiennictwie oraz orzecznictwie zarysowują się dwie koncepcje dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Różnica między nimi, w uproszczeniu, sprowadza się do tego, iż według pierwszej koncepcji warunki są określone wyłącznie

²¹⁷ Art. 35 ust. 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r., o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.).

²¹⁸ Por. np. wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r., sygn. akt II Ca 584/05, wyrok SO Warszawa Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05, A. Sołtysińska, „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, 2006, str. 336 i 339–340.

w art. 22 ust. 1 ustawy, natomiast konkretyzacji warunków udziału w danym postępowaniu służy opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z drugą koncepcją, to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu²¹⁹. W orzecznictwie i piśmiennictwie przeważa koncepcja druga²²⁰. W ocenie autora prawidłowa co do zasady jest koncepcja pierwsza²²¹.

Według pierwszej koncepcji, warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa wyłącznie art. 22 ust. 1 ustawy. Przepis art. 22 ust. 1 ustawy ma charakter *ius cogens*. Zamawiający nie może zawęzać ani rozszerzać określonego tym przepisem katalogu warunków udziału w postępowaniu, nie ma możliwości modyfikowania ani tym bardziej określania tzw. warunków dodatkowych, tj. warunków innych niż określone w art. 22 ust. 1 ustawy²²².

Warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy, zostały określone w sposób jednoznaczny, a treść tych warunków wyznaczają przepisy ustawy, tj. przepisy art. 24 ust. 1 i 2 ustawy, oraz przepisy ustaw nakładających obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz czynności. Inaczej rzecz się ma natomiast w przypadku warunków, o których mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Przepisy te zawierają zwroty niedookreślone, a tym samym nieostre²²³. Dookreślenia tych zwrotów, a co za tym idzie, konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu dokonuje zamawiający, za pomocą opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający nie ma

²¹⁹ Więcej na ten temat P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2006.

²²⁰ Por. np. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod. red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004, str. 98–100, M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, Warszawa 2005, str. 111–116. Por. również wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r., sygn. akt II Ca 584/05, wyrok SO we Wrocławiu z 20.12.2005 r., oraz wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-547/05.

²²¹ Opinia UZP „Zakres dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”. Patrz również J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 2/2004 oraz P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2006.

²²² Problematykę określania tzw. warunków dodatkowych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji prawa UE poruszają M. Lemke, „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, UZP, Warszawa 2001, str. 67 oraz A. Sołtyśńska, „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, 2006, str. 341–343. A. Sołtyśńska podnosi kwestie tzw. warunków dodatkowych również pod rządami nowej dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych, tj. dyrektywy 2004/18/WE, z tym że pytanie o dopuszczalność określania warunków dodatkowych w aktualnym stanie prawa UE pozostawia bez jednoznacznej odpowiedzi. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych problematykę tzw. warunków dodatkowych porusza P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2006.

²²³ Jest to zamierzone działanie ustawodawcy. Taka technika legislacyjna pozwala na zastosowanie przepisu, zawierającego zwroty niedookreślone, do różnych sytuacji. W tym przypadku do różnych zamówień publicznych.

w tym względzie nieograniczonej swobody, jej granicami są bowiem granice pasa nieostrości zwrotu nieostrego i konieczność poruszania się w obrębie tych granic, a nadto granice, które wyznaczają przepisy ustawy²²⁴.

Zamawiający, chcąc zaspokoić swoje zapotrzebowanie na usługi, dostawy oraz roboty budowlane, udzielają szeregu różnych zamówień publicznych. Do należytego wykonania tych zamówień wymagane będą inne uprawnienia, różny potencjał, wiedza czy doświadczenie. Tym samym określone w art. 22 ust. 1 ustawy warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji na użytek danego zamówienia publicznego. **Konkretyzacji spełniania warunków udziału w postępowaniu służy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu**²²⁵.

2) Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na określeniu przez zamawiającego przejrzystych przesłanek, jakimi będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji dotyczących spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy. Przepisy ustawy nie wykluczają możliwości posługiwania się kryteriami²²⁶, jako jednym ze sposobów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale dopuszczają również inne sposoby dokonywania tej oceny. **W odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego, po zaspokojeniu których uzna te warunki za spełnione**²²⁷.

²²⁴ Por. P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

²²⁵ Por. Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo” J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004 oraz P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

²²⁶ J. Sadowy zauważa, iż poprzednia ustawa o zamówieniach publicznych posługiwała się sformułowaniem „kryteria oceny spełniania warunków”, natomiast Pzp zawiera sformułowanie „opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków”. Znaczenie wyrażenia „kryterium” wskazywało na konieczność „sztywnego” określenia przez zamawiającego oceny spełniania warunków, z reguły wyrażonego za pomocą wartości liczbowej, np. dysponowanie 10 pracownikami, wykonanie trzech podobnych zamówień itp., tymczasem Pzp nie wyklucza wprawdzie możliwości posługiwania się kryteriami, jako jednym ze sposobów oceny spełniania warunków, ale dopuszcza również inne sposoby dokonywania tej oceny. Patrz: J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.

²²⁷ Znajduje to potwierdzenie w przepisach art. 44–48 dyrektywy 2004/18/WE. Por. P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006. Por. również E. Wiktorowska, „Sprawdzać, ale nie dyskryminować”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005.

Po pierwsze, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ustawy²²⁸, a jego brak stwarzałby możliwość podejmowania przez zamawiającego decyzji arbitralnych. **Po drugie**, jest wykonaniem zobowiązania nakazującego dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu²²⁹, a tym samym ograniczenia możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia publicznego lub wykonać go z należytą starannością²³⁰. I wreszcie, **po trzecie**, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służy również wykonawcom w realizowaniu ich funkcji kontrolnej²³¹, tj. ocenie prawidłowego przebiegu postępowania, w tym czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu. Realizację tej funkcji umożliwia ustawa, której celem jest, jak stwierdził Sąd Okręgowy, zapewnienie prawidłowości, przejrzystości działań zamawiającego, uniemożliwienie niczym nieograniczonej swobody w zakresie zamówień publicznych²³².

Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest obowiązany respektować postanowienia Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może stawiać wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich Unii Europejskiej w sytuacji mniej korzystnej niż wykonawców z Polski²³³.

²²⁸ Patrz np. art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy.

²²⁹ Patrz art. 22 ust. 1 ustawy.

²³⁰ Por. J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.

²³¹ Zamawiający jest obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy (zasada zgodności postępowania z przepisami ustawy). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o charakterze konkurencyjno-eliminacyjnym. Przejawia się to m.in. tym, iż zamawiający nie może zawrzeć ugody z wykonawcą, nie może powoływać się na reguły słuszności, jest natomiast zobowiązany do bezwzględnego przestrzegania przepisów prawa. Tylko wtedy jest możliwe bezstronne i obiektywne przeprowadzenie postępowania, zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, zamawiający może sam dostrzec niezgodności z prawem i sam może te niezgodności usunąć, np. unieważniając czynność niezgodną z przepisami lub podejmując czynność pozostającą z nią w zgodzie. Możliwe jest również, iż informacje stanowiące podstawę do działania zamawiającego zostaną mu przedstawione przez wykonawców (np. w sytuacji, kiedy zamawiający uzyska informacje, iż jeden z wykonawców złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania). Szczególnym rodzajem takich informacji są informacje uzyskiwane przez zamawiającego w wyniku uruchomienia procedury protestacyjno-odwoławczo-skargowej. Z jednej strony są to bowiem środki przysługujące wykonawcom, pozwalające na ochronę ich interesu prawnego, z drugiej natomiast mają one charakter tzw. reklamacyjny, tj. stanowią zawiadomienie o nieprawidłowościach w postępowaniu pozwalające zamawiającemu na usunięcie nieprawidłowości i doprowadzenie postępowania do stanu zgodnego z prawem. Zamawiający jest obowiązany skorygować „z urzędu” wszelkie niezgodności z przepisami prawa powstałe w toku postępowania, traktując np. spóźniony protest jako zwykłą informację wyposażającą zamawiającego w wiedzę na temat nieprawidłowości w postępowaniu. Podobne stanowisko w tej sprawie zajmuje również R. Szostak, „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji”, Publicus, Warszawa 2006, str. 226.

²³² Wyrok SO we Wrocławiu z 14.12.2005 r.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być jednoznaczny²³⁴, obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też zaawansowaniem technologicznym zamówienia publicznego oraz koniecznością zweryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zależności od konkretnego zamówienia publicznego²³⁵. Innymi słowy, niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych²³⁶. Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu²³⁷. Określone przez zamawiającego kryteria powinny rzeczywiście świadczyć o tym, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, natomiast w stosunku do podmiotów niespełniających tych kryteriów zachodzi prawdopodobieństwo, iż nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia publicznego²³⁸.

Podkreślić jednak należy, iż wspomniany wyżej **nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty**²³⁹. Co więcej, zamawiający jest obowiązany opisać sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, że wykonawcy, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia publicznego, zostaną wykluczeni z postępowania. Niezgodne zatem z art. 22 ust. 1 ustawy będzie takie opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to sposób nie pozwoli zamawiającemu na zweryfikowanie posiadania przez wykonawców wymaganych uprawnień czy też niezbędnego do należytego wykonania zamówienia publicznego potencjału technicznego, kadrowego, finansowego, oraz wiedzy i doświadczenia²⁴⁰.

²³³ Warunki kiedy przepisy krajowe mogą być mniej korzystne dla wykonawców zagranicznych wskazuje ETS w wyroku z 27.10.2005 r. w sprawie C-234/03. Wyrok omawia D. Piasta, „Przegląd orzecznictwa ETS w zakresie zamówień publicznych w 2005 r.”, Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2005.

²³⁴ S. Wikariak, „Rzeczpospolita” z 11.07.2006 r. i podane tam wyroki ZA, sygn. akt UZP/ZO/0-1907/06 oraz UZP/ZO/0-1881/06.

²³⁵ Por. np. Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

²³⁶ Por. np. wyrok SO w Lublinie z 09.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05.

²³⁷ Wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r. sygn. akt II Ca 584/05. Por. E. Wiktorowska, „Sprawdzać, ale nie dyskryminować”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005 i wskazany tam wyrok ZA z 3.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2277/04.

²³⁸ Por. np. Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

²³⁹ M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze 2005.

²⁴⁰ Por. Rzeczpospolita z 10.07.2006 r., gdzie omówiono wyrok ZA z 5.07.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1909/06.

Zamawiający nie może również stawiać kryteriów, których nie da się zweryfikować za pomocą dokumentów określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem rozporządzenie określa rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Tym samym stawianie kryteriów, co prawda odnoszących się do warunków określonych w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, ale nie dających się zweryfikować za pomocą dokumentów określonych rozporządzeniem²⁴¹, należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy²⁴².

3) Lista rankingowa

Prawo zamówień publicznych przewiduje procedurę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w największym stopniu. Procedura ta przewidziana jest w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem oraz w dialogu konkurencyjnym i uruchamiana po weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających te warunki jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym.

Zamawiający przyznaje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie ich znaczenia. Innymi słowy, **zamawiający musi wskazać, które warunki i jak będą oceniane (np. punktowane).** Zamawiający może dokonać wyboru ocenianych warunków z katalogu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy²⁴³, pozostałe bowiem mogą być oceniane wyłącznie na zasadzie spełnia/nie spełnia²⁴⁴. Zamawiający nie może²⁴⁵ wskazać innych kryteriów niż sto-

²⁴¹ Aktualnie jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), które uchyliło rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645). W rozdziale 4. i 5. działu II niniejszego opracowania rozporządzenia te zwane będą „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, z ewentualnym podaniem daty rozporządzenia, jeżeli konieczne będzie wskazanie, o które chodzi.

²⁴² Por. np. J. Sadowy, „Warunki stawiane wykonawcom”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod. red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004, str. 100 oraz E. Wiktorowska, „Sprawdzać, ale nie dyskryminować”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005.

²⁴³ Przykładowo, w przypadku oceniania doświadczenia, przy założeniu, że do spełniania tego warunku wymagano wykonania jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, np. wykonanie dwóch takich usług – 1 pkt, wykonanie trzech – 2 pkt itd. Por. również M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, Warszawa 2005, str. 196.

²⁴⁴ Posiada wymagane uprawnienia albo nie posiada. Podlega wykluczeniu z postępowania albo nie podlega.

²⁴⁵ Inaczej w dyrektywie 2004/18/WE, która nie wyklucza stosowania innych kryteriów niż kryteria związane z przedmiotem zamówienia. Więcej na ten temat A. Sołtysińska, „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, 2006, str. 347 i 348, która zwraca uwagę, iż zamawiający nie musi stosować dokładnie tych samych kryteriów co przy kwalifikacji. Inny jest bowiem cel kwalifikacji, inny selekcji [oceny spełniania warunków w największym stopniu]. Co więcej, Autor-

sowane do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to z przepisów ustawy stanowiących, iż ogłoszenie zawiera m.in. opis warunków udziału w postępowaniu, **wraz z podaniem ich znaczenia**²⁴⁶.

4) Aparat pojęciowy

Przepisy ustawy posługują się następującymi sformułowaniami: „warunki udziału w postępowaniu”²⁴⁷, „opis warunków udziału w postępowaniu”²⁴⁸, „opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”²⁴⁹, co rodzi pytanie o znaczenie poszczególnych sformułowań²⁵⁰.

Warunki udziału w postępowaniu to warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy. Warunki te zostały sformułowane przez ustawodawcę z użyciem wyrazów niedookreślonych w celu zapewnienia przepisom zastosowania do wszystkich możliwych zamówień publicznych (art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy) oraz w taki sposób, iż treść danego warunku mogą wyznaczać przepisy innych ustaw (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to przesłanki, kryteria, jakimi będzie się kierował zamawiający w celu zweryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, może to polegać na sformułowaniu przez zamawiającego minimalnych wymagań związanych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia publicznego, po spełnieniu których zamawiający uzna warunki za spełnione (np. wykonanie jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego itd.).

Z kolei **opis warunków udziału w postępowaniu** pozwala na opisanie warunku zawartego w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Treść tego warunku wyznaczają przepisy ustaw nakładających obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. W zależności od wymaganych uprawnień **warunek ten należy odpowiednio opisać** (np. w przypadku wymagania przez ustawy posiadania wyłącznie uprawnień do wykonywania działalności gospodarczej: „O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania działalności gospodarczej”).

ka podkreśla (w ślad za S. Treumer), iż odpowiednie zastosowanie kryteriów kwalifikacji stałoby w sprzeczności ze wspólnotową polityką wspierania rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, dyskryminując je w stosunku do potentatów działających na danym rynku.

²⁴⁶ Patrz art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy.

²⁴⁷ Np. przepisy art. 22 ust. 2, 38 ust. 5 ustawy.

²⁴⁸ Np. przepisy art. 36 ust. 1 pkt 6, 41 pkt 7, 48 ust. 2 pkt 6 ustawy.

²⁴⁹ Np. przepisy art. 36 ust. 1 pkt 6, 38 ust. 5, 41 pkt 7, 48 ust. 2 pkt 6 ustawy.

²⁵⁰ Problematykę tę podejmuje również E. Wiktorowska, „Sprawdzać, ale nie dyskryminować”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005. Por. P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

Przepisy ustawy posługują się również sformułowaniem „**Wykaz oświadczeń i dokumentów**, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”²⁵¹. Wykaz ten (czy „informacja” – jak w rozporządzeniu²⁵²) to nic innego, jak zestawienie oświadczeń i dokumentów, jakich żąda zamawiający od wykonawcy w celu zweryfikowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykaz taki musi być wynikiem prawidłowo opisanych warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia.

5) Przykłady z orzecznictwa

Opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w praktyce może okazać się trudne. Nie da się określić kryteriów, które mogą mieć zastosowanie do wszystkich postępowań, bowiem jest to czynnik zindywidualizowany i będący pochodną przedmiotu zamówienia publicznego oraz jego zakresu. Z reguły skutkować to będzie tym, iż określone przez zamawiającego kryteria znajdują zastosowanie w jednym postępowaniu, w innym zaś spotkać się mogą z zarzutem naruszenia zasad ustawy²⁵³. Tytułem przykładu poniżej kilka wybranych orzeczeń.

Zamówienia tożsame, takie same, podobne lub zbliżone

W praktyce zamówień publicznych zaobserwować można sformułowania: „zamówienia tożsame”, „zamówienia takie same”, „zamówienia podobne”, „zamówienia zbliżone”²⁵⁴, co rodzi pytanie o prawidłowość używanych sformułowań.

Sąd okręgowy uznał, iż wymóg wykazania świadczenia w określonym okresie co najmniej dwóch **tożsamych** z przedmiotem zamówienia publicznego usług na rzecz placówek służby zdrowia odnosił się w jednakowym stopniu do wszystkich potencjalnych wykonawców. Nie było więc podmiotów, które z tego wymogu byłyby zwolnione czy też które byłyby obciążone dodatkowymi, w porównaniu z innymi, wymaganiami. Argumentacja, że takie sformułowanie wyłącza podmioty od udziału w postępowaniu w szerszym zakresie, niż to przewidział ustawodawca, a zatem w sposób sprzeczny z ustawą, jest w ocenie sądu chybiona. Podkreślić należy, że zaostrenie wymagań co do kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia wyko-

²⁵¹ Patrz np. art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy.

²⁵² Rozporządzenie z 22 maja 2006 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 609).

²⁵³ Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” – opinia jest dostępna na stronie www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

²⁵⁴ Problematykę warunków udziału w postępowaniu w kontekście używanych przez zamawiających pojęć: „tożsame”, „podobny”, „zbliżony” podejmuje A. Olszowska, „Problemy z definicją”, Przetargi Publiczne, styczeń 2006.

nawców było adekwatne do przedmiotu zamówienia. Nie był to niczym nieuzasadniony zapis, umieszczony przez zamawiającego w celu ograniczenia potencjalnych wykonawców. Przeciwnie, żywienie w szpitalu wymaga szczególnej staranności i wiedzy, a zatem zamawiający miał prawo wybierać wykonawców tylko spośród podmiotów dysponujących doświadczeniem w tym zakresie²⁵⁵.

W innym orzeczeniu Sąd Okręgowy stwierdził, iż wymaganie wykazania przez wykonawcę „**takich samych zamówień**” co przedmiot zamówienia publicznego nie narusza przepisu art. 7 ani art. 22 ust. 2 ustawy, natomiast żądanie, aby o zamówienie publiczne mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia publicznego, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy²⁵⁶.

Należy zauważyć, iż aktualnie obowiązujące rozporządzenie z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów zawiera sformułowanie „dostaw, usług lub robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem dostawom, usługom lub robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego”. Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania **związane i proporcjonalne** do przedmiotu zamówienia publicznego”²⁵⁷. Zasadny wydaje się wniosek, iż użycie wyrazów „zamówienia tożsame”, „zamówienia takie same” należy uznać za nadmierne ograniczające możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego²⁵⁸.

W orzecznictwie Zespołów Arbitrów dopuszcza się możliwość posługiwania się wyrazami „zamówienia podobne” lub „zamówienia zbliżone”²⁵⁹. Co więcej, stwierdza się, iż zamawiający, na okoliczność weryfikowania posiadania przez wykonawców wymaganego doświadczenia, powinien posługiwać się zamiast sformułowaniem „zamówień takich samych” sformułowaniem „**zamówień podobnych**”, z tym jednak zastrzeżeniem, iż zamawiający powinien wskazać, co rozumie pod tym pojęciem²⁶⁰. Powyższe zastrzeżenie odnieść można do sformułowania: „dostaw, usług lub robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom, usługom lub robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego”, którym posługuje się rozporządzenie z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów²⁶¹.

²⁵⁵ Wyrok SO w Łodzi z 8.08.2005 r., sygn. akt III Ca 642/05.

²⁵⁶ Wyrok SO Warszawa – Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05.

²⁵⁷ Zob. art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE.

²⁵⁸ Por. np. wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-648/05.

²⁵⁹ Por. np. wyrok ZA z 9.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1238/05 (wyrok niepublikowany, podano za wyrokiem SO Warszawa – Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05).

²⁶⁰ Wyrok ZA z 9.06.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1238/05 (wyrok niepublikowany, podano za wyrokiem SO Warszawa – Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05). W zakresie obowiązku zamawiającego wskazania, co rozumie przez zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia publicznego, patrz również w wyroku ZA z 7.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1203/05.

²⁶¹ Por. S. Wikariak, „Rzeczpospolita” z 11.07.2006 r. i podane tam wyroki ZA z 5.07.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1907/06 oraz z 3.07.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1881/06.

Zamówienia o określonej wartości

W orzecznictwie przeważa pogląd, iż wymaganie polegające na wykazaniu zrealizowania zamówień o określonej wartości jest niezgodne z przepisami ustawy oraz rozporządzeniem z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentów²⁶².

Inaczej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²⁶³, gdzie wymaganie wykazania wykonania zamówień o określonej wartości jest dopuszczalne. Pogląd ten aktualny jest również na gruncie Prawa zamówień publicznych, a tym bardziej obowiązującego rozporządzenia z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, które *expressis verbis* stanowi o możliwości wymagania przez zamawiającego od wykonawców wykazania „dostaw, usług lub robot budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i **wartością** dostawom, usługom lub robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego, **wraz z podaniem ich wartości**”.

Wymagania proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego

Zamawiający nie może określać minimalnych wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego.

Innymi słowy, sformułowane wymagania nie mogą być nadmierne (czyli takie, że uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego wykonania) lub niewystarczające (czyli takie, że umożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom niezdolnym do jego wykonania).

Zespół Arbitrów stwierdził, iż zamawiający ma swobodę kształtowania warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy, o ile warunki te pozostają w ścisłym związku z samym zamówieniem i celem, jaki przez zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający. Jeżeli więc określony warunek jest w stanie spełnić tylko jeden wykonawca, nie musi to automatycznie oznaczać naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tak więc warunek 40 000 nakładu lokalnej gazety jest uzasadniony celem, jaki poprzez publikację swoich ogłoszeń chce osiągnąć zamawiający i dotrzeć z zawartymi w tych ogłoszeniach informacjami do możliwie jak najszerszego kręgu odbiorców na terenie miasta. Gdyby zamówienie uzyskał podmiot, który może nawet zaferować niższą cenę, gwarantujący stosunkowo niski nakład, to nie zostałby zrealizowany cel zamierzony przez zamawiającego²⁶⁴.

²⁶² Por. np. wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-648/05 oraz wyrok ZA z 25.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1085/05. Inaczej wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-52/05.

²⁶³ Orzeczenie ETS w sprawie C-27-29/86. Zob. A. Sołtysińska, „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze 2006, str. 340.

²⁶⁴ Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-547/05.

Wymóg, aby wykonawcy potwierdzili wdrożenie określonego systemu w co najmniej trzech urzędach miejskich w miastach powyżej 70 000 mieszkańców, obejmującego co najmniej 100 stanowisk komputerowych, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy. Art. 22 ust. 1 ustawy stanowi tylko, że wykonawcy powinni mieć niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia publicznego. Przedstawienie warunków dotyczących liczby mieszkańców, a zwłaszcza ograniczenia dokonanych przez wykonawców wdrożeń tylko do urzędów miejskich, nie ma uzasadnienia w specyfice i charakterze zamówienia, jeżeli zamówienie dotyczy programu o charakterze uniwersalnym²⁶⁵.

Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy

W praktyce zamówień publicznych znaczne trudności stwarza wybór metody pozwalającej na zweryfikowanie, czy wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego. W piśmiennictwie wskazuje się, że właściwą metodą może być badanie zdolności kredytowej wykonawcy lub wysokości posiadanych środków finansowych²⁶⁶. Innym sposobem jest badanie wskaźników finansowych wykonawcy, najczęściej wskaźnika bieżącej płynności finansowej wykonawcy²⁶⁷. Zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie wskazuje się, iż **wskaźnik bieżącej płynności finansowej wykonawcy na poziomie 1,2 jest wystarczający do uznania, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego**²⁶⁸. Nie wyklucza to sytuacji, że w warunkach danego zamówienia publicznego za wystarczający uznany będzie wskaźnik niższy, a w określonych przypadkach wymagany będzie wskaźnik wyższy. Określenie poziomu wskaźnika bieżącej płynności finansowej powinno być zawsze wynikiem zbadania, jakim poziomem tego wskaźnika powinien legitymować się wykonawca, aby uznać, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie danego zamówienia publicznego.

Wskaźnik bieżącej płynności finansowej

Sąd okręgowy stwierdził, iż zamawiający może domagać się od wykonawców informacji dotyczącej wskaźnika bieżącej płynności finansowej w ostatnim roku obrotowym. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej obrazuje zdolność wykonawcy do regulowania zobowiązań krótkoterminowych w okresie spłaty

²⁶⁵ Wyrok ZA z 21.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-744/05.

²⁶⁶ E. Niewiadomska, „Warunki z ograniczeniem”, Monitor Zamówień Publicznych nr 12/2004.

²⁶⁷ Problematykę badania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy za pomocą wskaźników finansowych omawia Z. Raczkiewicz, „Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2006.

²⁶⁸ W ocenie Z. Koszarzewskiego wskaźnik bieżącej płynności finansowej nie powinien być mniejszy niż 1 za ostatni rok obrachunkowy. Z. Koszarzewski, „Dokumenty – sprawozdanie finansowe”, Doradca nr 11/2005.

nieprzekraczającym roku. Stanowi bowiem stosunek majątku obrotowego firmy do wysokości bieżących zobowiązań krótkoterminowych. W piśmiennictwie ekonomicznym przyjmuje się, że wskaźnik bieżącej płynności finansowej powinien oscylować w granicach od 1,6 do 1,9 dla zapewnienia prawidłowej działalności firmy bez narażenia jej na ryzyko trudności w bieżącej spłacie zobowiązań wobec kontrahentów oraz banków. Wartość zamówienia w chwili ogłoszenia przetargu wyniosła ponad 54 500 000 zł netto. Czas wykonania zadania ustalony został na 18 miesięcy. Przewidziane w SIWZ zabezpieczenie w postaci posiadania przez wykonawcę środków finansowych na realizację zamówienia w wysokości 14 000 000 zł stanowi mniej niż 1/4 wartości brutto kosztów przebudowy. W tych okolicznościach postawienie wykonawcom przez zamawiającego wymagania w postaci wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie co najmniej 1,2 nie może być uznane za sprzeczne z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej w ostatnim roku obrotowym na poziomie co najmniej 1,2 ze względu na rozmiary zadania jest jednym z obiektywnych czynników decydujących o zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego o wartości przewyższającej 66 000 000 zł brutto. W tym znaczeniu postawienie wymagania posiadania wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie 1,2 w ostatnim roku obrotowym nie stanowi również naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji²⁶⁹.

Przychód netto

Innym wskaźnikiem finansowym służącym do badania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy jest przychód netto. W ocenie Zespołu Arbitrów wymóg wykazania się posiadaniem rocznych przychodów netto ze sprzedaży w ostatnich trzech latach w określonej wysokości jest uzasadniony, biorąc pod uwagę potrzeby zamawiającego wynikające ze specyfiki zamówienia, jego złożoności, czasu trwania i nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy²⁷⁰. W piśmiennictwie wskazuje się, iż wskaźnik ten powinien być co najmniej dodatni²⁷¹. W ocenie ekspertów Banku Światowego, aby uznać podmiot za zdolny do realizacji danego zamówienia, należy przyjąć, że jego sprzedaż netto musi być dwukrotnie większa od wartości planowanej inwestycji, jeżeli jej realizacja trwa jeden rok²⁷². Jednocześnie w piśmiennictwie wskazuje się, iż zamawiający ma możliwość uwzględnienia zmian sytuacji finansowej wykonawców w ciągu ostatnich trzech lat poprzez badanie średniego przychodu w tym okresie²⁷³.

²⁶⁹ Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 20.12.2005 r.

²⁷⁰ Wyrok ZA z 21. 01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-52/05.

²⁷¹ Por. Z. Rączkiewicz, „Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2006.

²⁷² Por. Z. Kosarzewski, „Dokumenty – sprawozdanie finansowe”, Doradca nr 11/2005.

²⁷³ Jw.

Zysk

W praktyce zamówień publicznych dość często można spotkać sytuacje stawiania wykonawcom wymogu wykazania się zyskiem. Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie w zasadzie jednolicie przyjmuje się, iż **wymóg wykazania się zyskiem jest niezgodny z przepisami ustawy**²⁷⁴.

Niemniej jednak w tych orzeczeniach, które dopuszczają możliwość wymagania wykazania przez wykonawcę zysku, podkreśla się, iż zamawiający, formułując taki wymóg, powinien wykazać, iż nieosiągnięcie zysku uzasadnia obawy co do potencjału ekonomicznego i finansowego wykonawcy. Ponadto zamawiający powinien mieć pewność, że nie wykluczy tych wykonawców, którzy pomimo osiągnięcia ujemnego wyniku finansowego byłiby w stanie wykonać zamówienie publiczne²⁷⁵.

6) Opis warunków udziału w postępowaniu już w ogłoszeniu

Zamawiający jest obowiązany do zawarcia już w ogłoszeniu opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania, a w przypadku przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego – również podania znaczenia warunków. Podyktowane jest to tym, iż wykonawcy powinni mieć możliwość dokonania oceny i podjęcia decyzji co do udziału w postępowaniu już w jego pierwszej fazie²⁷⁶.

Zawarcie w ogłoszeniu odesłania do SIWZ, która określa warunki udziału w postępowaniu, jest niezgodne z ustawą²⁷⁷.

7) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne

Uprawnienie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje z mocy ustawy. Oznacza to, iż do skorzystania z tego uprawnienia nie jest wymagana zgoda zamawiającego. Zamawiający nie może wyłączyć tego uprawnienia, a ewentualne zastrzeżenia w tym zakresie (np. poczynione przez zamawiającego w SIWZ) będą niezgodne z ustawą.

Przepisy ustawy poza zakresem swojej regulacji pozostawiają zasady nawiązywania porozumień celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego czy tworzenia w tym celu określonych form prawnych. Oznacza to, iż **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mogą**

²⁷⁴ Por. np. wyrok ZA z 25.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-79/05. Inaczej w wyroku ZA z 23.06.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1025/04.

²⁷⁵ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-500/05.

²⁷⁶ Por. np. wyrok SO w Warszawie z 3.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1163/05.

²⁷⁷ Por. np. wyrok ZA z 28.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3520/05.

przybrać formę prawną, która w ich ocenie najlepiej będzie odpowiadała ich interesom. Co więcej, przepisy ustawy, inaczej niż dyrektywa²⁷⁸, nie wymagają przybrania określonej formy prawnej nawet po udzieleniu zamówienia publicznego. Przepis art. 23 ust. 4 ustawy stanowi bowiem, iż zamawiający może żądać, po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę wykonawców, którym będzie udzielone zamówienie publiczne. Z przepisu tego można wyprowadzić następujące spostrzeżenia: **po pierwsze**, zamawiający ma możliwość żądania umowy regulującej współpracę wykonawców, nie jest to jednak jego obowiązkiem, **po drugie**, może to uczynić wyłącznie w okresie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego i wreszcie, **po trzecie**, zamawiający może sformułować takie żądanie wyłącznie w stosunku do tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, których oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą²⁷⁹.

Przepis art. 23 ust. 4 ustawy nie stawia też żadnych wymagań co do treści i formy umowy regulującej współpracę wykonawców²⁸⁰.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego najczęściej będą przybierać formę **konsorcjum**²⁸¹ oraz **spółki cywilnej**²⁸² lub zawierając stosowne porozumienia²⁸³ (umowy) regulujące ich współpracę w przedmiocie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, czy nawet jego realizacji.

Pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

²⁷⁸ Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE zamawiający może wymagać od wykonawców, którym udzielono zamówienia publicznego, przybrania określonej formy prawnej w zakresie, w jakim jest to niezbędne do jego należytego wykonania.

²⁷⁹ Por. P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

²⁸⁰ Wymagania takie mogą stawiać przepisy innych ustaw, np. przepis art. 860 ust. 2 Kodeksu cywilnego, stanowiący, iż umowa spółki cywilnej powinna być stwierdzona pismem.

²⁸¹ Możliwość tworzenia konsorcjów wynika z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Istota konsorcjum sprowadza się do zobowiązania konsorcjantów do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie konsorcjum działań.

²⁸² Patrz przepis art. 860 i n. Kodeksu cywilnego. Istota spółki cywilnej sprowadza się do zobowiązania wspólników do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. W orzecznictwie i piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż spółka cywilna nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, wykonawcą jest każdy z jej wspólników. Por. np. wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-594/05. Cechą odróżniającą spółkę cywilną od konsorcjum jest wniesienie wkładów oraz powstanie wspólnego majątku. Por. np. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05. P. Wierzbicki podkreśla, iż wniesienie wkładów nie jest koniecznym elementem spółki cywilnej, P. Wierzbicki, „W grupie łatwiej spełnić warunki”, Prawo Zamówień Publicznych.

²⁸³ Za wystarczające należy uznać podpisanie listu intencyjnego. Por. np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są obowiązani ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, iż zamawiający powinien domagać się przedstawienia pełnomocnictwa w celu ustalenia podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu wykonawców²⁸⁴.

Przepis art. 23 ust. 2 ustawy określa dwa możliwe rodzaje pełnomocnictw – węższe, obejmujące jedynie reprezentację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz szersze – obejmujące dodatkowo umocowanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego²⁸⁵. W piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mogą ustanowić pełnomocnikiem np. jednego z nich lub podmiot spoza grona tych wykonawców.**

Ustanowienie pełnomocnika może być dokonane w umowie regulującej współpracę wykonawców czy w odrębnym dokumencie pełnomocnictwa. Należy przyjąć, iż wskazane sposoby są dopuszczalne, co więcej, przepisy ustawy nie wykluczają umocowania podmiotu spoza grona wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w dokumencie regulującym ich współpracę.

W orzecznictwie i piśmiennictwie pojawiają się rozbieżności, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego będący spółką cywilną są obowiązani do ustanowienia pełnomocnika²⁸⁶.

Należy stwierdzić, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są obowiązani do ustanowienia pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy. Celem tego przepisu jest bowiem ochrona zamawiającego polegająca na zapewnieniu skuteczności jego czynnościom. Dokonując czynności względem pełnomocnika, wywiera ona skutek względem wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustanowienie pełnomocnika, w tym spoza grona wykonawców²⁸⁷, nie pozbawia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego lub tych z nich, którzy są należycie umocowani, do dokonywania określonych czynności.

²⁸⁴ Por. np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05) oraz M. Płuzański, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. BECK, Warszawa 2005, str. 111.

²⁸⁵ Postanowienie SO w Białymstoku z 24.05.2005 r., sygn. akt II Ca 239/05.

²⁸⁶ Por. np. wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-594/05, w którym ustanowienie pełnomocnika oraz złożenie pełnomocnictwa zamawiającemu ZA uznał za konieczne. Odmienne w wyroku SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

²⁸⁷ Por. M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze, Warszawa 2005, str. 117.

W przypadku spółki cywilnej źródła uprawnienia do reprezentacji spółki cywilnej, jakie przysługuje każdemu ze wspólników spółki, należy upatrywać nie w instytucji pełnomocnictwa, lecz przedstawicielstwa ustawowego²⁸⁸. Uprawnienie do reprezentowania spółki cywilnej, w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników, przysługuje każdemu ze wspólników, w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw (patrz art. 866 Kodeksu cywilnego). Każdy ze wspólników może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki (art. 865 § 2 Kodeksu cywilnego). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników wykonać czynność nagłą, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty (art. 865 § 2 Kodeksu cywilnego). W tym też kontekście powinny być oceniane czynności podejmowane przez poszczególnych wspólników, np. złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożenie oferty, wniesienie środka ochrony prawnej czy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Te z nich, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki czy mają charakter czynności nagłej, mogą być podejmowane przez każdego ze wspólników (chyba że umowa spółki cywilnej lub uchwała wspólników stanowi inaczej). Pozostałe, tj. przekraczające zakres zwykłych czynności spółki, wymagają uchwały wspólników lub odpowiedniej wzmianki w umowie spółki cywilnej upoważniającej określonego wspólnika lub wspólników do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłych czynności spółki. Dopuszczalne jest również ustanowienie osoby trzeciej pełnomocnikiem spółki cywilnej. Ponieważ różnorodna możliwość regulacji sposobu reprezentowania spółki cywilnej stwarza wobec zamawiającego ryzyko dokonania czynności z osobą nieuprawnioną do reprezentacji tej spółki, zamawiający powinien żądać wykazania stosownego umocowania (umowy spółki cywilnej, uchwały wspólników, a w przypadku osoby trzeciej działającej jako pełnomocnik spółki cywilnej – pełnomocnictwa)²⁸⁹. Ryzyko to minimalizuje przepis art. 23 ust. 2 ustawy. W odniesieniu do spółki cywilnej w ten sposób, iż wspólnicy w odpowiedniej uchwale (chyba że stosowna wzmianka jest poczyniona w umowie spółki cywilnej) powinni wskazać jednego z nich jako właściwego do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub ustanowić na tę okoliczność pełnomocnikiem osobę trzecią. Niemniej jednak brak takiej uchwały lub pełnomocnictwa dla osoby trzeciej oznacza, że zastosowanie mają powołane wyżej przepisy art. 865 i 866 Kodeksu cywilnego²⁹⁰. Te z kolei związane są z koniecznością poczynienia oceny, czy czynność dokonana przez wspólnika spółki cywilnej nie przekracza zakresu zwykłych czynności spółki lub czy ma charakter czynności nagłej²⁹¹.

²⁸⁸ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 13.10.2000 r. w sprawie II KKN 298/00 (LEX nr 52570), por. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

²⁸⁹ Zwraca na to uwagę K. Pietrzykowski w: „Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II.”, pod red. K. Pietrzykowskiego, C. H. BECK, Warszawa 1998, str. 508.

²⁹⁰ P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

²⁹¹ Więcej na ten temat G. Wicik, „Pytania i odpowiedzi. Zakres pełnomocnictwa”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005 oraz P. Wierzbicki, „W grupie łatwiej spełnić warunki”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005.

Nieco inne stanowisko zajmuje P. Wierzbicki, którego zdaniem pełnomocniczo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy, stanowi *lex specialis* w stosunku do zasad reprezentacji spółki cywilnej zawartych w art. 865 i 866 Kodeksu cywilnego²⁹².

Wspólne spełnianie warunków udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest obowiązany brać pod uwagę i sumować potencjały tych wykonawców. W orzecznictwie i piśmiennictwie w zasadzie jednolicie przyjmuje się, iż **warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy bada się, sumując potencjały wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego**²⁹³. Sporne w orzecznictwie i piśmiennictwie jest natomiast to, czy warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy jest obowiązany spełnić każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, czy należy badać spełnianie tego warunku, sumując potencjały wszystkich wykonawców. Na tym tle zarysowują się dwie koncepcje. Według pierwszej warunek określony w art. 22 ust. 1 ustawy sprawdza się u każdego z wykonawców odrębnie²⁹⁴; zgodnie z drugą – bada się, sumując potencjały wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne²⁹⁵.

Rozbieżności w orzecznictwie

W orzecznictwie spotkać można wypowiedzi wpisujące się zarówno w koncepcję pierwszą, jak i drugą. Tytułem przykładu kilka wybranych orzeczeń.

Zespół Arbitrów uznał, iż przepis art. 23 ust. 3 ustawy należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną stanowiącą, iż spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum²⁹⁶. Postawienie przez zamawiającego warunku w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, iż jeden z nich – lider – musi wypełniać postawione warunki co najmniej w 50%, narusza

²⁹² P. Wierzbicki, „W grupie łatwiej spełnić warunki”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005.

²⁹³ Por. np. wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-119/05 oraz P. Wierzbicki, „W grupie łatwiej spełnić warunki”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005 i wskazany tam wyrok ZA z 9.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-867/05.

²⁹⁴ Tak np. E. Niewiadomska, „Warunki z ograniczeniem”, Monitor Zamówień Publicznych nr 12/2004, B. Wysocka, „Jakich dokumentów może żądać zamawiający”, Doradca nr 5/2004. Por. np. wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-44/05.

²⁹⁵ Tak np. S. Wikariak i G. Wicik, „Firmy, łączcie się w konsorcja”, Rzeczpospolita 24.06.2004 r. Por. np. wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05.

²⁹⁶ Por. np. wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-34/05.

zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Takie postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego²⁹⁷.

Inaczej natomiast w orzeczeniu, w którym Zespół Arbitrów stwierdził, iż do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza tyle, że każdy uczestnik musi udokumentować, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności – art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, natomiast przy ocenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i potencjał kadrowy oraz kwalifikacje, doświadczenie i sytuację ekonomiczną wykonawców²⁹⁸.

Wymóg dotyczący posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie określonym przez zamawiającego został spełniony przez odwołującego, bowiem wystarczy spełnienie tego warunku przez choćby jednego uczestnika konsorcjum. Żądanie od każdego z członków konsorcjum spełnienia oddzielnie warunku dotyczącego wykazania się odpowiednim doświadczeniem i referencjami byłoby nieuprawnionym ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji. Oczywiście jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni być względem siebie komplementarni i spełnienie warunku przez jednego powinno być traktowane jako spełnienie warunku przez konsorcjum²⁹⁹.

Co do zasady należy przyjmować, że w odniesieniu do konsorcjum warunki udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy, powinny zostać spełnione łącznie przez członków tego konsorcjum. Zdaniem sądu rację ma jednak skarżący, wskazując, że na gruncie regulacji Prawa zamówień publicznych dotyczącej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, która jest ogólnikowa i dość lakoniczna (art. 23 ustawy), nie można wykluczyć uprawnienia zamawiającego do doprecyzowania wymogów w odniesieniu do wykonawców działających wspólnie przede wszystkim w zakresie warunków, które nie mogą podlegać prostemu sumowaniu. Słusznie podniesiono w skardze, że w przypadku specjalistycznych robót budowlanych nie można przeprowadzać prostego sumowania prac zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum co do ich zakresu i wartości jako mającego przekładać się na posiadane doświadczenie, podobnie – kluczowej kadry z odpowiednim doświadczeniem zawodowym³⁰⁰.

W ocenie autora, jeżeli chodzi o warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, należy przyjąć, iż warunek ten sprawdza się u każdego z wykonawców odrębnie, w tym sensie, że wykonawca, który będzie wykonywał część zamó-

²⁹⁷ Wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05.

²⁹⁸ Wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-44/05.

²⁹⁹ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-119/05.

³⁰⁰ Wyrok SO w Warszawie z 10.10.2005 r., sygn. akt V Ca 428/05.

wienia publicznego, do wykonywania której ustawy nakładają obowiązek posiadania uprawnień, jest obowiązany te uprawnienia posiadać³⁰¹. Jednocześnie należy podzielić pogląd, iż warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2–3 ustawy, bada się, sumując potencjały wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Możliwym sposobem wyeliminowania wyżej przedstawionych wątpliwości, jest postulat wyrażany w piśmiennictwie, aby zamawiający wskazywał warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego³⁰².

W orzecznictwie i piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż w zakresie spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, **jest niedopuszczalne, aby zamówienie publiczne było realizowane przez wykonawców działających wspólnie, z których choćby jeden podlega wykluczeniu**. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne³⁰³.

8) Zakaz zmiany warunków udziału w postępowaniu

Stosownie do art. 38 ust. 5 ustawy, modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Zmiana warunków udziału w postępowaniu z mocy ustawy stanowi naruszenie przewidzianego wprost w ustawie zakazu. Naruszenie tego zakazu należałoby ocenić jako naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania, wprowadzenie innych niż wskazane w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu ich oceny, zawsze bowiem spowoduje, że na rynku pozostaną podmioty, które nie miały możliwości dokonania, w warunkach uczciwej konkurencji, samodzielnej oceny, czy podane warunki są w stanie spełnić czy też nie i dokonania ostatecznej decyzji o przystąpieniu do udziału w postępowaniu. Dokonanie wyboru oferty w sytuacji, gdy doszło do zmiany warunków udziału w postępowaniu, stanowiłoby zatem rażące naruszenie ustawy i powoduje, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co winno skutkować z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy unieważnieniem postępowania³⁰⁴.

Więcej na temat zakazu zmiany warunków udziału w postępowaniu w Rozdziale 6. – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (pkt III).

³⁰¹ Por. P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

³⁰² Por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod. red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004, str. 101. Zasadne jest, aby wykonawcy, w procedurze zgłaszania pytań i wniosków o wyjaśnienia, wnosili o doprecyzowanie wymogów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego; tamże, str. 101.

³⁰³ Por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod. red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004, str. 102. Por. również wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-44/05.

³⁰⁴ Wyrok SO w Gliwicach z 10.06.2005 r., sygn. akt X Ga 109/05/P1.

II. Oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia publicznego jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, natomiast może żądać dokumentów, jeśli wartość zamówienia publicznego jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zwraca uwagę, iż przepis art. 26 ust. 1 i 2 ustawy nie dotyczy oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Oznacza to, iż w tym przypadku zastosowanie znajdzie reguła zawarta w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, ale wyłącznie tych, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Każdy wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu i to **na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia faktu spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu**³⁰⁵. Sposobem udowodnienia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu są składane na żądanie zamawiającego dokumenty oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu³⁰⁶.

³⁰⁵ Wyrok z ZA z 24.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1062/05.

³⁰⁶ Będą to oświadczenia i dokumenty, jakich żąda zamawiający, na podstawie art. 25 i 26 ustawy, od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasadnym jest postawienie pytania, czy wykonawca może złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu inne, niż wymagane przez zamawiającego, oświadczenia i dokumenty? Należy stwierdzić, że nawet gdyby wykonawca złożył oświadczenia i dokumenty niewymagane przez zamawiającego, to zamawiający nie może na ich podstawie stwierdzić, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika co najmniej z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy, który stanowi o tym, iż zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert, które oświadczenia i dokumenty uzna za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście zamawiający czerpie z katalogu dokumentów określonego rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Powyższe nie wyklucza możliwości stwierdzenia przez zamawiającego, na podstawie dodatkowo złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, iż ten ostatni nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, np. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

1) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

Wykonawca jest obowiązany do złożenia oświadczenia niezależnie od wartości zamówienia publicznego³⁰⁷. Przepis art. 44 ustawy nie nakłada obowiązku złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wedle ustawowo określonej formuły. Przyjmuje się, iż **treść oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu powinna odnosić się do treści przepisu art. 22 ust. 1 ustawy**³⁰⁸.

Oświadczenia składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie wykształcił się pogląd, iż **w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego każdy z nich jest obowiązany do złożenia oświadczenia w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu**, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. niepodlegania wykluczeniu z postępowania³⁰⁹. Stanowisko takie jest konsekwencją uznania, iż jest niedopuszczalne, aby zamówienie publiczne było realizowane przez wykonawców działających wspólnie, z których choćby jeden podlega wykluczeniu³¹⁰.

Wątpliwości budzi natomiast kwestia złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy. Zdaniem M. Płużańskiego powinno wystarczyć jedno oświadczenie złożone przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego³¹¹.

Zdaniem autora należy przyjąć, iż oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu powinno być składane w zakresie poszczególnych warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy, przez tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy spełniają dany warunek. Innymi słowy, jeżeli dany warunek spełnia wyłącznie jeden z wykonawców, to w tym zakresie ten wykonawca składa oświadczenie, jeżeli natomiast dany warunek wykonawcy spełniają łącznie – oświadczenie składanie jest wspólnie przez tych wykonawców.

2) Zakres dokumentów

Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów określają katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. W piśmiennictwie i orzecznictwie można znaleźć poglądy dopuszczające możliwość żądania przez zamawia-

³⁰⁷ Wyrok SO w Gliwicach z 7.01.2005 r., sygn. akt X Ga 218/04/P1.

³⁰⁸ Wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05.

³⁰⁹ Por. np. wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-44/05.

³¹⁰ Jw.

³¹¹ M. Płużański, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. BECK, Warszawa 2005, str. 112.

jącego innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, o ile oczywiście, dokumenty te są niezbędne do przeprowadzenia postępowania³¹². Przeważa jednak pogląd, w myśl którego **zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, pod warunkiem iż są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania**³¹³. Twierdzeniu temu nie przeczy możliwości żądania, na podstawie art. 23 ust. 4 ustawy, umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, o ile zachodzą okoliczności określone tym przepisem.

W piśmiennictwie i orzecznictwie stwierdza się, iż rozporządzenie w sprawie dokumentów wymienia maksymalny zakres dokumentów, jakich może żądać zamawiający, niemniej jednak to do zamawiającego należy określenie, które z nich, jako niezbędne, powinny być złożone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu³¹⁴.

Pogląd powyższy należy skorygować w ten sposób, iż w sytuacji, o której mowa w art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający jest **obowiązany żądać dostarczenia przez wykonawcę wszystkich tych dokumentów, które pozwolą na zweryfikowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu**. Co więcej, w orzecznictwie przyjmuje się, iż nieządanie przez zamawiającego od wykonawców dostarczenia dokumentów, których zamawiający jest obowiązany żądać, np. aktualnej informacji z KRK, stanowi istotne naruszenie ustawy i skutkuje unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³¹⁵. Podobnie w przypadku żądania innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów³¹⁶.

Reasumując, w sytuacji określonej art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający jest obowiązany żądać wszystkich tych, a zarazem wyłącznie tych dokumentów, które pozwolą na zweryfikowanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W piśmiennictwie za niezbędne dokumenty uznaje się dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy³¹⁷. O ile należy zgodzić się co do dokumentów pozwalających na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, o tyle inne dokumenty będą niezbędne do przeprowadzenia postę-

³¹² Por. np. J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. BECK, Warszawa 2004, str. 93.

³¹³ Por. np. wyrok SO w Opolu z 15.09.2004 r., sygn. akt II Ca 529/04.

³¹⁴ Por. np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05, oraz Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

³¹⁵ Por. np. wyrok ZA z 16.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-449/05.

³¹⁶ Por. np. wyrok ZA z 17.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-451/05.

³¹⁷ Opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

powania w sytuacji, kiedy konieczność ich żądania będzie wynikała z opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W przypadku warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, może się zdarzyć tak, iż do wykonania danego zamówienia publicznego nie będzie wymagane posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, bowiem ustawy nie nakładają obowiązku ich posiadania. W takiej sytuacji wystarczającym do potwierdzenia spełniania tego warunku będzie oświadczenie o jego spełnieniu.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż niezgodne z przepisami ustawy jest dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w danym postępowaniu na podstawie dokumentów złożonych w innym postępowaniu³¹⁸. **Niedopuszczalne jest również uzupełnianie dokumentów w innym trybie niż określony w art. 26 ust. 3 ustawy**, np. uzupełnienie danych w postępowaniu przed Zespołem Arbitrów nie może skutkować zmianą oceny dokumentu przez zamawiającego, która dokonuje się z chwilą upływu terminu składania ofert³¹⁹.

3) Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy

W orzecznictwie pojawiło się wiele rozstrzygnięć dotyczących „aktualności” dokumentów. Rozstrzygnięcia te pozwalają na wyprowadzenie spostrzeżenia, iż **za aktualny należy uznać zarówno dokument wystawiony odpowiednio nie wcześniej niż trzy i sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert, jak również dokument wystawiony w okresie wcześniejszym, jeżeli istnienie określonych w nim okoliczności potwierdzone zostało przez właściwy organ w wymaganym terminie.**

Tym samym w sytuacji, w której właściwy organ wystawił dokument np. 12 miesięcy przed terminem składania ofert, ale w terminie wymaganym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów okoliczności określone w dokumencie zostały potwierdzone, dokument taki należy uznać za aktualny. Nie jest natomiast możliwe potwierdzenie okoliczności określonych w dokumencie przez samego zamawiającego³²⁰.

W ocenie Zespołu Arbitrów dla ważności zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie jest istotna data jego wydania, lecz okres, w którym stwierdzona została aktualność zawartych w nim informacji³²¹. Innymi słowy,

³¹⁸ Por. np. wyrok ZA z 16.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-449/05.

³¹⁹ Wyrok SO w Opolu z 6.04.2005 r., sygn. akt II Ca 130/05.

³²⁰ J. Sadowy, „Tylko niezbędne dokumenty”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2004. Por. np. wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2/05 oraz wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-98/05.

³²¹ Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-98/05.

adnotacja na odwrocie zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, dokonana przez właściwy organ, z której jednoznacznie wynika, że dane zawarte w zaświadczeniu są aktualne, spełnia wymóg aktualnego zaświadczenia³²².

Przedłożona przez wykonawcę informacja o aktualności wpisu do ewidencji działalności gospodarczej zawierająca adnotację z nieczytelnym podpisem, bez możliwości jego identyfikacji, nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów³²³.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż w przypadku spółek prawa handlowego zmiany w składzie zarządu są skuteczne z chwilą podjęcia uchwały przez odpowiedni organ. Skuteczność takiej uchwały nie jest uzależniona od dokonania odpowiedniego wpisu w KRS. Wystarczy zatem, że wykonawca dołączy do swojej oferty uchwałę o zmianie zarządu. Wystarczające jest również przedłożenie informacji z KRS dotyczącej urzędującego członka zarządu. Brak takiej informacji dotyczącej osoby figurującej w KRS, ale faktycznie nie będącej członkiem zarządu, nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania³²⁴.

Zespół Arbitrów uznał, iż skoro zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentu stwierdzającego posiadanie i zakres rzeczowy uprawnień osoby przewidzianej na stanowisko kierownika budowy, to przedłożenie przez wykonawcę niekompletnej i niepełnej decyzji organu budowlanego skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania³²⁵.

3) Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego

W orzecznictwie przyjmuje się, iż dokumentami potwierdzającymi, że dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały wykonane należyście, mogą być listy referencyjne, protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Jednocześnie zamawiający nie może żądać, żeby z tych dokumentów wynikało coś więcej poza stwierdzeniem należytego wykonania zamówienia³²⁶.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, są dokumenty potwierdzające, że dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały należyście wykonane. Niedo-

³²² Por. np. wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2/05 oraz wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-98/05.

³²³ Wyrok ZA z 1.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-102/05.

³²⁴ Wyrok ZA z 4.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-367/05.

³²⁵ Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-478/05.

³²⁶ Wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-640/05.

puszczalne jest uznanie protokołów częściowego odbioru robót budowlanych za dokumenty potwierdzające zrealizowanie zamówienia w całości i w efekcie za dokumenty potwierdzające wymagane doświadczenie³²⁷. Podobnie w odniesieniu do dostaw, co do których wykonawca jest w trakcie realizacji. Uznaje się, iż narusza to zasadę uczciwej konkurencji, gdyż nie można sprawdzić, czy dostawy będą zrealizowane w całości w sposób należyty³²⁸.

Aktualnie obowiązujące rozporządzenie z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, w przepisie § 1 ust. 2, stanowi o wykazie wykonanych, **a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych³²⁹ również wykonywanych**, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście.

W ocenie autora zamawiający powinien żądać przedstawienia wykazu dostaw, usług lub robót budowlanych należyście wykonanych. Na to ostatnie w szczególności wskazuje sformułowanie „załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały wykonane należyście”³³⁰.

4) Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego

W orzecznictwie przyjmuje się, iż wymaganie przedłożenia sprawozdania finansowego oznacza, iż chodzi o sprawozdanie finansowe w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Sprawozdanie w rozumieniu tej ustawy składa się z: 1) bilansu, 2) rachunków

³²⁷ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-91/05.

³²⁸ Wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-473/05.

³²⁹ Na temat świadczeń okresowych lub ciągłych zob. G. Wicik i P. Wiśniewski, „Jakie usługi i dostawy trzeba uznać za powtarzające się okresowo”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004 oraz podana tam literatura.

³³⁰ W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych rozporządzenie stanowi o świadczeniach wykonywanych (a jeszcze niewykonanych). Zasadne jest pytanie, czy wykonawca zawsze jest obowiązany załączyć do wykazu (na co wskazuje brzmienie przepisu) dokumenty potwierdzające, że świadczenia te zostały wykonane należyście. Przyjmując, iż nie jest dopuszczalne wykazywanie przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wykazywanie zamówień wykonanych nienależyście, uprawniona jest interpretacja, iż zamawiający powinien zawsze żądać dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Tym samym wątpliwości budzi dopuszczenie przez rozporządzenie, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, wykazania przez wykonawcę świadczeń wykonywanych (a jeszcze niewykonanych). Brak bowiem możliwości potwierdzenia ich należytego wykonania. Chyba żeby przyjąć interpretację, iż wymagane jest potwierdzenie należytego ich wykonywania.

zysków i strat oraz z 3) informacji dodatkowej. Przedłożenie dokumentu sprawozdania finansowego niezawierającego wskazanych elementów powoduje, iż wykonawca nie przedłożył sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy³³¹.

Wykonawcy, którzy na podstawie przepisów odrębnych nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego, mogą w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu złożyć inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. W orzecznictwie wykształcił się pogląd, iż w takim przypadku wykonawca może złożyć wszelkie dokumenty, z tym jednak zastrzeżeniem, iż dokumenty te pozwalają na ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. określają obroty oraz zobowiązania i należności za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres³³².

Jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców przedłożenia sprawozdań finansowych za okres nie dłuższy niż trzy lata, oznacza to, że wykonawca czyni zadość temu wymaganiu, przedkładając sprawozdanie finansowe za okres trzech lat, dwóch lat, a nawet jednego roku. Jednocześnie bez znaczenia jest, jak długo wykonawca prowadzi działalność gospodarczą³³³.

Zespół Arbitrów stwierdził, iż brak wprowadzenia do sprawozdania finansowego zestawienia zmian w kapitale własnym wykonawcy, nie stoi na przeszkodzie dokonania oceny jego sytuacji ekonomicznej i finansowej³³⁴.

W ocenie Zespołu Arbitrów oświadczenie wykonawcy, że „firma nie posiada zobowiązań i pożyczek” nie daje wystarczającej informacji o zobowiązaniach i należnościach wykonawcy³³⁵.

Zamawiający może żądać dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za okres nie dłuższy niż trzy lata obrotowe. Jeżeli zamawiający żąda przedłożenia takich dokumentów za okres pięciu lat, to złożenie przez wykonawcę dokumentów za trzyletni okres, w ocenie Zespołu Arbitrów, należy uznać za wystarczające³³⁶.

³³¹ Por. np. wyrok SO w Warszawie z 22.11.2005 r., sygn. akt V Ca 1541/05 oraz wyroki ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-30/05; z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-477/05; z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-525/05; z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-569/05; z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-644/05; z 20.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-732/05.

³³² Por. np. wyrok SO w Olsztynie z 29.06.2005 r., sygn. akt IX Ca 274/05, wyrok SO w Poznaniu z 14.10.2005 r., sygn. akt II Ca 1355/05.

³³³ Wyrok ZA z 15.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-697/05.

³³⁴ Wyrok ZA z 1.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-102/05.

³³⁵ Wyrok ZA z 14.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-675/05.

³³⁶ Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-558/05.

Zamawiający może żądać informacji banku, w której potwierdza się wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. W orzecznictwie przyjmuje się, iż do zamawiającego należy wybór, jakiego dokumentu żąda³³⁷.

Dokument bankowy stwierdzający średnie wpływy na rachunek bankowy wykonawcy nie jest dokumentem potwierdzającym wysokość posiadanych środków finansowych oraz zdolność kredytową wykonawcy³³⁸.

W przypadku gdy zamawiający żąda przedstawienia przez wykonawcę informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, niewystarczające jest dostarczenie przez wykonawcę wyciągu z rachunku bankowego przedstawiającego wysokość obrotów na tym rachunku³³⁹.

Informacja z banku posługująca się ogólnikowym sformułowaniem „sześciocyfrowa wysokość” nie jest dowodem posiadania środków finansowych na kwotę co najmniej 200 000 zł, skoro kwotą sześciocyfrową jest już 100 000 zł³⁴⁰. Inaczej jest jednak w przypadku braku wymogu wskazania konkretnej kwoty – wówczas wystarczy informacja banku potwierdzająca, iż na rachunku bankowym wykonawcy jest „średnia kwota sześciocyfrowa”³⁴¹.

Sąd uznał za prawidłową opinię banku, w której ten stwierdza, że wykonawca posiada zdolność kredytową, nawet jeżeli bank uzależnia przyznanie kredytu od spełnienia określonych warunków; warunki takie nie odnoszą się do zdolności kredytowej, tylko do przyznania kredytu³⁴².

Dokument, z którego wynika, że bank dokonał analizy zdolności kredytowej i ocenił ją pozytywnie do kwoty 5 000 000 zł, spełnia wymogi określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów³⁴³.

Dokument z banku stwierdzający, że wykonawca „korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 400 000 zł, który obsługiwany jest prawidłowo” spełnia wymogi określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, pomimo że nie zawiera słów „zdolność kredytowa”³⁴⁴.

³³⁷ Wyrok SO w Warszawie z 19.10.2002 r., sygn. akt V Ca 702/02.

³³⁸ Wyrok ZA z 27.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05.

³³⁹ Wyrok ZA z 14.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-443/05.

³⁴⁰ Wyrok SO w Opolu z 6.04.2005 r., sygn. akt II Ca 130/05.

³⁴¹ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-27/05.

³⁴² Wyrok SO Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05.

³⁴³ Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-568/05.

³⁴⁴ Wyrok ZA z 18.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-690/05.

Nie stanowi „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności” oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie³⁴⁵.

Przedstawienie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach spółki cywilnej polisy ubezpieczeniowej, która zawiera tylko nazwę spółki, bez wymienienia jej współników, nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, gdyż spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą. Przedsiębiorcami są wspólnicy i to na ich rzecz powinna być wystawiona polisa³⁴⁶.

5) Cudzoziemcy³⁴⁷

Pod rządami nieobowiązującego już rozporządzenia z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentów wątpliwości budził przepis § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, zgodnie z którym zamawiający może żądać aktualnej informacji z KRK albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy. Wątpliwości te dotyczyły sytuacji, gdy osoba określona przepisem art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy była cudzoziemcem.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych przyjęto, iż wybór dokumentu potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy będzie należał do wykonawcy. W sytuacji, gdy treść SIWZ odpowiada dosłownie treści § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, wymóg potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi jeden z dokumentów, tj. informację z KRK czy też zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia danej osoby³⁴⁸.

Inne stanowisko zajął Sąd Okręgowy, który stwierdził, iż niekaralność cudzoziemca można potwierdzić tylko zaświadczeniem wystawionym przez organ państwa obcego. Wymóg przedłożenia zaświadczenia z KRK dotyczy bowiem obywateli polskich, zaś wymóg przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez organ państwa obcego dotyczy obywateli państw obcych³⁴⁹.

³⁴⁵ Wyrok ZA z 25.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1081/05.

³⁴⁶ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-487/05.

³⁴⁷ Problematykę dokumentów wydawanych na okoliczność potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez właściwe organy następujących państw: Cypr, Czechy, Estonia, Litwa, Łotwa, Malta, Węgry, Słowacja oraz Słowenia omawia Z. Raczkiewicz, „Dowód spełniania warunków”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2005.

³⁴⁸ Opinia UZP „Zasady przedstawiania zaświadczeń o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Ustawy” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

³⁴⁹ Wyrok SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 67/05.

Zagadnienie powyższe porządkuje rozporządzenie z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, które stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy.

6) Czy zamawiający może żądać umowy konsorcjum?

Umową najczęściej regulującą współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest umowa konsorcjum. W piśmiennictwie i orzecznictwie pojawiły się wątpliwości dotyczące możliwości żądania przez zamawiającego umowy konsorcjum.

W jednym z orzeczeń Zespół Arbitrów stwierdził, iż nie można wykluczyć sytuacji, w której umowa konsorcjum z różnych przyczyn okaże się dla zamawiającego niezbędna do przeprowadzenia postępowania i wówczas zamawiający może wyjątkowo żądać jej przedstawienia na podstawie art. 25 ustawy³⁵⁰. W innym orzeczeniu z kolei stwierdził, iż przepisy prawa nie wymagają obligatoryjnego przedkładania umowy konsorcjum przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne³⁵¹.

W piśmiennictwie przeważa pogląd, iż zamawiający nie może żądać przedłożenia od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego umowy konsorcjum. Prócz tego, iż możliwość żądania umowy konsorcjum nie została przewidziana w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, należy zwrócić uwagę, że nie jest to dokument, który mógłby potwierdzać spełnianie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy³⁵².

Po nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r. kwestie możliwości żądania przez zamawiającego umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne określa art. 23 ust. 4 ustawy (o czym była mowa wyżej).

7) Pomocnicy i podwykonawcy

W orzecznictwie przyjmuje się, iż żądanie przez zamawiającego dokumentów od podwykonawców (np. aktualnego odpisu z właściwego rejestru, aktualnej informacji z KRK, zaświadczenia z US czy ZUS) jest pozbawione podstaw prawnych³⁵³. Żądanie, żeby wykonawca dołączył zobowiązanie do współpracy poten-

³⁵⁰ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05.

³⁵¹ Wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-89/05.

³⁵² Tak J. Sadowy, „Tylko niezbędne dokumenty”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2004.

³⁵³ Por. np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05.

cyjnych podwykonawców, również nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy, ani w rozporządzenia w sprawie dokumentów³⁵⁴. Podobny pogląd można sformułować w odniesieniu do pomocników³⁵⁵. Zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, może żądać od wykonawcy wyłącznie wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Nie może natomiast żądać złożenia zobowiązania tych osób i podmiotów, którymi dysponuje wykonawca na okoliczność wykonania zamówienia publicznego³⁵⁶. Analogicznie w przypadku dysponowania narzędziami i urządzeniami.

8) Forma dokumentów

Żądanie przez zamawiającego złożenia aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, bez określenia formy tego dokumentu, nie oznacza dowolności wykonawcy, ponieważ w takim przypadku zastosowanie mają przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepisy te stanowią, iż dokumenty muszą być składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przedłożenie przez wykonawcę wyłącznie kopii [bez poświadczania za zgodność z oryginałem] jest niezgodne z przepisami rozporządzenia³⁵⁷.

9) Wezwanie do uzupełnienia dokumentów

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten uzyskał cytowane brzmienie w wyniku nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy), nie dotyczy natomiast oświadczeń i dokumentów potwierdzających

³⁵⁴ Por. np. wyrok ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-543/05.

³⁵⁵ P. Wiśniewski, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006.

³⁵⁶ Brak możliwości żądania przez zamawiającego takiego dokumentu należy ocenić negatywnie. Wykonawca może bowiem wykazać spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego, wskazując, iż dysponuje osobami, które nie są jego pracownikami, tj. pomocnikami lub podwykonawcami. Co więcej, dyrektywa 2004/18/WE stwarza możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców przedłożenia takich dokumentów. W związku z tym postuluje się de lege ferenda dokonanie zmiany katalogu dokumentów określonych rozporządzeniem w sprawie dokumentów.

³⁵⁷ Wyrok ZA z 7.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-613/05.

spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy)³⁵⁸. **Przepis nie dotyczy również pełnomocnictwa, np. pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy.**

W odniesieniu do oświadczeń przepis stwarza możliwość ich uzupełnienia wyłącznie w sytuacji, kiedy nie zostały one złożone, natomiast w odniesieniu do dokumentów również w sytuacji, kiedy dokumenty zawierają błędy. Zwraca uwagę, iż złożenie oświadczenia zawierającego błędy nie daje możliwości jego uzupełnienia. Takie oświadczenie zamawiający ocenia w takim stanie, w jakim zostało złożone.

Przepis rozróżnia niezłożenie dokumentów oraz złożenie dokumentów zawierających błędy. W ocenie autora uzupełnienie dokumentów polega na złożeniu dokumentów, tj. zarówno tych, które nie zostały fizycznie złożone, jak i tych, które, co prawda, zostały złożone, ale zawierają błędy. Sformułowanie „dokumenty zawierające błędy” należy odnieść do braków formalnych dokumentów (np. dokumenty nieaktualne, złożone w niewłaściwej formie, bez kilku stron, bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem itd.)³⁵⁹.

Przed nowelizacją ustawy z 7 kwietnia 2006 r. w piśmiennictwie³⁶⁰ zaproponowano **reguły stosowania przepisu dotyczącego uzupełnienia dokumentów.** Część tych propozycji, po zaadaptowaniu do aktualnego stanu prawnego, zasługuje na rozważenie.

Po pierwsze, prawo zwrócenia się o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów tylko do wykonawców, którzy ich nie złożyli lub złożyli dokumenty zawierające błędy.

Po drugie, równe traktowanie wykonawców poprzez zwracanie się do wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli oświadczeń i dokumentów lub złożyli dokumenty zawierające błędy.

Po trzecie, prawo do tylko jednokrotnego wystąpienia o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów i wyciąganie konsekwencji ustawowych wobec tych wykonawców, którzy z tego wezwania nie skorzystali.

Po czwarte, zakaz poprawiania złożonych oświadczeń i dokumentów (patrz niżej nt. poprawiania oczywistych omyłek pisarskich).

³⁵⁸ W ocenie autora dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz w § 3 ust. 1 rozporządzenia z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, mające służyć potwierdzeniu, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, przepisy dyrektywy 2004/18/WE zaliczają do katalogu dokumentów służących do weryfikacji potencjału technicznego zamawiającego (a zatem weryfikacji warunków udziału w postępowaniu). Patrz art. 48 dyrektywy 2004/18/WE. Wyłączenie w Pzp tych dokumentów z katalogu dokumentów służących weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu ma swoje konsekwencje. Patrz np. art. 26 ust. 3 ustawy czy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

³⁵⁹ A. Sołtysińska, na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, przyjmuje, iż uzupełnienie dokumentów polega na wprowadzeniu do nich treści, których zabrakło lub na dołączeniu właściwych załączników lub poświadczeń, A. Sołtysińska, „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze 2006, str. 390.

³⁶⁰ J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. BECK, Warszawa 2004, str. 92.

Po piąte, zakaz zwracania się o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów do wykonawców, których złożone oświadczenia i dokumenty wskazują na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Po szóste, zakaz zwracania się o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, jeżeli mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów dopuszczają jedynie przedłożenie dokumentu wystawionego nie wcześniej niż odpowiednio trzy i sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert, natomiast nie przewidują możliwości składania dokumentów wystawionych po terminie składania ofert, nawet w sytuacji, o której mowa w art. 26 ust 3 ustawy³⁶¹. Zespół Arbitrów uznał, iż przedłożony przez odwołującego dokument, wystawiony już po terminie składania ofert, nie jest dokumentem potwierdzającym, iż sąd nie orzekł wobec odwołującego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Może być bowiem tak, iż odwołujący w terminie składania ofert figurował w KRK, jednakże do dnia wystawienia dokumentu kara uległa zatarciu³⁶².

W ocenie autora pogląd ten należy skorygować w ten sposób, iż za dopuszczalne trzeba uznać, w sytuacji, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, dostarczenie przez wykonawcę oświadczenia lub dokumentu wystawionego po wezwaniu przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o ile ze złożonych oświadczeń i dokumentów będzie jednoznacznie wynikało, iż potwierdzają okoliczności w nich zawarte już od dnia składania ofert (lub np. w przypadku przetargu ograniczonego – od dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)³⁶³.

10) Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich w dokumentach

Stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie. Na tym tle w orzecznictwie pojawiły się rozbieżności co do możliwości poprawiania przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich zawartych w dokumentach składanych przez wykonawców na okoliczność potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie spotkać można poglądy dopuszczające³⁶⁴ taką możliwość, jak i ją wykluczające³⁶⁵. Rozbieżności te są pochodną różnego rozumienia, w orzecznictwie i piśmiennictwie, pojęcia oferty. Według jednych ofertę rozumie się zgodnie z przepisem art. 66

³⁶¹ Wyrok ZA z 29.06.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-517/05.

³⁶² Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-517/05.

³⁶³ Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego już od dnia składania ofert. Patrz art. 22 ust. 1 ustawy, który *expressis verbis* stanowi, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu.

³⁶⁴ Por. np. wyrok SO w Zielonej Górze z 9.09.2005 r., sygn. akt II Ca 364/05.

³⁶⁵ Por. np. wyrok SO w Gliwicach z 26.04.2005 r., sygn. akt III Ca 201/05.

§ 1 Kodeksu cywilnego, według innych – jako całość dokumentacji składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie, że ofertą jest całość dokumentacji składanej przez wykonawcę, nie wyklucza twierdzenia, iż przepis art. 87 ust. 2 ustawy stanowi o poprawianiu przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich zawartych w dokumentach. Podobnie w odniesieniu do oświadczeń.

Więcej na temat poprawiania oczywistych omyłek pisarskich patrz w Rozdziale 8. Formalna ocena ofert (pkt VI).

11) Czy art. 38 ust. 5 ustawy ma zastosowanie do dokumentów?

Innym zagadnieniem budzącym wątpliwości jest stosowanie przepisu art. 38 ust. 5 ustawy do wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie można spotkać pogląd, wedle którego postanowienia SIWZ dotyczące oświadczeń i dokumentów objęte są zakazem modyfikacji SIWZ. Co więcej, przyjmuje się, iż jakakolwiek modyfikacja w tym zakresie powinna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego³⁶⁶.

Z poglądem tym nie można się jednak zgodzić. Słusznie zwraca uwagę G. Wicik, iż w art. 36 ustawy kwestia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest uregulowana osobno (ust. 1 pkt 6) od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków (ust. 1 pkt 5)³⁶⁷. Do tego argumentu warto dodać, że modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust. 5 ustawy chociażby z tego powodu, iż przepis ten w ogóle się do niej nie odnosi. Co więcej, taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy, w tym art. 7 ust. 1. W przypadku dokumentów każdy z wykonawców ma wiedzę, jakich dokumentów może żądać zamawiający – katalog tych dokumentów jest zamknięty i określony rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Tym bardziej za dopuszczalną należy uznać modyfikację SIWZ polegającą na wykreśleniu określonego dokumentu z wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy.

³⁶⁶ Wyrok ZA z 17.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-9/05.

³⁶⁷ G. Wicik w niniejszym opracowaniu.

Rozdział 5.

Wykluczenie z postępowania

Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest pochodną oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena ta przeprowadzana jest zgodnie z określonym przez zamawiającego opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Katalog przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamknięty. Przesłanki wykluczenia określa wyłącznie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek aktualizuje obowiązek zamawiającego dokonania czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tak samo w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – wystąpienie którejkolwiek z przesłanek w odniesieniu do jakiegokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne oznacza obowiązek zamawiającego dokonania wykluczenia tych wykonawców z postępowania.

1) Art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia publicznego³⁶⁹ lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

³⁶⁹ Por. np. wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-34/05, wyrok ZA z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-44/05. Odosobniony pogląd wyraża J. Pieróg, którego zdaniem za niewykonanie zamówienia publicznego skutkujące wykluczeniem z postępowania należy uznać także odmowę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poczynioną przez wykonawcę w okresie związania ofertą, która została uznana za najkorzystniejszą, J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. BECK, Warszawa 2004, str. 85. Pogląd ten nie zasługuje na uwzględnienie, chociażby z tego powodu, iż o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia publicznego może być mowa wyłącznie w sytuacji zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Konsekwencją odmowy podpisania tej umowy może być zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Patrz art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy.

W celu dokonania interpretacji sformułowań zawartych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy należy uwzględnić odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące wykonywania zobowiązań. Sformułowanie „niewykonanie zamówienia” pokrywa się z pojęciem „niewykonanie zobowiązania” w rozumieniu art. 471 Kodeksu cywilnego. Z „niewykonaniem zamówienia” mamy do czynienia w sytuacji, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione. Natomiast przy interpretacji sformułowania „nienależyte wykonanie zamówienia” należy sięgnąć do pojęcia „nienależytego wykonania zobowiązania” w rozumieniu art. 471 Kodeksu cywilnego³⁷⁰.

Dla podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania istotnym jest właściwe ustalenie momentu wszczęcia postępowania. Co do zasady, przyjmuje się, iż wszczęcie postępowania następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego (np. w trybie przetargu nieograniczonego dniem wszczęcia postępowania będzie dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym)³⁷¹.

Sąd Okręgowy stwierdził, iż Zespół Arbitrów rozstrzygając o zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, może badać, czy wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego lub czy zostało ono wykonane należycie, a także czynić ustalenia w przedmiocie wystąpienia szkody – nawet jeśli między stronami umowy toczy się spór przed sądem o zapłatę³⁷².

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy chroni zamawiających przed zawieraniem kontraktów z nierzetelnymi podmiotami, jednakże podstawą uzasadniającą obligatoryjne wykluczenie takiego podmiotu z postępowania jest ustalenie przez zamawiającego łącznego zaistnienia trzech przesłanek, tj.: a) wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego lub wykonał je z nienależytą starannością, b) wystąpiła szkoda po stronie zamawiającego wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego, c) wyrządzenie szkody miało miejsce w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem aktualnie toczącego się postępowania o udzielnie zamówienia publicznego³⁷³.

Niewykonanie zamówienia publicznego ma miejsce wówczas, gdy świadczenie wykonawcy określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione, natomiast nienależyte wykonanie zamówienia publicznego – gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie bądź w całości, a także gdy przedmiot świadczenia nie odpowiada treści zamówienia publicznego. Zachowanie należytej staranności podlega ocenie według miary staranności ogólnie wymaganej od dłużnika w stosunkach danego rodzaju, natomiast w zakresie prowadzonej przez dłużnika działalności gospodar-

³⁷⁰ Opinia UZP „Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

³⁷¹ Jw.

³⁷² Wyrok SO w Opolu z 4.11.2004 r., sygn. akt II Ca 675/04.

³⁷³ Jw.

czej należytą staranność określa się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności. Istotnym jednak jest, aby w wyniku powyższych działań wykonawcy zaistniała szkoda po stronie zamawiającego. Samo pojęcie szkody nie zostało bliżej określone na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego, toteż w oparciu o doktrynę przyjmuje się rozumienie szkody jako powstała wbrew woli poszkodowanego różnicę między obecnym stanem majątkowym a stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Wskazać należy, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych mowa jest wyłącznie o szkodzie na mieniu. W myśl przepisu 361 § 2 Kodeksu cywilnego szkoda polega albo na stracie, którą poniósł poszkodowany (*damnum emergens*), albo na pozbawieniu go korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Za stratę należy uważać pomniejszenie istniejącego przed wyrządzeniem szkody majątku poszkodowanego, natomiast szkoda związana z utraconymi korzyściami ma charakter czysto hipotetyczny i na ogół występuje obok rzeczywiście poniesionej straty. Co istotne, szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła³⁷⁴.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy powstaje wówczas, gdy szkoda wyrządzona niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania. Jeżeli więc wykonawca dobrowolnie naprawił szkodę, którą wyrządził w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego, brak będzie podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy. Brak również podstaw do wykluczenia wykonawcy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Doktryna prawa cywilnego wśród okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wymienia przede wszystkim zachowanie dłużnika noszące znamiona winy. Zgodnie z art. 472 Kodeksu cywilnego jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Przyjmuje się, że termin „niezachowania należytej staranności” oznacza winę dłużnika, i to zarówno umyślną, jak i nieumyślną, chyba że strony w umowie zastrzegą odpowiedzialność w szerszym bądź węższym zakresie³⁷⁵.

Rozbieżności w orzecznictwie

Wyrządzenie szkody wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego, jako przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, wymaga udowodnienia, przy czym ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym. Przyjmuje się,

³⁷⁴ Wyrok SO w Opolu z 4.11.2004 r., sygn. akt II Ca 675/04.

³⁷⁵ Opinia UZP „Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

iz nie jest wymagane orzeczenie sądu stwierdzające wyrządzenie szkody, ale powinny być przedstawione dowody uprawdopodobniające zaistnienie szkody. Wskazania jednak wymaga okoliczność, iż w myśl zasady prawnej wyrażonej w uchwale Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. (sygn. akt III CZP 61/03, publ. OSNC 2004/5/69), zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Zasadność wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego z postępowania musi wynikać z odpowiednio udowodnionej, konkretnej, kwotowo określonej szkody wyrządzonej przez niego przy wykonaniu zamówienia publicznego w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania³⁷⁶.

Zdaniem M. Płużańskiego³⁷⁷, skoro kara umowna musi być zapłacona przez dłużnika nawet w przypadku gdy wierzyciel nie poniósł szkody, to sama jej zapłata nie świadczy o tym, że zaistniała szkoda. Nie jest więc [kara umowna] wystarczającą przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy³⁷⁸. Podobnie Zespół Arbitrów, który stwierdził, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy nie znajduje zastosowania, jeżeli wykonawca wprawdzie nie wykonał zamówienia publicznego lub wykonał je nienależycie, ale zamawiający nie poniósł szkody. Samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania nie jest wystarczające, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania³⁷⁹.

W jednym z orzeczeń Sąd Okręgowy uznał, iż naliczona kara umowna jest szkodą w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zdaniem Sądu funkcja kary umownej sprowadza się przede wszystkim do zabezpieczenia wykonania świadczenia głównego niepieniężnego i dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z jego niewykonania lub wykonania nienależytego. W związku z tym argumentacja, że zamawiający nie poniósł szkody i w związku tym nie było podstawy naliczenia kary umownej, jest bezzasadna³⁸⁰.

Stanowisko podobne zajął Zespół Arbitrów stwierdzając, iż działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu wykonawcy z postępowania z powołaniem się na fakt, iż rozwiązał on umowę w sprawie zamówienia publicznego i jest zobowiązany do zapłaty kar umownych, było zgodne z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy³⁸¹.

³⁷⁶ Wyrok SO w Opolu z 4.11.2004 r., sygn. akt II Ca 675/04.

³⁷⁷ M. Płużański, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. Beck, Warszawa 2005, str. 118.

³⁷⁸ M. Płużański przywołuje obok swojego poglądu również pogląd odmienny, wyrażony w wyroku ZA z 27.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1129/04, gdzie Zespół Arbitrów stwierdził, iż wykonawca, który nie zapłacił kary umownej za nieprawidłowe wykonanie zamówienia publicznego, powinien podlegać wykluczeniu z postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, M. Płużański, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C. H. Beck, Warszawa 2005, str. 119.

³⁷⁹ Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-475/05.

³⁸⁰ Wyrok SO w Zielonej Górze z 17.05.2005 r., sygn. akt II Ca 208/05.

³⁸¹ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-32/05.

Stosownie do ogólnej reguły dowodowej wynikającej z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym³⁸². Dowodem takim może być dokument, opinia biegłego, a nawet zeznanie świadka. Wśród dokumentów, które mogą potwierdzać fakt niewykonania zamówienia publicznego lub wykonania go z nienależytą starannością, można w szczególności wymienić: protokół odbioru robót z zastrzeżeniami co do ich jakości, wezwanie do usunięcia istotnych wad dzieła, wezwanie do zapłaty kary umownej³⁸³, uznanie roszczeń z tytułu rękojmi. **Niezachowanie należytej staranności przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych może być również stwierdzone wyrokiem, nie jest to jednak warunek konieczny**³⁸⁴.

W ocenie autora wezwanie do zapłaty kary umownej nie jest wystarczającym dowodem zaistnienia szkody. Niemniej jednak może ono zaistnienie szkody uprawdopodobniać w sytuacji, kiedy nie będzie to dowód jedyny.

W przypadku, gdy wykonawca dobrowolnie naprawił szkodę, brak będzie podstaw do jego wykluczenia, z tym że, w ocenie autora, to wykonawca powinien wykazać fakt dobrowolnego naprawienia szkody.

2) Art. 24 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego.

W oparciu o przepisy obowiązujące przed wejściem w życie nowelizacji ustawy wykluczeniu z postępowania podlegali wykonawcy, w stosunku do których ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu. Obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 ze zm.) połączyły postępowanie układowe i postępowanie upadłościowe w taki sposób, że każde z nich jest związane z ogłoszeniem upadłości. Po nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r.³⁸⁵ wykluczeniu, w oparciu

³⁸² Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-475/05.

³⁸³ Odmienne co do kary umownej w wyroku ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-475/05.

³⁸⁴ Opinia UZP „Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”.

³⁸⁵ Z uzasadnienia do projektu nowelizacji ustawy: Ustawa Prawo upadłościowe i naprawcze połączyła postępowanie układowe i postępowanie upadłościowe w taki sposób, że każde z nich jest związane z ogłoszeniem upadłości. Dlatego też w celu umożliwienia kontynuowania działalności przez takie podmioty oraz przetrwania na rynku, w szczególności rynku zamówień publicznych, zaproponowano, aby ta przesłanka wykluczenia nie dotyczyła wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, o ile układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego. Takie rozwiązanie pozwoli podmiotom w postępowaniu upadłościowym z opcją układową uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

o powyższą przesłankę, nie będą podlegali wykonawcy, którzy mimo ogłoszenia upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy układ przewiduje zaspokojenie wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego.

3) Art. 24 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W orzecznictwie przeważa pogląd, iż niedozwolone jest stwierdzenie zaległości np. w uiszczaniu podatków przez zamawiającego, zwłaszcza jeżeli nie jest on właściwym organem w rozumieniu ustawy Ordynacja podatkowa³⁸⁶.

Odmienny pogląd wyraża P. Trzaska Gerlecki³⁸⁷, który wskazuje, iż zamawiający w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę jest obowiązany wziąć pod uwagę wszystkie znane mu okoliczności, również te, które płyną z treści dokumentów, jakie wykonawca załączył samoistnie, uzasadniających wykluczenie wykonawcy (np. brak opłaty skarbowej na pełnomocnictwie). Zdaniem P. Trzaski Gerleckiego³⁸⁸ wykonawca, który przedłożył pełnomocnictwo bez wymaganej opłaty skarbowej, podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zdaniem autora przedłożenie pełnomocnictwa bez naklejonych znaków opłaty skarbowej nie może być dowodem nieuiszczenia opłaty skarbowej w sytuacji, gdy tę ostatnią uiszczyć można również w inny sposób, np. gotówkowo lub bezgotówkowo. W takich okolicznościach przedłożenie przez wykonawcę aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w opłaceniu podatków należy uznać za wystarczające.

Inną kwestią jest twierdzenie P. Trzaski Gerleckiego³⁸⁹, iż zamawiający w toku badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę jest obowiązany wziąć pod uwagę wszystkie znane mu okoliczności, rów-

³⁸⁶ Por. np. wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-15/05.

³⁸⁷ P. Trzaska Gerlecki, „Pełnomocnictwo tylko ze znaczkami skarbowymi”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.

³⁸⁸ P. Trzaska Gerlecki, „Pełnomocnictwo tylko ze znaczkami skarbowymi”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004. Odmienne np. wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-15/05.

³⁸⁹ P. Trzaska Gerlecki, „Pełnomocnictwo tylko ze znaczkami skarbowymi”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.

niez te, które płyną z treści dokumentów, jakie wykonawca załączył samoistnie, uzasadniających wykluczenie wykonawcy. W ocenie autora pogląd ten zasługuje na uwzględnienie³⁹⁰.

W orzecznictwie Zespołów Arbitrów przyjmuje się, iż o ocenie przedłożonych zaświadczeń świadczy ich treść, a do ich ważności wystarczy, że zaświadczenia zostały wydane w wymaganym terminie i przez organ właściwy³⁹¹. Pogląd powyższy sformułowany został na tle następującego stanu faktycznego: Wykonawca złożył kopię zaświadczenia poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę aktualnego właściwego naczelnika urzędu skarbowego, o niezaleganiu w opłacaniu podatków, z tym że dokonano kserokopii dwukrotnie pierwszej strony tego zaświadczenia [brak drugiej strony]. W ocenie Zespołu Arbitrów wykonawca złożył wymagane zaświadczenie. Nawet, gdyby zaświadczenie to zawierało odbitą drugą stronę i ewentualne informacje, które są tam przewidziane, tj. o odroczeniu należności lub rozłożeniu na raty, to zgodnie z przepisami Ordynacji podatkowej uznaje się, że podatnik, który uzyskał odroczenie lub rozłożenie na raty, nie posiada zaległości podatkowych, a co za tym idzie, brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy³⁹².

Wykonawca będący spółką jawną w celu potwierdzenia, iż nie zalega z uiszczeniem podatków, przedstawia aktualne zaświadczenie wydane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego odnoszące się do samej spółki, a nie jej wspólników. Bezspornym jest bowiem to, że wykonawcą jest spółka jawna jako przedsiębiorca odrębny od swoich wspólników. Tym samym to spółka jawna będąca wykonawcą powinna przedstawić wymagane zaświadczenie. Brak natomiast obowiązku przedstawienia zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczaniem podatków przez jej wspólników. Co więcej, żaden przepis ustawy nie przewiduje obowiązku wykluczenia z postępowania spółki jawnej będącej wykonawcą

³⁹⁰ Co więcej, jego potwierdzeniem może być przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdzie zamawiający, badając występowanie okoliczności wskazanych w tym przepisie, przede wszystkim posługuje się informacjami innymi niż informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdzie zamawiający podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania nie na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę, a na podstawie innych środków dowodowych. Zwrócić należy uwagę, iż przepis art. 25 ustawy stanowi o oświadczeniach i dokumentach, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający weryfikując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie może czerpać innych informacji niż zawarte w oświadczeniach i dokumentach przedłożonych przez wykonawcę na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy takiej możliwości nie wykluczają, wręcz przeciwnie, wskazują na nią choćby wyżej przytaczane przepisy (np. art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy). Ponadto, takie zachowanie zamawiającego będzie zgodne z zasadą zgodności postępowania z przepisami ustawy.

³⁹¹ Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-100/05.

³⁹² Jw.

w sytuacji, gdy jej wspólnicy zalegają z uiszczaniem podatków. Tym bardziej tego rodzaju zaświadczenie nie stanowi dokumentu potwierdzającego, iż sama spółka nie zalega z uiszczaniem podatków³⁹³.

4) Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców – odpowiednio osoby fizyczne, spółki jawne, których wspólnika, spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu, spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza, osoby prawne, których urzędującego członka organu prawnomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Wątpliwości w praktyce zamówień publicznych dotyczyły przede wszystkim oświadczeń i dokumentów potwierdzających, iż dany wykonawca, mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy. Wątpliwości te były pochodną niezbyt precyzyjnie sformułowanego, już nieobowiązującego, rozporządzenia w sprawie dokumentów. Patrz więcej na ten temat w części opracowania dotyczącej zaświadczeń składanych przez cudzoziemców.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, po nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r., obejmuje swoim zakresem również skazanie wykonawcy za popełnienie przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową,

³⁹³ Opinia UZP „Dokumenty, jakie spółka jawna zobowiązana jest przedstawić w celu potwierdzenia, że nie zalega z uiszczaniem podatków” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”. Inne stanowisko w tej kwestii zajmuje Ministerstwo Finansów w piśmie z 18 stycznia 2005 r. (sygn. SP1-8/063-1/SZ-1/05/PZ), które stwierdza, iż wystawione przez naczelnika urzędu skarbowego zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez poszczególnych wspólników spółki jawnej nie oznacza, iż spółka jawna nie posiada zaległości podatkowych. W przypadku spółki jawnej składającej ofertę w przetargu publicznym spółka ta powinna przedstawić zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez spółkę oraz odrębnie przez wspólników tej spółki. Stanowisko Ministerstwa Finansów nie zasługuje na uwzględnienie co najmniej z tego powodu, iż w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych spółka jawna jest wykonawcą, w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, a tylko wykonawca składa wymagane zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków i wyłącznie wykonawca może być wykluczony z postępowania w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

przestępstwa skarbowego lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego³⁹⁴.

W celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, zamawiający może żądać aktualnej informacji z KRK. Powyższa informacja musi być wystawiona nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku osób posiadających polskie obywatelstwo powinien to być dokument z KRK. W przypadku wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy.

5) Art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy wynika, iż na jego podstawie mogą być wykluczone z postępowania wyłącznie podmioty zbiorowe. Problematykę odpowiedzialności podmiotów zbiorowych reguluje ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Przepis art. 2 tej ustawy definiuje pojęcie podmiotu zbiorowego. Podmiot zbiorowy odpowiada za czyny zabronione pod groźbą kary osób fizycznych pozostających w określonym stosunku do podmiotu zbiorowego³⁹⁵.

W praktyce zamówień publicznych pojawiły się wątpliwości, czy przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy odnosi się do spółki cywilnej oraz spółki jawnej. W orzecznictwie i piśmiennictwie³⁹⁶ jednolicie przyjęto, iż skoro przepis art. 2 ww. ustawy nie obejmuje swym zakresem osób fizycznych, tym samym **przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy nie dotyczy spółki cywilnej³⁹⁷, o ile wspólnikami spółki cywilnej będą**

³⁹⁴ Fragment uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy – Zmianie wynikającej z postanowień nowych dyrektyw ulegają przesłanki wykluczenia wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4–8. Wykluczeniem będzie skutkować również skazanie wykonawcy za popełnienie przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwa skarbowego lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

³⁹⁵ Zob. B. Namysłowska-Gabrysiak, „Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz”, Zakamycze 2004.

³⁹⁶ Opinia UZP „Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”. Por. również wyrok ZA z 7.10.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1612/04 oraz wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-61/05.

³⁹⁷ Por. również wyrok ZA z 7.10.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1612/04.

wyłącznie osoby fizyczne. W sytuacji, kiedy współnikami będą również osoby prawne, przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy znajdzie zastosowanie. Inaczej natomiast w przypadku spółki jawnej (czy w ogóle spółek osobowych), którą przepis art. 2 ww. ustawy zalicza do „podmiotów zbiorowych”. Tym samym spółka jawna zobowiązana jest do przedłożenia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy³⁹⁸.

6) Art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 ustawy.

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania zostały omówione wyżej.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 10 ustawy będzie miał zastosowanie wyłącznie w sytuacji, kiedy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Czym innym jest natomiast niezłożenie przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadczeń i dokumentów czy złożenie dokumentów z błędami. W takim przypadku zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy

7) Art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

Celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy jest realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawcy, którzy wykonywali pewne czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, mogą uzyskać pewne informacje dotyczące postępowania, co zapewnia im przewagę i pozwala odpowiednio przygotować ofertę. Co więcej, taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania,

³⁹⁸ Opinia UZP „Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”. Stanowisko takie zajął również Zespół Arbitrów w wyroku z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-61/05.

może wpłynąć na warunki tego postępowania, co niewątpliwie prowadzi do wypaczenia konkurencji. Przed nowelizacją ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. wykonawcy tacy byli wykluczani z postępowania i w zasadzie wystarczającą podstawą było uczestniczenie w przygotowaniu postępowania. W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy dotyczy uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, a więc czynności określonych w rozdz. 2 działu II ustawy, tj. określenia przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia oraz sporządzenia SIWZ. **Uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni**, a rezultat prac podmiotu uczestniczącego w przygotowaniu postępowania zostaje wykorzystywany przez zamawiającego – bez jego istotnej ingerencji – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego³⁹⁹.

Po nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r. dorobek orzecznictwa i piśmiennictwa zachowuje swoją aktualność, z tym jednak zastrzeżeniem, iż wykonawca, który wykonywał pewne czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, powinien mieć możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni uczciwej konkurencji. Pomocne w interpretacji tego przepisu będzie orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS)⁴⁰⁰, które starała się skonsumentować nowelizacja ustawy z 7 kwietnia 2006 r.

ETS stwierdził⁴⁰¹, iż przepisy wykluczające z postępowania wykonawcę, który wykonywał pewne czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji, są niezgodne z prawem Unii Europejskiej. Oznacza to, iż zamawiający jest obowiązany dopuścić możliwość wykazania przez wykonawcę, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie może zniekształcić konkurencji. A zatem ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy. Taki wniosek należy również wyprowadzić z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Nie oznacza to jednak, że zamawiający ma bezkrytycznie przyjmować wyjaśnienia wykonawcy – powinien poddać je rzetelnej weryfikacji w celu ustalenia, czy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji⁴⁰².

³⁹⁹ Por. np. opinia UZP „Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania” – opinia jest dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo”. Por. wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-23/05.

⁴⁰⁰ Wyrok ETS z 3.03.2005 r. w połączonych sprawach C-21/03 i C-34/03 (Fabricom).

⁴⁰¹ Wyrok omawia D. Piasta, „Przegląd orzecznictwa ETS w zakresie zamówień publicznych w roku 2005”, Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2005.

⁴⁰² Patrz wyrok ZA z 19.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-724/05, który dotyczył obowiązku weryfikacji informacji składanych przez wykonawcę na okoliczność ustalenia wystąpienia przesłanki przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Niemniej jednak spostrzeżenia zawarte w wyroku znajdują zastosowanie również do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zdaniem autora udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji wtedy, gdy działania przez niego podejmowane wynikają wyłącznie z istoty konkurencji, a wykonawca taki, uczestnicząc w przygotowaniu postępowania, nie dokonał czynności (np. nie sformułował odpowiednio postanowienia SIWZ) lub nie nabył wiedzy (np. nie uzyskał informacji, które pozwoliły mu na odpowiednio wcześniejsze przygotowanie się do postępowania – poczynienie określonych inwestycji itp.), która pozwoliłaby mu na uzyskanie zamówienia publicznego za pomocą środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie konkurencji.

Nie bez znaczenia dla prawidłowego odkodowania przepisu jest również fakt, iż sformułowanie „udział tych wykonawców nie utrudni uczciwej konkurencji” użyto po wyrazach „chyba że”, co nakazuje czytać ten przepis tak, że zasadą jest wykluczanie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali pewne czynności związane z jego przygotowaniem, a wyjątkiem, który nie może być interpretowany rozszerzająco, możliwość udziału tych wykonawców w postępowaniu.

Przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, tj. odpowiednio po przeprowadzonym konkursie, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych oraz w przypadku zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy zamówienie może być wykonane wyłącznie przez jednego wykonawcę lub po przeprowadzonym konkursie, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. O ile sytuacje dotyczące konkursu nie budzą wątpliwości, o tyle przypadek kiedy wykonawca uczestniczy w przygotowaniu zamówienia publicznego, którego może być jedynym wykonawcą, już tak. Dokonując oceny zasadności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, odpowiednie organy kontrolne powinny zwrócić uwagę, czy zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie było wynikiem odpowiedniego przygotowania postępowania.

8) Art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wynika jednoznacznie, że nie każda nieprawdziwa informacja podana przez wykonawcę skutkuje wykluczeniem go z udziału w postępowaniu. Dodatkowo przepis ten wymaga wykazania wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. Innymi słowy, chodzi o sytuację, w której fakt złożenia nieprawdziwej informacji podważyłby ustalony przez zamawiającego wynik postępowania, zmieniłby rezultat tego postępowania⁴⁰³.

⁴⁰³ Por. np. wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-92/05), wyrok ZA z 24.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1055/05 oraz wyrok SO w Opolu z 13.04.2005 r., sygn. akt II Ca 183/05.

Obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy może się zaktualizować na każdym etapie postępowania. Może być bowiem tak, iż zamawiający uzyska wiedzę na temat informacji składanych przez wykonawców z własnych źródeł lub w wyniku rozpatrywania protestów. Zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do zarzutów zawartych w protestach, w szczególności w sytuacji, gdy zarzuty dotyczą składania przez danego wykonawcę nieprawdziwych informacji. Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować oświadczeń wykonawcy, lecz ma obowiązek je weryfikować na podstawie informacji powszechnie dostępnych⁴⁰⁴, a następnie zbadać, czy zachodzi sytuacja, iż nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

9) Art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy.

Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzające spełnianie tych warunków zostały omówione wyżej.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy uzyskał nowe brzmienie w wyniku nowelizacji ustawy z 7 kwietnia 2006 r.

Zwraca uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie dotyczy oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). A zatem niezłożenie tych dokumentów nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

10) Art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Na temat wadium patrz Rozdział 7. Wstępne badanie ofert (pkt III).

⁴⁰⁴ Por. np. wyrok ZA z 19.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-724/05.

Rozdział 6.

Specyfikacje istotnych warunków zamówienia

I. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem przetargowym – zauważa SO w Gorzowie Wielkopolskim⁴⁰⁵. To do warunków w niej sprecyzowanych musi dostosować swą ofertę wykonawca, chcąc uzyskać zamówienie. Jej wagi nie sposób więc przecenić. Elementy konieczne, które powinna zawierać, zostały określone w ustawie tak, by uwzględnić odmienność możliwych zamówień. Im bardziej więc dane zamówienie wiąże się z koniecznością sprostania technicznym, skomplikowanym wymaganiom, tym więcej szczegółów powinna zawierać wiążąca się z nimi specyfikacja. Powinna być ona jednocześnie na tyle **precyzyjna i czytelna**, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem⁴⁰⁶.

Podobny motyw przewija się w orzecznictwie arbitrażowym. Specyfikacja w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobra lub usługę, które odpowiadają będą ściśle jego potrzebom – czytamy w uzasadnieniu jednego z orzeczeń⁴⁰⁷. Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać – one winny wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma towar, który rzeczywiście był przedmiotem zamówienia. Ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu – kontynuują wypowiedź arbitrzy⁴⁰⁸. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a **wątpliwości** powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, **rozstrzygane na korzyść wykonawcy**⁴⁰⁹. Wykonawca, działając w zaufaniu do ustalonej przez

⁴⁰⁵ Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt II Ca 29/05.

⁴⁰⁶ Jw.

⁴⁰⁷ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05.

⁴⁰⁸ Jw.

⁴⁰⁹ Wyrok ZA z 30.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z 18.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2197/05.

zamawiającego treści specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania zamawiającego, o ile zaniechania te nie skutkują nieważnością postępowania⁴¹⁰.

Z drugiej jednak strony **wykonawca jest zobowiązany** do rzetelnego podejścia do sporządzenia oferty i **interpretowania zapisów specyfikacji w sposób logiczny**, a nie tylko dosłowny i literalny. Niedopuszczalne jest, gdy niektórzy z wykonawców składają oferty niekompletne, spełniające jednak wymogi specyfikacji traktowanej dosłownie i literalnie, natomiast inni, logicznie interpretując wymogi specyfikacji, mieliby być z tego powodu pokrzywdzeni. Wszystkie podmioty stawające do przetargu powinny być traktowane w identyczny sposób. Jeżeli zapisy specyfikacji mogą być interpretowane dwojako, nie można uznać, iż podmioty wskazujące swoje niedbalstwo w sporządzeniu oferty mają prawa tożsame z bardziej rzetelnie podchodzącymi do sporządzenia oferty⁴¹¹.

W specyfikacji należy wskazać, w czym imieniu udzielane jest zamówienie i **wyraźnie określić zamawiającego**. Zarządca nieruchomości przy udzieleniu zamówienia publicznego powinien być wskazać, że działa w imieniu wspólnot mieszkaniowych i wyraźnie je określić⁴¹². Zasadą tak oczywistą, że niewyrażoną *expressis verbis* w k. c., jest, iż podmiot działający w imieniu i na rzecz innej osoby, w celu wywołania skutku swojej czynności w stosunku między osobą, z którą zawiera umowę a osobą przez siebie reprezentowaną, musi oświadczyć osobie trzeciej, że działa w imieniu innej osoby i wymienić osobę mocodawcy. Jeśli tego nie uczyni, sama jego wola działania na rzecz mocodawcy jest bez znaczenia dla kontrahenta. Gdy zatem zarządca nieruchomości nie powiadomi osoby, z którą zawiera umowę, że działa w imieniu innej osoby, umowa nie dochodzi do skutku. Brakuje bowiem wtedy zgody co do osoby drugiego kontrahenta. Taki brak skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania⁴¹³.

Stosownie do art. 9 ust. 2 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w **języku polskim**. Nie oznacza to jednak, na co zwrócił uwagę SO w Warszawie⁴¹⁴, że składane przez wykonawców oferty muszą być sporządzone wyłącznie w języku polskim oraz że nie mogą w nich występować słowa w językach obcych. Powołany przepis nie zawiera pełnej regulacji odnoszącej się do dopuszczalnego zakresu użycia wyrażen obcojęzycznych w dokumentach składanych w toku postępowania podlegającemu obowiązkowi zastosowania języka polskiego. Za uzasadnione należy w tym zakresie uznać odwołanie się do ustawy z 7 października 1999 r. o języku polskim, w szczególności do art. 11 pkt 1, 5 i 6 tejsze

⁴¹⁰ ZA w wyroku z 8.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-394 / 05.

⁴¹¹ Wyrok SO w Łomży z 26.08.2004 r., sygn. akt I Ca 155/04.

⁴¹² Wyrok SO w Gliwicach z 8.06.2005 r., sygn. akt III Ca 344/05.

⁴¹³ Jw.

⁴¹⁴ Wyrok SO w Warszawie z 8.09.2005 r., sygn. akt V Ca 886/05.

ustawy. Zgodnie z tymi przepisami nie podlegają tłumaczeniu na język polski **nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług**. Dlatego treść specyfikacji powinna być tak ustalona, aby uwzględniała nie tylko ogólny art. 9 ust. 2 ustawy, ale także powołane przepisy ustawy o języku polskim.

Zamawiający nie ma prawa wymagać w specyfikacji od wykonawcy – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – przedłożenia wraz z ofertą **uchwały wspólników** w przedmiocie zgody na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego (art. 230 k. s. h.). Uchwała podejmowana w trybie art. 230 k. s. h. niezbędna staje się dopiero przy podpisywaniu umowy o zamówienie publiczne⁴¹⁵.

Zamawiający nie może również arbitralnie narzucać wykonawcom **sposobu obliczenia ceny**, tak by miało to wpływ na wysokość wynagrodzenia. Warto wskazać orzeczenie ZA⁴¹⁶, w którym z dezaprobatą odniesiono się do postępowania zamawiającego, który sam arbitralnie ustalił wysokość części składowych wynagrodzenia, wskazując sposób obliczenia wynagrodzenia w kosztorysach powykonawczych poprzez odesłanie do cenników branżowych. Nie jest wykluczone, iż gdyby wykonawcy sami określili ceny za tę część przedmiotu zamówienia, ceny te byłyby niższe od zawartych we wskazanych cennikach – podkreślali arbitrzy.

Jeżeli **wzór umowy** stanowiący załącznik do specyfikacji jest jej integralną częścią, to tym samym zawarte w nim postanowienia obowiązują wykonawcę w tym samym stopniu co zapisy specyfikacji⁴¹⁷. Zakres swobody w kształtowaniu treści wzorca umowy jest taki sam, jak zakres swobody stron w kształtowaniu treści stosunków umownych, a co za tym idzie, ustawowe ograniczenia (zakazy) dotyczące treści umów w ogólności obowiązują także wobec treści wzorca⁴¹⁸. Na tej zasadzie ocena treści wzorca umowy winna być dokonana na gruncie przepisu art. 353¹ k. c⁴¹⁹. Przepis ten statuuje zasadę swobody umów i jej granice: strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Swoboda zamawiającego w określeniu treści wzorca umownego jest zatem ograniczona; nie może dochodzić tu do naruszenia zasad kształtowania jego treści, w szczególności gdy uchybienie zamawiającego implikować może nieważność postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w oparciu o taki wzorzec⁴²⁰. Nie oznacza to jednak, że zama-

⁴¹⁵ Wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-89/05.

⁴¹⁶ Wyrok ZA z 14.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-682/05.

⁴¹⁷ Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-515/05.

⁴¹⁸ E. Łętowska, „Wzorce umowne. Ogólne warunki, wzory, regulaminy”, Ossolineum 1975.

⁴¹⁹ Anna Specht-Schampera, „Umowa jako część specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2006.

⁴²⁰ Jw.

wiający nie może określać treści wzorca, działając we własnym interesie i kosztem interesu wykonawców. I tak w jednym z orzeczeń Zespół Arbitrów uznał, iż nadmiernie wysokie, w odczuciu odwołującego, kary umowne za zwłokę w oddaniu wykonawstwa przedmiotu umowy podyktowane są troską zamawiającego o przestrzeganie terminów umownych, a także stanowią niewątpliwie czynnik dyscyplinujący dla obydwu stron. W takiej sytuacji nie można dopatrywać się naruszenia zasad określonych w art. 5 i art. 353¹ k. c.⁴²¹.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi obligatoryjnie zawierać opis przedmiotu zamówienia. Z kolei, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisyje się za pomocą **dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych**. Dokumentacja projektowa, w tym projekt budowlano-wykonawczy, jest więc elementem specyfikacji, gdyż stanowi składnik opisu przedmiotu zamówienia. Projekt powinien być **dołączony do specyfikacji** i łącznie ze specyfikacją przekazany wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Samo udostępnienie dokumentacji projektowej do wglądu w siedzibie zamawiającego nie może być uznane za wystarczające⁴²². Z przepisu art. 37 ustawy wynika jednoznacznie, że specyfikację przekazuje się, co oznacza konieczność fizycznego jej wydania⁴²³.

II. Opis przedmiotu zamówienia

1) Jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia

Punktem wyjścia przy opisie przedmiotu zamówienia jest **zasada równego traktowania**: wszyscy wykonawcy muszą rozumieć opis przedmiotu zamówienia w ten sam sposób. Dlatego przedmiot zamówienia opisyje się w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (art. 29 ust. 1 Pzp in principio).

Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Decydująca przy tym jest **perspektywa wykonawcy**. Okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, albowiem wystarczy, że określenie przedmiotu zamówienia mogło

⁴²¹ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05.

⁴²² Wyrok SO Warszawa – Praga z 5.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 365/05; patrz również wyrok ZA z 22.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2217/05; odmienne, choć nietrafne stanowisko zajął ZA w wyroku z 20.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-720/05, stwierdzając, iż z art. 31 ust. 1 Pzp nie wynika obowiązek zamawiającego do dostarczenia tej dokumentacji każdemu wykonawcy, albowiem istotą tego przepisu jest, ażeby przedmiot zamówienia opisany był w oparciu o wskazane dokumenty.

⁴²³ Wyrok SO Warszawa Praga z 5.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 365/05.

wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę⁴²⁴. Z drugiej jednak strony, nawet jeżeli w specyfikacji są wewnętrzne sprzeczności i uczestnicy postępowania mogli pojąć wątpliwości co do cech przedmiotu zamówienia, nie stanowi to usprawiedliwienia dla określenia przez oferenta przedmiotu zamówienia wbrew literalnemu brzmieniu specyfikacji. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wyjaśnienie tych kwestii powinno nastąpić w trybie oprostowania⁴²⁵ specyfikacji bądź pytań adresowanych do zamawiającego przed złożeniem oferty. Dedukowanie przez oferenta o zamiarach zamawiającego na podstawie innych przesłanek niż literalna treść specyfikacji, takich jak np. kryterium racjonalności, logiki, wiedzy technicznej, skutkowałoby dowolnym określaniem przedmiotu zamówienia przez oferenta⁴²⁶.

Opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, gdy specyfikacja nakazuje opracować przedmiot zamówienia (dokumentację projektową) z uwzględnieniem programu użytkowego oraz warunków określonych w pismach Służby Ochrony Zabytków, a dokumenty te są sprzeczne⁴²⁷.

Opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie **wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty** (art. 29 ust. 1 Pzp in fine). Odpowiedź na pytanie, jakie wymagania i okoliczności należy uwzględnić, zależy od rodzaju i zakresu przedmiotu zamówienia. Najistotniejsze są informacje potrzebne do kalkulacji ceny.

Przykładowo, niedopuszczalne jest określenie przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, lakoniczny, poprzez sformułowanie, iż przedmiotem zamówienia jest publikacja na łamach gazety oraz stronie internetowej ogłoszeń o przetargach i wykazach dotyczących sprzedaży i dzierżawy nieruchomości rolnych. Zaniechanie podania szczegółowych wymagań i zasad tych publikacji praktycznie oznacza, iż zamawiający nie określił istotnych okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie ofert przez uczestników postępowania⁴²⁸.

Dalej, w przypadku zamówienia, którego przedmiotem jest zarząd nieruchomością, nieokreślenie przez zamawiającego dokładnego stanu technicznego nieruchomości powoduje, że przedmiot zamówienia opisany jest w sposób nieprawidłowy, bowiem niemożliwe jest dokładne określenie ceny przez wykonawców⁴²⁹.

Zamawiający powinien również określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie podać stawkę podatku VAT. W rozpoznawanej sprawie Sąd Okręgowy w Sieradzu⁴³⁰ ustalił, że dla robót budowlano-montażowych oraz

⁴²⁴ Wyrok SO w Zielonej Górze z 13.05.2005 r., sygn. akt II Ca 109/05.

⁴²⁵ Patrz wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-28/05.

⁴²⁶ Jw.

⁴²⁷ Wyrok SO w Lublinie z 8.07.2005 r., sygn. akt II Ca 372/04.

⁴²⁸ Wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-470/05.

⁴²⁹ Wyrok ZA z 14.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-682/05.

⁴³⁰ Wyrok SO w Sieradzu z 13.04.2005 r., sygn. akt IV Ca 49/05.

remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2a ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, do 31 grudnia 2007 r. stosuje się 7% stawkę podatku VAT. Zgodnie z treścią ust. 2 przywołanego przepisu przez roboty związane z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą rozumie się roboty budowlane dotyczące inwestycji w zakresie obiektów budownictwa mieszkaniowego i infrastruktury towarzyszącej oraz remontów obiektów budownictwa mieszkaniowego. Ustęp 3 cytowanego przepisu formułuje legalną definicję infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Są to m.in. sieci rozprowadzające wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych. W związku z taką treścią przepisu zamawiający miał obowiązek w taki sposób określić przedmiot zamówienia, aby można było ustalić procentowy udział infrastruktury towarzyszącej innym celom. Przez zaniechanie tego wymogu zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na treść oferty. W konkluzji Sąd stwierdził, iż rację ma odwołujący, a ostatecznie Zespół Arbitrów, dzieląc tę argumentację orzekł, że specyfikacja winna określać procentowe związanie przedmiotu zamówienia (kotła) z infrastrukturą powiązaną z budownictwem mieszkaniowym. Sąd w całości podzielił wywód Zespołu Arbitrów sprowadzający się do uzasadnienia, że w toku postępowania doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy przez brak prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia – kontynuuje swoją wypowiedź SO w Sieradzu.

Wykonawcy samodzielnie określają stawkę podatku VAT. Zamawiający nie ma obowiązku, ani nawet prawa, narzucenia stawki. Z uwagi na różne możliwości opodatkowania przedmiotu zamówienia, w zależności od tego, jaki wykonawca je oferuje (np. producent czy pośrednik; podatnik krajowy czy z innego państwa UE), określenie z góry jednolitej stawki nie jest możliwe. Stawka VAT jest przy tym elementem ceny ofertowej i nie podlega określeniu przez zamawiającego⁴³¹.

Z opisu musi wynikać **zakres zamówienia** i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia.

W szczególności niedopuszczalne jest zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu rzeczowo-finansowego oraz prawa wyłączenia z zakresu umownego niektórych robót, względnie przesunięcia w czasie robót ujętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym załączonym do oferty bez podania przyczyn i bez żadnych skutków prawnofinansowych, a także możliwości dostarczenia, w celu wbudowania względnie montażu, niektórych materiałów budowlanych lub wyrobów i urządzeń, jak również prawa wprowadzania w trybie roboczym zmian w zakresie

⁴³¹ Wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05; patrz również A. Szpecht: „Kto odpowiada za złą stawkę”, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/04, str. 19 i n.

rzeczowym zadania oraz zmian dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z odpowiednią korektą wynagrodzenia określonego elementu robót bez żadnych skutków prawnofinansowych. Takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co kłóci się z przepisami ustawy, a w szczególności z art. 29, w myśl którego przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący⁴³².

W ocenie SO Warszawa Praga⁴³³ niedopuszczalne jest także uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby zamawiającego i odpowiednio od kontraktu zawartego z NFZ lub wskazań medycznych. Jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. Zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny, a zasadność tego zmniejszenia w zasadzie trudno weryfikowalna. Wykonawcy przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty⁴³⁴. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości dostawę określonej ilości towaru, a przynajmniej zrealizuje ją w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowany w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru⁴³⁵.

Również SO w Warszawie⁴³⁶ podniósł, iż brak w treści projektu umowy określenia procentowego zmniejszenia lub zwiększenia ilości zamówienia w poszczególnych pozycjach asortymentów w okresie miesiąca oraz odniesienie do ogólnej wartości przedmiotu zamówienia może niewątpliwie spowodować, że przedmiot zamówienia zrealizowany zostanie w ograniczonym zakresie i może spowodować znaczne trudności dla dostawcy. Dostawca mając obowiązek zrealizowania umowy po wybraniu jego oferty, musi zagwarantować pełną realizację zamówienia, a w związku z tym ponieść obok realizacji dostawy określone koszty związane z zabezpieczeniem kontraktu. Dlatego projekt umowy powinien być zmodyfikowany w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, iż zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru.

⁴³² Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-79/05; patrz również cyt. wyrok ZA z 14.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-682/05, gdzie arbitrzy poddają krytyce zapis specyfikacji mówiący o tym, iż zarządca ponosi wszelkie koszty związane z realizacją umowy, a zatem również te wynikłe z przekroczenia kwot rocznych ustalonych przez zamawiającego.

⁴³³ Wyrok SO Warszawa Praga z 23.11.2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

⁴³⁴ Tak również wyrok SO w Warszawie z 13.09.2005 r., sygn. akt V Ca 1110/04.

⁴³⁵ Jw.

⁴³⁶ Jw.

2) Neutralny opis przedmiotu zamówienia

Ważne jest również, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób **neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji** (art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych). Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych⁴³⁷.

Opis przedmiotu zamówienia nie może ani bezpośrednio, ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców.

Bezpośrednie uprzywilejowanie lub dyskryminowanie wykonawcy polega na użyciu przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zakaz z art. 29 ustawy, dotyczący sposobu opisanie przedmiotu zamówienia, zostaje naruszony, jeżeli przy opisie przedmiotu zamówienia użyto oznaczeń lub parametrów konkretnego producenta bez dopuszczenia składowania ofert równoważnych⁴³⁸. Naruszenia te mogą przybierać różne formy.

I tak, określenie przedmiotu zamówienia na dostawę mebli biurowych poprzez podanie nazw katalogowych, takich jak krzesło TORINO, fotel LAGUNA itp., bez załączenia słów „lub równoważne”, jest naruszeniem art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych⁴³⁹.

Narusza zasadę uczciwej konkurencji postanowienie specyfikacji, zgodnie z którym wykonawca powinien dołączyć do oferty certyfikat GSK RAL wydawany przez niemiecką organizację GSK na okoliczność stwierdzenia należytego zabezpieczenia antykorozyjnego zamawianej armatury. Przedmiotem certyfikatu GSK RAL jest nadanie prawa używania znaku towarowego. Żądanie przez zamawiającego wykazania się przez wykonawców certyfikatem jedynie określonego podmiotu stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy i skutkuje uznaniem postępowania za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Wyrok SO w Lublinie z 09.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05.

⁴³⁸ Wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-592/05.

⁴³⁹ Jw.

⁴⁴⁰ Wyrok ZA z 19.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-726/05.

Wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest dopuszczalne w drodze wyjątku, gdy przemawia za tym specyfika przedmiotu zamówienia, zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Wyjątek ten musi być traktowany w sposób restryktywny. W przypadku zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest system ociepleń, ze względu na wielość stosowanych na rynku systemów ociepleń i ich powszechność nieuzasadnione jest stosowanie przy opisie przedmiotu zamówienia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy dopuszczającego wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia na zasadzie wyjątku⁴⁴¹. Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Za takie działanie uznaje się opis przedmiotu zamówienia jako „system ociepleń Atlas Stoper”, jeżeli zamawiający nie wykazał, że takie sprecyzowanie podyktowane jest specyfiką przedmiotu zamówienia⁴⁴². Jeśli już zamawiający zdecyduje się na opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, musi dopuścić możliwość składania ofert równoważnych, stosując formułę „lub równoważny”. Zamawiający powinien przy tym sprecyzować, co rozumie pod tym pojęciem⁴⁴³.

Dla odmiany, przypadek, w którym przedmiot zamówienia opisany jest jako „rozbudowa zasobów pamięci masowej komputera centralnego” bez wskazania nazw własnych bądź rozwiązań patentowych oferowanego sprzętu, przy jednoczesnym wskazaniu, że sprzęt będący przedmiotem zamówienia musi zgodnie współdziałać ze sprzętem posiadany przez zamawiającego, nie narusza art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.⁴⁴⁴

Podobnie umieszczenie w załączniku do specyfikacji wymogu wykorzystania jako platformy bazodanowej oraz systemu operacyjnego serwera oprogramowania typu „open source” nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Użycie w specyfikacji takiego wymogu jest odwołaniem się do kryterium na tyle ogólnego, niewskazującego na konkretnego wykonawcę i producenta (dostawcę) i obejmującego swym zakresem dużą grupę programów różnych producentów, że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców⁴⁴⁵.

Natomiast z **pośrednią dyskryminacją lub uprzywilejowaniem sensu stricto** stykamy się wtedy, gdy zamawiający wprowadzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się **parametrami wskazującymi na konkretnego producenta (dostawcę) lub kon-**

⁴⁴¹ Wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-582/05.

⁴⁴² Jw.

⁴⁴³ Wyrok ZA z 17.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2153/05.

⁴⁴⁴ Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-541/05.

⁴⁴⁵ Wyrok SO w Lublinie z 09.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05.

kretny produkt. Dlatego zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Zespołów Arbitrów zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Brak podstaw do twierdzenia o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym nie musi on być nazwany przez zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć ten jeden konkretny produkt⁴⁴⁶. Utrudnieniem uczciwej konkurencji jest również wskazanie na konkretne, ściśle określone pojemności i gabaryty poszczególnych pozycji. Brak dopuszczenia tolerancji wymiarowych i pojemnościowych, przy jednoczesnym wskazaniu nazwy produktu, wskazuje wprost na określonego producenta⁴⁴⁷. Zamawiający powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma zastosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Nie można więc mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich oferentów lub zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, jeżeli opis przedmiotu zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełniać, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt⁴⁴⁸. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, zwracając przy tym uwagę na fakt, iż art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji, fakt eliminacji technologii stosownych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy⁴⁴⁹.

Z kolei **pośrednia dyskryminacja sensu largo** ma miejsce, gdy wymagania, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia są na tyle **rygorystyczne**, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego opis przedmiotu zamówienia publicznego następuje z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego⁴⁵⁰. Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Wyrok ZA z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-651/05.

⁴⁴⁷ Wyrok ZA z 20.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-725/05.

⁴⁴⁸ Jw.; patrz również wyrok ZA z 23.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2239/05.

⁴⁴⁹ Wyrok SO w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

⁴⁵⁰ Wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-592/05.

⁴⁵¹ Patrz np. wyrok SO w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

Przykładowo, wymaganie specyfikacji nakładające na wykonawców obowiązek zapewnienia sprzętu radiowego w celu umożliwienia zamawiającemu monitorowania i nadzoru nad wykonywaniem usługi może naruszać zasadę uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający nie dopuszcza wykorzystania innego środka łączności (np. telefonii komórkowej)⁴⁵².

Jednakże ograniczenia te nie mogą naruszać samej istoty zasady, iż określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego. To zamawiający decyduje o tym co, ma być przedmiotem określonego zamówienia⁴⁵³. Z przepisów ustawy wynika, że zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje – z zastrzeżeniem zasad określonych w art. 29 ustawy – przedmiot zamówienia⁴⁵⁴.

III. Wyjaśnienia i modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż sześć dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia – na mniej niż cztery dni przed terminem składania ofert. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza je na tej stronie (art. 38 ust. 2 ustawy).

Ponadto, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie (art. 38 ust. 4 ustawy).

⁴⁵² Wyrok ZA z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-647/05.

⁴⁵³ Wyrok SO w Lublinie z 09.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; por. ukształtowaną przez doktrynę niemiecką „zasadę swobody określenia przedmiotu zamówienia”; na ten temat Marc Opitz, „Das Legislativpaket: Die neue Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge”, VergabeR 4/2004, str. 422.

⁴⁵⁴ Wyrok ZA z 31.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-215/06.

W orzecznictwie arbitrażowym utrwalili się poglądy, iż **wyjaśnienia** udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na zapytania **mogą zarazem stanowić modyfikację specyfikacji**⁴⁵⁵. O tym zaś, czy wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią jej modyfikację, nie decyduje nazwa nadana pismu zamawiającego oraz powołana w nim podstawa prawna, ale wyłącznie merytoryczna zawartość pisma⁴⁵⁶. Dokonanie wyjaśnień i modyfikacji SIWZ może być objęte jedną czynnością zamawiającego, albowiem Prawo zamówień publicznych nie ustala metody lub formy do dokonania tych czynności. Nadto objęte są one dyspozycją art. 38 ustawy i nie godzą w żadną z zasad udzielenia zamówień publicznych przewidzianą w rozdziale II ustawy, skoro dokonane zostały z zachowaniem zasady pisemności⁴⁵⁷. Błędne podanie jako podstawy modyfikacji art. 38 ust. 1 ustawy nie powoduje nieważności tych modyfikacji⁴⁵⁸.

Mając jednak na względzie konieczność poszanowania zasady uczciwej konkurencji i zapewnienie równego traktowania wykonawców przy ubieganiu się o zamówienie, art. 38 ust. 5 ustawy **zakazuje zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków w zakresie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia**⁴⁵⁹. Konstrukcja przepisu art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych pozwala na stwierdzenie, że zamawiającemu z żadnych powodów nie wolno zmienić kryteriów oceny ofert⁴⁶⁰. Nie wolno zmienić warunków podmiotowych dopuszczających wykonawców do udziału w postępowaniu oraz nie wolno zmienić zawartego w specyfikacji opisu spełnienia przez wykonawców tych warunków. Ratio legis ustawodawcy wydaje się tu oczywiste. Chodziło o to, żeby nie dopuścić do manipulowania postępowaniem przetargowym. W przeciwnym wypadku zamawiający, dokonując zmiany w warunkach udziału, mógłby eliminować bądź dopuszczać do przetargu podmioty, których oferty z punktu widzenia interesu publicznego niekoniecznie byłyby najlepsze. Jest to również wyraz realizacji postanowień art. 7 ustawy stwierdzającego, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców⁴⁶¹.

Niedopuszczalna zamiana sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma miejsce, gdy zamawiający wymagał zrealizowania zamówienia na usługi uwzględniającego instalację technologii klastrowej, wdrożenie Biuletynu Informacji Publicznej i Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumen-

⁴⁵⁵ Patrz np. wyrok ZA z 5.08.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1206/04; wyrok ZA z 5.08.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1207/04; wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-41/05.

⁴⁵⁶ Patrz G. Wicik, A. Potrebka „Wyjaśnienia i modyfikacje SIWZ”, PZP 2/2004, str. 64.

⁴⁵⁷ Wyrok ZA z 5.08.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1206/04.

⁴⁵⁸ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-41/05.

⁴⁵⁹ Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-518/05.

⁴⁶⁰ Wyrok SO we Wrocławiu z 22.11.2005 r.

⁴⁶¹ Jw.

tów o łącznej wartości prac w wymienionym zakresie na kwotę co najmniej 500 000 zł, a następnie, w wyjaśnieniu treści specyfikacji, uznał, że dla spełnienia wymagania zrealizowanych usług dopuszcza się zrealizowanie tych usług wraz z ewentualną dostawą komputerów⁴⁶². Podobnie wprowadzenie warunku, że wartość robót modernizacyjnych nie może być mniejsza niż 1,3 mln zł netto, gdy wcześniej nie było w tym zakresie mowy o żadnej kwocie, jest zmianą specyfikacji, która mogła również doprowadzić do wyeliminowania takich podmiotów, które w pierwotnym brzmieniu specyfikacji byłyby dopuszczone do postępowania⁴⁶³. Naruszeniem zakazu modyfikacji specyfikacji jest też zmiana katalogu dokumentów wymaganych od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu⁴⁶⁴.

Nie można natomiast poczytywać za modyfikację specyfikacji **niezamierzonego błędu literowego** w wyjaśnieniach do specyfikacji. W ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu⁴⁶⁵ zamawiający nie dopuścił się modyfikacji specyfikacji i nie zmienił warunków udziału w postępowaniu. Udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy, oświadczył, iż w całości podtrzymuje zapis specyfikacji. Następnie wyjaśnił, iż w odpowiedzi na zapytanie pojawił się błąd literowy w postaci określenia wielkości 75 tys. mkw zamiast, zgodnie z pkt 72.4. SIWZ – 70 tys. mkw. Zdaniem sądu nie jest zasadne uznanie powyższego błędu literowego za niedopuszczalną w świetle art. 38 ust. 5 ustawy modyfikację specyfikacji, polegającą na zmianie kryterium oceny ofert, a także warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Zastosowanie znajdzie tu przepis art. 65 § 1 kc, zgodnie z którym oświadczenia woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Na tle art. 38 ust. 5 nasuwa się pytanie, czy zakaz modyfikacji specyfikacji w zakresie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia dotyczy również przypadków, kiedy następuje ona w wyniku uwzględnienia protestu lub na skutek wyroku Zespołu Arbitrów? Na ogół orzecznictwo sądowe nie uznaje żadnych wyjątków od zasady niezmienności kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia⁴⁶⁶. Pogląd, iż zakaz modyfikacji specyfikacji ma zastosowanie w całym postępowaniu włącznie z rozstrzygnięciem protestów podzielają jedno-

⁴⁶² Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-536/05.

⁴⁶³ Wyrok SO we Wrocławiu z 22.11.2005 r.

⁴⁶⁴ Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/552/05.

⁴⁶⁵ Wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1148/05.

⁴⁶⁶ Patrz wyrok SO w Warszawie z 12.05.2005 r., sygn. akt V Ca 430/05; odmiennie wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r., sygn. akt II Ca 584/05, wedle którego zakaz modyfikacji treści specyfikacji przez zamawiającego nie dotyczy sytuacji, dy modyfikacja jest następstwem nakazu zawartego w wyroku Zespołu Arbitrów.

⁴⁶⁷ Np. wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-17/05.

licie arbitrzy⁴⁶⁷. Zamawiający, który w wyniku skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej zmienia warunki wymagane od wykonawców, łamie – w ich ocenie – wspomniany zakaz⁴⁶⁸.

Zamawiającemu nie wolno również dokonywać modyfikacji specyfikacji na krótko przed terminem składania ofert. W ocenie Sądu Okręgowego w Zielonej Górze⁴⁶⁹ udzielenie wykonawcom odpowiedzi na zapytanie, stanowiące jednocześnie istotną modyfikację specyfikacji, pismem datowanym na cztery dni przed terminem składania ofert zaskoczyło ich, z uwagi na krótki okres przed terminem składania ofert. Nie jest możliwe dokonywanie takich zmian w ostatniej chwili. Pismo zamawiającego z odpowiedziami nie dotarło do skarżącego, a cóż dopiero mówić o wykonawcach mających siedziby w o wiele dalszej odległości, a nawet za granicą. Naruszony został więc art. 38 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych⁴⁷⁰.

W myśl art. 38 ust. 6 ustawy, w brzmieniu nadanym nowelą jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert. Mimo zmiany przepisu nadal aktualne jest stanowisko⁴⁷¹, iż wprowadzenie przez zamawiającego, na krótko przed upływem terminu do składania ofert licznych zmian w zakresie technologii wykonania zamówienia winno skutkować przedłużeniem terminu do składania ofert, który umożliwiłby przygotowanie ofert wykonawcom. Przedłużenie tego terminu o jedną godzinę jest terminem niewystarczającym wobec liczby i istoty zmian określonych przez zamawiającego. Nieprzedłużenie tego okresu skutkuje nieważnością całego postępowania⁴⁷².

⁴⁶⁸ Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-518/05.

⁴⁶⁹ Wyrok SO w Zielonej Górze z 07.04.2005 r., sygn. akt II Ca 180/05.

⁴⁷⁰ Jw.

⁴⁷¹ Wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-571/05.

⁴⁷² Jw.

Rozdział 7.

Wstępne badanie ofert

Ocenę i badanie ofert w przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia oraz zapytaniu o cenę można podzielić na trzy, względnie cztery etapy: wstępne badanie ofert (art. 84 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), podmiotową ocenę wykonawców (art. 24 ustawy), formalną ocenę ofert, w tym pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji i rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 1–4, 6 i 7 ustawy; art. 90 ustawy) oraz właściwą ocenę ofert (art. 91 ustawy). W ostatniej fazie, po uprzednim poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych (art. 87 ust. 2 i art. 88 ustawy) oraz otrzymaniu ewentualnych wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy), zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty. W przetargu nieograniczonym zamawiający pod dokonaniu oceny ofert może, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzić również aukcję elektroniczną, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 91 a ustawy).

W przypadku przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego podmiotowa ocena wykonawców poprzedza ocenę i badanie ofert (art. 51 ust. 1, art. 57, art. 60d ustawy). W przypadku dwóch pierwszych trybów dopuszczalne jest przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Ten rozdział skupia się na analizie orzecznictwa związanego z czynnościami podejmowanymi w ramach wstępnego badania ofert. Będą to czynności polegające na sprawdzeniu, czy oferta została złożona w terminie (art. 84 ust. 2 ustawy), skutecznie zabezpieczona wadium, a także – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, negocjacji bez ogłoszenia oraz w zapytaniu o cenę – złożona przez wykonawcę zaproszonego do składania ofert (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy). Ze względów praktycznych zaleca się również na tym etapie przeprowadzenie badania ofert pod kątem ich ewentualnej nieważności na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy).

I. Złożenie oferty w terminie

Po pierwsze należy przesądzić, czy oferta została złożona w terminie składania ofert. Zgodnie z art. 84 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ofertę złożoną po terminie **zwraca się bez otwierania** po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu. Przepis ten a contrario nie pozwala na zwrot oferty bez otwierania, jeżeli oferta została złożona w terminie. Dlatego odmowa zamawiającego otwarcia oferty, której koperta została oznaczona w sposób niezgodny ze specyfikacją, stanowi naruszenie tego przepisu⁴⁷³.

II. Oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert

Następnie należy sprawdzić, czy oferta została złożona przez podmiot uprawniony do złożenia oferty. W postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia oraz zapytania o cenę ofertę może złożyć jedynie wykonawca zaproszony do składania ofert. Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy niezaproszonego do składania ofert (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy). Dlatego gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia i do nich zamawiający skierował zaproszenie do złożenia oferty, zaś z treści oferty wynika, że składa ją tylko jeden z wykonawców – oferta ta podlega odrzuceniu⁴⁷⁴.

III. Zabezpieczenie oferty wadium

Po ustaleniu, że oferta jest złożona przez uprawnionego wykonawcę, można przystąpić do zbadania, czy została ona prawidłowo zabezpieczona wadium. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą.

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy), natomiast w przypadku udzielania zamówienia w trybie licytacji zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium w terminie przez niego określonym, nie później jednak niż przed upływem terminu otwarcia licytacji elektronicznej (art. 76 ust. 3 ustawy).

⁴⁷³ Wyrok ZA z 18.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-691/05.

⁴⁷⁴ Wyrok ZA z 24.04.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1118/06.

Z brzmienia przepisu art. 45 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie można wnioskować, iż przepis ten nie zezwala na wnoszenie wadium wraz ze złożeniem oferty; przeciwnie: **czynność złożenia oferty oraz wniesienia wadium mogą być dokonane jednocześnie**. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął ZA⁴⁷⁵, który sięgnął do definicji wadium. Zwrócił uwagę, iż definicja legalna wadium znajduje się nie w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale w art. 704 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy albo odpowiednio zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Funkcja wadium polega „głównie na zabezpieczeniu organizatora przetargu poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta została wybrana”⁴⁷⁶. W tym kontekście należy rozpatrywać regulację zawartą w art. 45 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. W zakresie powiązań czasowych wadium z terminem składania ofert art. 45 ust. 3 ustawy stanowi jedyny przepis regulujący tę problematykę. Z literalnego brzmienia przepisu nie wynika bynajmniej, aby wadium nie mogło zostać złożone równocześnie z ofertą. Również moment złożenia wadium – byleby nie przekraczał terminu ustawowego – w perspektywie wskazanej powyżej funkcji zabezpieczającej wadium, nakazuje przyjąć, że złożenie wadium tak łącznie z ofertą, jak i w innej dacie nie powoduje odmiennych skutków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – kontynuuje swoją wypowiedź ZA⁴⁷⁷.

Jeżeli jednak zamawiający żąda złożenia wadium wcześniej niż przed terminem składania ofert, a warunek ten nie zostanie oprotestowany, stanie się on prawnie skuteczny. I tak dla przykładu, gdy zamawiający wymagał, aby wadium w formie niepieniężnej było wniesione w terminie do dnia składania ofert do godz. 9.00 w kasie zamawiającego, a termin ten był niekwestionowany, pomimo tego iż był wcześniejszy niż termin składania ofert (godz. 10.00), to z racji jego nieoprotestowania winien być dotrzymany⁴⁷⁸.

Wadium w pieniądzu wnosi się **przelewem** na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy). Jak podkreśla się w orzecznictwie⁴⁷⁹, z przepisu tego wynika jednoznacznie obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego. Przepis ten wyraźnie wyklucza dokonywanie wpłat gotówkowych na rachunek zamawiającego i to niezależnie od tego, czy wpłata taka dokonywana byłaby w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, czy też zupełnie innego banku. Przepis jest jasny i mówi o przelewie, a więc operacji bez-

⁴⁷⁵ Wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-481/05.

⁴⁷⁶ M. Żak: „Komentarz do art. 704 kodeksu cywilnego” w: K. Korus, D. Rogoń, M. Żak, „Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego zmienionych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw”, LEX 2003; cyt. za wyrokiem ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-481/05.

⁴⁷⁷ Wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-481/05.

⁴⁷⁸ Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-530/05.

⁴⁷⁹ Wyrok ZA z 10.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2788/05.

gotówkowej, a nie gotówkowej. Wniesienie wadium w formie gotówkowej na rachunek zamawiającego należy uznać za niedopuszczalną formę zabezpieczenia oferty, co w konsekwencji skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania⁴⁸⁰.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie **wadium ważnego przez cały okres związania ofertą**⁴⁸¹. Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciężącego na oferencie obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą. Dlatego też upływ terminu ważności złożonej gwarancji wadium nie może być krótszy od terminu związania ofertą. Wniosek ten wysunąć można a contrario z przepisu art. 46 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, który wskazuje, że wadium zwraca się niezwłocznie po upływie terminu związania ofertą⁴⁸². Realizacja tego obowiązku wymaga zatem przede wszystkim ustalenia dat początku i końca biegu terminu związania ofertą.

W myśl art. 85 ust. 5 ustawy bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Dlatego jeżeli zamawiający przesunął termin składania ofert, to wykonawca, który posiada gwarancję wadium obejmującą pierwotny termin związania ofertą, zobowiązany jest do jej przedłużenia z własnej inicjatywy bez wniosku w tej sprawie ze strony zamawiającego. Niedokonanie tej czynności przez wykonawcę stanowi przesłankę do wykluczenia z postępowania⁴⁸³.

W dalszej kolejności wyłania się problem relacji art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych do art. 111 ust. 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. W orzecznictwie arbitrażowym⁴⁸⁴ ugruntował się pogląd o pierwszeństwie art. 85 ust. 5 ustawy przed art. 111 ust. 2 Kodeksu cywilnego. Bieg tego terminu rozpoczyna się wraz (w tej samej chwili) z upływem terminu składania ofert, a zatem stanowi on w tym przypadku przepis szczególnie w stosunku do art. 111 ust. 2 k. c.⁴⁸⁵ Użycie w art. 85 ust. 5 ustawy zwrotu „wraz z upływem terminu składania ofert” jednoznacznie wskazuje, że **przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert** (a więc dzień, w którym nastąpiło zdarzenie dające początek biegowi terminu). Tym samym, pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ Jw.

⁴⁸¹ Wyrok SO w Katowicach z 13.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 468/05; patrz również wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-588/05.

⁴⁸² Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-11/05.

⁴⁸³ Wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-588/05.

⁴⁸⁴ Patrz w szczególności: wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-11/05; wyrok z 31.03.2005 r., sygn. UZP/ZO/0-526/05; wyrok ZA z 10.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2784/05.

⁴⁸⁵ Wyrok ZA z 31.03.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-526/05.

⁴⁸⁶ Wyrok ZA z 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-546/05.

Nie tylko określenie początku terminu związania ofertą, ale również kresu przysparza wiele problemów. I tak przyjmuje się, że w pozostałym zakresie do obliczania terminu związania ofertą stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, w tym także art. 115⁴⁸⁷. Zgodnie z jego treścią, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Odnosząc ten przepis do obliczania terminu związania ofertą, należy stwierdzić, że jeżeli koniec terminu związania ofertą przypada w niedzielę, to upływa on dopiero w poniedziałek. Okoliczność tę trzeba uwzględnić przy określeniu terminu gwarancji wadialnej⁴⁸⁸.

Największych trudności nastęrcza jednak sytuacja, gdy termin związania ofertą ulega wydłużeniu (np. w sytuacji wskazanej w art. 85 ust. 2 ustawy) bądź zawieszeniu (np. wobec wniesienia protestu – art. 181 ust. 2 ustawy). Zwłaszcza gdy bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu na skutek wniesienia protestu, obiektywnie niemożliwym staje się ustalenie chwili, w której zawieszenie ustanie wobec ostatecznego rozstrzygnięcia protestu a konsekwencji ustalenie daty końca biegu terminu związania ofertą. Wynika to z faktu, że zawieszenie biegu terminu związania ofertą następuje do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, przy czym w chwili wniesienia protestu nie jest możliwe ustalenie w sposób pewny, kiedy zostanie on rozstrzygnięty ostatecznie⁴⁸⁹. Wątpliwości te ustawodawca usiłuje wyjaśnić w art. 181 ust. 2a ustawy dodanym nowelą, zgodnie z którym zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na siedem dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Mimo zmiany stanu prawnego w dalszym ciągu wydaje się aktualne stanowisko SO w Katowicach⁴⁹⁰, iż żaden z przepisów ustawy nie obliguje uczestników do przedłużenia ważności wadium jednocześnie z wnoszeniem protestu. Ustawa nie określa także, kiedy owo **przedłużenie ważności wadium** ma nastąpić. Tym samym przyjęć należy, że omawiana czynność musi być dokonana **przed końcem okresu ważności wadium** – co jest całkowicie wystarczające dla realizacji gwarantowanej funkcji wadium (zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualną niesolidnością wykonawcy) – stwierdził Sąd.

Na uwagę zasługuje również wypowiedź SO w Lublinie⁴⁹¹, że odrzucenie ofert może nastąpić tylko do dnia dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. W rezultacie zamawiający nie ma obowiązku odrzucenia ofert, które nie były zabezpieczone wadium w okresie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

⁴⁸⁷ Wyrok z 31.03.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-526/05.

⁴⁸⁸ Jw.

⁴⁸⁹ SO w Katowicach, wyrok z 13.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 468/05.

⁴⁹⁰ Jw.; podobnie wyrok ZA z 4.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3151.

⁴⁹¹ Wyrok SO w Lublinie z 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05.

W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej powstaje problem, czy dokument wadialny zawsze należy złożyć w oryginale, czy też wyjątkowo jest dopuszczalne dołączenie do oferty jego kopii. Wedle wiedzy i doświadczenia orzekającego składu arbitrów⁴⁹² dla dochodzenia przez beneficjenta roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej nie jest wymagane okazanie oryginału dokumentu gwarancji. Przedmiotowa gwarancja również nie zawiera żadnej wzmianki o konieczności przedstawienia ubezpieczycielowi jej oryginału, a zatem należy stwierdzić, iż funkcja zabezpieczająca, jaką w przedmiotowej sprawie miała spełnić gwarancja, została spełniona bez względu na fakt posiadania przez jej beneficjenta oryginału czy też wyłącznie kopii. Cytowany wyrok należy jednak opatrzyć zastrzeżeniem, iż oparcie rozstrzygnięcia Zespołu Arbitrów na samym doświadczeniu oraz analizie treści dokumentu gwarancyjnego było niewystarczające, bowiem konieczność przedstawienia oryginału dokumentu gwarancyjnego mogła wynikać z ogólnych warunków ubezpieczenia. Dopiero uwzględnienie obu dokumentów mogło pozwolić na wyprowadzenie wniosków, do jakich doszedł Zespół Arbitrów.

Jeżeli zamawiający nie wymaga konkretnej treści wadium, to każde sformułowanie gwarancji zapłaty wadium będzie zgodne z wymaganiami specyfikacji, o ile tylko zapewni skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. I tak dla przykładu⁴⁹³, brak w ubezpieczeniowej gwarancji słów: „następuje wypłata bezwarunkowa i bez żadnych zastrzeżeń” nie powoduje, że dokument wadium nie spełnia wymagań przewidzianych w specyfikacji. Zamawiający nie wymagał konkretnej treści wadium. Sformułowanie znajdujące się w tym dokumencie, że „na pierwsze pisemne żądanie bez konieczności uzasadnienia żądania przez zamawiającego zostanie przez gwaranta dokonana wypłata”, można uznać za spełniające wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji z punktu widzenia skuteczności egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji.

IV. Oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów

W trakcie wstępnego badania ofert warto również przekonać się, czy ewentualnie któraś ze złożonych ofert nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych).

Z reguły nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim złożenie oferty:

- bez własnoręcznego podpisu oferenta na dokumencie (art. 78 k. c.),
- przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie swojej woli (art. 82 k. c.),
- dla pozorów, bez zamiaru wywołania skutku prawnego związanego ze złożeniem oferty (art. 83 k. c.). Nie jest to katalog zamknięty⁴⁹⁴.

⁴⁹² Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-27/05.

⁴⁹³ Patrz wyrok ZA z 21.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-739/05.

⁴⁹⁴ Wyrok ZA z 15.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-421/05.

Najczęściej spotykanym w praktyce powodem nieważności oferty jest jej podpisanie przez osobę nienależycie umocowaną, a zwłaszcza działającą na podstawie wadliwego pełnomocnictwa.

Zgodnie z art. 98 k. c. pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności. Można znaleźć wiele orzeczeń, w których arbitrzy wypowiadają pogląd, że dla umocowania do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się **pełnomocnictwa rodzajowego**⁴⁹⁵. Ponieważ czynności z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zasady należy uznać za przekraczające zakres zwykłego zarządu, do ich dokonania potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj (zdanie drugie art. 98 k. c.)⁴⁹⁶. Tak więc oferta podpisana przez osobę działającą na podstawie pełnomocnictwa ogólnego będzie, co do zasady, uznana za nieważną na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

Ważna za to będzie oferta podpisana samodzielnie przez prokurenta samodzielnego (prokurenta jednoosobowego), nawet jeśli umowa spółki przewiduje reprezentację łączną członka zarządu z prokurentem. Jednoznaczne stanowisko w tej kwestii zajął SO we Wrocławiu⁴⁹⁷, który wypowiedział pogląd, że: „Art. 205 § 3 k. s. h. w pewnym stopniu daje priorytet prokurze jednoosobowej, gdy jest ustanowiona reprezentacja łączna w spółce. Wówczas to zarząd musi respektować reguły reprezentacji łącznej, natomiast prokurent może wystąpić samodzielnie (patrz: komentarz do art. 205 k. s. h., A. Kidyba, „Kodeks spółek handlowych”, t. I i II, Zakamycze 2005, wyd. III). Ustanowieni prokurenci jednoosobowi nie niweczą zasady reprezentacji łącznej przez członków zarządu. Dlatego, jeżeli ustanowiona jest reprezentacja łączna członków zarządu czy też zarządu z prokurentem, w każdym przypadku **prokurent, gdy ma prokurę samodzielną, może reprezentować spółkę samodzielnie**”.

Z treści art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wynika, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis powyższy wskazuje więc dwa rodzaje pełnomocnictw – węższe, obejmujące jedynie reprezentację w postępowaniu o udzielenie zamówienia i szersze, obejmujące dodatkowo umocowanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Patrz np. wyrok ZA z 15.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-421/05.

⁴⁹⁶ Wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05.

⁴⁹⁷ Postanowienie SO we Wrocławiu z 2.12.2005 r., sygn. akt II Ca 1049/05.

⁴⁹⁸ Postanowienie SO w Białymstoku z 24.05.2005 r., sygn. akt II Ca 239/05.

W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne pełnomocnictwo jest bardzo ważnym dokumentem pozwalającym zamawiającemu zidentyfikować wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Dlatego też do jego prawidłowości należy przywiązywać szczególną wagę⁴⁹⁹. W szczególności jako wadliwe należy ocenić pełnomocnictwo udzielone przez spółkę członkowi jej zarządu. Przy jego sporządzeniu dochodzi bowiem do skumulowania funkcji pełnomocnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z funkcją członka zarządu takiej spółki, a taka konstrukcja jest zaprzeczeniem podstawowej zasady reprezentacji spółki kapitałowej zawartej w art. 205 § 1 k. s. h. Następuje tu naruszenie zasady łącznej reprezentacji, co w świetle art. 58 § 1 k. c. skutkuje nieważnością czynności prawnej⁵⁰⁰.

Należy z niepokojem odnotować rozbieżność orzecznictwa arbitrażowego w kwestii stosowania art. 23 ust. 2 ustawy wobec współników spółki cywilnej. Co prawda, jednolicie uznaje się, że spółka cywilna nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, a więc wykonawcą jest każdy z jej współników⁵⁰¹. Nie rozwiązuje to jednak problemu reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady reprezentacji spółki cywilnej przez współników są uregulowane w sposób szczególny w k. c. Na ogół arbitrzy respektują fakt, iż w wypadku spółki cywilnej umocowanie jej współników jest przedstawicielstwem ustawowym, a tam, gdzie mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, nie mamy do czynienia z pełnomocnictwem⁵⁰². Istnieje jednak pokaźna grupa orzeczeń, w których arbitraż uznaje za konieczne ustanowienie przez współników pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁵⁰³. Z tym ostatnim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Jak trafnie podniósł SO w Gorzowie Wielkopolskim⁵⁰⁴, pomimo iż spółka cywilna nie posiada osobowości ani nawet statusu przedsiębiorcy, gdyż oparta jest na stosunku zobowiązaniowym łączącym współników, to jednak ma ona charakter trwałej formy organizacyjnej, wynikającej choćby z wniesienia wkładów (art. 860 § 1 k. c.) i powstania wspólnego majątku współników (art. 863 § 1 k. c.). Cecha ta odróżnia spółkę cywilną od konsorcjum, które może zostać zawiązane tylko w celu złożenia oferty w konkretnym przetargu, pozyskania zamówienia publicznego i jego wykonania, po czym ulega rozwiązaniu. Konsorcjum jest więc bytem czasowym, powołanym na okres warunkowany podjęciem poszczególnych czynności związanych z pozyskaniem zamówienia, a następnie wykonaniem umowy zawartej w wyniku wygrania przetargu. Oferta współników nie była ofertą wspólną odrębnych podmiotów, lecz ofertą współników spółki cywilnej – trwałego bytu organizacyjnego, którego reprezentacja została określona w umowie spółki, w oparciu o regulacje przewidziane w kodeksie cywilnym (art. 865 i 866). Wspólnicy spółki cywilnej nie przedstawili osob-

⁴⁹⁹ Wyrok ZA z 7.06.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1632/06.

⁵⁰⁰ Jw.; podobnie wyrok ZA z 27.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3103/05.

⁵⁰¹ Patrz np. wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-594/05.

⁵⁰² Wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-560/05.

⁵⁰³ Patrz np. wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-594/05.

⁵⁰⁴ Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

nego dokumentu zawierającego pełnomocnictwo, jednakże uprawnienie do reprezentowania spółki przysługujące każdemu ze współników wynikało już z samej umowy spółki cywilnej dołączonej do oferty. Należy w tym miejscu zauważyć, że źródła uprawnienia do reprezentacji spółki cywilnej, jakie przysługuje każdemu ze współników tej spółki (w braku odmiennych postanowień w umowie), należy upatrywać nie w instytucji pełnomocnictwa, lecz przedstawicielstwa ustawowego. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 13 października 2000 r. w sprawie II CKN 298/00 (LEX nr 52570), stwierdzając, iż „każdy współnik spółki cywilnej jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw (art. 866 k. c.). Umocowanie to opiera się na przepisie ustawy, a więc mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, a nie pełnomocnictwem (art. 96 k. c.). W miejsce regulacji wynikającej z art. 107 k. c. ma więc zastosowanie art. 865 k. c.

Utarł się natomiast w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, iż wykonawca – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie musi składać wraz z ofertą **uchwały walnego zgromadzenia współników** w przedmiocie wyrażenia zgody na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego (art. 230 k. s. h.). I tak, dla przykładu, w jednym z orzeczeń ZA⁵⁰⁵ stwierdził, iż czynność prawna członka zarządu sp. z o. o. polegająca na złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonana bez wymaganej zgody walnego zgromadzenia na podstawie art. 230 kodeksu spółek handlowych, nie jest obarczona wadą nieważności. Art. 230 k. s. h. w zdaniu drugim *expressis verbis* wskazuje wyraźnie, że nie ma zastosowania do tego stanu prawnego przepis art. 17 § 1 k. s. h. Przepis ten przewiduje dla czynności dokonanej bez wymaganej uchwały współników sankcję bezwzględnej nieważności, skoro jednak nie ma on zastosowania do hipotezy sformułowanej w przepisie art. 230 k. s. h. to czynność prawna dokonana bez uchwały współników nie jest czynnością nieważną, a jedynie czynnością dotkniętą bezskutecznością zawieszoną⁵⁰⁶, co oznacza, że czynność może być potwierdzona przez odpowiedni organ, w tym przypadku uchwałą współników, przed złożeniem oświadczenia przez spółkę albo po jego złożeniu, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia oświadczenia przez spółkę – kontynuuje swoją wypowiedź ZA. Skoro czynność złożenia oferty nie była czynnością nieważną w świetle art. 230 k. s. h., to nie było podstaw do jej odrzucenia przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W innym orzeczeniu, poddając krytyce postawiony w specyfikacji warunek przedłożenia takiego dokumentu wraz z ofertą, ZA stwierdza, że uchwała podejmowana w trybie art. 230 k. s. h. staje się niezbędną dopiero przy podpisywaniu umowy o zamówienie publiczne⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Wyrok ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-542/05; por. także wyrok ZA z 28.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3080/05.

⁵⁰⁶ W rzeczywistości trudno o jednoznaczną kwalifikację takiej sytuacji do znanych doktrynie rodzajów wad czynności prawnych – przyp. autora.

⁵⁰⁷ Wyrok ZA z 26.01.2005 r., sygn. UZP/ZO/0-89/05.

Rozdział 8.

Formalna ocena ofert

Przystępując do formalnej oceny ofert, zamawiający bada oferty pod kątem ich zgodności z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy), treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy), rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy), a także omyłek rachunkowych i pozostałych błędów w obliczeniu ceny (art. 88 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy). Równoległe zamawiający poprawia oczywiste omyłki pisarskie (art. 87 ust. 2 ustawy) oraz – gdy zajdzie taka potrzeba – wyjaśnia z wykonawcami treść złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy).

Konsekwencją formalnej oceny ofert jest zakwalifikowanie ofert do fazy ich właściwej oceny albo odrzucenie. W tym kontekście zasługuje na podkreślenie wypowiedź SO w Warszawie⁵⁰⁸, iż przyczyny odrzucenia oferty zostały enumeratywnie wymienione w przepisie art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sposób sformułowania treści tego przepisu nie pozostawia miejsca na żadną dowolność, ani też nie wzbudza żadnych wątpliwości. Nie można odrzucić oferty z przyczyn innych niż wymienione w tym przepisie⁵⁰⁹.

I. Niezgodność oferty z ustawą

Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych). Przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7–9), jak też z poszczególnymi **przepisami ustawy, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy, a także z przepisami aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje**⁵¹⁰. Dlatego za nietrafny należy uznać spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, iż w art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych ustawodawca nie wskazał na niezgodność z prawem zamówień publicznych sensu stricto, lecz odniósł się do niezgodności z systemem prawa obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej wyrażonym w obowiązujących

⁵⁰⁸ Wyrok SO w Warszawie z 3.09.2004 r., sygn. V Ca 1738/04

⁵⁰⁹ Jw.

⁵¹⁰ „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, pod red. T. Czajkowskiego, UZP 2004 r., str. 220 .

ustawach⁵¹¹. Ilekroć ustawodawca w akcie prawnym posługuje się pojęciem „ustawa” bez bliższego określenia, należy takie pojęcie rozumieć zawsze jako określające ustawę, w której takie pojęcie się znalazło. Wniosek taki wypływa z zasad techniki prawodawczej. Twierdzenie to nie stoi w sprzeczności z tym, co zostało wyrażone wyżej, iż w przepisie mowa jest również o przepisach aktów wykonawczych do ustawy oraz aktach prawnych, do których ustawa się odwołuje w zakresie odwołania. Jest tak, ponieważ przepisy wykonawcze do ustawy wydawane są wyłącznie na podstawie upoważnienia w niej zawartego i służyć mają jej wykonaniu. Oznacza to tylko tyle, iż pomiędzy ustawą i aktami wykonawczymi zachodzi związek funkcjonalny, polegający na doprecyzowaniu jej treści wszędzie tam, gdzie ustawodawca upoważnił do tego organy wydające dany akt wykonawczy. W drugim natomiast przypadku mamy do czynienia z techniką legislacyjną polegającą na posługiwaniu się w akcie prawnym odesłaniami do innych przepisów prawa. Oczywiście ustawodawca mógłby zawrzeć w ustawie odsyłającej treści zawarte w ustawie, do których odsyła, decyduje się jednak na posłużenie odesłaniem, co jest zgodne z zasadami techniki prawodawczej, które zabraniają powtarzania przepisów zamieszczonych w innych ustawach.

W dotychczasowym orzecznictwie arbitrażowym⁵¹² oraz Sądów Okręgowych⁵¹³ konsekwentnie podzielany był pogląd, że niezgodna z ustawą jest oferta, w której wykonawca zastrzegł jako niepodlegające ujawnieniu informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd ten wymaga ponownego przemyślenia po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z 21.10.2005 r.⁵¹⁴, w której wypowiedział pogląd, iż: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta – na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) – zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Analiza najnowszego orzecznictwa arbitrażowego potwierdza zmianę dotychczasowego stanowiska⁵¹⁵.

Co do zasady niezgodna z ustawą jest oferta, w której wykonawca posługuje się **językiem obcym** bez tłumaczenia na język polski⁵¹⁶. Stosownie bowiem do art. 9 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku

⁵¹¹ Np. wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-473/05.

⁵¹² Np. UZP/ZO/0-72/05; UZP/ZO/0-122/05; wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-473/05.

⁵¹³ Np. wyrok SO w Łodzi z 20.10.2005 r., sygn. akt III Ca 919/04.

⁵¹⁴ Uchwały SN z 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05.

⁵¹⁵ Patrz np. wyrok ZA z 12.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-13/06.

⁵¹⁶ Np. wyrok ZA z 17.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-454/05; w myśl jednak art. 9 ust. 3 Pzp w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

polskim. Nie oznacza to jednak, na co zwrócił uwagę SO w Warszawie⁵¹⁷, że składane przez wykonawców oferty muszą być sporządzone wyłącznie w języku polskim oraz że nie mogą znaleźć się w nich słowa w językach obcych. Powołany przepis nie zawiera pełnej regulacji odnoszącej się do dopuszczalnego zakresu użycia wyrażen obcojęzycznych w dokumentach składanych w toku postępowania podlegającego obowiązkowi zastosowania języka polskiego. Za uzasadnione należy w tym zakresie uznać odwołanie się do ustawy z 7 października 1999 r. o języku polskim, w szczególności do art. 11 pkt 1, 5 i 6 tejże ustawy. Zgodnie z tymi przepisami nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług. Oferty pozostające w zgodzie z tymi uregulowaniami co do zasady nie mogą zostać uznane za naruszające prawo, w tym art. 9 ust. 2 Prawa zamówień publicznych⁵¹⁸.

Niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych jest również oferta, w której **cena do zapłaty jest wyrażona w tysięcznych częściach złotego (ułamkach grosza)**. Dotyczy to również cen jednostkowych, jeżeli mają stanowić podstawę do rozliczania usług objętych przedmiotem zamówienia. I tak, dla przykładu, w jednym z orzeczeń, uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, ZA stwierdza: „Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do którego odsyła w art. 2 pkt 1 ustawy – ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Analogicznie kwestia ta jest regulowana w odniesieniu do cen jednostkowych. Zgodnie z ustawą z 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 ze zm.) od 1 stycznia 1995 r. polską jednostką pieniężną (art. 1) jest złoty, który dzieli się na 100 groszy. Analogiczna regulacja wynika z art. 31 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005r. Nr 1, poz. 2), w myśl którego znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Oznacza to, iż rozliczanie wykonanych usług może nastąpić wyłącznie z uwzględnieniem wymienionych regulacji, a to powoduje, że ceny za usługi muszą być wyrażone w obowiązującej w Polsce jednostce pieniężnej. Rozstrzygające w tej sprawie jest to, że wskazane ceny jednostkowe mają stanowić przede wszystkim podstawę do rozliczania usług objętych przedmiotem zamówienia, a ich funkcja kalkulacyjna ma w tym przypadku drugorzędne znaczenie. Zatem oznaczenie ceny w tysięcznych częściach złotego powoduje, iż w tej części oferta jest niezgodna z polskim systemem płatniczym wskazanym w powołanych ustawach i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu”⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Wyrok SO w Warszawie z 8.09.2005 r., sygn. akt V Ca 886/05.

⁵¹⁸ Jw.

⁵¹⁹ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-493/05.

II. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty⁵²⁰. Zgodnie z wypowiedzią ZA⁵²¹ oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Podobne, choć precyzyjniejsze stanowisko zajął inny skład arbitrów⁵²²: niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji⁵²³. Zachodzi ona zatem wyłącznie w odniesieniu do **treści merytorycznej oferty**, a nie jej formy⁵²⁴.

W świetle orzecznictwa arbitrażowego za uchybienia w zakresie formy, a nie treści oferty (tj. nieskutkujące odrzuceniem oferty), należy uznać w szczególności: brak numeracji stron⁵²⁵, błędne podanie liczby stron oferty⁵²⁶, brak trwałego spięcia oferty⁵²⁷, brak parafy⁵²⁸, brak pieczętki pod oświadczeniem woli⁵²⁹, brak podania wydziału sądu rejestrowego⁵³⁰, brak podpisu na każdej stronie katalogu załączonego do oferty⁵³¹, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii oferty⁵³², brak podpisu na każdej stronie oferty⁵³³, wpisanie ceny nie na formularzu cenowym, lecz na osobnej karcie⁵³⁴, brak wpisania osoby uprawnionej do kontak-

⁵²⁰ Wyrok ZA z 24.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-82/05.

⁵²¹ Jw.

⁵²² Jw.

⁵²³ Jw.

⁵²⁴ Np. wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/05; wyrok z 11.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-416/05.

⁵²⁵ UZP/ZO/0-27/05 .

⁵²⁶ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/05.

⁵²⁷ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/05; wyrok z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-39/05.

⁵²⁸ Np. wyrok ZA z 15.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1004/04; wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/05.

⁵²⁹ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/05 .

⁵³⁰ Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-54/05.

⁵³¹ Wyrok ZA z 9.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-399/05; inaczej ZA w wyroku z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-513/05.

⁵³² Wyrok z 6.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1004/04.

⁵³³ Wyrok ZA z 14.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-423/05.

⁵³⁴ Jw.

tów z zamawiającym⁵³⁵, podpisanie oferty zwyczajowym, ale nieczytelnym podpisem⁵³⁶, brak dołączenia do oferty elektronicznej wersji załącznika⁵³⁷, brak dołączenia kopii oferty⁵³⁸, błędne oznaczenie koperty z ofertą⁵³⁹ itp.

Nie jest również uchybieniem o charakterze merytorycznym złożenie dodatkowych, **niewymagalnych przez zamawiającego dokumentów**. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucić ofertę wtedy, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Chodzi tu tylko o uchybienia w samej treści oferty, a więc o charakterze merytorycznym i istotnym, a złożenie dodatkowych dokumentów niewątpliwie nie może zostać zakwalifikowane jako takie uchybienie⁵⁴⁰.

Zdarza się, że zamawiający wymaga od wykonawców zaakceptowania, podpisania i dołączenia do oferty **wzoru umowy** (a nawet jego wypełnienia). Wart przytoczenia jest pogląd ZA⁵⁴¹ na temat celu i funkcji takiego wymogu. Wzorzec umowy stanowi element składanych przez wykonawców ofert. Element niezwykle istotny, albowiem w treści oferty złożenie projektu umowy jest równoznaczne ze zgodą wykonawcy na zawarcie umowy według wzorca umownego zaproponowanego przez zamawiającego. Do wzorca umownego mają odpowiednie zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności art. 384, zgodnie z którym wzorzec umowy wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. Zgodnie z przyjętą doktryną źródłem mocy wiązania wzorców jest w zasadzie zgoda stron zawierających umowę, co określić można jedynie *vi consensus*. Oznacza to, że strona podpisując wzorzec i wiedząc o załącznikach do niego, godzi się na zawarte w nich zapisy – kontynuuje swoją wypowiedź ZA. W tym świetle znacząca staje się opinia innego ZA, że gdy wykonawca nie wypełni i nie podpisze zgodnie z warunkiem specyfikacji projektu umowy wraz z załącznikami, to treść jego oferty nie będzie zgodna z treścią specyfikacji⁵⁴². Jeżeli jednak wykonawca miał podpisać i załączyć do oferty zaakceptowany wzór umowy, którego integralną część stanowiły załączniki, to złożenie i podpisanie samego wzoru umowy, bez załączników, oznacza na gruncie art. 60 oraz art. 384 k. c., że wykonawca w sposób jednoznaczny wyraził swoją wolę zaakceptowania załączników. Nie jest zatem konieczne, aby osobno akceptował poszczególne załączniki⁵⁴³.

Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych⁵⁴⁴. **Formalizm** ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert

⁵³⁵ Wyrok ZA z 13.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-6/06.

⁵³⁶ Jw.

⁵³⁷ Wyrok ZA z 18.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-117/06.

⁵³⁸ Wyrok ZA z 21.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2587/05.

⁵³⁹ Wyrok ZA z 27.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2647/05.

⁵⁴⁰ Wyrok SO w Warszawie z 3.09.2004 r., sygn. akt V Ca 1738/04.

⁵⁴¹ Wyrok ZA z 22.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-479/05.

⁵⁴² Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-63/05.

⁵⁴³ Wyrok SO we Wrocławiu z 15.06.2005 r., sygn. akt II Ca 512/05.

⁵⁴⁴ Wyrok SO w Warszawie z 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 398/05.

niepełniających wymogów specyfikacji⁵⁴⁵. Jeżeli parametry oferowanego sprzętu nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji, oświadczenie o zgodności proponowanego rozwiązania z wymaganiami specyfikacji nie wpływa na ocenę merytorycznej zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności⁵⁴⁶. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest również zapewniona przez sam fakt złożenia przez wykonawcę oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji bez zastrzeżeń treści istotnych postanowień umowy, gdy istotne postanowienia umowy załączone przez tego wykonawcę zawierają inną treść niż wymagana przez zamawiającego⁵⁴⁷.

Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy⁵⁴⁸. Z całą stanowczością trzeba podkreślić, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce **sformalizowanym charakterze**, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego⁵⁴⁹.

Przykładowo, skoro zamawiający wymagał w specyfikacji, ażeby płatności za wykonanie zamówienia były realizowane w ciągu 21 dni od dnia otrzymania faktury VAT, to oferta wykonawcy zawierająca postanowienie, iż płatności będą realizowane w ciągu 21 dni od dnia wystawienia faktury VAT jest sprzeczna z SIWZ i z tego względu podlega odrzuceniu⁵⁵⁰.

Przygotowując ofertę, należy wnikliwie przeanalizować **wzór umowy** dołączony do specyfikacji. Jeżeli wzór umowy stanowiący załącznik do specyfikacji jest jej integralną częścią, to tym samym zawarte w nim postanowienia obowiązują wykonawcę w tym samym stopniu co zapisy specyfikacji⁵⁵¹. Dlatego jeśli we wzorze umowy zawarto postanowienie, że rozliczenie za przedmiot umowy będzie się odbywało zgodnie z harmonogramem realizacji robót oraz planem rzeczowo-finansowym oraz że suma faktur częściowych nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia umownego, to oczywiste jest, że plan rzeczowo-finansowy musi także odpowiadać temu warunkowi. Tym samym, jeżeli suma faktur częściowych określona w planie rzeczowo-finansowym przedłożonym przez wykonawcę przekracza pułap 90% wartości zamówienia, to ofertę należy uznać za niezgodną ze specyfikacją⁵⁵².

⁵⁴⁵ Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt II Ca 29/05.

⁵⁴⁶ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-27/05, potwierdzony następnie wyrokiem SO w Warszawie z 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 398/05.

⁵⁴⁷ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-41/05.

⁵⁴⁸ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05.

⁵⁴⁹ Patrz w szczególności wyrok SO w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt V Ca 592/05.

⁵⁵⁰ Wyrok z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-466/05.

⁵⁵¹ Wyrok z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-515/05.

⁵⁵² Jw.

Również podanie przez wykonawcę terminu zamówienia w postaci konkretnej daty, podczas gdy zamawiający wymagał podania terminu, licząc od daty podpisania umowy, powoduje niezgodność oferty ze specyfikacją⁵⁵³.

Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 ustawy), w tym także w zakresie **sposobu obliczenia ceny**⁵⁵⁴. W wypadku gdy zamawiający posługuje się **formularzem cenowym**, obowiązkiem oferentów jest dokładne wypełnienie każdej jego pozycji. W sytuacji zaś, gdy wykonawca dokonuje obliczenia ceny w sposób sprzeczny ze sposobem określonym w specyfikacji, nie wypełniając poszczególnych pozycji przedstawionego przez zamawiającego formularza cenowego, niewątpliwie mamy do czynienia ze stanem, w którym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. W takim wypadku zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy)⁵⁵⁵. Skoro sam zamawiający przewidział w specyfikacji, której częścią był formularz cenowy, obowiązek podania przez oferentów nie tylko cen poszczególnych pozycji składających się na treść oferty, lecz także fabrykatu, typu, mocy i innych parametrów poszczególnych urządzeń i instalacji, to przy dopuszczeniu ofert do udziału w przetargu nie może od tego obowiązku odstąpić⁵⁵⁶.

Jeżeli jednak zamawiający zastrzegł, iż pominięcie pozycji z przedmiaru robót uważane będzie za wycenienie pominiętej pozycji w innych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz podkreślił, że nieuwjęte i niewycenione pozycje nie będą zapłacone, to pominięcie niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym nie powoduje sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji⁵⁵⁷.

Analiza orzecznictwa dostarcza także przykładów nieprzemyślanych wymagań specyfikacji o doniosłych skutkach. Dla przykładu, zamawiający nagminnie wymaga wypełnienia **kosztorysu ofertowego** również w przypadkach **wynagrodzenia ryczałtowego**, co zbytecznie naraża wykonawców na niebezpieczeństwo jego błędnego uzupełnienia. Zdaniem arbitrów, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi również wtedy, gdy w kosztorysie ofertowym występują braki takie, jak: zastosowania gorszego rodzaju tynków, niż to przewidział zamawiający, zastosowanie innych materiałów (tańszych), niż przewidziały to procesy technologiczne, nieuwzględnienie koniecznych dostaw, mimo że określona w ofercie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależna od rozmiaru robót budowlanych i kosztów ponoszonych przez wykonawcę podczas ich realizacji⁵⁵⁸. Dlatego jeżeli zamawiający określa wynagrodzenie za wykonanie zamówienia w postaci ceny ryczałtowej, której charakterystyczną cechą jest, iż jest ostateczna bez względu na rozmiar robót, i jednocześnie wymaga od wykonawców

⁵⁵³ Wyrok ZA z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-644/05.

⁵⁵⁴ Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

⁵⁵⁵ Jw.

⁵⁵⁶ Jw.

⁵⁵⁷ Wyrok z 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-39/05.

⁵⁵⁸ Wyrok ZA z 24.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-498/05.

dołączenia kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik do specyfikacji, to nie zwalnia to wykonawców z obowiązku przedstawienia takiego kosztorysu zgodnego ze specyfikacją – uznali arbitrzy w innym orzeczeniu⁵⁵⁹. Jak zwrócił uwagę SO w Poznaniu⁵⁶⁰, pomimo iż zamawiający istotnie określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, to jednak w specyfikacji wyraźnie domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz na podstawie przedmiaru robót. Dlatego złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieujętych w projekcie i przedmiarze robót bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy spowodowało, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy⁵⁶¹.

Uwzględnienie w kosztorysie ofertowym jako podstawy kalkulacji **KNNR** o innej treści niż **KNNR** wymagany przez zamawiającego również powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji⁵⁶². Także zaokrąglenie w ofercie norm **KNNR** załączonych do specyfikacji na skutek wykorzystania do obliczeń programu komputerowego nie chroni wykonawcy przed ujemnymi konsekwencjami spowodowanej tym niezgodności oferty ze specyfikacją. Program jest tylko narzędziem, jakim może posługiwać się wykonawca przy formułowaniu oferty. Sama oferta jest natomiast oświadczeniem woli i w przypadku jej niezgodności ze specyfikacją zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty⁵⁶³. Podobnie jeżeli zamawiający wymaga w specyfikacji, żeby cena była wynikiem sporządzenia kosztorysu ofertowo-szczegółowego, sporządzonego w oparciu o załączone do specyfikacji przedmiary, specyfikację techniczną odbioru i wykonania robót, a wykonawca oblicza cenę w oparciu o zmodyfikowany przez siebie przedmiar, powoduje to niezgodność treści oferty z SIWZ⁵⁶⁴.

Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Oferta częściowa to oferta przewidująca, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego (art. 2 pkt 6 ustawy). Przyzwolenie na składanie ofert częściowych musi wprost wynikać ze specyfikacji; nie można go domniemywać. W szczególności nie jest po-

⁵⁵⁹ Wyrok z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05.

⁵⁶⁰ Wyrok SO w Poznaniu z 14.10.2005 r., sygn. akt II Ca 1355/05.

⁵⁶¹ Jw.

⁵⁶² Wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-567/05; podobnie wyrok ZA 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-580/05.

⁵⁶³ Wyrok ZA z 7.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-614/05.

⁵⁶⁴ Wyrok ZA z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-641/05.

działem zamówienia na części przekazanie wykonawcom przedmiaru robót w trzech oddzielnych teczkach⁵⁶⁵. Dlatego jeżeli zamawiający nie przewidział w specyfikacji składania ofert częściowych, a wykonawca w ofercie dokonuje kalkulacji ceny oddzielnie za poszczególne części zamówienia, powoduje to niezgodność treści oferty ze specyfikacją⁵⁶⁶. Natomiast bezwzględnie niedopuszczalne jest składanie oferty na wszystkie części zamówienia pod warunkiem przyjęcia jej w całości. Dlatego jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, a wykonawca składa ofertę na wszystkie części zamówienia, zastrzegając jednocześnie, że oferta jest wiążąca pod warunkiem przyjęcia jej w całości, to oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją⁵⁶⁷.

III. Rażąco niska cena

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przystępując do badania oferty w celu ustalenia, czy nie zawiera ona ceny rażąco niskiej, zamawiający w pierwszym etapie (**badanie wstępne**) powinien sprawdzić, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego. W drugim ma obowiązek wystąpić do wykonawcy o **wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny** (art. 90 ust. 1 ustawy). Badanie kończy się ostateczną kwalifikacją oferty („rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia”) przy uwzględnieniu dopuszczalnej (tolerowanej) różnicy pomiędzy jej ceną a kosztami świadczenia.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena”⁵⁶⁸ ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie. Także dyrektywy nie definiują tego pojęcia. Nie ustalają one również żadnej metody kalkulacji, pozostawiając to zadanie państwu członkowskiemu⁵⁶⁹. Zamawiający dysponuje zatem szerokim zakresem uznania. W tym kontekście szczególną rolę może spełniać orzecznictwo Sądów Okręgowych i Zespołów Arbitrów.

W ramach **badania wstępnego**, zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą, pod uwagę należy brać co do zasady **całkowitą cenę** za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne pozycje lub ceny jednostkowe. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę⁵⁷⁰. Oceniając tylko jeden element

⁵⁶⁵ Wyrok ZA z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-643/05.

⁵⁶⁶ Jw.

⁵⁶⁷ Patrz w szczególności wyrok ZA z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-665/05.

⁵⁶⁸ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05.

⁵⁶⁹ Wyrok ETS z 27.11.2001 r. w połączonych sprawach C-285/99 i C-286/99 „Lombardini”, pkt 67.

⁵⁷⁰ Wyrok SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 425/04; patrz również wyrok ZA z 13.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2509/05.

oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty⁵⁷¹. Dlatego też, dla przykładu, nie można przyjąć, że oferta zawiera cenę rażąco niską na podstawie tylko dwóch z 75 pozycji cenowych oferty, jeżeli pozycje te nie wpłynęły w sposób znaczący na wysokość ceny całej oferty⁵⁷².

Wyjątkowo przedmiotem wstępnego badania można uczynić **cenę jednostkowe**, o ile zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia. W ocenie SO w Częstochowie⁵⁷³ analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, a nie cena za całość przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem traktować zamówienia jako całości, gdyż brak jest pomiarów przed sezonem na całkowite wykonanie zadania⁵⁷⁴. Ale nawet w takiej sytuacji wydaje się, iż należy uwzględnić wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się wyłącznie na wybranych. Gdy na wartość składanej oferty wpływ ma porównanie dwóch cen jednostkowych, to pozbawione podstaw jest działanie zamawiającego dokonującego analizy ceny rażąco niskiej, polegające na braniu pod uwagę tylko jednej ceny jednostkowej, a nie sumy tych cen⁵⁷⁵.

„Rażąco niska cena” jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość⁵⁷⁶. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać taką ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia⁵⁷⁷. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług⁵⁷⁸. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd⁵⁷⁹, iż podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cen pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowych.

⁵⁷¹ Postanowienie SO w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05.

⁵⁷² Wyrok ZA z 7.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-611/05; patrz również wyrok ZA z 19.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2209/05.

⁵⁷³ Wyrok SO w Częstochowie z 12.08.2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05.

⁵⁷⁴ Jw.

⁵⁷⁵ Wyrok ZA z 24.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-503/05; odmiennie SO w Częstochowie w wyroku z 12.08.2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05.

⁵⁷⁶ Postanowienie SO w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05; por. także wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05; wyrok ZA z 21.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3390/05.

⁵⁷⁷ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05; por. także wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05.

⁵⁷⁸ Np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05.

⁵⁷⁹ Taki pogląd sformułowany został w wyroku ZA z 22.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3419/05.

Interesujące byłoby wskazanie **krytycznej różnicy** pomiędzy ceną oferty a wartością przedmiotu zamówienia, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Niestety w orzecznictwie nie wykształcił się żaden jednolity „standard”⁵⁸⁰. Można jedynie odnotować orzeczenia, w których wskazywano na konieczność wszczęcia takiej procedury wobec ofert, których cena była niższa o 40%⁵⁸¹, 30%⁵⁸², 25%–30%⁵⁸³, a nawet 20%⁵⁸⁴ od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT. Z drugiej strony nie jest ona uzasadniona, gdy różnica w cenach ofert wynosi około 10%⁵⁸⁵.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dominuje pogląd, że gdy różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty najkorzystniejszej jest znacząca, zamawiający ma **obowiązek** wszcząć czynności mające na celu ustalenie, czy cena oferty najkorzystniejszej nie ma cech ceny rażąco niskiej⁵⁸⁶. Postępowanie wyjaśniające powinno nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a nie dopiero na skutek złożenia protestu. Zaniechanie tej czynności we właściwym terminie stanowi naruszenie art. 90 ustawy⁵⁸⁷. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku zawiadomienia innych wykonawców o podjęciu postępowania w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia⁵⁸⁸.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy). Warta przytoczenia jest wypowiedź SO w Opolu⁵⁸⁹, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, dozwolone są wszelkie zgodne z prawem sposoby naboru kadry – umowy-zlecenia, zatrudnianie osób korzystających ze świadczeń emerytalnych. Dlatego w takiej sytuacji, przy ocenie, czy oferta

⁵⁸⁰ Np. w Niemczech orzecznictwo oraz praktyka ukształtowały zasadę, iż wyjaśnienie elementów cenowych oferty powinno następować, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy najbliższych cenowo ofert, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia; za: von Bechtolsheim/ Fichtner, „Stolperstein Angemessenheitsprüfung”, VergabeR 2005/5, str. 578.

⁵⁸¹ Wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05.

⁵⁸² Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05.

⁵⁸³ Wyrok ZA z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05.

⁵⁸⁴ Wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/560/05.

⁵⁸⁵ Wyrok ZA z 16.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-442/05.

⁵⁸⁶ Np. wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05; wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/560/05.

⁵⁸⁷ Wyrok ZA z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05.

⁵⁸⁸ Wyrok SO w Jeleniej Górze z 30.11.2005 r., sygn. akt V Ga 53/05.

⁵⁸⁹ Wyrok SO w Opolu z 13.01.2005 r., sygn. akt II Ca 835/04.

zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy), jak też cenę poniżej kosztów świadczenia usług (art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), nie można powoływać się na takie czynniki, jak płaca minimalna oraz wskaźnik jej wzrostu⁵⁹⁰.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można znaleźć wiele orzeczeń, których lektura nasuwa spostrzeżenie, iż nie tylko oferta wykonawcy, który nie złożył żadnych wyjaśnień, ale również tego, który złożył **niepełne lub niedostateczne wyjaśnienia**, winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy⁵⁹¹. Przykładowo, jeżeli wykonawca w swoich wyjaśnieniach odniósł się tylko do niektórych elementów ceny, których dotyczyło zapytanie, należy uznać, iż nie spełnił warunku z art. 90 ust. 1 ustawy⁵⁹². Także w ocenie SO w Częstochowie⁵⁹³ w przypadku wyjaśnień, które sprowadzały się do ogólnikowego stwierdzenia, iż wszystkie ceny zostały obliczone z należytą starannością i zawierają wszelkie koszty świadczenia przedmiotowej usługi, praktycznie należałoby uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone. Nadto Sąd nie podzielił poglądu, że to na zamawiającym spoczywa bezwzględnie ciężar wykazania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Otóż w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, **to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień**, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. W przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty⁵⁹⁴.

Przepisów dotyczących „rażąco niskiej ceny” nie można natomiast stosować do prac konkursowych. Dlatego, zgodnie z wypowiedzią Zespołu Arbitrów⁵⁹⁵, mylne jest stwierdzenie, że doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniżenie przez uczestników konkursu wysokości kosztów podanych w informacji o planowanych kosztach budowy.

IV. Czyn nieuczciwej konkurencji

Jedną z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji, wyrażona wprost w art. 7 Prawa zamówień publicznych, która nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający

⁵⁹⁰ Jw.

⁵⁹¹ Patrz np. wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05.

⁵⁹² Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-554/05.

⁵⁹³ Wyrok SO w Częstochowie z 12.08.2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05.

⁵⁹⁴ Jw.; odmiennie ZA w wyroku z 31.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2353/05, który nietrafnie powołując się na art. 6 k. c., przyjął, iż na zamawiającym „ciąży obowiązek dowiedzenia, że wskazana w ofercie cena jest rzeczywiście rażąco niska”.

⁵⁹⁵ Wyrok ZA z 16.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-441/05.

zachowanie uczciwej konkurencji. Oznacza to, że zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia z ustawy z 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁹⁶. Obowiązek takiego działania wynika także wprost z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W praktyce arbitrażowej najczęściej podnoszony jest zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („dumping cenowy”). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeśli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji⁵⁹⁷.

Analiza orzecznictwa wskazuje, że zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podnoszony jest prawie zawsze łącznie z zarzutem „rażąco niskiej ceny”. W praktyce orzeczniczej oba zarzuty są najczęściej ze sobą utożsamiane⁵⁹⁸ i, co za tym idzie – podlegają podobnej ocenie. Na ogół ocena ta sprowadza się do analizy kosztów składających się na zaproponowaną w ofercie cenę w celu ustalenia jej wiarygodności. Rzadko uwagę skupia się na tym, czy popełnienie czynu ma na celu utrudnienie dostępu do rynku. W jednym z orzeczeń Zespół Arbitrów⁵⁹⁹ odwołał się do zasady ekwiwalentności świadczeń. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną w rozumieniu art. 487 § 1 k. c., zgodnie z którym w umowach wzajemnych istnieje równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność, świadczeń. W zawieranej umowie musi więc istnieć równowaga ekonomiczna świadczeń obu stron, tzn. świadczeniu wykonawcy ma odpowiadać cena uiszczona przez zamawiającego.

Można znaleźć wiele orzeczeń arbitrażowych, z których lektury wynika, że zażalenie tylko niektórych z pozycji cenowych nie uzasadnia twierdzenia o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji. Według twierdzeń jednego ze składów

⁵⁹⁶ SO w Bydgoszczy z 25. 01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

⁵⁹⁷ Pismo UOKiK z 04.02.2003 – Dz. Urz. UOKiK 2003/1/240; cyt. za wyrokiem ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05.

⁵⁹⁸ Patrz np. wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05.

⁵⁹⁹ Wyrok ZA z 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05.

orzekających wykonawca, oferując tylko niektóre usługi na poziomie odbiegającym od rynkowego, nie mógł mieć pewności, że wyeliminuje konkurencję z rynku⁶⁰⁰. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął także inny ZA⁶⁰¹, który wypowiedział pogląd, że: „Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Takie działanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji”. Wart przytoczenia jest wreszcie pogląd, zgodnie z którym zarzut zastosowania czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżanie stawek roboczogodziny jest nieuzasadniony, jeżeli stawka roboczogodziny stanowi tylko jeden z elementów określania ceny, a jej przyjęcie w tak niskim wymiarze może być wynikiem dostosowania ceny do wyższych norm nakładów rzeczowych⁶⁰².

Lektura orzecznictwa arbitrażowego dostarcza licznych przykładów rozstrzygnięć, w których jako czyn nieuczciwej konkurencji zostało potraktowane bezzasadne zastrzeżenie informacji objętych zakazem ich ujawniania, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa⁶⁰³. Stanowisko to wymaga jednak ponownego przemyślenia w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r.⁶⁰⁴

V. Omyłki rachunkowe oraz błąd w obliczeniu ceny

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny.

Z art. 88 ustawy wynika, iż niedopuszczalne jest poprawianie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w inny sposób niż określony w tym przepisie, a w szczególności niedopuszczalne jest poprawianie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług (podatku VAT) lub z sumowaniem kwoty podatku i ceny netto⁶⁰⁵.

Zamawiający nie może jednak odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z powodu omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny, jeżeli jest to **cena ryczałtowa**. Przy tak ustalonej cenie, nawet gdyby przyjąć, że przy jej oblicza-

⁶⁰⁰ Wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05.

⁶⁰¹ Wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-496/05.

⁶⁰² Wyrok ZA z 5.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-565/05.

⁶⁰³ Np. wyrok ZA z UZP/ZO/0-72/05.

⁶⁰⁴ Uchwała SN z 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05.

⁶⁰⁵ Wyrok SO w Koszalinie z 8.12.2005 r., sygn. akt VII Ca 881/05; patrz również wyroki ZA: z 24.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-510/05 i z 12.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-643/05; wyrok ZA z 13.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-6/06.

niu wystąpiły omyłki rachunkowe, to zamawiający, na podstawie art. 88 pkt 3 lit. a) ustawy, zobowiązany jest przyjąć podaną cenę ryczałtową jako prawidłową⁶⁰⁶. W przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się bowiem, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia (art. 88 pkt 3 lit. a) ustawy). Jeżeli więc wykonawca w swojej ofercie podał cenę ryczałtową netto i brutto, to w takiej sytuacji należało uznać, że cena brutto została podana prawidłowo, pomimo że wykonawca błędnie obliczył VAT⁶⁰⁷.

Istotnego znaczenia nabiera więc ustalenie, czy podana cena jest ceną ryczałtową. Nietrafne jest wyrażane niekiedy zapatrywanie, że istotą ceny ryczałtowej jest jej niezmiennosc w trakcie realizacji umowy⁶⁰⁸. Faktem jest, że w obowiązującym stanie prawnym nie funkcjonuje legalna definicja „ceny ryczałtowej”, jednakże z treści przepisów k. c. (art. 632), jak i praktyki wynika, że istotą ceny ryczałtowej jest ustalenie jej z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak możliwości jej przeprowadzenia⁶⁰⁹. Rozumienie ceny ryczałtowej oparte jedynie na niezmiennosci ceny jest nieprawidłowe, gdyż przyjęcie takiego założenia powodowałoby, że niemal w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ceny oferowane przez wykonawców musiałyby być uznane za ceny ryczałtowe⁶¹⁰.

Sprawą dyskusyjną jest posługiwanie się **cenami wyrażonymi w tysięcznych częściach złotego (ułamekch grosza)**⁶¹¹. Jak podkreśla się w orzecznictwie⁶¹², ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia ceny oferty, w związku z czym należy stosować posiłkowo przepisy zawarte w ustawie z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Z kolei w ustawie z 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386) określono, że złoty dzieli się na 100 groszy, co oznacza, że w polskim systemie płatniczym nie ma tysięcznych czy dziesięcioletnich części złotego. Nie jest dopuszczalne, aby rozliczenia pomiędzy stronami umowy dokonywane były w jednostkach pieniężnych niemożliwych do wyegzekwowania z powodu braku w polskim systemie monetarnym odpowiednich nominałów. Co do zasady więc cena przedstawiona przez wykonawcę w ofercie, w tym wszystkie pozycje zamieszczone w formularzu cenowym, powinny zostać określone z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku⁶¹³. Wyjątkowo dopuszczalne jest posługiwanie się cenami jednostkowymi, które nie

⁶⁰⁶ Np. wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-563/05; wyrok ZA z 14.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2891/05.

⁶⁰⁷ Wyrok SO w Koszalinie z 8.12.2005 r., sygn. akt VII Ca 881/05.

⁶⁰⁸ Tak np. wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-563/05.

⁶⁰⁹ Wyrok ZA z 24.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-510/05.

⁶¹⁰ Jw.

⁶¹¹ Patrz również Rozdział 8. pkt I niezgodność oferty z ustawą.

⁶¹² Np. cyt. wyrok ZA z 23.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-493/05; wyrok ZA z 19.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-91/06.

⁶¹³ Wyrok ZA z 19.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-91/06.

są zaokrąglone do drugiego miejsca po przecinku, gdy mają one charakter wyłącznie kalkulacyjny. Jeśli jednak podane w formularzu cenowym ceny jednostkowe nie mają jedynie charakteru kalkulacyjnego ceny oferty, lecz stanowią podstawę do rozliczenia się zamawiającego z wykonawcą, zaokrąglenie w pozycji „podatek VAT” oraz „cena jednostkowa brutto” do trzeciego miejsca po przecinku stanowi błąd w obliczeniu ceny⁶¹⁴.

Orzecznictwo arbitrażowe w sposób konsekwentny podchodzi do kwestii **błędnej stawki VAT w ofercie**⁶¹⁵. Sytuację taką należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Pogląd ten podzielił również SO w Poznaniu⁶¹⁶, przyjmując, że wykonawca miał pełne podstawy i powinien w określić cenę oferowanej usługi zawierającą stawkę podatku VAT w wysokości 7%. Skoro jednak podał w ofercie stawkę podatku VAT 22%, to oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny, a zatem podlegała odrzuceniu stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

VI. Wyjaśnienie treści ofert oraz oczywiste omyłki pisarskie

Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty⁶¹⁷. Zamawiający może jednak żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych), a także poprawiać w tekście oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (art. 87 ust. 2 ustawy).

Art. 87 ust. 1 ustawy nie kreuje obowiązku, lecz stwarza dla zamawiającego uprawnienie do występowania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Brak skorzystania przez zamawiającego z przewidzianych możliwości nie stanowi zatem naruszenia ustawy, o ile dotyczy w równym stopniu wszystkich wykonawców⁶¹⁸. Z drugiej jednak strony, jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśniać ich z osobami trzecimi (np. z organem, który wystawił stosowny dokument; z podwykonawcą),

⁶¹⁴ Wyrok ZA z 19.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-91/06; patrz również wyrok ZA z 9.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-322/06.

⁶¹⁵ Np. wyrok ZA z 5.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1605/05; wyrok ZA z 6.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1622/05.

⁶¹⁶ Wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05.

⁶¹⁷ Art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp; patrz również wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05.

⁶¹⁸ Patrz np. wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-6/05; wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-8/05.

nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień ani nie informując go o tym fakcie⁶¹⁹. Wart przytoczenia jest wreszcie pogląd jednego z ZA, iż dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust. 1 ustawy i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty jednego z wykonawców, to nie wolno mu odrzucić tej oferty⁶²⁰.

Analiza orzecznictwa arbitrażowego oraz sądów okręgowych wskazuje, iż konsekwentnie utrzymuje się dotychczasowa restryktywna interpretacja pojęcia „**oczywistej omyłki pisarskiej**”. W jednym z orzeczeń ZA⁶²¹, poddając krytyce czynność zamawiającego polegającą na uznaniu za oczywistą omyłkę podanie symbolu innego urządzenia (tego samego rodzaju, ale o innych parametrach) znajdującego się w ofercie odwołującego się (w miejsce 7R wykonawca wpisał S7), wyraźnie podkreślił, że przepis art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ogranicza możliwość ingerencji zamawiającego w treść oferty jedynie do omyłek, które mają charakter oczywiste. Ustawa nie zawiera definicji „oczywistej omyłki” – kontynuuje swoją wypowiedź ZA. Powszechnie jednak przyjmuje się, że omyłka oczywista to taka, która jest **bezsportna, niebudząca wątpliwości**. Polega ona zazwyczaj na niezgodnym z zamierzonym, niewłaściwym bądź mylnym użyciu wyrazu lub jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. Omyłka oczywista to taka, która jest **widoczna na pierwszy rzut oka**, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może również prowadzić do zmiany treści oświadczenia wykonawcy⁶²².

W innym orzeczeniu ZA⁶²³ stwierdza, że nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej oznaczenie w ofercie tuszu numerem katalogowym c6615de (tj. do drukarki „HP DJ 38200 czarny”), podczas gdy zamawiający wymagał zaoferowania tuszu o numerze katalogowym c6625ae (tj. do drukarki „HP DJ 840 kolor”), albowiem przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części. Istotą uznania omyłki za oczywistą jest możliwość stwierdzenia jej **bez specjalistycznej wiedzy** oraz jej bezsportność.

Wyraźne stanowisko zajął w tej kwestii również SO w Warszawie⁶²⁴, który wypowiedział pogląd, że w trybie poprawienia oczywistej omyłki **nie można zwłaszcza tworzyć dokumentów nieistniejących**. Wykonawca nie złożył oświadczenia, czy zamierza sam wykonywać zamówienie, czy też powierzy wykonanie

⁶¹⁹ Patrz wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-60/05; wyrok ZA z 3.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3159/05.

⁶²⁰ Wyrok ZA z 2.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3120/05.

⁶²¹ Wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-8/05.

⁶²² Jw.

⁶²³ Wyrok ZA z 7.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-611/05.

⁶²⁴ Wyrok SO w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt V Ca 592/05.

części zamówienia podwykonawcom, natomiast dołączył wykaz podwykonawców. Decyzja zamawiającego o poprawieniu tego błędu w trybie oczywistej omyłki pisarskiej nie sprawiła, że oferta stała się zgodna ze specyfikacją, bowiem ta decyzja zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa i, co więcej, jest sprzeczna z art. 87 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. Oczywista omyłka jest to bowiem nasuwająca się sama przez się niedokładność, przypadkowe przeoczenie czy też oczywisty błąd pisarski, ale występujące w istniejącym dokumencie. W żadnym razie nie można w drodze prostowania oczywistej omyłki tworzyć dokumentów w ogóle nieistniejących, jak uczynił to zamawiający.

Rozdział 9.

Wybór najkorzystniejszej oferty

I. Kryteria oceny ofert

Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Kryteria, na podstawie których wybierana jest najkorzystniejsza oferta, muszą być zatem zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie mogą wynikać np. tylko z regulaminu prac komisji przetargowej⁶²⁵.

Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy). Jednym z kryteriów oceny ofert musi być więc zawsze **cena**. Dla przykładu: zamawiający, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi w zakresie spedycji drewna jako jedyne kryterium oceny ofert ustalił zwrot kosztów marketingu i organizacji sprzedaży, rażąco naruszył art. 91 ust. 2 ustawy, albowiem jako kryterium oceny ofert nie podał ceny⁶²⁶. Przy ocenie ofert należy uwzględniać **cenę brutto**. Kryterium oceny ofert określone w specyfikacji, biorące pod uwagę zaoferowane przez wykonawców ceny netto, w rażący sposób narusza przepisy ustawy, a w szczególności art. 2 pkt 1, gdzie jako cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 05.07.2004 r. o cenach, czyli cenę brutto uwzględniającą podatek VAT⁶²⁷.

Najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo oferta z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniej-

⁶²⁵ Wyrok ZA z 18.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1749/05.

⁶²⁶ Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-519/05.

⁶²⁷ Wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-559/05.

szy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 2 pkt 5 ustawy). **Zamówienie z zakresu działalności twórczej lub naukowej** to przede wszystkim zamówienie mające za przedmiot utwór w rozumieniu Prawa autorskiego⁶²⁸. I tak, dla przykładu, w ocenie SO w Lublinie⁶²⁹ jest zamówieniem w zakresie działalności twórczej i naukowej w rozumieniu art. 2 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, jako utwór w rozumieniu Prawa autorskiego, opracowanie wielobranżowego projektu budowlano-wykonawczego przebudowy budynku. Przy tej okazji Sąd podzielił się uwagą⁶³⁰, że jednoznaczność i wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia ma w art. 2 pkt 5 ustawy inne znaczenie niż w przypadku art. 29 ust. 1 ustawy. W tym ostatnim przepisie chodzi o możliwą do osiągnięcia jednoznaczność i wyczerpujący charakter opisu tego, co ma być wykonane i czego oczekuje zamawiający, natomiast w przypadku art. 2 pkt 5 chodzi o jednoznaczność i wyczerpujący opis samego dzieła stanowiącego wykonanie przedmiotu zamówienia – zwrócił uwagę Sąd.

Kryteria oceny ofert muszą **odnosić się do przedmiotu zamówienia** (art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy). Przykładowo, zdaniem arbitrów, nie można w ramach kryterium „jakość techniczna i funkcjonalna proponowanych rozwiązań” brać pod uwagę liczby i parametrów dotychczas zrealizowanych przez wykonawców zamówień⁶³¹. Wart przytoczenia jest pogląd SO w Rzeszowie⁶³² na temat dopuszczalności stosowania jako kryterium oceny ofert zapłaty wierzytelnościami w formie kompensaty lub cesji zadłużenia wobec zamawiającego. Sąd podkreślił, iż zapłata wierzytelnościami, bez wątpienia korzystna dla zamawiającego, nie może być traktowana jako kryterium oceny ofert dotyczące przedmiotu zamówienia. Taka interpretacja pozwalałaby właściwie na zastosowanie nieograniczonego spectrum kryteriów (również odnoszących się do właściwości wykonawcy), co naruszyłoby uprawnienie uczestników do równego traktowania i oceny składanych przez nich ofert – kontynuuje swoje rozważania SO w Rzeszowie.

Zamawiający nie tylko powinien wskazać kryteria oceny ofert, ale również zamieścić w specyfikacji ich opis. **Opis kryteriów** winien precyzyjnie wyjaśniać, jak zamawiający rozumie określone kryterium (np. za pomocą szczegółowych podkryteriów). Jeżeli chodzi o konieczność precyzyjnego ustalenia znaczenia kryterium, to wyraźne stanowisko zajął w tej kwestii SO we Wrocławiu⁶³³, który wypowiedział pogląd, że „kryteria oceny ofert zawarte w pkt XI SIWZ były nie-

⁶²⁸ Ustawa z 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.).

⁶²⁹ Wyrok SO w Lublinie z 8.07.2005 r., sygn. akt II Ca 372/04.

⁶³⁰ Jw.

⁶³¹ Wyrok ZA z 12.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2491/05.

⁶³² Postanowienie SO w Rzeszowie z 26.11.2004 r., sygn. akt VI Ga 107/04.

⁶³³ Wyrok SO we Wrocławiu z 22.11.2005 r.

jasne i stwarzały dowolność interpretacyjną, albowiem nie zostało w nim określone, co zamawiający rozumie przez «funkcjonalność», a jedynie jak będzie wyliczać punkty za owo kryterium”.

Wraz z opisem kryteriów należy podać ich **znaczenie (znaczenie względnie waga kryteriów) oraz sposób oceny ofert (punktację)**. Sposób oceny ofert to sposób mierzenia stopnia spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci kryterium⁶³⁴. W kontekście zagadnienia punktacji warto przywołać orzeczenie ZA⁶³⁵, w którym arbitrzy krytycznie odnieśli się do postępowania zamawiającego, który wprowadził w opisie kryterium sformułował wiele szczegółowych podkryteriów, m.in. zastosowane rozwiązania konstrukcyjne, łatwość montażu itd., ale nie wyjaśnił, w jaki sposób będzie przeprowadzał ocenę. Arbitrzy uznali, że zamawiający powinien określić sposób przyznawania punktów, tak by możliwe było ustalenie, jakie rozwiązanie techniczne uzyska określoną liczbę punktów. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął także inny skład arbitrów⁶³⁶, uznając, iż postanowienie specyfikacji, zgodnie z którym „punkty za jakość będą przydzielane na podstawie dołączonych kart kwalifikacji jakości, certyfikatów jakości innych świadectw jakości oraz znaków towarowych i firmowych świadczących o jakości wyrobów. Członkowie komisji przyznają punkty w skali od 0–20”, stanowi naruszenie zasad zawartych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na fakt, iż kryterium jakości jest w zasadzie niemierzalne i trudne do określenia i w związku z tym wymaga szczegółowego opisu sposobu jego oceny. W innym orzeczeniu ZA⁶³⁷ podzielił się spostrzeżeniami dotyczącymi opisu kryteriów oceny ofert oraz ich znaczenia. Arbitrzy stwierdzili, iż kryteria oceny ofert oraz znaczenie, jakie zamawiający im nadaje, powinny być sprecyzowane i dokładnie opisane w specyfikacji. Ponadto zamawiający ma obowiązek przypisać wagę każdemu z kryteriów, tak aby móc określić, jakie znaczenie przy ocenianiu będzie miało dane kryterium. Ustala się to liczbą procentową dla każdego z kryteriów, przy założeniu, że wszystkie kryteria łącznie stanowią 100% – kontynuuje swoją wypowiedź ZA.

W żadnym wypadku sposób oceny ofert nie może pozostawać w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Naruszenie tej zasady ma miejsce, gdy jest on na tyle nieprecyzyjny, że pozostawia praktycznie nieograniczoną swobodę w dokonywaniu oceny złożonych ofert. Ocena nie może być bowiem dokonywana uznaniowo⁶³⁸.

Osobną kwestią jest zakres swobody zamawiającego przy ustalaniu kryteriów oceny ofert. Znacząca jest tu wypowiedź SO w Bydgoszczy⁶³⁹, który poddając krytyce możliwość przyznania dodatkowych punktów przy ocenie technicznej za para-

⁶³⁴ Postanowienie ZA z 20.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-127/06.

⁶³⁵ Wyrok ZA z 13.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2376/04.

⁶³⁶ Wyrok ZA z 6.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-592/05.

⁶³⁷ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-35/05.

⁶³⁸ Patrz np. wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-470/05.

⁶³⁹ Wyrok SO w Bydgoszczy z 25. 01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

metry urzędnika medycznego, co do których to parametrów literatura przedmiotu wskazuje, iż brak jest aktualnie dowodów opartych na wiarygodnych faktach naukowych potwierdzających ich znaczenie kliniczne, stwierdził, że zamawiający ma prawo stosować w specyfikacji kryteria pozwalające dokonać mu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże swoboda ta nie może być niczym nieograniczona.

II. Wybór oferty

Zamawiający od chwili ogłoszenia kryteriów oceny ofert oraz zamieszczenia ich opisu w specyfikacji staje się nimi **związany** i, dokonując oceny ofert, jest obowiązany tych kryteriów przestrzegać⁶⁴⁰. Warto przypomnieć, że art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych zakazuje zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków w zakresie kryteriów oceny ofert. Jednoznaczna jest wypowiedź SO we Wrocławiu: „Konstrukcja przepisu art. 38 ust. 5 ustawy pozwala na stwierdzenie, że zamawiającemu z żadnych powodów nie wolno zmienić kryteriów oceny ofert”⁶⁴¹.

Dokonując oceny ofert, zamawiający dysponuje jednak **pewnym zakresem uznania** opartym na wiedzy i doświadczeniu, o ile tylko przestrzega sposobu oceny ofert określonego w specyfikacji. Dla przykładu: zamawiającemu wolno ocenić w różny sposób nawet ten sam produkt, jeżeli będzie on służył różnym celom. Świadczy o tym wypowiedź ZA⁶⁴², który oddalił zarzut o zastosowaniu przy ocenie nici chirurgicznych kryteriów nieujętych w specyfikacji. Zdaniem ZA zamawiający przy ocenie materiałów szewnych w kryterium „jakość” posługiwał się podkryteriami określonymi w specyfikacji. Zamawiający przy ocenie produktu powinien kierować się swoją wiedzą i doświadczeniem, co nie znaczy, że stosuje inne kryteria oceny ofert niż określone w specyfikacji – podkreślił ZA. Dlatego też nie można oczekiwać identycznej oceny jakościowej tych samych nici chirurgicznych zaproponowanych w dwóch różnych zadaniach, skoro służą one różnym celom, o czym wykonawca mógł się dowiedzieć z opisu przedmiotu zamówienia.

III. Zawarcie umowy

Zgodnie z art. 94 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą.

⁶³⁹ Wyrok SO w Bydgoszczy z 25. 01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

⁶⁴⁰ Wyrok ZA z 19.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-35/05.

⁶⁴¹ Wyrok SO we Wrocławiu z 22.11.2005 r.

⁶⁴² Wyrok ZA z 21.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-136/05.

Na tle regulacji art. 94 ust. 1 ustawy nasuwa się pytanie, czy dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą? Wątpliwości te dotyczą tego, czy niedotrzymanie terminu związania ofertą nie powoduje, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7). W wydanym postanowieniu SO w Poznaniu wypowiedział interesujący, trafny i istotny dla wykładni art. 93 ust. 1 pkt 7 pogląd, że wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty⁶⁴³. A contrario, należy przyjąć, że upływ terminu związania ofertą nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, jeżeli dochodzi do niego dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wada ta nie może mieć już bowiem wpływu na (dokonany) wybór oferty najkorzystniejszej.

Wyraźne stanowisko w tej sprawie zajął SO w Jeleniej Górze⁶⁴⁴. Sąd ten stwierdził, że „przepis art. 94 ust. 1 ustawy zawiera termin, w jakim umowa winna być zawarta, tj. w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą jest naruszeniem ustawy. Przepis ten nie zawiera jednak sankcji nieważności umowy zawartej po upływie terminu związania ofertą. Istotą tego przepisu jest zagwarantowanie czasu dla wykonawców, których oferta nie została wybrana na zapoznanie się z dokumentacją oraz na ewentualne wniesienie protestów. Wniesienie bowiem choćby jednego protestu aż do ostatecznego rozstrzygnięcia powoduje niemożność zawarcia przez zamawiającego umowy (art. 182 ust. 1 ustawy). Również zatem, wbrew stanowisku ZA, upływ terminu do zawarcia umowy nie powoduje przesłanki unieważnienia przetargu”.

Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 (art. 94 ust. 2 ustawy). Warta odnotowania jest wypowiedź SO w Białymstoku⁶⁴⁵ dotycząca wyjaśnienia terminu „uchyla się od zawarcia umowy”: „Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 9.05.2001 r. II CKN 440/00 (OSNC 2001/12/85), iż za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. **Za odmowę podpisania umowy** uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne

⁶⁴³ Postanowienie SO w Poznaniu z 4.11.2005 r., sygn. akt II Ca 941/05 – niepublikowane.

⁶⁴⁴ Wyrok SO w Jeleniej Górze z 30.11.2005 r., sygn. akt V Ga 53/05; podobne, choć ostrożniejsze, stanowisko co SO w Jeleniej Górze zajął Urząd Zamówień Publicznych, stwierdzając: „Jeżeli więc po upływie terminu związania ofertą wykonawca wyraża gotowość do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wówczas zawarcie takiej umowy jest dopuszczalne” (pismo z 15.06.2005 r. znak: UZP/DP/O-JCH/16738/05 – niepublikowane).

⁶⁴⁵ Wyrok SO w Białymstoku z 6.09.2005 r., sygn. akt II Ca 460/05.

stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawienia w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsame z uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy”.

Rozdział 10.

Unieważnienie postępowania

Katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia określa art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Ma on charakter **zamknięty**, bowiem ustawa nie zawiera innych przepisów określających przesłanki do unieważnienia postępowania⁶⁴⁶. Zamawiający nie może swobodnie, wedle swego uznania, podejmować decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Jak podkreślił SO w Lublinie⁶⁴⁷, „art. 93 Prawa zamówień publicznych wprowadza **obowiązek unieważnienia postępowania** o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z przesłanek określonych w jego ust. 1”. Brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim hipotezy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem – kontynuuje swoją wypowiedź Sąd.

W myśl art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może **przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia**. Interesujące jest porównanie zastosowanego w tym przepisie sformułowania „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” z określeniami „kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” podawaną przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy) oraz „całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług” (art. 32 ust. 1 ustawy). Porównując ze sobą dwa pierwsze terminy, ZA⁶⁴⁸ zwrócił uwagę, iż „inna jest treść gramatyczna tych przepisów poprzez użycie, w zakresie kwot, które zamawiający wiąże z zamówieniem, innych słów. W art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest użyte sformułowanie „...zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, natomiast w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „... może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Istotą tej różnicy jest stworzenie możliwości reakcji zamawiającego na zmiany jego sytuacji finansowej między datą ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne, datą otwarcia ofert a datą rozstrzygnięcia przetargu.” Znacząca jest także wypowiedź SO w Opolu⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ Wyrok SO w Opolu z 17.02.2005 r., sygn. akt II Ca 975/04.

⁶⁴⁷ Wyrok SO w Lublinie z 24.02.2005 r., sygn. akt II Ca 689/04.

⁶⁴⁸ Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-111/05.

⁶⁴⁹ Wyrok SO w Opolu z 17.02.2005 r., sygn. akt II Ca 975/04.

w kwestii relacji pierwszego z terminów do wartości zamówienia: „Nie sposób natomiast zgodzić się z twierdzeniem, że określenie «kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia» (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy) może być użyte zamiennie w odniesieniu do «całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług» (art. 32 ust. 1 ustawy), bowiem art. 32 stanowi jedynie podstawę ustalenia wartości zamówienia”. Spostrzeżenia dotyczące tych subtelnych różnic terminologicznych mają wpływ na ustalenie momentu, w którym powinna nastąpić czynność unieważnienia postępowania. W innym orzeczeniu SO w Opolu⁶⁵⁰ zajął stanowisko, że czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Odmiennie ustosunkował się do tego problemu SO w Lublinie⁶⁵¹. Mylnie utożsamiając określenie „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” ze sformułowaniem „kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, przyjął on, iż „jeżeli w chwili otwarcia ofert podana przez zamawiającego kwota, jaką mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oferty, była niższa niż cena najniższej (uznanej za najkorzystniejszą przez zamawiającego) oferty”, to „już z tą chwilą zamawiający winien unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia”.

Z różnicy pomiędzy „kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” podawaną przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy) a „kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, można wyprowadzić także wniosek o dopuszczalności unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy z przyczyn niezależnych od zamawiającego nastąpiło „uszczerplenie” wysokości środków pierwotnie przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Taką interpretację przepisów dopuścili arbitrzy⁶⁵², którzy z aprobatą odnieśli się do decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowaniu na zakup systemu informatycznego, na którą miała wpływ niekorzystna sytuacja finansowa spółki, wynikająca z trudności w terminowym egzekwowaniu należności od dłużników (w rezultacie doszło do zmniejszenia liczby wydatków na powyższy zakup w stosunku do kwoty deklarowanej przed otwarciem ofert i wykorzystania ich na bieżące potrzeby finansowe zamawiającego). Na uzasadnienie swojego rozstrzygnięcia wskazali, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych chroni autonomię zamawiającego w przypadku konieczności reagowania m.in. na niekorzystne zmiany w zakresie bieżących wpływów i wydatków. Nie bez znaczenia dla interpretowania tego przepisu jest to, że chroni on również interesy podmiotów ubiegających się o zamówienie przed zawarciem umowy bez pokrycia finansowego – kontynuowali wypowiedź arbitrzy.

⁶⁵⁰ Wyrok SO w Opolu z 8.11.2005 r., sygn. akt II Ca 752/05.

⁶⁵¹ Wyrok SO w Lublinie z 24.02.2005 r., sygn. akt II Ca 689/04.

⁶⁵² Wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-111/05.

Warto w tym kontekście przytoczyć orzeczenie SO w Siedlcach⁶⁵³, który podał miazdzącej krytyce decyzję gminy o unieważnieniu postępowania po wydaniu niekorzystnego wyroku ZA z powołaniem się na przesunięcie środków w budżecie gminy: „Rada gminy jest organem uprawnionym do dokonywania w trakcie roku budżetowego zmian w budżecie tej podstawowej jednostki samorządu terytorialnego i zarówno zespół arbitrów, jak i sąd powszechny nie posiadają uprawnień do stwierdzenia nieważności podjętej w tym przedmiocie uchwały. Nie oznacza to jednak braku możliwości oceny, czy takie działanie jest zgodne z przepisami Pzp, jeśli zostało podjęte w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczy środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Gdyby przyjąć założenie przeciwne i uznać, że zamawiający może w sposób dowolny, wykorzystując przepisy pozwalające jego organom na wydawanie decyzji, przesuwać środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia – to doszłoby do zakwestionowania podstawowego celu ustawy Prawo zamówień publicznych, którym jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz kontrola i rzetelność wydawania środków publicznych. Zamawiający nie wykazał, by do przesunięć w budżecie gminy zmusiły go jakieś nadzwyczajne wydarzenia losowe, jak np. pożary, powodzie czy inne klęski żywiołowe uzasadniające konieczność przeznaczenia środków dla usunięcia ich skutków. Reasumując, zamawiający nie wykazał, że w rzeczywistości zaistniała którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy pozwalająca na skuteczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności nie zaistniała sytuacja, o jakiej mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, który to przepis zamawiający powołał w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu, albowiem w chwili ogłaszania przetargu zamawiający dysponował kwotą znacznie wyższą niż cena najdroższej oferty, czemu dał wyraz, wybierając tę właśnie ofertę. Przesunięcie środków na inne cele, po zakwestionowaniu tego wyboru przez zespół arbitrów, stanowiło ewidentne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji”.

Na podstawie przytoczonych fragmentów obu orzeczeń można podjąć próbę uogólnienia poglądów orzecznictwa w przedmiocie unieważnienia postępowania na skutek zmniejszenia wysokości środków. Wydaje się, że jest ono dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy „uszczerplenie” środków zostało spowodowane okolicznościami nieprzewidywanymi i niezależnymi od zamawiającego.

Zgodnie z art. 93 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio. Ustawa Pzp dopuszcza zatem możliwość unieważnienia postępowania tylko w samej części. Interesujące jest natomiast przesłedzenie orzecznictwa

⁶⁵³ Wyrok SO w Siedlcach z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 484/04.

w sprawie możliwości unieważnienia postępowania w części, w sytuacji, gdy, co prawda, w jednym lub kilku tzw. pakietach cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa niż kwota przeznaczonych na nie środków, ale łączna cena najkorzystniejszych ofert częściowych nie przekracza możliwości finansowych zamawiającego. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął ZA⁶⁵⁴, który wypowiedział pogląd, że zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, wartością zamówienia jest łączna wartość wszystkich części zamówienia. Oznacza to – w ocenie arbitrów – że zamawiający może doprowadzić do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tylko wtedy, gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne pakiety przewyższa kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia. Podobne, choć ostrożniejsze stanowisko zajął SO w Radomiu⁶⁵⁵. Dopuścił on, dla odmiany, możliwość unieważnienia postępowania w całości w sytuacji, gdy łączna wartość ofert składanych na poszczególne części przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie całego zamówienia. W ocenie Sądu zamawiający uprawniony był, stosowanie do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, do unieważnienia postępowania. Zgodnie bowiem z rzezonym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym przepis ten odnosi się do globalnej kwoty za całe zamówienie, a nie do możliwości płatniczych za poszczególne pakiety i ocenę zdolności płatniczej zamawiającego należy rozpatrywać, co do zasady, za całość zamówienia. W tym kontekście kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na ten cel – stwierdził Sąd.

Jest wiele orzeczeń dotyczących unieważniania postępowania na podstawie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W myśl tego przepisu 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. Możliwość unieważnienia postępowania przewidziana tym przepisem uzależniona jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek, tj.: a) wystąpiła istotna zmiana okoliczności, b) prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, c) wystąpienia takiej okoliczności nie można było przewidzieć. Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Ponieważ przesłanki te mają charakter uznaniowy, to na zamawiającym spoczywał obowiązek uzasadnienia i wykazania, że wszystkie te przesłanki rzeczywiście zaistniały⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Wyrok ZA z 21.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-733/05.

⁶⁵⁵ Wyrok SO w Radomiu z 15.09.2005 r., sygn. akt IV Ca 433/05.

⁶⁵⁶ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05.

Analiza orzecznictwa wskazuje, iż użyte w tym przepisie pojęcie „interes publiczny” należy interpretować wąsko. Jak podniósł SO w Gliwicach⁶⁵⁷, interes publiczny nie może być utożsamiony z interesem firmy (tj. zamawiającego). Dlatego w ocenie Sądu, jeżeli sprzęt zaoferowany przez wykonawcę był zgodny z przedmiotem zamówienia i był znany wcześniej zamawiającemu, to fakt, że nie spełniał w subiektywnym odczuciu zamawiającego jego oczekiwań, nie mógł stanowić przyczyny unieważnienia postępowania⁶⁵⁸. Nie zasługuje również na uwzględnienie argument, iż unieważnienie postępowania i ogłoszenie nowego przetargu doprowadzi do uzyskania korzystniejszych ofert⁶⁵⁹. Chodzi tu bowiem jedynie o obiektywną kategorię interesu publicznego⁶⁶⁰. W każdym przypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców⁶⁶¹. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli⁶⁶². W szczególności zmiana stanu prawnego na taki, który pozwala na bezprzetargowe zlecenie wykonywania zadań określonym podmiotom, nie uzasadnia decyzji o unieważnieniu postępowania, albowiem przekazanie zadań innym niż wskazane podmiotom nie narusza interesu publicznego⁶⁶³.

Bogatym orzecznictwem obrosła ostatnia z przesłanek unieważnienia postępowania – wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu⁶⁶⁴ wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty – kontynuuje swoją wypowiedź Sąd Okręgowy w Poznaniu.

Analiza orzecznictwa wskazuje, iż do wymienionej kategorii wad postępowania należy zaliczyć w szczególności:

- **Zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków** – naruszenie zakazu zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia „na-

⁶⁵⁷ Wyrok SO w Gliwicach z 10.11.2005 r., sygn. III Ca 855/05; podobnie: wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05; wyrok ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-545/05.

⁶⁵⁸ Jw.

⁶⁵⁹ Wyrok ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-545/05.

⁶⁶⁰ Jw.

⁶⁶¹ Wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05.

⁶⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18.11.1993 r., sygn. akt III ARN 49/93, OSNC 1994, nr 9, poz. 181, cyt. za wyrokiem ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05.

⁶⁶³ Wyrok ZA z 1.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-575/05.

⁶⁶⁴ Postanowienie SO w Poznaniu z 4.11.2005 r., sygn. II Ca 941/05.

leżałoby (...) ocenić jako naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania, wprowadzenie innych niż wskazane w ogłoszeniu warunków udziału i sposobu ich oceny zawsze bowiem spowoduje, że na rynku pozostaną podmioty, które nie miały możliwości dokonania samodzielnej, w warunkach uczciwej konkurencji oceny, czy podane warunki są w stanie spełnić, czy też nie, i dokonanie ostatecznej decyzji o przystąpieniu do udziału w postępowaniu”⁶⁶⁵.

- **Zmianę w wykazie dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu** – „W ocenie Zespołu Arbitrów ocena sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje poprzez weryfikacje składanych przez wykonawców dokumentów, których zamknięty katalog zawarty jest w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Wynika więc z tego, iż zapisy ich dotyczące objęte są zakazem modyfikacji z art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Wada ta nie podlega konwalidacji. Jakakolwiek więc modyfikacja w tym zakresie, w przekonaniu Zespołu Arbitrów, powinna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”⁶⁶⁶.
- Zaniechanie żądania dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień w postępowaniu, w którym ze względu na wartość zamówienia zamawiający był zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu⁶⁶⁷.
- **Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję**⁶⁶⁸.
- Wprowadzenie przez zamawiającego, na krótko przed upływem terminu do składania ofert, licznych zmian do specyfikacji bez stosownego przedłużenia terminu składania ofert⁶⁶⁹.
- Błędne podanie w ogłoszeniu i specyfikacji jako zamawiającego podmiotu, który prowadzi postępowanie w imieniu zamawiającego⁶⁷⁰.
- Wszczęcie i prowadzenie po wejściu w życie ustawy Pzp postępowania według przepisów ustawy o zamówieniach publicznych⁶⁷¹.

⁶⁶⁵ Wyrok SO w Gliwicach z 10.06.2005 r., sygn. akt X Ga 109/05/P1; patrz również: wyrok SO we Wrocławiu z 22.11.2005 r.; postanowienie SO w Poznaniu z 4.11.2005 r., sygn. akt II Ca 941/05; wyrok ZA z 27.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-17/05; wyrok ZA z 12.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2500/05.

⁶⁶⁶ Wyrok ZA z 17.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-9/05; należy jednak zwrócić uwagę, iż w art. 36 Pzp kwestia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest uregulowana osobno (ust. 1 pkt 6) od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków (ust. 1 pkt 5).

⁶⁶⁷ Wyrok ZA z 24.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-138/06; patrz również wyrok ZA z 2.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2395/05.

⁶⁶⁸ Postanowienie ZA z 13.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-14/06; wyrok ZA z 13.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2505/05.

⁶⁶⁹ J.w.; patrz również wyrok ZA z 18.11.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3360/05.

⁶⁷⁰ SO w Gliwicach, wyrok z 8.06.2005 r., sygn. akt III Ca 344/05.

⁶⁷¹ Np. wyrok ZA z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-120/05; wyrok ZA z 31.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-127/05.

- Ustalenie kryteriów oceny ofert z pominięciem kryterium ceny⁶⁷².
- **Ustalenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy**⁶⁷³.
- Uwzględnienie przy ocenie ofert cen netto⁶⁷⁴.

Krytycznie natomiast należy odnieść się do licznej grupy orzeczeń, w których arbitrzy wskazywali na konieczność unieważnienia postępowania z powodu upływu terminu realizacji zamówienia przewidzianego w specyfikacji i ofercie⁶⁷⁵. Dla przykładu: „Z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika jednoznacznie, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to, że umowa zawarta przez zamawiającego z wybranym przez siebie wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony przez wykonawców w ofercie. Nie jest możliwe, zdaniem Zespołu Arbitrów, zawarcie umowy, w której wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie do 30.11.2004 r. Zawarcie takiej umowy byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe, co, zgodnie z art. 387 k. c., powoduje, że umowa taka jest nieważna”⁶⁷⁶. Tymczasem, jak trafnie zwrócił uwagę SO w Nowym Sączu⁶⁷⁷, ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala w wyjątkowych sytuacjach dokonać modyfikacji terminu realizacji umowy – również po wyborze najkorzystniejszej oferty: „Zgodzić się należy z zamawiającym jedynie w jednym względzie. Mianowicie uznać należy, że gdyby doszło do zawarcia umowy z terminem wykonania zamówienia takim, jaki określony został w SIWZ i w ofercie [wykonawcy – przyp. Autora], to istotnie umowa byłaby, w świetle art. 387 § 1 k. c., nieważna, jako umowa o świadczenie niemożliwe. Istotą sporu jest jednak to, czy istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu wykonania zamówienia. Istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak zakazu wprowadzenia takiej zmiany. W ocenie Sądu Okręgowego trafnie wskazał Zespół Arbitrów, że podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia może stanowić art. 144 ust. 1 ustawy. Przepis ten stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Uznać należy, że nie ma przeszkód do tego, aby przepis ten zastosować odpowiednio

⁶⁷² Wyrok ZA z 29.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-519/05.

⁶⁷³ Wyrok ZA z 12.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2491/05.

⁶⁷⁴ Wyrok ZA z 4.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-559/05.

⁶⁷⁵ Patrz np. wyrok ZA z 30.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2043/04; wyrok ZA z 4.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-170/05; wyrok ZA z 4.02.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-184/05; postanowienie ZA z 12.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-15/06; wyrok ZA z 25.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-154/06.

⁶⁷⁶ Wyrok ZA z 30.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2043/04.

⁶⁷⁷ Wyrok SO w Nowym Sączu z 2.06.2005 r., sygn. akt III Ca 262/05; por. także wyrok ZA z 17.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO /0-457/05.

po wyborze oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy. Jeśli bowiem można – w sytuacjach szczególnych o których mowa w ww. przepisie – zmienić postanowienia umowy już zawartej, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki strony przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Oczywiście będzie to dopuszczalne tylko wtedy, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w czasie finalizowania prac nad projektem umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Obecnie wprowadzenie zmian w zakresie terminu wykonania zamówienia jest konieczne i wynika z okoliczności, których w czasie, gdy możliwe były prace nad projektem umowy, nie można było przewidzieć. W ocenie Sądu Okręgowego zawarcie umowy z terminem wykonania zamówienia innym niż określonym w SIWZ i wybranej ofercie nie narusza powołanych w skardze przepisów art. 38, art. 82 ust. 3 i art. 140 ww. ustawy”.

Stanowisko SO w Nowym Sączu jest tym bardziej aktualne po nowelizacji. Zgodnie bowiem ze znowelizowanym art. 140 ust. 2 zdanie pierwsze Prawa zamówień publicznych w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczalna jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru oferty lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyrazi na nią zgodę.

DZIAŁ 3.

MATERIAŁY DODATKOWE

Rozdział 1.

Zestawienie wybranych orzeczeń Sądów Okręgowych i Zespołów Arbitrów wraz z tezami

1. SO w Warszawie 10.04.2003 r. (sygn. akt V Ca 165/03)

Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Zarazem interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty.

2. SO w Warszawie 4.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 1136/05)

Skarżący w zaistniałej sytuacji nie miał interesu prawnego podlegającego ochronie poprzez wniesienie środków (art. 179 ust. 1 Pzp). Interes prawny oferenta, którego dalszy udział w przetargu jest niemożliwy, nie może być oceniany przez pryzmat jego ewentualnego i niepewnego udziału w przetargu. Zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp byłoby bowiem uzależnione od odrzucenia wszystkich ofert lub wykluczenia wszystkich pozostałych uczestników postępowania. Musiałaby zatem granicząca z pewnością, że zarzuty podniesione w proteście z dnia (...) są na tyle uzasadnione, a oferty posiadały wady na tyle istotne, że zachodziły przesłanki do ich dyskwalifikacji.

3. SO w Warszawie 13.12.2002 r. (sygn. akt V Ca 1820/02)

Co do zasady przyjmuje się, że czynności dotyczące zamówienia publicznego polegające na wnoszeniu środków ochrony prawnej są czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu. Do ich dokonania, zgodnie z art. 98, konieczne jest co najmniej pełnomocnictwo rodzajowe.

4. SO we Wrocławiu 14.12.2005 r.

Celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości, przejrzystości działań zamawiającego, uniemożliwienie niczym nieograniczonej swobody w zakresie udzielania zamówień publicznych.

5. SO w Świdnicy 20.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 584/05)

Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

6. SO Warszawa Praga 5.08.2005 r. (sygn. akt IV Ca 239/05)

Doświadczenie oznacza wprawę, biegłość, a takie przymioty można zweryfikować warunkiem udziału w postępowaniu, który wymaga od potencjalnych uczestników doświadczenia nabytego przy wyprodukowaniu produktów podobnych do przedmiotu zamówienia w okresie ostatnich trzech lat, w ilości objętej zamówieniem publicznym.

7. SO w Lublinie 31.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 273/05)

Jeżeli przepisy prawa budowlanego wymagają spełnienia od wykonawcy warunku stosowania systemu zarządzania jakością, to warunek ten mieści się w zakresie wymogu „posiadania wymaganych uprawnień”.

8. SO w Warszawie 3.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1163/05)

Zamawiający jest obowiązany do zawarcia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia już w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym. Podyktowane jest to tym, iż wykonawcy powinni mieć możliwość dokonania oceny i podjęcia decyzji w przedmiocie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego już w jego wstępnej fazie.

9. SO w Gliwicach 10.06.2005 r. (sygn. akt X Ga 109/05/P1)

Dokonanie wyboru oferty w sytuacji, gdy doszło do zmiany warunków udziału w postępowaniu, stanowiłoby zatem rażące naruszenie ustawy i powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co winno skutkować, z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, unieważnieniem postępowania przez zamawiającego.

10. SO w Gliwicach 7.01.2005 r. (sygn. akt X Ga 218/04/P1)

Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu ma charakter obligatoryjny. Wykonawca jest obowiązany do złożenia oświadczenia niezależnie od wartości zamówienia publicznego.

11. SO w Lublinie 16.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

Przepis art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada obowiązku złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wedle ustawowo określonej formuły. Przyjmuje się, iż treść oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 44 ustawy, powinna odnosić się do treści przepisu art. 22 ust. 1 ustawy.

**12. SO w Opolu (sygn. akt II Ca 529/04) oraz SO w Warszawie
22.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1541/05)**

Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów określają katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów.

13. SO w Lublinie 24.03.2005 r. (sygn. akt II Ca 67/05)

Niekaralność cudzoziemca można potwierdzić tylko zaświadczeniem wystawionym przez organ państwa obcego. Wymóg przedłożenia zaświadczenia z KRK dotyczy bowiem obywateli polskich, zaś wymóg przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez organ państwa obcego dotyczy obywateli państw obcych.

14. SO w Warszawie 8.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 886/05)

Stosownie do art. 9 ust. 2 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Nie oznacza to jednak, że składane przez wykonawców oferty muszą być sporządzone wyłącznie w języku polskim oraz że nie mogą zawierać słów w językach obcych. Trafnie skarżąca spółka wskazuje bowiem, że powołany przepis nie zawiera pełnej regulacji odnoszącej się do dopuszczalnego zakresu użycia wyrażen obcojęzycznych w dokumentach składanych w toku postępowania podlegającemu obowiązkowi zastosowania języka polskiego. Za uzasadnione należy w tym zakresie uznać odwołanie się przez skarżącą spółkę do ustawy z 7 października 1999 r. o języku polskim, w szczególności do art. 11 pkt 1, 5 i 6 tejże ustawy. Zgodnie z tymi przepisami nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia

naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług. Treść SIWZ powinna być tak ustalona, aby uwzględniała nie tylko ogólny art. 9 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ale także powołane przepisy ustawy o języku polskim. Jeżeli SIWZ nie zawiera szczegółowych ustaleń w tym zakresie, działania wykonawców, w tym opracowanie treści oferty, pozostające w zgodzie z tymi uregulowaniami, co do zasady nie mogą zostać uznane za naruszające prawo, w tym art. 9 ust. 2 ustawy.

15. SO w Warszawie 13.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/05)

Brak w treści projektu umowy określenia procentowego zmniejszenia lub zwiększenia ilości zamówienia w poszczególnych pozycjach asortymentów w okresie miesiąca oraz odniesienie do ogólnej wartości przedmiotu zamówienia niewątpliwie może spowodować, że przedmiot zamówienia zrealizowany zostanie w ograniczonym zakresie i może spowodować znaczne trudności dla dostawcy. Dostawca, mając obowiązek zrealizowania umowy po wybraniu jego oferty, musi zagwarantować pełną realizację zamówienia, a w związku z tym ponieść, obok realizacji dostawy, określone koszty związane z zabezpieczeniem kontraktu. Dlatego projekt umowy powinien być zmodyfikowany w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, iż zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru.

16. SO w Lublinie 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05)

Określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego. To bowiem zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia.

17. SO w Gliwicach 10.11.2005 r. (sygn. akt III Ca 855/05)

Analizując wskazane przez ustawodawcę przyczyny unieważnienia przetargu powołane przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania, SO uznał, że w przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do jego unieważnienia. Sprzęt zaofferowany przez skarżącego był zgodny z przedmiotem zamówienia i znany wcześniej zamawiającemu, co było bezsporne, a to, że nie spełniał w subiektywnym odczuciu zamawiającego jego oczekiwań, nie mogło stanowić, w świetle powołanych przepisów, przyczyny unieważnienia postępowania. Nie wystąpiła bowiem nieprzewidywalna wcześniej zmiana okoliczności, o jakiej mowa w pkt 6 ust. 1 art. 93 Prawa zamówień publicznych, ani też postępowanie nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (pkt 7 ust. 1 art. 93 ustawy). Interes publiczny, o którym mówi zamawiający, nie może być utożsamiony z interesem firmy.

18. SO w Nowym Sączu 2.06.2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05)

Istotą sporu jest jednak to, czy istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu wykonania zamówienia. Istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak zakazu wprowadzenia takiej zmiany. W ocenie Sądu Okręgowego trafnie wskazał Zespół Arbitrów, że podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia może stanowić art. 144 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Uznać należy, że nie ma przeszkód do tego, aby przepis ten zastosować odpowiednio po wyborze oferty a jeszcze przed podpisaniem umowy. Jeśli bowiem można, w sytuacjach szczególnych, o których mowa w ww. przepisie, zmienić postanowienia umowy już zawartej, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki strony przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Oczywiście będzie to dopuszczalne tylko wtedy, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w czasie finalizowania prac nad projektem umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego.

19. SO w Jeleniej Górze 30.11.2005 r. (sygn. akt V Ga 53/05)

Przepis art. 94 ust. 1 ustawy zawiera termin, w jakim umowa winna być zawarta, tj. w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą jest naruszeniem ustawy. Przepis ten nie zawiera jednak sankcji nieważności umowy zawartej po upływie terminu związania ofertą. Istotą tego przepisu jest zagwarantowanie czasu dla wykonawców, których oferta nie została wybrana na zapoznanie się z dokumentacją oraz na ewentualne wniesienie protestów. Wniesienie bowiem choćby jednego protestu aż do ostatecznego rozstrzygnięcia powoduje niemożność zawarcia przez zamawiającego umowy (art. 182 ust. 1 ustawy). Również zatem, wbrew stanowisku ZA, upływ terminu do zawarcia umowy nie powoduje przesłanki unieważnienia przetargu.

20. Wyrok ZA 9.11.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1886/04)

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy wskazuje nie tylko na sytuację, w której następuje doznanie uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy, lecz również na sytuację, w której taki interes obiektywnie może dopiero tego uszczerbku doznać. Z sytuacją taką najczęściej będziemy mieli do czynienia na etapie przed upływem

terminu do składania ofert (środki ochrony prawnej składane na czynności treści ogłoszenia, treści specyfikacji czy modyfikacji specyfikacji).

21. Wyrok ZA z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-610/05)

Jeżeli zamawiający nie zakończył jeszcze postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca, którego oferta nie została odrzucona, nie ma interesu prawnego do wnoszenia protestu na zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuconiu innych ofert.

22. Wyrok ZA z 22.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1810/05)

Sformułowania specyfikacji odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia stwarzają możliwości zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, bowiem poszczególne parametry techniczne mogą być przyporządkowane konkretnym urządzeniom produkowanych przez konkretnych producentów. Zamawiający winien zatem unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta. Trudno mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określane są tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden konkretny produkt.

23. Wyrok ZA z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-500/05)

Zamawiający, formułując wymóg uzyskania przez wykonawcę dodatniego wyniku finansowego w okresie kilku lat, jako jedyne kryterium oceny zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, powinien wykazać, iż nieosiągnięcie takiego wyniku uzasadnia obawy co do potencjału ekonomicznego i finansowego wykonawcy. Ponadto zamawiający stawiając takie wymagania, powinien mieć pewność, że warunki te nie spowodują wykluczenia tych potencjalnych wykonawców, którzy pomimo osiągnięcia ujemnego wyniku finansowego byłiby w stanie wykonać zamówienie.

24. Wyrok ZA z 17.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-451/05)

Żądanie przez zamawiającego innych dokumentów niż wskazane w rozporządzeniu w sprawie dokumentów skutkuje wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy – art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

25. Wyrok ZA z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-475/05)

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy nie znajduje zastosowania, jeżeli wykonawca wprawdzie nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie, ale zamawiający nie poniósł szkody. Jednak samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu

przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania nie jest wystarczające, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Stosownie do ogólnej reguły dowodowej wynikającej z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek spoczywa na zamawiającym.

26. Wyrok ZA z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-592/05)

Opis przedmiotu zamówienia publicznego następuje z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego.

27. Wyrok ZA z 13.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2376/04)

Wadliwe jest postępowanie zamawiającego, który wprowadził w opisie kryterium sformułował wiele szczegółowych podkryteriów, m.in. zastosowane rozwiązania konstrukcyjne, łatwość montażu itd., ale nie wyjaśnił, w jaki sposób będzie przeprowadzał ocenę. Zespół Arbitrów uznał, że zamawiający powinien określić sposób przyznawania punktów, tak by możliwe było ustalenie, jakie rozwiązanie techniczne uzyska określoną liczbę punktów.

28. Wyrok ZA z 21.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-733/05)

Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, wartością zamówienia jest łączna wartość wszystkich części zamówienia. Oznacza to – w ocenie arbitrów – że zamawiający może doprowadzić do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tylko wtedy, gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne pakiety przewyższa kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia.

29. Wyrok ZA z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-545/05)

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument, iż unieważnienie postępowania i ogłoszenie nowego przetargu doprowadzi do uzyskania korzystniejszych ofert. Chodzi tu bowiem jedynie o obiektywną kategorię interesu publicznego.

Rozdział 2.

Szczegółowy indeks tematyczny orzeczeń

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej str. 7

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 14.01.2005 r. (sygn. akt III CZP 71/04)

Uchwała Sądu Najwyższego z 10.03.2005 r. (sygn. akt III CZP 94/04 i III CZP 100/04)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-57/05)

Pojęcie „interesu prawnego” str. 9

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 14.10.2005r. (sygn. akt III CZP 73/05)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 1136/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 16.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05).

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.02.2005 r. (sygn. akt V Ca 3072/04)

Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z 5.08.2005 r. (sygn. akt IV Ca 239/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 31.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 273/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z 22.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 376/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 1136/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 8.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 752/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 4.08.2005 r. (sygn. akt II Ca 291/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 26.08.2005 r. (sygn. akt II Ca 1398/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 26.08.2005 r. (sygn. akt II Ca 1398/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2004 r. (sygn. akt V Ca 1470/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.08.2004 r. (sygn. akt V Ca 1567/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 6.09.2004 r. (sygn. akt V Ca 1846/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.04.2003 r. (sygn. akt V Ca 165/03)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-492/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.03.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-654/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.03.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-578/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-536/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-362/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-6/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 10.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-408/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 14.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-429/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 15.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-697/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/01464/5)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 15.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-434/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-610/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-537/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-636/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-657/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-735/05)
Wyroki Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-705/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.10.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1611/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.11.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1886/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 22.12.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2186/04)

**Upoważnienie do reprezentowania strony w postępowaniu
toczącym się na skutek wniesienia protestu str. 16**

Sąd Okręgowy

Postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 239/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 2.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 1049/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.08.2005 r. (sygn. akt V Ca 683/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1403/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 23.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 586/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 239/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1540/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 44/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z 3.11.2004 r. (sygn. akt II Ca 570/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z 26.08.2004 r. (sygn. akt I Ca 155/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Legnicy z 3.11.2004 r. (sygn. akt II Ca 570/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z 24.11.2004 r. (sygn. akt X Ga 220/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5.10.2004 r. (sygn. akt V Ca 1881/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.01.2003 r. (sygn. akt V Ca 30/03)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13.12.2002 r. (sygn. akt V Ca 1820/02)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 7.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-293/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1632/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-310/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-488/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.03.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-632/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 07.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-626/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-531/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-96/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-108/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-103/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-512/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 5.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-566/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 7.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-618/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-616/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 19.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-398/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 7.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3089/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-599/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-471/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-527/05).
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 29.06.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-948/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 29.06.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-957/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-968/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.12.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2185/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 7.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1014/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 12.08.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1253/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 30.12.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2266/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 8.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1029/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia z 9.01.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2241/03)

Protest

Termin do wniesienia protestu oraz forma jego wniesienia str. 24

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 11.04.2003 r. (sygn. akt III CZP 3/03)

Postanowienie Sądu Najwyższego z 29.01.2003 r. (sygn. akt I CZ 192/02)

Postanowienie Sądu Najwyższego z 28.11.1997 r. (sygn. akt I CZ 144/97)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z 20.01.2006 r. (sygn. akt I Ca 610/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 29.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 616/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 21.10.2005 r. (sygn. akt II Ca 1199/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 25.11.2005 r. (sygn. akt VII Ca 825/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z 10.10.2005 r. (sygn. akt II Ca 809/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 21.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 680/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.10.2004 r. (sygn. akt V Ca 1920/04)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-88/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-610/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 16.03.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-446/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-558/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-558/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-547/05)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-549/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-18/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-112/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-143/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1052/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1273/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-54/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-56/05)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-57/05)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-86/05)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 30.06.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/-950/04)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 8.11.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1869/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 10.11.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1907/04)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1060/04)

Zawartość protestu str. 31

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8.11.2005r. (sygn. akt II Ca 1425/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 21.12.2005r. (sygn. akt II Ca 680/05)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 14.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-666/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-13/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3092/05)

Skutki wniesienia protestu str. 32

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-47/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 2.08.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1166/04)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.09.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1592/05)

Rozstrzygnięcie protestu str. 35

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 1.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 139/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-25/05)

Odwołanie

Instytucja arbitrażu str. 38

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 15.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-439/05)

Termin do wniesienia odwołania str. 39

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 6.07.2005 r. (sygn. akt III CZP 41/05)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 27.01.2005 r. (sygn. akt: II Ca 1724/04)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 13.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3/06)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 1.03.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-549/06)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 1.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-124/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 1.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-129/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-474/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-579/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-729/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 12.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1028/04)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 30.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1169/04)

Zawartość i forma odwołania str. 40

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 16.06.2005 r., (sygn. akt II Ca 327/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 8.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 752/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.11.2005 r. (sygn. akt: V Ca 1377/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 26.11.2004r. (sygn. akt VI Ga 107/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-95/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 16.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-450/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1027/04)

Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed zespołami arbitrów str. 42

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 10.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-339/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.03.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-651/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-304/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2/05)

Orzeczenia zespołów arbitrów str. 44

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 14.01.2005 r. (sygn. akt III CZP 71/04)
Uchwała Sądu Najwyższego z 11.02.2005 r. (sygn. akt III CZP 84/04)
Uchwała Sądu Najwyższego z 24.11.2005 r. (sygn. akt III CZP 85/05)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 29/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 13.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 183/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z 25.11.2005 r. (sygn. akt VII Ca 825/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z 25.11.2005 r. (sygn. akt VII Ca 881/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 16.06.2005 r. (sygn. akt: II Ca 327/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt: II Ca 67/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 18.08.2005 r. (sygn. akt III Ca 469/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-43/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01. 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-127/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-142/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.10.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1691/04)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.10.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1700/04)

Skarga

Termin do wniesienia skargi str. 47

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 25.11.2005 r. (sygn. akt VII Ca 825/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 29.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 733/05)

Forma i zawartość skargi str. 48

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 8.12.2005 r. (sygn. akt III CZP 109/05)

Uchwała Sądu Najwyższego z 12.05.2005 r. (sygn. akt III CZP 19/05)

Sąd Okręgowy

Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z 21.02.2005 r. (sygn. akt: X Ga 14/05/P4)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Ostrołęce z 1.12.2005 r. (sygn. akt: Ca 282/05)

Postanowienia Sądu Okręgowego w Radomiu z 10.05.2005 r. (sygn. akt: IV Ca 226/05)

Postanowienia Sądu Okręgowego w Radomiu z 27.01.2005 r. (sygn. akt: IV Ca 27/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 9.10.2005 r. (sygn. akt: Ca 1794/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 1182/04)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Radomiu z 4.10.2005 r. (sygn. akt: IV Ca 494/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 1.12.2005 r. (sygn. akt V Ca 2053/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z 12.09.2005 r. (sygn. akt IV Ca 418/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 30.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 781/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z 16.09.2005 r. (sygn. akt: II Ca 14/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Siedlcach z 3.02.2005 r. (sygn. akt II Ca 690/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 29.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 733/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 7.04.2005 r. (sygn. akt: II Ca 180/05)
Postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10.12.2004 r. (sygn. akt X Ga 219/04/P2)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 15.10.2004 r. (sygn. akt: V Ca 1184/04)

Przebieg oraz uczestnicy postępowania przed sądem okręgowym str. 51

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 16.07.2003 r. (sygn. akt: III CZP 47/03)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17.02.2005 r. (sygn. akt: II Ca 663/04)

Orzeczenia Sądów Okręgowych str. 52

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 27.01.2005 r. (sygn. akt III CZP 78/04)

Uchwała Sądu Najwyższego z 8.12.2005 r. (sygn. akt III CZP 109/05)

Postanowienie Sądu Najwyższego z 19.05.2005 r. (sygn. akt V CZ 48/05)

Sąd Okręgowy

Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r. (sygn. akt: II Ca 2194/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z 30.06.2005 r. (sygn. akt: III Ca 1011/04)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z 25.10.2005 r. (sygn. akt: III Ca 856/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z 6.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 130/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z 13.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 183/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 7.11.2005 r. (sygn. akt: V Ca 1881/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 9.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 364/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z 30.05.2005 r. (sygn. akt: IX Ca 196/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 29/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 659/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt: II Ca 419/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt: II Ca 425/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z 6.04.2005 r. (sygn. akt: II Ca 130/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt: II Ca 67/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 31.05.2005 r. (sygn. akt: II Ca 273/05).
Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 29.12.2005 r. (sygn. akt: II Ca 795/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt: II Ca 419/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 29.12.2005 r. (sygn. akt: II Ca 795/05)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z 30.12.2005 r. (sygn. akt: II Ca 781/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 15.09.2004 r. (sygn. akt: II Ca 529/04)

POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W ŚWIETLE PRAKTYKI ORZECZNICZEJ SĄDÓW OKRĘGOWYCH I ZESPOŁÓW ARBITRÓW

ZASADY OGÓLNE

Jawność udzielanych zamówień str. 57

Sąd Najwyższy

Wyrok Sądu Najwyższego z 3.04.2002 r. (sygn. akt V KKN 223/2000)

Wyrok Sądu Najwyższego z 5.09.2001 r. (sygn. akt I CKN1159/00)

Wyroku Sądu Najwyższego z 3.10.2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z 25.02.2005 r. (sygn. akt II Ca 706/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-313/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-225/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01.2005 r. (sygn. Akt UZP/ZO/0-139/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-122/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-302/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-312/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-524/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-111/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-38/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.07.2002 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-706/02)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.1.1998 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-992/97)

Zasada równości str. 66

Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Wyrok ETS z 24.11.2005 r. w sprawie C-331/04.
Wyrok ETS z 12.12.2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in.
Wyrok ETS z 18.10.2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction
Wyrok ETS z 25.04.1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-479/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2034/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-23/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-43/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-119/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-153/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 10.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-207/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-35/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-121/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-155/05)
Postanowienie Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-47/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 2.02.1998 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-037/98)

Zasada uczciwej konkurencji str. 70

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego z 12.05.2005 r. (sygn. akt Ca 430/05)*
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 9.09.2003 r. (sygn. akt V Ca 1477/03)
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 31.07.1995 r. (sygn. akt I ACr 308/95)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-225/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-153/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.0.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-547/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-48/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-496/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-69/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-176/05)

Zasada pisemności str. 75

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 2.08.1994 r. (sygn. akt III CZP 96/94)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-71/05)

OKREŚLANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA str. 79

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.06.2003 r.(sygn. akt V Ca 1213/02)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-72/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-137/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-494/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.07.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1810/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-476/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-495/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-54/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-348/03)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.06.2000 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-602/00)

TERMINY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH str. 85

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 11.04.2003 r. (sygn. akt III CZP 3/03)

Uchwała Sądu Najwyższego z 17.07.2003 r. (sygn. akt III CZP 44/03, w pełni aktualna pod rządem obecnego Prawa zamówień publicznych)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.04.2003 r. (sygn. akt V Ca 762/03)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.01.2003 r. (sygn. akt V Ca 1952/02)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13.11.2002 r. (sygn. akt V Ca 1408/02)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-11/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-54/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-122/05)

Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Wyrok ETS z 27.10.2005 r. w sprawie C-234/03

Wyrok ETS z 9.07.1987 r. w sprawie C-27-29/86

Sąd Najwyższy

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 13.10.2000 r. sygn. akt II CKN 298/00

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 584/05)

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 20.12.2005 r.*

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14.12.2005 r. (sygn. akt. II Ca 1216/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 8.08.2005 r. (sygn. akt III Ca 642/05)

Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z 5.08.2005 r. (sygn. akt IV Ca 239/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1163/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10.06.2005 r. (sygn. akt X Ga 109/05/P1)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7.01.2005 r. (sygn. akt X Ga 218/04/P1)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 16.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.11.2005 r. (sygn. akt V Ca 1541/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 6.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 130/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 29.06.2005 r. (sygn. akt IX Ca 274/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 14.10.2005 r. (sygn. akt II Ca 1355/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt II Ca 67/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 9.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 364/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 26.04.2005 r. (sygn. akt III Ca 201/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkop. z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 44/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 702/02)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 15.09.2004 r. (sygn. akt II Ca 529/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.07.2006r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1907/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.07.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1909/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.07.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1881/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-547/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-648/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1085/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-52/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-500/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-744/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-34/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-43/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-44/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-119/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1062/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 16.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-449/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-451/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-517/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-98/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-102/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-367/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-478/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-640/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-91/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-473/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-30/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-477/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-525/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-569/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-644/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-732/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 15.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-697/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-675/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-558/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-443/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-27/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-568/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-690/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1081/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-487/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-89/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-543/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-613/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-9/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1203/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.06.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1238/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-594/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-867/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3520/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2277/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.06.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1025/04)

WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA str. 124

Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Wyrok ETS z 3.03.2005 r. w połączonych sprawach C-21/03 i C-34/03 (Fabricom)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 17.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 208/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 13.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 183/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 4.11.2004 r. (sygn. akt II Ca 675/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-34/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-44/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-32/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-475/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-15/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-100/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-61/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-23/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-92/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1055/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-724/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1129/04)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.10.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1612/04)

SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia str. 137

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 29/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 8.06.2005 r. (sygn. akt III Ca 344/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 886/05)

Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z 5.10.2005 r. (sygn. akt I V Ca 365/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z 26.08.2004 r. (sygn. akt I Ca 155/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-121/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.05.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1076/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2197/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 8.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-394/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-89/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-682/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-515/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2217/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-720/05)

Opis przedmiotu zamówienia

Jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia str. 140

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 13.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 8.07.2005 r. (sygn. akt II Ca 372/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z 13.04.2005 r. (sygn. akt IV Ca 49/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 30.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 1063/05)
Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga z 23.11.2005 r. (sygn. akt IV Ca 508/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-28/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-470/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-682/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05)

Neutralny opis przedmiotu zamówienia str. 144

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 09.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-215/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-592/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-726/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-582/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-583/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2153/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-541/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-651/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-725/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2239/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-647/05)

**Wyjaśnienia i modyfikacje specyfikacji istotnych warunków
zamówienia str. 147**

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.11.2005 r.*
Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 30.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 1148/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 12.05.2005 r. (sygn. akt V Ca 430/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 584/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 07.04.2005 r. (sygn. akt II Ca
180/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-41/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-518/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-536/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-552/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-17/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-571/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.08.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1206/04)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.08.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1207/04)

WSTĘPNE BADANIE OFERT

Złożenie oferty w terminie str. 152

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-691/05)

**Oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania
ofert str. 152**

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.04.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1118/06)

Zabezpieczenie oferty wadium str. 152

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 13.10.2005 r. (sygn. akt IV Ca 468/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 16.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 327/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-481/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-530/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 10.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2788/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-588/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-11/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-526/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 10.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2784/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-546/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3151/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-27/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-739/05)

Oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów str. 156

Sąd Okręgowy

Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 2.12.2005 r. (sygn. akt II Ca 1049/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24.05.2005 r. (sygn. akt II Ca 239/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 44/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1632/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 15.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-421/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-616/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3103/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-594/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-560/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-542/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3080/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 26.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-89/05)

FORMALNA OCENA OFERT str. 160

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.09.2004 r. (sygn. akt V Ca 1738/04)

Niezgodność oferty z ustawą str. 160

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2005 r. (sygn. akt III Ca 919/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 886/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-13/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-473/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-72/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-122/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-454/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-493/05)

Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ..... str. 163

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 15.06.2005 r. (sygn. akt II Ca 512/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.10.2005 r. (sygn. akt V Ca 398/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 29/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. (sygn. akt V Ca 592/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 44/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 14.10.2005 r. (sygn. akt II Ca 1355/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.09.2004 r. (sygn. akt V Ca 1738/04)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-6/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-7/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-117/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-82/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-54/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-4/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-416/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-27/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-39/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-399/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-513/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-423/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2587/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2647/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-479/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-63/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-41/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-121/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-466/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-515/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-644/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-498/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-656/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-567/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-580/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-614/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-641/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-643/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-665/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.07.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1004/04)

Rażąco niska cena str. 168

Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Wyrok ETS z 27.11.2001 r. w połączonych sprawach C-285/99 i C-286/99 „Lombardini”

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r. (sygn. akt II Ca 425/04)
Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12.08.2005 r. (sygn. akt VI Ca 464/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z 30.11.2005 r. (sygn. akt V Ga 53/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 13.01.2005 r. (sygn. akt II Ca 835/04)
Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r. (sygn. akt II Ca 2194/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-69/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2509/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-611/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2209/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-503/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3390/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-616/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 22.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3419/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-48/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-656/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-560/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 16.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-442/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-554/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.08.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2353/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 16.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-441/05)

Czyn nieuczciwej konkurencji str. 171

Sąd Najwyższy

Uchwała Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-48/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-616/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-496/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-565/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-72/05)

Omyłki rachunkowe oraz błąd w obliczeniu ceny str. 173

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z 8.12.2005 r. (sygn. akt VII Ca 881/05)
Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 30.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 1063/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-6/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-91/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 9.02.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-322/06)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-510/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-643/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-563/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 14.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2891/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 23.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-493/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 5.07.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1605/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.07.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1622/05)

Wyjaśnienie treści ofert oraz oczywiste omyłki pisarskie str. 175

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 44/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. (sygn. akt V Ca 592/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-6/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-8/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-60/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 3.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3159/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 2.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3120/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 7.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-611/05)

WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Kryteria oceny ofert str. 178

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 8.07.2005 r. (sygn. akt II Ca 372/04)

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.11.2005 r.*

Postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 26.11.2004 r. (sygn. akt VI Ga 107/04)

Zespół Arbitrów

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 20.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-127/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.07.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1749/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-519/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-559/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2491/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2376/04)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-592/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-35/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/ 0-470/05)

Wybór oferty str. 181

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.11.2005 r.*

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 19.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-35/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-136/05)

Zawarcie umowy str. 181

Sąd Okręgowy

Postanowienie Sądu Okręgowego z Poznaniu z 4.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 941/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z 30.11.2005 r. (sygn. akt V Ga 53/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 6.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 460/05)

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA str. 184

Sąd Najwyższy

Wyrok Sądu Najwyższego z 18.11.1993 r. (sygn. akt III ARN 49/93)

Sąd Okręgowy

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 17.02.2005 r. (sygn. II Ca 975/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.02.2005 r. (sygn. akt II Ca 689/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 8.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 752/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z 30.09.2005 r. (sygn. akt II Ca 484/04)

Wyrok Sądu Okręgowego w Radomiu z 15.09.2005 r. (sygn. akt IV Ca 433/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10.11.2005 r. (sygn. akt III Ca 855/05)

Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 941/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10.06.2005 r. (sygn. akt X Ga 109/05/P1)

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.11.2005 r.*

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 8.06.2005 r. (sygn. akt III Ca 344/05)

Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 2.06.2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05)

Zespół Arbitrów

Wyrok Zespołu Arbitrów z 24.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-138/06)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 13.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-14/06)

Postanowienie Zespołu Arbitrów z 12.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-15/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 25.01.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-154/06)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-111/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 21.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-733/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-143/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-545/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 1.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-575/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 27.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-17/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2500/05)

Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-9/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 2.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2395/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 13.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2505/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 18.11.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3360/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-120/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 31.01.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-127/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 29.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-519/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 12.09.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2491/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.04.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-559/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-170/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 4.02.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-184/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 17.03.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO /0-457/05)
Wyrok Zespołu Arbitrów z 30.11.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2043/04)

* brak dostępu do oryginału orzeczenia

Bibliografia

Literatura

- A. Barczak, Prawnokarna ochrona tajemnicy gospodarczej. Próba analizy prawnoporównawczej. Cz. PKiNP 2000/1/277 – t. 7.
- K. Brodaczewski: Interes prawny, Przetargi publiczne, nr 3, 2006 r.
- P. Granecki, P. Kuźma, A. Olszewska, Zamówienia publiczne w praktyce po nowelizacji.
- J. Jerzykowski, Nowelizacja Prawa zamówień publicznych, Radca Prawny, nr 3/2006.
- A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, t. I i II, wyd. III, Zakamycze 2005 r.
- K. Korus, D. Rogoń, M. Żak, Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego zmienionych ustawą z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, LEX 2003.
- Z. Koszarzewski, Dokumenty – sprawozdanie finansowe, Doradca, nr 11/2005.
- M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001 r.
- E. Łętowska, Wzorce umowne. Ogólne warunki, wzory, regulaminy, Ossolineum 1975 r.
- W. Łysakowski, Środki ochrony prawnej. Poradnik, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r.
- E. Niewiadomska, Warunki z ograniczeniem, Monitor Zamówień Publicznych, grudzień 2004 r.
- A. Olszowska, Problemy z definicją, Przetargi Publiczne, styczeń 2006 r.
- D. Piasta, Przegląd orzecznictwa ETS w zakresie zamówień publicznych w 2005 r., Prawo Zamówień Publicznych, nr 4/2005
- J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, CH BECK, Warszawa 2004 r.

- K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom II, CH BECK Warszawa 1998 r.
- Pismo Ministerstwa Finansów z 18 stycznia 2005 r. (sygn. SP1-8/063-1/SŻ-1/05/PZ).
- Pismo UOKiK z 04.02.2003 r. – Dz. Urz. UOKiK 2003/1/240.
- M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C. H. Beck, Warszawa 2005 r.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod. red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004 r.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r.
- Z. Raczkiewicz, Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2/2006.
- Z. Raczkiewicz, Dowód spełniania warunków, Prawo Zamówień Publicznych, nr 3/2005.
- Z. Radwański, (red)., System Prawa Prywatnego, tom 2 Prawo cywilne – część ogólna. Suplement., Wydawnictwo CH BECK, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2004 r.
- Rzeczpospolita, 10.07.2006 r. Dobra Firma Vademecum.
- J. Sadowy, Warunki stawiane wykonawcom, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2/2004.
- J. Sadowy, Tylko niezbędne dokumenty, Prawo Zamówień Publicznych, nr 3/2004.
- M. Sarnowski, Przystąpienie do protestu, Prawo Zamówień Publicznych, nr 1/2005.
- B. Sołtys, Charakter i konstrukcja prawa do znaku towarowego, Rejent 1993/3–4/ 68.
- A. Sołtyśńska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006 r.
- M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2005 r.
- A. Specht-Schampera, Umowa jako część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2/2006.
- A. Szpecht, Kto odpowiada za złą stawkę”, Prawo Zamówień Publicznych, nr 3/2004.
- R. Szostak, Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Wyd. Publicus, Warszawa 2006 r.
- P. Trzaska Gerlecki, Pełnomocnictwo tylko ze znaczkami skarbowymi, Prawo Zamówień Publicznych, nr 2/2004.
- G. Wicik, Firmy, łączcie się w konsorcja, Rzeczpospolita, 24.06.2004 r.
- G. Wicik, Pytania i odpowiedzi. Zakres pełnomocnictwa, Prawo Zamówień Publicznych, nr 3/2005.
- G. Wicik, A. Potrebka, Wyjaśnienia i modyfikacje SIWZ, Prawo Zamówień Publicznych, 2/2004.

- G. Wicik, P. Wiśniewski, Jakie usługi i ostawy trzeba uznać za powtarzające się okresowo, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 2/2004.
- P. Wierzbicki, Trzeba zmienić przepisy, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 1/2005.
- P. Wierzbicki, W grupie łatwiej spełnić warunki, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 3/2005.
- S. Wikariak, Warunki udziału muszą być jednoznaczne, *Rzeczpospolita* z 11.07.2006 r.
- S. Wikariak, G. Wicik, Firmy łączcie się w konsorcja, *Rzeczpospolita* z 24.06.2004 r.
- E. Wiktorowska, Sprawdzać, ale nie dyskryminować, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 3/2005.
- P. Wiśniewski, K. Mikoda: Trzeba inaczej czytać przepisy, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 2 z 2005 r.
- P. Wiśniewski, Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 3/2006.
- B. Wysocka, Jakich dokumentów może żądać zamawiający, *Doradca*, nr 5/2004.
- von Bechtolsheim/Fichtner, Stolperstein Angemessenheitsprüfung, *VergabeR* 2005/5.

Przepisy prawne

- Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 219, poz. 177 z późn. zm.).
- Ustawa z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551).
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408).
- Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.).
- Ustawa z 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 z późn. zm.).
- Ustawa z 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.).

Ustawa z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403 z późn. zm.).

Ustawa z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

Ustawa z 19 października 1972 r. o wynalazczości (Dz. U. z 1993 r. Nr 26, poz. 117 z późn. zm.).

Ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 49, poz. 508 z późn. zm.).

Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.).

Ustawa z 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.).

Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

Ustawa z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).

Ustawa z 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 z późn. zm.).

Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2).

Ustawa z 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 późn. zm.).

Ustawa z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, po. 1050 z późn. zm.).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645 – uchylone z dniem 25.05.2006 r.).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 87, poz. 603).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów (Dz. U. Nr 87 poz. 607).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 22 maja 2006 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 609).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. Nr 87, poz. 608).

Rozporządzenie Rady Ministrów z 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu. (Dz. U. Nr 98, poz. 997).

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

Dyrektywa Rady nr 89/655/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

Dyrektywa Rady nr 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z 31 stycznia 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań jakościowych, jakich może żądać zamawiający”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Zasady przedstawiania zaświadczeń o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Pzp”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Dokumenty, jakie spółka jawna zobowiązana jest przedstawić w celu potwierdzenia, że nie zalega z uiszczaniem podatków”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych, „Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)”;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych – „Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania”.

